

Non sussiste l'obbligo per un comune di assumere a carico del proprio bilancio i debiti societari rimasti insoddisfatti all'esito della procedura di liquidazione della società partecipata costituita per la gestione in house dei servizi pubblici

Società in house: il comune non si fa carico dei debiti

CORTE DEI CONTI, SEZ. REGIONALE DI CONTROLLO PER LA REGIONE BASILICATA, N. 28 DEL 17 MAGGIO 2011

Società in house - Debiti societari - Assunzione a carico del bilancio comunale - Non obbligatorietà - Scelta discrezionale - Azione contabile secondo le procedure ordinarie

La natura del rapporto che intercorre tra l'ente pubblico e la società da esso stesso partecipata, che si definisce in termini di "controllo analogo", vale non già a giustificare una disciplina diversa da quella comune, quanto ai rapporti sociali o tra la società e i terzi, ma solo giustifica la deroga alle disposizioni comunitarie in materia di tutela della concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi. Anche con riferimento alle società sulle quali l'ente locale esercita un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi si ritiene di dover escludere un regime di responsabilità patrimoniale dei soci, per i debiti della società, diverso e ulteriore rispetto a quello comune. [...]

Escluso il ricorso al riconoscimento del debito fuori bilancio, al comune non resta altra possibilità, per assumere impegni o effettuare spese a soddisfazione dei creditori rimasti insoddisfatti all'esito della procedura liquidatoria di società partecipate, che agire contabilmente secondo le procedure ordinarie disciplinate dall'art. 191 Tuel. Ciò comporta che si provveda al previo stanziamento in bilancio, che assume valenza autorizzatoria ("gli enti locali possono effettuare spese solo se sussiste l'impegno contabile registrato sul competente intervento o capitolo del bilancio di previsione e l'attestazione della copertura finanziaria" (art. 191, co. 1 Tuel).

di Stefano Castiglione

Magistrato della Corte dei conti, Procura regionale Umbria

La recente delibera della Corte dei conti in materia di assunzione di debiti propri di una società a capitale pubblico si colloca nell'ambito della funzione consultiva che il legislatore ha intestato da alcuni anni alla magistratura contabile, evidenziando, nel tempo, un interesse sempre crescente da parte degli amministratori degli enti territoriali.

Come noto, infatti, le regioni, le province, i comuni, le città metropolitane, ai sensi dell'art. 7 comma 8, della legge 5 giugno 2003 n. 131 ("Legge La Loggia"), possono chiedere alle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti pareri in materia di contabilità pubblica. Tale competenza, che s'inquadra in un ambito diverso da quello del

@ Il testo della sentenza sul sito www.dpa.ilssole24ore.com

controllo della Corte dei conti, va intesa al fine di collaborare con l'ente nell'assunzione delle soluzioni più adeguate per preservare gli equilibri di finanza pubblica. Una funzione molto apprezzata dagli enti locali e che, negli anni, si è concentrata su quesiti collegati all'attuazione della legge finanziaria, al patto di stabilità, alle spese del personale, svolgendo così un ruolo di guida per i controlli contabili e finanziari.

La questione riportata nella deliberazione della Corte dei conti n. 28 del 16 maggio 2011 della sezione regionale di controllo per la Basilicata affronta la tematica delle società pubbliche, in particolare di una società a responsabilità limitata a capitale interamente pubblico, costituita per la gestione dei servizi pubblici locali, posta in liquidazione e in attesa di conoscere l'ammontare dei debiti accumulati.

Con la questione all'esame il sindaco del comune istante si rivolge alla sezione regionale di controllo per la Basilicata per un parere volto a conoscere le modalità con le quali affrontare le suddette perdite.

La questione di fondo

Il quesito avanzato dal sindaco intende chiarire se sia possibile riconoscere il disavanzo di liquidazione della società *in house* quale debito fuori bilancio ai sensi dell'art. 194 del Tuel, oppure se occorra assumere i debiti con usuale procedura di iscrizione in bilancio mediante ricorso alle risorse ordinarie, in particolare attraverso l'impiego di proventi derivanti dall'alienazione da parte dell'ente di beni patrimoniali disponibili.

La delibera in argomento offre lo spunto per un approfondimento innanzitutto delle società "*in house providing*" e della loro disciplina derogatoria. Inoltre la sezione regionale della Corte dei conti deve necessariamente affrontare il rapporto tra l'ente locale e la società pubblica nella fase più delicata della sua esistenza, ovvero in fase di liquidazione, allo scopo di chiarire all'ente le modalità di gestione del debito nel contesto delle ordinarie regole di bilancio.

L'approfondimento

L'*in house providing*

L'istituto dell'*"in house providing"* si ritrova per la prima volta nel libro bianco del 1998, nel quale la Commissione europea, con riferimento al settore degli appalti pubblici, qualifica gli affidamenti cd. *in house* come "*quelli aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione, a esempio tra amministrazione centrale e locale o, ancora, tra una amministrazione e una società interamente controllata*". Si contrappone al modello di *outsourcing* in cui,

invece, l'amministrazione si rivolge al privato esternalizzando l'esercizio dell'attività amministrativa.

Il ricorso all'istituto dell'*in house* legittima l'affidamento diretto del servizio da parte di un ente pubblico a una persona giuridicamente distinta, senza preventiva gara, qualora l'ente eserciti sul soggetto giuridico un controllo analogo a quello dallo stesso esercitato sui propri servizi (Cge, C-107/98, 18 novembre 1999, Teckal), tale da poterlo qualificare come una sua *longa manus*. Da qui, l'espressione *in house* con la quale si vuole evidentemente fornire risalto a una gestione in qualche modo riconducibile allo stesso ente affidante o a sue articolazioni: circostanza questa che induce la dottrina ad affermare la mancanza di un rapporto di terzietà e quindi la natura non contrattuale del rapporto. La giurisprudenza comunitaria, in particolare, ha utilizzato l'espressione *in house providing* per identificare il fenomeno di "*autoproduzione*" di beni, servizi o lavori da parte della pubblica amministrazione. Si è in presenza di un modello di organizzazione di delegazione interorganica.

Tuttavia, trattandosi di una palese deroga ai principi di concorrenza e trasparenza che potrebbe determinare delle forme di distorsione del mercato, l'istituto in questione è stato ritenuto ammissibile solo nel rispetto di alcune condizioni, individuate in prima analisi attraverso numerose pronunce della Corte di giustizia europea, successivamente avallate e interpretate, laddove necessario, dalla giustizia amministrativa di primo e secondo grado, sia in sede giurisdizionale che in sede consultiva.

Il rischio temuto dalla Corte di giustizia attiene alla possibilità che l'affidamento diretto del servizio possa sottrarre al libero mercato tutta una serie di imprese private che, in tale contesto di autoproduzione, verrebbero a essere escluse da ogni possibile accesso e che, contestualmente, si verrebbe a costituire a favore dell'impresa affidataria una posizione di privilegio connessa alla scontata acquisizione di contratti. In sostanza, ciò che la comunità europea vuole scongiurare è che tale fenomeno determini delle posizioni di vantaggio economico per le imprese *in house* con conseguente alterazione della *par condicio*.

In tale ottica la giurisprudenza europea ha individuato rigorosi presupposti per rendere legittimo l'affidamento *in house*, quali appunto il "*controllo analogo a quello svolto sui propri servizi*", e che l'attività prevalente del soggetto privato sia rivolta in favore dell'ente controllante.

Pertanto, qualora sussistenti dette condizioni, la società *in house* non può ritenersi terza rispetto all'amministrazione controllante, ma deve conside-

rarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa e, conseguentemente, non occorre che l'amministrazione ponga in essere procedure di evidenza pubblica per l'affidamento di appalti.

Evidenzia la delibera in argomento come le suddette caratteristiche che delimitano i confini delle società *in house* consentono di derogare alle disposizioni comunitarie in materia di tutela della concorrenza e del mercato ma non giustificano *“una disciplina diversa da quella comune, quanto ai rapporti sociali o tra la società e i terzi”*.

Sulla base di tale assunto la magistratura contabile, prima ancora di affrontare le modalità di gestione in sede contabile del debito maturato dalla società, risponde al quesito avanzato dall'ente escludendo l'esistenza di un obbligo per il comune di assumere a carico del bilancio i debiti societari rimasti insoddisfatti all'esito della procedura di liquidazione e ciò nella considerazione che, nel diritto comune, spetta al creditore agire affinché il comune sia chiamato a rispondere dei debiti della società partecipata.

Si tratta di un parere che, sul piano formale, risulta coerente con la normativa che disciplina dette strutture operative degli enti locali. Non si può tuttavia non evidenziare come vi sia una diversità sostanziale tra queste società e quelle partecipate da soggetti esclusivamente privati che forse meriterebbe una maggiore attenzione da parte del legislatore.

L'attuale quadro giuridico delle società a partecipazione pubblica, difatti, è composto da un insieme di disposizioni speciali, spesso introdotte in risposta a esigenze contingenti e senza un disegno organico, con l'inevitabile rischio di trovarsi di fronte a dubbi interpretativi in ordine alle responsabilità.

L'ultimo decennio è stato connotato, in particolare, dall'aumento del numero delle società controllate dalle amministrazioni regionali, provinciali e locali secondo ragioni di tutela di interessi pubblici e in particolare per assicurare prestazioni che il settore privato non era interessato a svolgere.

Tuttavia, gli obiettivi non risultano sempre chiari. Frequenti le dissipazioni di risorse e inefficienze, così come la violazione dei principi comunitari in materia di concessioni e appalti. Vi è stata insomma la tendenza a considerare le società pubbliche come strumento di intervento diretto nell'economia sulla base di un'impostazione di dubbia compatibilità con l'ordinamento comunitario. Le conseguenze di tale approccio si sono manifestate con una generalizzata difficoltà per le imprese a proprietà pubblica operanti nel settore dei servizi d'interesse generale a essere ricompensate per quelle attività svolte nell'assicurare il livello di produzione di servizi imposti dalle amministrazioni. Ciò si tradu-

ce in squilibri di bilancio tali da assoggettare le stesse imprese alla discrezione delle amministrazioni cui compete, come nel caso della società del comune istante, l'eventuale ripiano dei disavanzi.

L'insieme delle società a partecipazione pubblica è molto eterogeneo e si impone un riordino del sistema volto a distinguere nettamente tra quei soggetti che, pur aventi forma societaria, sono di fatto parte della pubblica amministrazione e quelli che invece svolgono attività d'impresa sul mercato. Se per i primi è ragionevole applicare i vincoli e i controlli di natura pubblicistica utilizzati per le pubbliche amministrazioni, per i secondi l'applicazione di regole e vincoli ulteriori rispetto a quelli imposti dal diritto comune non può trovare spazio.

La sezione dunque esclude che vi sia un obbligo da parte dell'ente di accollarsi i debiti che dovessero emergere al termine della procedura di liquidazione. Allo stesso modo, tuttavia, precisa che *“pur non ricorrendo alcuna obbligatorietà, non si può astrattamente escludere che il comune possa deliberare l'accollo di detti debiti”*.

Si tratta, prosegue la delibera, di una scelta discrezionale *“che va adeguatamente motivata”*. La possibilità prospettata esplicitamente dalla sezione che l'ente, nell'ambito del suo potere discrezionale, assuma comunque i debiti dalla società, è sintomatico della singolarità della disciplina delle società pubbliche. Da un lato dunque la società pubblica in esame è risultata titolare di servizi pubblici conseguiti senza ordinaria procedura concorsuale proprio perché *longa manus* dell'ente, dall'altro, di fronte a una situazione debitoria può trincerarsi dietro la natura privata del soggetto responsabile giuridicamente. Va evidenziato come l'affidamento che un creditore ha nei confronti di una s.r.l. in mano pubblica nel momento in cui pone in essere un atto negoziale è presumibilmente più marcato rispetto a un analogo atto negoziale posto in essere con un soggetto privato. Si determina una certa asimmetria tra una generalizzata apertura normativa e giurisprudenziale che caratterizza le società *in house* in ragione di un superiore interesse pubblico, e la rigida applicazione, in un tema delicato come quello della responsabilità per debiti, del diritto comune proprio nei confronti dei terzi creditori che tale interesse pubblico hanno in concreto finanziato. La soluzione pratica che la stessa Corte dei conti non esclude è, come detto, di valutare comunque la possibilità di accollarsi i debiti senza attendere che siano i creditori ad agire. Una scelta tuttavia discrezionale che l'ente dovrà giustificare tenendo conto dei vantaggi comunque sottesi a una scelta in tal senso. Proprio per questo si tratta probabilmente di un'ipotesi di difficile attuazione: difatti è possibile

immaginare che gli amministratori dell'ente locale, di fronte alla scelta, da un lato di attendere le azioni di recupero dei creditori e quindi posticipare il pagamento dei debiti con la possibilità di rinviare l'onere finanziario ad altri amministratori, e dall'altro di accollarsi da subito i debiti delle società - dovendo anche ben motivare tale scelta inconsueta rispetto alla prassi che caratterizza le procedure di liquidazione - propenderanno per la prima ipotesi. Fatta tale fondamentale premessa da parte della sezione di controllo per la regione Basilicata, il quesito avanzato dall'ente intende chiarire se sia corretto riconoscere il disavanzo di liquidazione quale debito fuori bilancio con ricorso alla procedura prevista dall'art. 194 Tuel oppure, in alternativa, se sia necessario il ricorso alla procedura ordinaria di iscrizione in bilancio attraverso il reperimento di risorse ordinarie.

I debiti fuori bilancio

Il debito fuori bilancio è una obbligazione pecuniaria posta a carico di un ente in violazione o, comunque, a prescindere dalle regole previste per l'assunzione di impegni e l'effettuazione delle spese che, per gli enti locali, sono stabilite dall'art. 191 del Tuel. La tipologia dei debiti fuori bilancio va, pertanto, ricondotta al concetto di "sopravvenienza passiva" al di fuori dell'impegno di spesa e in assenza di una specifica previsione nel bilancio. In altri termini è l'ipotesi delle obbligazioni assunte e sorte senza far luogo a regolare impegno e senza tramutarsi successivamente in residuo passivo. Si tratta, cioè, di quei residui passivi "di fatto" che derivano da impegni assunti irrisolvemente, senza deliberazione dell'organo e oltre il limite di spesa autorizzato. Il fenomeno è esploso in questi ultimi decenni e gli enti hanno dovuto far fronte al pagamento di debiti impiegando avanzi di amministrazione, risorse proprie e infine mediante ricorso a indebitamento, ma sempre previa formale procedura di "riconoscimento di debito". È tuttavia necessario che i provvedimenti di riconoscimento di debito, suscettibili di dar luogo a possibili elusioni di norme cogenti e delle ordinarie procedure di negoziazione, siano valutati dagli organi di controllo con la massima attenzione dovendo essere connessi a effettive situazioni di necessità e urgenza. Tali tipologie di atti devono, ai sensi dell'art. 23, co. 5, L. n. 289/2002 (Legge finanziaria 2003), essere inviati alla Procura della Corte dei conti e, nei casi previsti dall'art. 3, L. n. 20/1994, assoggettati al controllo preventivo della Corte dei conti. L'art. 194 Tuel introduce un'elencazione, da considerarsi tassativa, dei casi in cui sia possibile rendere legittimi debiti non previsti in sede di program-

mazione annuale e per disciplinare le modalità della relativa copertura. La previsione normativa di cui all'art. 194 del Dlgs n. 267/2000 ha evidentemente natura eccezionale con la precisa finalità di non consentire spese in difformità dal dettato normativo e di sanare l'irregolarità gestionale verificatasi nel caso in cui le spese siano già state effettuate.

Va infine precisato che ai fini del riconoscimento del debito fuori bilancio è necessaria una valutazione dell'organo che esprime gli indirizzi politico-amministrativi e approvi i programmi ai fini del riconoscimento; una competenza questa che si caratterizza per due momenti fondamentali: il riconoscimento della legittimità dei debiti fuori bilancio e l'individuazione della provvista finanziaria.

L'esistenza di un fondo nel bilancio destinato a far fronte al debito non fa venire meno la necessità dell'attivazione della procedura consiliare di riconoscimento del debito stesso. Al riguardo, infatti, va precisato che lo stanziamento in bilancio ha la sola funzione di riservare un importo a quella specifica destinazione, ove se ne presenti la necessità, non implicando ancora accertamento del concreto verificarsi della fattispecie. In ogni caso, l'esistenza del fondo non fa venire meno l'ulteriore funzione che l'ordinamento attribuisce alla delibera consiliare, vale a dire, l'accertamento di chi sia responsabile della formazione della fattispecie debitoria che si è formata al di fuori della ordinaria contabilità dell'ente. Anzi, questa funzione di accertamento risulta rafforzata, poiché il legislatore ha previsto, come già anticipato, che le delibere consiliari di riconoscimento di debito siano inviate agli organi di controllo e alla Procura regionale della Corte dei conti.

È infatti di chiara evidenza che ove l'ente territoriale omettesse la procedura di riconoscimento consiliare prevista dall'art. 194 del Dlgs n. 267/2000 e si limitasse a effettuare il pagamento utilizzando uno specifico fondo presente nel bilancio, vanificherebbe la disciplina di garanzia prevista dall'ordinamento e i suoi amministratori incorrerebbero in sicuri giudizi di responsabilità amministrativa. D'altronde la stessa delibera consiliare di riconoscimento di debito non rappresenta un mero atto di stile, ma deve in concreto riportare la motivazione che consente all'ente di riconoscere il debito alla luce della sussistenza dei presupposti indicati dall'art. 194 del Tuel. Come accennato, l'art. 194 Tuel elenca tassativamente i casi in cui sia possibile rendere legittimi debiti non previsti con la finalità di non consentire spese in difformità dal dettato normativo. Proprio tale elencazione tassativa induce la sezione di controllo della Corte dei conti a escludere il riconoscimento di debito avente a og-

getto il disavanzo di liquidazione di una società *in house*. La fattispecie apparentemente simile prevista tra le ipotesi di riconoscimento di debito attiene alla lettera c) dell'art. 194 del Tuel che contempla i debiti derivanti da ricapitalizzazioni di società di capitali costituite per l'esercizio di servizi pubblici locali: una ipotesi ben diversa se non addirittura alternativa allo scioglimento e messa in liquidazione della società, come opportunamente evidenzia la magistratura contabile che precisa come si tratti "*di fattispecie che si escludono reciprocamente e non possono essere considerate l'una ricompresa nell'altra*". Così come viene esclusa la possibilità di invocare la lettera b) del citato art. 194 che prevede il riconoscimento di debiti derivanti dalla copertura di disavanzi di consorzi, di aziende speciali e di istituzioni...atteso che si tratta di enti "*strutturalmente diversi dalle società di capitali*".

Dunque, a giudizio della sezione, non residua altra soluzione che ricorrere alla normale procedura disciplinata dall'art. 191 Tuel, attraverso lo stanziamento in bilancio con finalità autorizzatoria e la formalizzazione di uno schema negoziale che evidenzia causa e tipo del debito da assumere.

Conclusioni

Se dunque la richiesta di parere del comune aveva a oggetto la possibilità di riconoscere, quale debito fuori bilancio, il disavanzo di liquidazione, oppure

in alternativa assumere detti debiti con procedura ordinaria di iscrizione in bilancio, la risposta della sezione regionale di controllo della Corte dei conti per la regione Basilicata, riconoscendo la natura privata del soggetto giuridico sottoposto a liquidazione, conclude escludendo che il comune debba assumere in automatico i debiti societari. Prescindendo dunque dalle modalità contabili con le quali affrontare tali tipologie di debiti, il collegio puntualizza preliminarmente l'assenza di un obbligo di assumere in bilancio i debiti insoddisfatti spettando di regola ai creditori di agire affinché il comune risponda dei debiti della società partecipata.

Certamente se il parere reso dalla Sezione è condizionale resta il problema sostanziale di risorse pubbliche che prima o poi dovranno intervenire a ripianare situazioni debitorie, pena il venir meno di servizi di interesse per la collettività locale. Un intervento comunitario volto a restringere in maniera decisa gli spazi di costituzione di società *in house* sarebbe auspicabile onde scongiurare posizioni di privilegio con conseguente alterazione della *par condicio* in tema di appalti. Parimenti potrebbe risultare utile un intervento del legislatore nazionale che affronti, "*funditus*", la tematica delle società pubbliche costituite per la gestione dei servizi pubblici e che, per cattiva gestione, sono frequentemente soggette a ricapitalizzazioni o, come nel caso all'esame, poste in liquidazione ●

IN SINTESI

**CORTE DEI CONTI, SEZ. REGIONALE
DI CONTROLLO PER LA BASILICATA,
DELIB. N. 28 DEL 17 MAGGIO 2011**

Il fatto

Il quesito avanzato alla sez. regionale di controllo della Corte dei conti intende chiarire se sia possibile riconoscere il disavanzo di liquidazione della società *in house* quale debito fuori bilancio ai sensi dell'art. 194 Tuel, oppure se occorra assumere i debiti con usuale procedura di iscrizione in bilancio mediante ricorso alle risorse ordinarie, attraverso l'impiego di proventi derivanti dall'alienazione da parte dell'ente di beni patrimoniali disponibili.

La decisione

Evidenzia la delibera in argomento come i tratti caratteristici che delimitano i confini delle società *in house* consentono di derogare alle disposizioni comunitarie in materia di tutela della concorrenza e del mercato ma non giustificano "*una disciplina diversa da quella comune, quanto ai rapporti sociali o tra la società e i terzi*". Sulla base di tale assunto la magistratura contabile risponde al quesito avanzato dall'ente escludendo l'esistenza di un obbligo per il comune di assumere a carico del bilancio i debiti societari rimasti insoddisfatti all'esito della procedura di liquidazione e ciò nella

considerazione che, nel diritto comune, spetta al creditore agire affinché il comune sia chiamato a rispondere dei debiti della società partecipata.

I precedenti

Sulle modalità di determinazione dell'impegno di spesa si veda Corte dei conti, sez. controllo per la regione Sardegna, parere n. 2/2007. Sulla natura normativa dell'art 194 del Tuel in materia di debiti fuori bilancio si veda sez. Sardegna, delib. n. 6/2005, sez. Campania, delib. n. 9/2005 e sez. riunite per la regione Sicilia, delib. n. 9/2005 ●