



CORTE DEI CONTI

SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER LA LOMBARDIA

composta dai magistrati:

dott. Marcello Degni	Presidente f.f. (Relatore)
dott.ssa Laura De Rentiis	Consigliere
dott.ssa Vittoria Cerasi	Consigliere
dott.ssa Maura Carta	Consigliere
dott.ssa Alessandra Cucuzza	I Referendario
dott. Giuseppe Vella	Referendario
dott.ssa Rita Gasparo	Referendario
dott. Francesco Liguori	Referendario
dott.ssa Valeria Fusano	Referendario
dott.ssa Adriana Caroselli	Referendario
dott. Francesco Testi	Referendario
dott.ssa Giulia Ruperto	Referendario

nella Camera di consiglio del 1° dicembre 2022, ha assunto la seguente

DELIBERAZIONE

nei confronti dell'Università degli studi di Brescia sull'istanza di parere ai sensi dell'art. 5, commi 3 e 4 del d. lgs. 19 agosto 2016 n. 175, come modificato dall'art. 11 della legge 5 agosto 2022, n. 118.

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, recante “Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3”, in particolare l’art. 7, comma 8;

VISTO il d.lgs. 19 agosto 2016 n. 175;

VISTO l’art. 5, commi 3 e 4 del d.lgs. 19 agosto 2016 n. 175, come modificato dall’art. 11 della legge 5 agosto 2022, n. 118;

VISTA la nota prot. N. 17869 del 28 ottobre 2022, pervenuta a mezzo pec, acquisita in pari data al protocollo di questa Sezione con la quale il responsabile ha trasmesso la delibera n. 306 del CDA del 18 ottobre 2022, con cui si approva di autorizzare la costituzione della Società Lifescience Innovation Good Healthcare Technology (LIGHT) S.c.a.r.l.”, ai fini dell’acquisizione del parere prescritto dall’art. 5, commi 3 e 4 del d. lgs. 19 agosto 2016 n. 175, come modificato dall’art. 11 della legge 5 agosto 2022, n. 118;

Udito il Relatore, dott. Marcello Degni.

PREMESSO

Con nota prot. n. 17869 del 28 ottobre 2022, acquisita in pari data al protocollo di questa Sezione, il responsabile ha trasmesso la delibera del CDA dell’Università degli Studi di Brescia del 18 ottobre 2022 n. 306, con cui si approva la Costituzione della società Lifescience Good Healthcare Technology (LIGHT) s.c.a.r.l..

Prima di esaminare la suddetta deliberazione occorre richiamare e interpretare il quadro normativo di riferimento.

Il comma 3 dell’art. 5 d. lgs. 19 agosto 2016 n. 175, come modificato dall’art. 11 della legge 5 agosto 2022, n. 118, recita: *«L'amministrazione invia l'atto deliberativo di costituzione della società o di acquisizione della partecipazione diretta o indiretta all' Autorità garante della concorrenza e del mercato, che può esercitare i poteri di cui all'articolo 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287, e alla Corte dei conti, che delibera, entro il termine di sessanta giorni dal ricevimento, in ordine alla conformità dell'atto a quanto disposto dai commi 1 e 2 del presente articolo, nonché dagli articoli 4, 7 e 8, con particolare riguardo alla*

sostenibilità finanziaria e alla compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa. Qualora la Corte non si pronunci entro il termine di cui al primo periodo, l'amministrazione può procedere alla costituzione della società o all'acquisto della partecipazione di cui al presente articolo».

La novella normativa, stante la specificazione dei “parametri” ai quali la competente Sezione della Corte dei conti deve attenersi in sede di adozione del “parere”, impone a questo Collegio di soffermarsi preliminarmente su alcuni profili in ordine alla individuazione della Sezione di controllo competente, all’ambito di applicazione dell’art. 5 Tusp, alla natura delle funzioni esercitate dalla Sezione che adotta il “parere”, alle “procedure” previste per l’adozione della delibera, agli “effetti” della pronuncia adottata e ai “parametri” ai quali deve attenersi la Sezione competente in sede di adozione della deliberazione.

I) Individuazione della Sezione della Corte dei conti competente.

Il primo periodo del quarto comma dell’art. 5 del Tusp afferma che *«Ai fini di quanto previsto dal comma 3, per gli atti delle amministrazioni dello Stato e degli enti nazionali sono competenti le Sezioni Riunite in sede di controllo; per gli atti delle regioni e degli enti locali, nonché dei loro enti strumentali, delle università o delle altre istituzioni pubbliche di autonomia aventi sede nella regione, è competente la Sezione regionale di controllo; per gli atti degli enti assoggettati a controllo della Corte dei conti ai sensi della legge 21 marzo 1958, n. 259, è competente la Sezione del controllo sugli enti medesimi».*

Sui profili di competenza a conoscere degli atti di costituzione di società o acquisizione di partecipazioni societarie si sono pronunciate le Sezioni Riunite in sede di controllo.

Sul punto, le Sezioni riunite hanno osservato che l’art. 5, comma 4, del TUSP *«anche dopo la riformulazione operata dall’art. 6, c. 1, lett. c) d.lgs. n. 100 del 2017, ripartisce la competenza, ai fini dell’esame degli atti di costituzione di società o acquisizione di partecipazioni societarie, tra le Sezioni riunite in sede di controllo (“per gli atti delle amministrazioni dello Stato e degli enti nazionali”), le Sezioni regionali di controllo (“per gli atti delle regioni e degli enti locali, nonché dei loro enti strumentali, delle università o delle altre istituzioni pubbliche di autonomia aventi sede nella regione”) e la Sezione controllo Enti*

("per gli atti degli enti assoggettati a controllo della Corte dei conti ai sensi della legge n. 259 del 1958")» (C. Conti, Sez. riun. in sede di controllo n. 16/SSRRCO/QMIG/2022).

II) Ambito di applicazione dell'art. 5 Tusp.

L'ambito di applicazione dell'art. 5 Tusp impone di affrontare tre differenti questioni ermeneutiche che differiscono tra loro, a seconda della prospettiva con la quale si esamina la norma in discorso, per definirne il perimetro applicativo.

La prima prospettiva dalla quale l'interprete del caso concreto deve esaminare l'art. 5 cit. è quella della natura del Soggetto di diritto privato rispetto al quale l'Ente pubblico assume la volontà di entrare in "partecipazione". Sotto questo profilo, ad avviso di questa Sezione, è evidente che il **Soggetto partecipato** interessato dalla delibera di acquisizione o costituzione debba necessariamente essere qualificabile come organismo di cui ai titoli V e VI, capo I, del libro V del codice civile (art. 2, comma 1 lettera l, del d.lgs. n. 175/2016). La Sezione, pertanto, con riferimento alla determinazione di un ente locale di costituire un organismo partecipato ha escluso l'applicabilità del Tusp (e, quindi, dell'art. 5 cit.) per l'atto di costituzione di un consorzio non qualificabile come società consortile ai sensi dell'art. 2615 *ter* c.c. (cfr. Lombardia/143/2022/PAR del 6 ottobre 2022 e Lombardia/144/2022/PAR del 6 ottobre 2022, nonché C. conti, Sez. contr. Lombardia, del. n. 161 del 25.10.2022).

La seconda verifica che l'interprete del caso concreto deve compiere va effettuata nella prospettiva dell'**Amministrazione socia** che adotta l'atto di costituzione o di acquisizione nell'Organismo societario.

Davanti alle Sezioni regionali di controllo sono legittimati ad avanzare richiesta di parere ai sensi del comma 3, dell'art. 5 cit., i soggetti espressamente individuati dal comma 4 dello stesso articolo: le regioni, gli enti locali (comuni, province, città metropolitane, comunità montane, unione di comuni), i loro enti strumentali, le Università e le altre istituzioni pubbliche di autonomia aventi sede nella regione.

La terza verifica, infine, va affrontata definendo l'**oggetto** del "parere", ossia quali sono gli "atti" adottati dall'Amministrazione socia che devono essere trasmessi alla Sezione della Corte dei conti per la verifica di "conformità" come disciplinata dall'art. 5 del TUSP.

Per comprendere l'oggetto della verifica di conformità che è chiamata ad esprimere la Sezione di controllo competente -ossia, per chiarire quale sia l'atto deliberativo di costituzione di una società o di acquisizione di una partecipazione (diretta o indiretta) suscettibile di esame-, come affermato dalle Sezioni Riunite in sede di controllo, bisogna preliminarmente procedere all'inquadramento sistematico della novella dell'art. 5 Tusp. In particolare, *«l'esercizio dell'autonomia contrattuale da parte di un soggetto pubblico attraverso il diritto societario, sia in fase di creazione di un nuovo soggetto di diritto sia in sede di acquisizione di una partecipazione in un'entità già esistente, è un processo che si articola in due fasi: la prima ha carattere pubblicistico ed è finalizzata a pervenire alla determinazione della volontà dell'ente di acquisire la veste di socio in uno dei tipi societari, tra quelli ammessi dal TUSP; la seconda, avente rilevanza privatistica, è volta a tradurre in attuazione la determinazione amministrativamente assunta, attraverso gli strumenti del diritto societario (quali l'atto costitutivo e lo statuto, il contratto di acquisto della partecipazione in via diretta o mediante aumento di capitale).*

Tale distinzione costituisce ius receptum nella giurisprudenza sia della Corte di Cassazione (Corte di Cassazione ordinanze n. 5424/2021 e n. 21588/2013, nonché Corte di Cassazione sentenza n. 30167/2011) sia del giudice amministrativo (Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 7030/2018), rappresentando anche il punto di confine tra le due giurisdizioni, essendo rimesso al giudice amministrativo il controllo giudiziale della prima fase, mentre quello sulla seconda, avente ad oggetto l'attuazione privatistica, alla giurisdizione ordinaria.

La funzione attribuita alla Corte dei conti dalla novella legislativa si colloca proprio nel passaggio tra le due fasi, con il chiaro intento di sottoporre a scrutinio i presupposti giuridici ed economici della scelta dell'Amministrazione, prima che la stessa venga attuata mediante gli strumenti del diritto privato; ciò in ragione delle rilevanti conseguenze che la nascita di un nuovo soggetto societario o l'intervento pubblico in una realtà già esistente determina sotto molteplici profili. In primo luogo, l'atto deliberativo assume rilevanza sul piano del diritto privato (Corte cost. n. 227/2020); si pensi al riguardo alle conseguenze che la mancanza o l'invalidità dell'atto amministrativo deliberativo produce in termini di nullità ex art. 2332 c.c. della società neocostituita, ove esso riguardi una partecipazione essenziale ai fini del conseguimento dell'oggetto sociale (art. 7, c. 6, TUSP), ovvero in termini di inefficacia del

contratto di acquisto delle partecipazioni (art. 8, c. 2, TUSP). Per altro verso, l'intervento pubblico in una realtà societaria rischia di alterare il meccanismo concorrenziale del mercato (Corte costituzionale sentenza n. 251/2016) e si riverbera sulla finanza pubblica, impegnando risorse derivanti dal bilancio dell'Amministrazione. In questa prospettiva, gli interventi del legislatore in materia di società partecipate si inquadrano nel novero delle politiche di spending review, con un chiaro intento di assicurare una più efficiente gestione e razionalizzazione delle partecipazioni al fine di una riduzione del loro costo per i bilanci pubblici (Corte costituzionale sentenza n. 194/2020). Il TUSP, infatti, punta a contrastare l'aumento ingiustificato del ricorso alle partecipazioni pubbliche, con inefficienze gestionali gravanti, in ultima analisi, sui bilanci degli enti partecipanti (Corte costituzionale n. 86/2022).

È alla luce di tale inquadramento che assumono pieno significato le disposizioni dell'art. 5 TUSP le quali impongono un rigoroso onere di motivazione analitica dell'atto in discorso, ora sottoponendolo all'esame della Corte dei conti, per intercettare tempestivamente eventuali criticità, esprimendo valutazioni che potrebbero emergere in sede di controllo sui piani di razionalizzazione ex art. 20 TUSP» (C. Conti, Sez. riun. in sede di controllo n. 16/SSRRCO/QMIG/2022).

In conclusione, l'oggetto di verifica, ai sensi dell'art. 5 TUSP, «è l'atto deliberativo di "costituzione di una società a partecipazione pubblica" (anche nei casi di cui all'art. 17, società miste pubblico-privato) o di "acquisto di partecipazioni, anche indirette, da parte di amministrazioni pubbliche in società già costituite" (eccetto le fattispecie in cui la costituzione di una società o l'acquisto di una partecipazione, anche attraverso aumento di capitale, avvenga in conformità a espresse previsioni legislative). È infatti rispetto a tali tipologie di atto che il comma 3 dell'art. 5 TUSP impone all'Amministrazione pubblica procedente l'obbligo di invio, contestualmente, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato e alla Corte dei conti» (C. Conti, Sez. riun. in sede di controllo n. 16/SSRRCO/QMIG/2022).

III) Natura delle funzioni esercitate dalla Sezione competente della Corte dei conti che adotta il "parere" ex art. 5 Tusp.

Le funzioni di controllo della Corte dei conti si sviluppano in una pluralità di modelli che possono essere ricondotti ad un coerente quadro sistematico alla luce

dei principi e della giurisprudenza costituzionale. Le tipologie di controlli indicate dall'art. 100 Cost. non sono tassative, tant'è che negli ultimi decenni il legislatore ha implementato le funzioni di controllo (come il controllo successivo di legittimità *ex* d.lgs. n. 123/2011 e il c.d. controllo concomitante, *ex* art. 11, comma 2, l. 4 marzo 2009, n. 15, nonché ai sensi dell'art. 22 D.L. 16/07/2020, n. 76).

I diversi modelli nei quali si esplicano le funzioni di controllo *ex* art. 100 Cost. si differenziano quanto ai soggetti controllati, alle procedure e alle modalità con le quali la Corte dei conti esercita le sue funzioni, nonché si differenziano sotto il profilo degli effetti della deliberazione adottata dalla medesima Sezione (in questo senso, *ex multis* C. conti, Sez. contr. Lombardia, del. n. 161 del 25.10.2022).

Sulla qualificazione della natura delle funzioni esercitate dalle Sezioni di controllo in sede di adozione della deliberazione *ex* art. 5 Tusp, il dato normativo contenuto nel comma 4, laddove definisce come “parere” la pronuncia che conclude l'attività di controllo della Corte dei conti, *«presenta profili non del tutto in linea con la disciplina della generale funzione consultiva attribuita alla Corte dei conti (art. 7, comma 8, legge n. 131 del 2003) in virtù della quale gli enti territoriali possono chiedere pareri in materia di contabilità pubblica in ordine all'interpretazione, generale e astratta, di norme contabili e finanziarie (cfr., per tutte, Sezioni riunite, deliberazione n. 54/2010/QMIG). Anche la nuova funzione, che l'art. 46 legge n. 238 del 2021, rubricato “sviluppo della funzione consultiva”, intesta alle Sezioni riunite in sede consultiva (e non ancora oggetto di applicazioni giurisprudenziali), sembra avere, quale presupposto legittimante l'istanza, la presenza di “fattispecie di valore complessivo non inferiore a un milione di euro” (riferite a risorse stanziare dal PNRR e ai fondi complementari al PNRR), ma, quale contenuto, la resa di un parere nelle “materie di contabilità pubblica”, afferente, alla luce dell'analoga formulazione letterale, all'interpretazione, generale e astratta, di norme del diritto contabile o finanziario, potenzialmente applicabili alla fattispecie prospettata»* (C. Conti, Sez. riun. in sede di controllo n. 16/SSRRCO/QMIG/2022).

Le Sezioni Riunite, poi, sempre per escludere che si sia in presenza dell'esercizio di una “funzione consultiva” aggiungono che *«per l'espressione del parere da parte della magistratura contabile, è necessario che l'attività, amministrativa o negoziale, oggetto*

dell'istanza non sia stata già posta in essere dall'Amministrazione richiedente, essendo la funzione consultiva strumentale all'adozione di atti corretti dal punto di vista contabile (e del rispetto delle norme di finanza pubblica); la stessa non può portare ad avallare ex post scelte già compiute, estrinsecantisi in atti già perfezionati o contratti già stipulati (cfr. deliberazione n. 17/SEZAUT/2020/QMIG, nonché la costante giurisprudenza delle sezioni regionali di controllo, per tutte, Lombardia, deliberazioni n. 62, 290 e 421/2016/PAR). La richiamata attività consultiva, peraltro, non prevede termini per il suo esercizio, a differenza di quanto prescritto dal novellato art. 5, comma 3, TUSP» (C. Conti, Sez. riun. in sede di controllo n. 16/SSRRCO/QMIG/2022).

Esclusa la riconducibilità alla funzione consultiva, le Sezioni riunite -sempre per esclusione- affermano che la delibera ex art. 5 Tusp «sembrerebbe presentare punti di contatto con le procedure, i tempi e gli effetti (in caso di superamento del termine) del controllo preventivo di legittimità. Tuttavia, in assenza di una chiara ed espressa previsione in tal senso, non appare possibile ricondurre la nuova funzione al controllo preventivo di legittimità, puntualmente disciplinato in ordine a tipologia di atti assoggettati, autorità emanante, procedura istruttoria, termini ed esiti dall'art. 3 della legge n. 20 del 1994 e norme ivi richiamate (su tutte, quelle degli artt. 17, e seguenti, del regio decreto n. 1214 del 1934). Peraltro, il controllo preventivo di legittimità interviene su un atto già perfetto, ma non efficace, mentre, nel caso di specie, l'esame appare incentrato su un atto già perfetto ed efficace, per il quale sussiste, nel lasso temporale concesso alla Corte per l'esame, e al massimo per sessanta giorni, un impedimento temporaneo alla sua esecuzione (stipula del contratto di costituzione societaria o di acquisto di partecipazioni) in conformità al principio generale di cui all'art. 21-quater, c. 1, della legge n. 241 del 1990» (C. Conti, Sez. riun. in sede di controllo n. 16/SSRRCO/QMIG/2022).

Detto ciò, le Sezioni riunite concludono affermando che la delibera ex art. 5 Tusp debba essere attratta "alla funzione di controllo". A sostegno di detta conclusione, la delibera che si pronuncia sulle questioni di massima, evidenzia i seguenti elementi:

1. «la rubrica dell'art. 12 della legge n. 118 del 2022 che ha introdotto la disciplina qui all'esame. Tale norma è intitolata "Modifica della disciplina dei controlli sulle società a partecipazione pubblica" e in tali termini si esprime anche la relazione illustrativa

all'iniziale disegno di legge, esplicitando la voluntas del legislatore in questa direzione. In secondo luogo, in base alla novella normativa, il pronunciamento della Corte dei conti interviene non prima (come per l'attività consultiva), ma dopo che l'Amministrazione abbia perfezionato l'atto deliberativo di costituzione o di acquisizione della partecipazione (diretta o indiretta), per la traduzione del quale nelle forme del diritto societario, tuttavia, la legge richiede il decorso di un predeterminato lasso temporale, sessanta giorni, funzionale all'esame da parte della Corte dei conti» (C. Conti, Sez. riun. in sede di controllo n. 16/SSRRCO/QMIG/2022).

2. Una lettura sistematica della novella, introdotta dalla legge n. 118 del 2022, impone di considerare *«il complessivo ruolo assegnato alla Corte dei conti in materia di società a partecipazione pubblica; quest'ultima è chiamata a pronunciarsi, con funzione di controllo, fra gli altri, sulle revisioni periodiche ex art. 20 TUSP (nonché, in precedenza, sulla razionalizzazione straordinaria ex art. 24 TUSP). Peraltro, la verifica sugli atti di costituzione o acquisizione di partecipazioni societarie era stata qualificata, in vigenza dell'abrogato articolo 3, commi 27 e 28, della legge n. 244 del 2007, in termini di controllo (cfr., per esempio, Sezione regionale di controllo per la Lombardia n. 44/2012/PRSE, n. 263/2011/PRSE e n. 830/2011/PRSE). Coerentemente la citata deliberazione di queste Sezioni riunite in sede di controllo n. 1/SSRRCO/AUD/22, ai paragrafi 3.3 e 3.4, aveva ricondotto la funzione nell'ambito dell'attività di controllo» (C. Conti, Sez. riun. in sede di controllo n. 16/SSRRCO/QMIG/2022).*

Ad ogni buon conto, stante «l'espressa qualificazione della pronuncia della Corte dei conti, da parte del legislatore, quale "parere" ha conferito una fisionomia atipica ad una funzione di controllo su un atto specifico e concreto, di cui la norma individua anche i parametri di riferimento. Tale qualificazione dell'esito della pronuncia in termini di parere, invero, appare funzionale all'obiettivo del legislatore di ottenere un vaglio tempestivo, da parte della Corte dei conti, sull'operazione di costituzione o acquisto della partecipazione societaria, senza, tuttavia, attribuire effetti preclusivi a quest'ultimo (diversamente, quindi, da quanto sarebbe accaduto

in caso di richiamo agli schemi tipici del controllo preventivo di legittimità o al controllo successivo con effetti interdittivi).

Infatti, da un lato, il pronunciamento della Corte dei conti deve intervenire entro un arco temporale predeterminato (sessanta giorni), con facoltà, in difetto, per l'Amministrazione di procedere ugualmente; dall'altro, ove il parere della Corte dei conti sia "in tutto o in parte negativo", l'Amministrazione, previo onere di motivazione rafforzata ("analitica"), evidenziando le puntuali ragioni che l'abbiano indotta a discostarsi, può ugualmente costituire la società o acquisire la partecipazione.

In conclusione, la pronuncia esitante nel parere previsto dall'art. 5, comma 4, del d.lgs. n. 175 del 2016 postula l'espletamento di una peculiare attività di controllo di cui il legislatore individua i tempi, i parametri di riferimento e gli esiti» (C. Conti, Sez. riun. in sede di controllo n. 16/SSRRCO/QMIG/2022).

A prescindere dalle sin qui riportate indicazioni delle Sezioni riunite in sede di controllo, questa Sezione si era già espressa sulla natura della funzione di controllo in questione nel senso che «*indipendentemente dalla qualificazione di cui al comma 4 dell'art. 5 TUSP, che definisce come "parere" l'esito dell'attività svolta dalla Corte, sembra chiaro che il legislatore abbia voluto attribuire una funzione di controllo su uno specifico atto amministrativo, avendo esplicitato, al comma 3 dello stesso articolo, che la Corte delibera "in ordine alla conformità dell'atto a quanto disposto dai commi 1 e 2 del presente articolo nonché degli artt. 4, 7 e 8, con particolare riguardo alla sostenibilità finanziaria e alla compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa*» (C. conti, Sez. contr. Lombardia, del. n. 161 del 25.10.2022). Inoltre, «*nel rendere i pareri che vengono richiesti ex art. 5 Tusp*», la Sezione si deve «*mantenere nell'ambito di una lettura costituzionalmente orientata della norma, non può dare indicazioni o esprimere considerazioni che si risolvano in una sorta di "cogestione" con l'Amministrazione, né può esprimere ex ante valutazioni che presuppongano necessariamente l'avvenuta gestione della costituenda Società o la conoscenza degli esiti dell'acquisizione di partecipazione in società già costituita*» (C. conti, Sez. contr. Lombardia, del. n. 161 del 25.10.2022).

IV) Le procedure per l'adozione del parere ai sensi dell'art. 5 Tusp.

Sotto il profilo della “tempistica”, la norma di legge in esame indica il termine per l’adozione della deliberazione da parte delle Sezioni di controllo competenti: la Corte dei conti «*delibera (..) entro il termine di sessanta giorni dal ricevimento*» (terzo comma art. 5) e «*la segreteria della Sezione competente trasmette il parere, entro cinque giorni dal deposito, all'amministrazione pubblica interessata, la quale è tenuta a pubblicarlo entro cinque giorni dalla ricezione nel proprio sito internet istituzionale*» (secondo periodo del quarto comma dell’art. 5).

V) Gli “effetti” della mancata pronuncia da parte della Corte dei conti o della deliberazione in tutto o in parte negativa, ex art. 5 Tusp.

L’ultimo periodo del terzo comma recita testualmente: «*Qualora la Corte non si pronunci entro il termine di cui al primo periodo, l'amministrazione può procedere alla costituzione della società o all'acquisto della partecipazione di cui al presente articolo*».

Il terzo periodo del quarto comma dell’art. 5 del Tusp, poi, aggiunge: «*In caso di parere in tutto o in parte negativo, ove l'amministrazione pubblica interessata intenda procedere egualmente è tenuta a motivare analiticamente le ragioni per le quali intenda discostarsi dal parere e a dare pubblicità, nel proprio sito internet istituzionale, a tali ragioni*».

VI) Parametri ai quali deve attenersi la Sezione competente nel valutare la conformità dell’atto trasmesso.

Come già affermato da questa Sezione (C. conti, Sez. contr. Lombardia, del. n. 161 del 25.10.2022), con una clausola generale di “chiusura” delle diverse disposizioni che conformano l’autonomia negoziale di una amministrazione pubblica che intenda costituire una nuova società o aderire ad un organismo societario già costituito, il terzo comma dell’art. 5 cit. afferma che con la deliberazione la Corte dei conti competente si pronuncia sulla «**conformità dell'atto** a quanto disposto dai commi 1 e 2 del presente articolo, nonché dagli articoli 4, 7 e 8, con particolare riguardo alla sostenibilità finanziaria e alla compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa».

L'individuazione dei parametri per la verifica di conformità, dunque, impone un rinvio dinamico alle molteplici disposizioni di legge richiamate che, a loro volta, talvolta prescrivono una verifica di mera "conformità a legge", mentre, altre volte, prescrivono una verifica di conformità in termini di "sana gestione finanziaria". Per una esposizione più chiara dei parametri di seguito enumerati, sin da ora, si evidenzia che impongono una mera verifica di "conformità a legge" della deliberazione oggetto di esame, il parametro della compatibilità tra l'oggetto sociale e le finalità istituzionale dell'ente (*lett. a che segue*), quello sulla compatibilità alla normativa comunitaria sui c.d. aiuti di Stato (*lett. d che segue*) e quello sul rispetto delle prescrizioni contenute negli artt. 7 e 8 del Tusp (*lett. e che segue*); diversamente, sono parametri che interessano i profili di verifica di una "sana gestione finanziaria" quelli sulla convenienza economica e sulla sostenibilità finanziaria, anche sotto il profilo della gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato (*lett. b che segue*), nonché quello sulla compatibilità della scelta rispetto ai principi di efficienza, efficacia ed economicità (*lett. c che segue*).

Il rispetto di detti parametri deve essere principalmente rapportato all'**onere motivazionale** che incombe sull'Amministrazione che intende costituire una nuova società o acquisire partecipazioni in una società già costituita. D'altra parte, riconducendo a sistema l'art. 5 del Tusp, si nota come esso si ponga in linea con il principio generale immanente al nostro ordinamento secondo il quale ogni decisione amministrativa deve essere debitamente motivata (art. 1 l. n. 241/1990).

Come già affermato da questa Sezione (C. conti, Sez. contr. Lombardia, del. n. 161 del 25.10.2022), sin dalla sua originaria formulazione, l'art. 5 Tusp ha positivizzato i principi affermati dalla Magistratura contabile sotto la vigenza di altre normative che interessavano la materia delle partecipazioni societarie pubbliche: 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. È 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)» (ex multis C. conti, sez. contr. Lombardia/6/2017/VSG che richiama sez. contr. Lombardia deliberazioni n. 263/2011/PRSE, n. 19/2012/PAR e n. 220/2012/PAR).

Sulla portata di detto onere motivazionale, tra l'altro, la Magistratura contabile - proprio nella materia societaria di interesse per questa deliberazione- ha già avuto modo di specificare che esso non è assolto quando l'atto deliberativo contiene mere ripetizioni del dato legale o affermazioni apodittiche; al contrario, l'obbligo della motivazione può essere considerato compiuto anche se essa è sintetica, purché capace di disvelare l'iter logico e procedimentale attraverso il quale si è proceduto all'inquadramento della fattispecie nell'ipotesi astratta considerata dalla legge (*ex multis* C. conti, sez. contr. Lombardia/6/2017/VSG che richiama Sez. contr. Lombardia deliberazioni n. 975/2009, n. 830/2010 e 831/2010).

a) Adempimento dell'onere di motivazione analitica sulla compatibilità con i fini istituzionali dell'ente (art. 5, comma 1, Tusp).

Come già affermato da questa Sezione (C. conti, Sez. contr. Lombardia, del. n. 161 del 25.10.2022), la verifica sulla compatibilità finanziaria tra il modello societario prescelto e le finalità istituzionali dell'ente socio impone l'esame (stante il rinvio disposto dallo stesso art. 5 cit.) dell'art. 4 del Tusp.

Senza richiamare integralmente il contenuto dell'art. 4 cit., si ricorda che la disposizione in parola prescrive che le «*società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi*» devono essere «*strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali (...)*».

Con riferimento alla verifica della sussistenza del presupposto della "stretta inerenza" con le finalità istituzionali dell'ente-socio, in virtù del rinvio dinamico dell'art. 5 all'art. 4 Tusp, non si ravvisano novità rispetto al precedente quadro normativo che investiva la Corte dei conti dell'atto "a fini conoscitivi".

Come ricordato dalla Giurisprudenza amministrativa, l'art. 4 del Tusp impone «*un vincolo di scopo: possono essere costituite società ovvero acquisite o mantenute partecipazioni solo se l'oggetto dell'attività sociale – la produzione di beni e servizi – è strettamente necessaria al perseguimento delle finalità istituzionali del soggetto pubblico. L'art. 4, comma 2, precisa poi che, “nei limiti di cui al comma 1” e, dunque, nel rispetto del vincolo di scopo, possono essere costituite società o acquisite o mantenute partecipazioni*» che svolgano le attività indicate nel richiamato comma 2 cit. (Cons. St. sent. 23/01/2019, n. 578).

In buona sostanza, se l'oggetto sociale riguarda la produzione di beni e servizi “*non inerenti*” (ossia, non strettamente necessari al perseguimento delle finalità istituzionali), la partecipazione dell'Amministrazione nella compagine sociale è interdetta.

Ne consegue che, la «*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 di questa Sezione n. 147/2012/PAR e n. 531/2012/PAR)

Diversamente, per le «*società aventi quale oggetto sociale la produzione di servizi di interesse generale o funzioni di committenza*» ai sensi del codice degli appalti, «*la partecipazione è consentita ex lege, purché nell'ambito dei livelli di competenza dell'ente*» (*ex multis* C. conti, sez. contr. Lombardia/6/2017/VSG che richiama Sez. contr. Lombardia n. 124/2011/PAR).

A questo criterio di carattere generale per stabilire come effettuare la verifica sull'inerenza dell'oggetto sociale rispetto ai fini istituzionali dell'ente, devono aggiungersi tutte quelle **attività sociali che lo stesso Legislatore qualifica come di “interesse” per l'Amministrazione socia**. In buona sostanza, «*l'accertamento delle finalità perseguibili mediante l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche, in uno con i divieti imposti dall'art. 4 e le deroghe ivi contenute, comportano l'esame dell'oggetto sociale (che per espresso divieto non deve essere rivolto alla produzione di beni e servizi non*

strettamente necessari per il perseguimento delle finalità istituzionali dell'Ente procedente), e la rispondenza di quanto ivi indicato come scopo della società alle ipotesi espressamente contemplate dalla disposizione in esame, considerando le deroghe, anch'esse parimenti espresse, assentite dal legislatore» (C. conti, sez. contr. Veneto, del. n. 135/2022/ QMIG del 4 ottobre 2022).

Con riferimento a dette espresse previsioni normative (oltre, a quelle già indicate nelle lettere in cui si articola il secondo comma dell'art. 4 Tusp), a titolo non esaustivo, si segnala la recente novella (art. 25-bis, comma 1, D.L. 6 novembre 2021, n. 152, conv. con mod. dalla L. 29 dicembre 2021, n. 233) che ha introdotto, nel corpo normativo del Tusp, l'art. 4 bis (*Disposizioni speciali per lo svolgimento di attività di ricerca nell'ambito del Piano nazionale di ripresa e resilienza*): «Le attività di ricerca svolte dalle società a partecipazione pubblica e dagli enti pubblici di ricerca di cui all'articolo 1, comma 1, del decreto legislativo 25 novembre 2016, n. 218, per la realizzazione degli interventi compresi nel quadro di attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza rientrano tra quelle perseguibili dalle amministrazioni pubbliche ai sensi del comma 2 dell'articolo 4 del presente decreto».

In conclusione, con riferimento alla verifica del rispetto del parametro in discorso, questa Sezione ritiene che per le società che erogano servizi di interesse generale e per quelle società la cui attività è espressamente qualificata dal Legislatore di “interesse” per il socio pubblico, la verifica in merito all’adempimento motivazionale sarà limitata all’esistenza di una corrispondenza tra la competenza territoriale dell’ente socio e l’ambito territoriale di operatività della società partecipata.

Diversamente, in tutti gli altri casi, l’Amministrazione socia avrà l’onere di motivare “analiticamente” la stretta inerenza tra l’attività della società e le finalità istituzionali dell’ente medesimo.

- b) Adempimento dell’onere di motivazione analitica sulle “ragioni” e sulle “finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato” (art. 5, comma 1, Tusp).**

I parametri della “convenienza economica” e della “sostenibilità finanziaria” (come già affermato da questa Sezione con la deliberazione n. 161 del 25.10.2022), pur evocando criteri aziendalistici, devono essere rapportati all’adempimento dell’onere motivazionale che incombe sull’Amministrazione pubblica socia e non possono tradursi, per la Corte, in una compiuta analisi economica e finanziaria della documentazione inerente alla costituenda società o all’organismo societario già costituito che vede l’ingresso di un nuovo socio.

D’altra parte, se la verifica di conformità dell’atto che la Corte dei conti è chiamata a compiere implicasse un esame nel merito della documentazione economica/finanziaria/contabile posta a supporto della scelta discrezionale che l’ente ha manifestato la volontà di porre in essere, il “parere” reso dalla Sezione di controllo si tradurrebbe in una inammissibile forma di cogestione e di deresponsabilizzazione dell’azione amministrativa.

Come per gli altri parametri di mera conformità al dato normativo, dunque, anche per questi che richiamano concetti tipici dei controlli sulla “sana gestione finanziaria”, questa Sezione di controllo si soffermerà sulla verifica dell’adempimento dell’onere motivazionale da parte dell’ente che manifesta la volontà di diventare socio. Più nello specifico, la motivazione sulla “scelta” dell’Amministrazione di acquisire la posizione soggettiva di “socio”, come si evince dal testo della norma, deve investire tre profili:

- i) in punto di “convenienza economica”;
- ii) in punto di “sostenibilità finanziaria”;
- iii) in punto di modalità della scelta della “gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato”.

b.i) La motivazione sulla convenienza economica.

Come evidenziato dalle Sezioni riunite in sede di controllo, la nozione delle “ragioni di convenienza economica sottese alla scelta di fare ricorso allo strumento societario” trova una sua «definizione nel Codice dei contratti pubblici, il quale, all’articolo 3, comma 1, lettera fff), descrive la convenienza economica, sempre in tema di contratti di concessione e di operazioni di partenariato, come “la capacità del progetto di creare valore

nell'arco dell'efficacia del contratto e di generare un livello di redditività adeguato per il capitale investito".

In ambito di costituzione di una società o di acquisizione di partecipazioni in un soggetto societario esistente, la valutazione di convenienza economica implica che la motivazione dia conto sia della funzionalità della soluzione rispetto alle esigenze e agli obiettivi dell'Amministrazione (profilo dell'efficacia) sia del corretto impiego delle risorse pubbliche (ottica dell'efficienza ed economicità). In merito al primo versante, la motivazione deve rendere note le finalità perseguite mediante lo strumento societario, non solo sotto il profilo della redditività del capitale investito espressa nel BP, ma anche con riguardo ai vantaggi conseguibili in termini di obiettivi di policy, eventualmente sintetizzabili in indicatori di output e outcome. Quanto al secondo profilo, è lo stesso art. 5, c. 1, del TUSP ad esplicitare i termini della valutazione, che dovrà avere ad oggetto il confronto con altre soluzioni gestionali, come la gestione diretta oppure la completa esternalizzazione mediante affidamento del servizio, ove tali strade siano percorribili. Ciò dovrà avvenire comparando i benefici e i costi attualizzati delle singole soluzioni possibili» (C. Conti, Sez. riun. in sede di controllo n. 16/SSRRCO/QMIG/2022).

A quanto sin qui affermato dalle Sezioni riunite, si aggiunga, come già affermato da questa Sezione (C. conti, Sez. contr. Lombardia, del. n. 161 del 25.10.2022), che la motivazione sulla "convenienza economica", anche se sintetica, deve essere idonea a rappresentare le ragioni per le quali l'Amministrazione pubblica che intende acquisire la qualifica di socio abbia deciso di avvalersi di quello specifico modello organizzativo di diritto privato (ossia, un ente di diritto privato avente lo scopo di lucro o consortile). Detta scelta si articola in un duplice passaggio logico.

In primo luogo, la "convenienza economica" deve essere messa in evidenza rispetto alla preliminare scelta discrezionale che l'Amministrazione pubblica compie: la decisione di svolgere, attraverso un organismo societario, una attività di produzione di beni o di servizi necessaria per il perseguimento dei suoi fini istituzionali. Detta valutazione interessa tutti gli organismi societari, a prescindere che questi siano deputati alla produzione di beni o alla erogazione di servizi.

In secondo luogo, quando la scelta di diventare socio interessa un organismo che eroga un servizio, la “convenienza economica” deve essere esplicitata anche sotto il profilo della modalità di scelta dell'erogazione del servizio. Questa seconda valutazione sulla modalità di gestione del servizio, dunque, interessa solo le società erogatrici di servizi (vedi punto *b.iii* che segue).

Chiarito che il profilo della “convenienza economica” sulla scelta della modalità di gestione del servizio verrà trattato dopo, l'Ente per giustificare la “convenienza economica” della sua scelta di diventare socio dovrà, quanto meno, avvalersi dei parametri indicati dall'art. 20 del Tusp in materia di razionalizzazione delle partecipazioni. D'altra parte, sarebbe priva di giustificazione, sotto il profilo della convenienza economica, la costituzione di una società (o l'acquisizione di partecipazioni in una società) che abbia già in sé elementi sindacabili dalla Corte dei conti in sede di esame del piano di razionalizzazione. Ne consegue che, prima di effettuare la scelta di diventare socio, sarebbe auspicabile che l'ente desse conto di aver effettuato le valutazioni che seguono.

- a) Una analisi delle proprie partecipazioni (anche in organismi partecipati diversi da quelli societari), onde evitare che l'ente finisca per possedere partecipazioni in società che svolgono attività analoghe o simili a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali (ossia, evitare le c.d. società “doppione”).

Con riferimento a questo criterio, la Magistratura contabile, pronunciandosi sull'art. 20 Tusp, ha affermato che il confronto *«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»* (C. conti, sez. contr. Lombardia/6/2017/VSG; Lombardia/92/2018/VSG del 21 marzo 2018).

L'elemento dirimente per valutare se si è in presenza di una società c.d. doppione non è *«da ricercare nella distinzione tra “oggetto sociale indicato nello statuto” e “attività concretamente svolta”, bensì, esercitando la discrezionalità amministrativa, l'ente deve motivare espressamente sulla scelta effettuata»* di costituire una nuova società e specificare di non essere in possesso di *«società che svolgono attività analoghe o simili*

a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali» (Lombardia/335/2017/PAR del 22/11/2017).

b) Un'analisi del prospetto della dotazione organica della società con l'indicazione dei dipendenti e il numero di amministratori.

Questa analisi dell'ente che intende diventare socio è prodromica ad evitare che l'ente stesso si trovi a costituire una società o ad acquisire partecipazioni in società «che risultino prive di dipendenti o abbiano un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti» (art. 20, comma 2, lett. b Tusp).

b.ii) La motivazione sulla sostenibilità finanziaria.

Come già affermato da questa Sezione, con la deliberazione n. 161 del 25 ottobre 2022, *«il concetto di “sostenibilità finanziaria” non deve essere limitato all’iniziale apporto di capitale sociale, ma deve essere esaminato anche nell’ottica della gestione dell’organismo societario onde evitare che non solo quell’iniziale apporto di capitale da parte dell’Amministrazione venga eroso, ma addirittura conduca l’Amministrazione socia a “soccorrere” finanziariamente la propria società.*

Con riferimento all’iniziale apporto di capitale, naturalmente, l’Ente nella propria deliberazione deve dar conto della copertura della spesa di investimento con i propri capitoli di bilancio».

Con riferimento alla verifica della esistenza di una adeguata motivazione sulla “sostenibilità finanziaria” in un’ottica dinamica (ossia, in una prospettiva della gestione della società stessa), invece, l’Ente deve compiere una ponderata verifica *ex ante* che lo porti ad escludere che ci siano le condizioni fattuali e/o giuridiche che possano far presupporre che l’andamento della società sarà quello di *«essere strutturalmente in perdita, attesa l’incompatibilità tra il ricorso allo strumento societario e risultati economici sistematicamente negativi»*. Detto principio, in una valutazione *ex post*, si tradurrebbe in un accertamento da parte della medesima Sezione di controllo della violazione del c.d. divieto di soccorso finanziario che, appunto, preclude alle amministrazioni pubbliche il sovvenzionamento di società in perdita strutturale (*ex multis* C. conti, sez. contr. Lombardia/6/2017/VSG che richiama sez. contr. Lombardia deliberazioni n. 263/2011/PRSE, n. 19/2012/PAR e n. 220/2012/PAR).

Anche le Sezioni riunite in sede di controllo hanno valorizzato il ruolo “centrale” - rispetto agli ulteriori ambiti valutativi riservati alla Corte dei conti- del parametro “di sostenibilità finanziaria”. In questo senso, le Sezioni riunite si sono avvalse della definizione di “sostenibilità” finanziaria contenuta nell’art. 3, comma 1, lettera fff), del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016) *«in merito all'equilibrio economico-finanziario delle concessioni o delle operazioni di partenariato pubblico-privato. Più specificatamente, in tale ambito la sostenibilità finanziaria indica “la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento”. Traslato nel campo degli investimenti societari, il concetto di sostenibilità finanziaria assume una duplice accezione: una di tipo oggettivo, concernente le caratteristiche proprie dell'operazione di investimento societario che l'Amministrazione intende effettuare; l'altra di carattere soggettivo, tesa a ponderarne gli effetti in relazione alla situazione finanziaria specifica dell'ente pubblico interessato.*

Sotto il primo versante, la sostenibilità finanziaria si riferisce alla capacità della società di garantire, in via autonoma e in un adeguato lasso temporale di previsione, l'equilibrio economico-finanziario attraverso l'esercizio delle attività che ne costituiscono l'oggetto sociale. Si tratta di un elemento che è espressione della nozione stessa d'impresa contenuta nell'art. 2082 c.c.; quest'ultima norma, infatti, richiama, tra i requisiti qualificanti la figura dell'imprenditore, l'esercizio di un'attività economica, ossia di un'attività fondata su un modello organizzativo e operativo idoneo a generare ricavi che remunerino i fattori produttivi utilizzati. Al riguardo, la giurisprudenza civilistica appare consolidata nel riconoscere, quale requisito oggettivo alla base della figura dell'imprenditore commerciale, “l'obiettiva economicità dell'attività esercitata, intesa quale proporzionalità tra costi e ricavi (c.d. lucro oggettivo)” (Cass. civ. Sez. VI, ordinanza. 12 luglio 2016, n. 14250). Ai fini della configurazione dell'impresa rileva quindi il “dato obiettivo inerente all'attitudine a conseguire la remunerazione dei fattori produttivi, rimanendo giuridicamente irrilevante lo scopo di lucro, che riguarda il movente soggettivo che induce l'imprenditore ad esercitare la sua attività con organizzazione degli elementi personali e materiali necessari per il funzionamento del servizio, e dovendo essere, invece, escluso il suddetto carattere imprenditoriale dell'attività nel caso in cui essa sia svolta in modo del tutto gratuito, dato che non può essere considerata

imprenditoriale l'erogazione gratuita dei beni o servizi prodotti" (Cass. n. 5766/1994, n. 16435/2003, n. 7725/2004 e, più di recente, Cass. n. 16612/2008).

Lo stesso requisito dell'esercizio di un'attività economica, rectius esercitata secondo il metodo economico come sopra definito dalla giurisprudenza, è poi richiamato nella nozione di contratto di società dall'art. 2247 c.c., quale elemento comune all'esercizio d'impresa in forma societaria, qualunque sia lo scopo-fine perseguito: sia esso lucrativo (divisione degli utili ex art. 2247 c.c.), mutualistico (art. 2511 c.c.) ovvero consortile (art. 2615-ter c.c.).

Nel caso delle società a partecipazione pubblica, poi, la valutazione della sostenibilità finanziaria prospettica dell'attività, intesa come idoneità a preservare l'equilibrio tra ricavi e costi, assume rilievo particolarmente pregnante, stanti le rigide limitazioni imposte dall'art. 14 TUSP al socio pubblico con riguardo agli interventi di sostegno finanziario alle società partecipate in difficoltà, in virtù del principio di legalità finanziaria e del divieto di soccorso finanziario generalizzato, ampiamenti sviluppati dalla giurisprudenza contabile (ex multis Corte conti sez. controllo per la Lombardia, n. 753/2010/PAR).

Così definita, la sostenibilità finanziaria sul piano oggettivo dell'operazione di investimento societario deve essere attentamente scandagliata dall'Amministrazione pubblica, nell'ambito del proprio iter istruttorio interno, facendo ricorso agli strumenti messi a disposizione dalle scienze aziendalistiche. Tra di essi, senza pretesa di esaustività, va richiamata la necessità che l'atto deliberativo di costituzione societaria o di acquisizione di partecipazioni sia quanto meno suffragato dallo sviluppo di un approfondito Business Plan (o di forme analoghe di analisi di fattibilità) dell'attività di impresa che si intende avviare o proseguire. Trattasi di uno strumento di programmazione sia strategica sia finanziaria che persegue la finalità di supportare le analisi di fattibilità tecnica ed economico-finanziaria concernenti investimenti complessi e di durata pluriennale, consistenti tanto in nuove iniziative imprenditoriali (start-up) quanto in acquisizioni di realtà esistenti o nella loro espansione.

Lo strumento del Business Plan (di seguito anche BP) è stato da tempo recepito dal legislatore, soprattutto nel settore delle agevolazioni all'impresa.

Quanto al relativo contenuto, il Business Plan (o altro documento equipollente), nella prospettiva della pianificazione aziendale, deve fornire gli elementi descrittivi relativi all'operazione societaria che si intende eseguire: nel caso di acquisto di partecipazioni, occorrerà

fornire un quadro della società in cui si intende investire, che ne riepiloghi l'evoluzione operativa ed economica degli ultimi esercizi; nel caso di nuova iniziativa sarà necessario esternare le linee generali del progetto, con particolare riferimento al contesto del mercato di riferimento, in termini di domanda potenziale e di offerta già esistente, e al posizionamento strategico che la società si prefigge di conseguire. Tali elementi costituiscono le ipotesi di fondo sulla base delle quali devono essere sviluppate le previsioni finanziarie, sia di conto economico (quindi riportando le stime dei costi e dei ricavi) sia relative ai cash flow complessivi, ossia ai flussi finanziari derivanti dalle varie aree gestionali (attività operativa, attività di investimento e attività di finanziamento come definiti nel principio contabile OIC 10 "Rendiconto finanziario"). Parimenti, l'esercizio di previsione deve riguardare la situazione patrimoniale prospettica della società che ci si accinge a costituire o partecipare, delineandone l'evoluzione delle attività (liquide, correnti o immobilizzate) e delle relative fonti di finanziamento (passività e patrimonio netto). Le previsioni del BP devono essere accompagnate da apposite note esplicative che, nel rispetto dei principi di trasparenza e chiarezza, ne espongano le ipotesi di sviluppo. Andrà in particolare esplicitata la natura dei ricavi (ad esempio se consistenti in trasferimenti pubblici o ricavi da prestazioni di beni e servizi) e la relativa struttura (quali le ipotesi circa la determinazione del fatturato in termini di volumi e i prezzi dei prodotti/servizi resi); specularmente dovrà essere descritta la composizione ed evoluzione dei costi, sia variabili sia fissi, con specifico riguardo a quelli strutturali, quali le esigenze di personale e gli oneri finanziari. Ciò anche al fine di mettere in luce il momento di pareggio aziendale (break even point) in cui il flusso atteso di ricavi sarà in grado di garantire la copertura dei costi complessivi stimati.

Nella prospettiva della trasparenza e della semplificazione, le proiezioni economico-finanziarie del BP possono essere opportunamente accompagnate dall'elaborazione di alcuni indicatori di bilancio, i quali restituiscono, in via sintetica, valutazioni sui principali aspetti gestionali: quali la redditività, la liquidità e l'indebitamento.

In questo quadro, il principio di prudenza richiama l'opportunità di integrare l'analisi del BP con l'individuazione dei rischi principali legati all'iniziativa, in grado di incidere sulle proiezioni finanziarie sviluppate. Ciò consente, attraverso l'analisi di sensitività, di definire

anche scenari alternativi, più avversi rispetto a quello di base utilizzato per le previsioni, mettendone in luce le conseguenze sui risultati delle stime effettuate.

Sotto il secondo profilo, come accennato, la sostenibilità finanziaria dell'operazione di costituzione o di acquisto di partecipazioni societarie deve essere valutata con riguardo alla situazione specifica dell'Amministrazione procedente. Dovrà, in tale sede, darsi conto della compatibilità degli investimenti finanziari iniziali e dei successivi trasferimenti eventualmente previsti nel BP con gli strumenti di bilancio, tenendo anche conto dei profili di onerosità indiretta eventualmente scaturenti dall'acquisizione della qualifica di socio, ad esempio quelli di carattere organizzativo per l'esercizio delle ordinarie funzioni di controllo sull'organismo partecipato (si pensi a titolo esemplificativo al sistema di controllo interno sulle società partecipate non quotate ai sensi dell'art. 147-quater del TUEL). In questo ambito valutativo, le amministrazioni locali devono considerare anche gli accantonamenti che saranno tenute a stanziare, ai sensi dell'art. 21 TUSP, a fronte di eventuali perdite evidenziate nel BP negli esercizi successivi a quello di costituzione della società o acquisizione della partecipazione» (C. Conti, Sez. riun. in sede di controllo n. 16/SSRRCO/QMIG/2022).

Al quadro generale sin qui delineato, questa Sezione, ad ogni buon conto, ritiene che la verifica sull'adempimento dell'onere motivazionale da parte dell'Amministrazione che intende diventare socia (con la costituzione di una nuova società o con l'acquisizione di una partecipazione in una società già costituita) può essere limitato ad una verifica che l'Amministrazione abbia esaminato il piano finanziario di una società da costituire o i bilanci d'esercizio di una società già costituita, nonché abbia fatto una puntuale analisi dei costi di funzionamento della struttura societaria. Con riferimento ai più specifici costi per la spesa del personale, tra l'altro, se si tratta di una società a controllo pubblico il comma 5, dell'art. 18 Tusp, fissa un puntuale obbligo in capo alle Amministrazioni socie: «*Le amministrazioni pubbliche socie fissano, con propri provvedimenti, obiettivi specifici, annuali e pluriennali, sul complesso delle spese di funzionamento, ivi comprese quelle per il personale, delle società controllate, anche attraverso il contenimento degli oneri contrattuali e delle assunzioni di personale e tenuto conto di quanto stabilito all'articolo 25, ovvero delle eventuali disposizioni*

che stabiliscono, a loro carico, divieti o limitazioni alle assunzioni di personale, tenendo conto del settore in cui ciascun soggetto opera».

Specularmente a detto obbligo in capo all'Amministrazione socia, «*Le società a controllo pubblico garantiscono il concreto perseguimento degli obiettivi di cui al comma 5 tramite propri provvedimenti da recepire, ove possibile, nel caso del contenimento degli oneri contrattuali, in sede di contrattazione di secondo livello*» (comma 6 del medesimo art. 18 Tusp).

b.iii) La motivazione sulla scelta della “gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato”.

Come anticipato, quando la scelta di diventare socio è effettuata con riferimento ad un organismo societario che eroga un servizio, la “convenienza economica” deve essere esplicita anche sotto il profilo della modalità di scelta dell'erogazione del servizio.

Il parametro in esame deve essere posto in stretta relazione anche con il secondo comma dell'art. 1, laddove il Legislatore afferma che la finalità del TUSP è anche quella della «tutela e promozione del mercato». Dunque, la scelta discrezionale dell'Ente che abbia deciso di produrre beni e servizi attraverso un organismo partecipato deve esplicitare le ragioni per le quali non ha avviato una procedura di gara.

Come già evidenziato dalle Sezioni Riunite (deliberazione n. 1/SSRRCO/AUD/22 del 25 febbraio 2022), il parametro della “convenienza economica”, con riferimento alla “gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato”, trova, in fase di affidamento del contratto, una sua specificazione sia nell'art. 16 del medesimo Tusp, sia nell'art. 192 del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016).

Come è noto, nel caso di servizi pubblici locali, le modalità di affidamento possono avvenire con procedura ad evidenza pubblica, costituzione di società mista e affidamento diretto. In quest'ultimo caso, in ragione del c.d. “vincolo di prevalenza”, il soggetto *in house* destina la maggior parte del proprio operato a favore dell'ente o degli enti che lo controllano. In quest'ottica, il legislatore indica una soglia quantitativa che viene fissata nella soglia di una percentuale non inferiore all'80%

dell'operato in favore degli enti controllanti (ove, ragionando, *a contrariis*, il 20% rappresenta il tetto massimo di attività potenzialmente destinabili a soggetti esterni e/o diversi rispetto alla pubblica amministrazione direttamente proprietaria ovvero per il tramite dello schermo di altra società pubblica da essa medesima controllata e verso la quale, però, sono pur sempre destinate le prestazioni del predetto ente proprietario).

L'attività prevalente deve permanere durante lo svolgimento dell'esercizio dell'impresa (non solo al momento dell'affidamento), tant'è che i commi 4, 5 e 6 dell'art. 16 Tusp disciplinano nel dettaglio i casi in cui detto requisito venga meno. Inoltre, quando il modello di affidamento prescelto è quello dell'*in house*, l'ente deve dare conto di essersi attenuto ai parametri indicati dall'art. 192 del codice degli appalti (d.lgs. n. 50/2016), giusto l'espresso rinvio contenuto del comma 7 dell'art. 16 del Tusp.

Ai sensi del secondo comma dell'art. 192 cod. app., le stazioni appaltanti, nella motivazione del provvedimento di affidamento *in house*, devono dare conto: 1) della congruità economica dell'offerta presentata per i nuovi servizi da gestire; 2) delle ragioni del conseguente mancato ricorso al mercato da parte dell'Amministrazione pubblica che intende acquisire la partecipazione (ossia, una motivazione "aggravata" sul "fallimento del mercato"); 3) dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche in riferimento agli obiettivi di universalità, socialità, efficienza, economicità e qualità del servizio, nonché l'ottimale impiego delle risorse pubbliche.

Con riferimento all'onere motivazionale in sede di "parere" *ex art. 5 Tusp*, tenuto conto della sfera di cognizione del Giudice amministrativo in caso di eventuale contenzioso sugli affidamenti *in house*, la Corte è chiamata a verificare più propriamente che l'ente abbia adottato una relazione in cui dia compiutamente atto di aver effettuato tutte le valutazioni prescritte dal comma 2 dell'art. 192 cod. app., comprese le ragioni del mancato ricorso al mercato.

c) Adempimento dell'onere di motivazione sulla "compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa" (art. 5, comma 1, Tusp).

Con riferimento a questo parametro, da un esame letterale della norma, viene in rilievo che l'onere motivazionale prescritto in capo all'Amministrazione sociale è temperato rispetto ai parametri precedenti, per i quali, invece, la norma richiede un'analitica motivazione. L'ente deve, comunque, "dare conto" della compatibilità del modello organizzativo prescelto con i parametri delle c.d. tre "E" (ossia, efficienza, efficacia ed economicità).

A riguardo, si osserva che nella realtà dei fatti la valutazione di questi parametri avrà una portata più o meno rilevante a seconda che l'atto in esame sia quello di "costituzione" di una nuova società o, diversamente, sia quello di acquisizione di una partecipazione in una società già operativa.

Solo in questa seconda ipotesi, infatti, l'efficienza della gestione societaria dovrà essere valutata dall'ente in rapporto ai risultati raggiunti dalla società anche in termini di *standard* qualitativi del servizio erogato.

d) Adempimento dell'onere di motivazione sulla "compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese". Verifica, qualora l'Amministrazione sia un ente locale, che "lo schema di atto deliberativo" sia stato sottoposto "a forme di consultazione pubblica, secondo modalità da essi stessi disciplinate" (art. 5, comma 2, Tusp).

La Corte di giustizia dell'Unione europea è il Giudice dell'Unione chiamato pronunciarsi sulle impugnazioni aventi ad oggetto i provvedimenti della Commissione europea con i quali viene valutata la compatibilità con il mercato interno di una misura nazionale qualificabile come aiuto di Stato.

In particolare, «l'art. 107 TFUE vieta, in linea di principio – dichiarandoli "incompatibili con il mercato interno" – "gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma" (formula che abbraccia pacificamente anche gli aiuti provenienti da

amministrazioni pubbliche non centrali, quali Regioni o altri enti territoriali) "che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza», «nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri» (Corte Cost., sent. n. 142/2018).

Il divieto non è, tuttavia, assoluto e incondizionato. Lo stesso art. 107 TFUE prevede, infatti, una serie di deroghe, distinguendole in due categorie: da un lato, le ipotesi di compatibilità “di pieno diritto”, ricorrendo le quali la Commissione non ha poteri discrezionali in merito (paragrafo 2); dall’altro, i casi di aiuti “potenzialmente compatibili”, i quali possono essere autorizzati all’esito di una valutazione discrezionale delle istituzioni europee (paragrafo 3).

Il successivo art. 108 TFUE prefigura una rigorosa procedura di controllo sulla compatibilità degli aiuti con la disciplina del Trattato, che vede come protagonista la Commissione e che si svolge con modalità diverse, secondo che si tratti di aiuti già esistenti ovvero di aiuti nuovi (nozione che abbraccia anche le modifiche di aiuti esistenti).

In base alla costante giurisprudenza della Corte di giustizia, la valutazione della compatibilità di un aiuto di Stato con il mercato interno rientra nella competenza esclusiva della Commissione, che opera sotto il controllo del giudice dell’Unione, con la conseguenza che ai giudici nazionali non è consentito pronunciarsi sul punto (*ex plurimis*, Corte di giustizia, sentenza 26 ottobre 2016, in causa C-590/14 P, Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE; sentenza 15 settembre 2016, in causa C-574/14, PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna SA; sentenza 19 marzo 2015, in causa C-672/13, OTP Bank Nyrt).

Chiarito che nell’attuazione del sistema del controllo sugli aiuti c.d. di Stato, ai Giudici nazionali spetta un ruolo “complementare e distinto” da quello degli Organi dell’Unione (Commissione Europea e Corte di giustizia), va altresì evidenziato che la delibera dell’Ente di costituzione della società o di acquisizione della partecipazione diretta o indiretta, contestualmente all’invio alla Sezione di controllo competente, deve essere trasmessa anche «all’Autorità garante della concorrenza e del mercato, che può esercitare i poteri di cui all’articolo 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287»; ossia specifici poteri di impugnazione (primo comma art. 21 bis cit.) e

specifici poteri di controllo sugli atti distortivi della concorrenza (in particolare, il secondo comma dell'art. 21 bis cit. stabilisce che l'AGCM «*se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette, entro sessanta giorni, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'Autorità può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni*»).

Dunque, in ragione dei diversi ambiti in materia riservati agli Organi dell'Unione (Commissione Europea e Corte di giustizia) e all'AGCM, ai fini della verifica dell'adempimento dell'onere motivazionale da parte dell'Amministrazione pubblica che assume il ruolo di socio in un organismo societario che eroga un servizio, questa Sezione ritiene che sia sufficiente verificare che l'ente abbia effettivamente esaminato la relazione *ex art. 34, comma 20, del D.L. 18 ottobre 2012 n. 179*. Con detta relazione, infatti, l'ente affidante, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, deve dare conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento diretto, definendo i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, nonché indicando le compensazioni economiche se previste (*“Per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste”*, comma 20 dell'art. 34 cit.).

Per completare l'esame del comma 2 dell'art. 5 Tusp, infine, si ricorda che, qualora l'Amministrazione che adotta la deliberazione di costituzione di una società sia un ente locale, la norma in discorso impone che “lo schema di atto deliberativo” venga

sottoposto “a forme di consultazione pubblica, secondo modalità da essi stessi disciplinate”.

e) Adempimento delle prescrizioni contenute nell’art. 7 Tusp quando si tratta di costituzione di nuove società e adempimento delle prescrizioni contenute nell’art. 8 Tusp quando si tratta di acquisizione di quote di società già costituite.

Si tratta di mere verifiche, in punto di legittimità/legalità.

In base al rinvio dell’art. 8 del Tusp ai primi due commi dell’art. 7, sia che si tratti di società da costituire, sia che si tratti di acquisizione di partecipazione di società già costituita, va verificato che la costituzione della società sia stata adottata dall’ente con delibera dell’Organo competente (art. 7, primo comma).

Diversamente, stante il mancato rinvio dell’art. 8 del Tusp ai commi tre e seguenti dell’art. 7, solo in caso di costituzione di nuova società vanno compiute queste ulteriori verifiche:

- 1) che l'atto costitutivo contenga gli elementi essenziali, *«come previsti dagli articoli 2328 e 2463 del codice civile, rispettivamente per le società per azioni e per le società a responsabilità limitata come previsti dagli articoli 2328 e 2463 del codice civile, rispettivamente per le società per azioni e per le società a responsabilità limitata»* (terzo comma dell’art. 7 cit.). In proposito, tuttavia, si rileva che in caso di costituzione di nuova società, poiché la delibera viene inviata preventivamente alla Sezione della Corte dei conti competente, difficilmente potrà essere compiuta detta verifica con riferimento al definitivo atto costitutivo che necessariamente deve avere la forma dell’atto pubblico;
- 2) che lo statuto societario che integra l’atto costitutivo della società sia conforme alle prescrizioni contenute nell’art. 11 Tusp (art. 7 comma 3);
- 3) che l’atto deliberativo sia stato pubblicato sul suo sito *internet* (art. 7, comma 4);
- 4) che, qualora all’atto costitutivo della società partecipino anche soggetti privati, la loro individuazione sia avvenuta con procedure di evidenza pubblica (art. 7, comma 5).

CONSIDERATO

Alla luce di quanto sin qui esposto-in punto di diritto, la Sezione procede all'esame nel merito dell'atto trasmesso ai sensi dell'art. 5 del TUSP, come novellato dall'art. 11 della legge 5 agosto 2022, n. 118.

a) Adempimento dell'onere di motivazione analitica sulla compatibilità con i fini istituzionali dell'ente (art. 5, comma 1, TUSP).

La delibera dell'ente in esame, nelle premesse, rileva che il Ministero dell'Università e della Ricerca ha pubblicato un "Avviso per la concessione di finanziamenti destinati alla realizzazione o ammodernamento di infrastrutture tecnologiche di innovazione" (D.R. 3265 del 28 dicembre 2021), da finanziare nell'ambito del PNRR Missione 4, "Istruzione e Ricerca" - Componente 2, "Dalla ricerca all'impresa" - Linea di investimento 3.1, "Fondo per la realizzazione di un sistema integrato di infrastrutture di ricerca e innovazione"; in particolare, l'avviso, rivolto alle università ed agli enti vigilati dal MUR, si è proposto di finanziare la creazione o l'ammodernamento di Infrastrutture Tecnologiche dell'Innovazione, ubicate in un unico sito o distribuite, concepite e realizzate per offrire strumentazioni, soluzioni e servizi tecnologici avanzati rivolti al mondo accademico, e imprenditoriale al fine di accrescerne la competitività (art. 5 D.R. 3265 del 28 dicembre 2021). Secondo quanto previsto, gli enti proponenti (università o enti vigilati) avrebbero dovuto coinvolgere soggetti privati che, individuati nel rispetto della normativa europea e nazionale, potessero cofinanziare l'iniziativa stessa per almeno il 51% dei costi ammessi, attraverso un'operazione di partenariato pubblico-privato (art. 4 co.2 e art. 6 co.2 D.R. 3265 del 28 dicembre 2021).

Più nello specifico, il progetto "Lifescience Innovation Good Healthcare Technology (LIGHT)" presentato dall'Università di Brescia al Ministero propone l'ammodernamento e la gestione di un'infrastruttura tecnologica dell'innovazione, con struttura diffusa, operante nei settori dell'intelligenza artificiale, scienza della vita e materiali avanzati. La sede principale dell'infrastruttura è individuata nella palazzina del CSMT, mediante la ristrutturazione ed il rifacimento di circa 1.800 mq

di laboratori, mentre le sedi accessorie sono dislocate presso le strutture dei partner privati (anche nel Sud Italia).

Alla luce di quanto precede, questa Sezione osserva che l'oggetto delle attività è di stretta inerenza con le finalità istituzionali dell'ente e che, quindi, è stato assolto l'analitico onere motivazionale prescritto dal combinato disposto degli artt. 4 e 5 del Tusp.

b) Adempimento dell'onere di motivazione analitica sulle "ragioni" e sulle "finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato" (art. 5, comma 1, Tusp).

In proposito si rileva che, per definire la compagine societaria sono state esperite le relative procedure selettive che hanno visto, a conclusione, il consolidamento di una compagine sociale per l'istituzione della società Lifescience Innovation Good Healthcare Technology (LIGHT) S.c.a.r.l. composta dall'Università degli Studi di Brescia nella misura del 49 %, di Antares Vision S.p.a. nella misura del 38%, di Dompè Farmaceutici S.p.a. nella misura del 13%.

c) Adempimento dell'onere di motivazione sulla "compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa" (art. 5, comma 1, TUSP).

Dalla deliberazione si evince che secondo gli impegni assunti verso il Ministero, la costituzione della società "Lifescience Innovation Good Healthcare Technology (LIGHT) S.c.a.r.l." costituisce un adempimento necessario per avviare il progetto di ammodernamento e gestione dell'infrastruttura tecnologica; la new.co LIGHT S.c.a.r.l. si propone di coordinare l'ammodernamento e di gestire l'infrastruttura tecnologica di innovazione, non soltanto nell'interesse dei soci pubblico e privati, ma anche di soggetti terzi costituendo un polo innovativo di sviluppo e promozione della ricerca scientifica. La Sezione osserva pertanto, sulla base delle informazioni desumibili dalla deliberazione, la compatibilità con gli obiettivi di economicità, efficienza ed efficacia. Dalla delibera si evince che la quota di capitale in capo all'Università pari a 98.000 €.

- d) **Adempimento dell'onere di motivazione sulla "compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese".**

La motivazione appare coerente perché diretta attuazione di progetti del PNRR ampiamente richiamati nella delibera.

- e) **Adempimento delle prescrizioni contenute nell'art. 7 Tusp quando si tratta di costituzione di nuove società.**

Si dà atto che si tratta di autorizzare la costituzione della Società Lifescience Innovation Good Healthcare Technology (LIGHT) S.c.a.r.l. e che la delibera è stata adottata dal Consiglio di amministrazione dell'Università degli studi di Brescia.

In conclusione, la Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Lombardia,

P.Q.M.

nelle considerazioni sopra esposte rende il parere di cui all'art. 5, commi 3 e 4 del d. lgs. 19 agosto 2016 n. 175, come modificato dall'art. 11 della legge 5 agosto 2022, n. 118, ed entrato in vigore in data 27 agosto 2022, sulla delibera di Consiglio di Amministrazione dell'Università degli Studi di Brescia del 18 ottobre 2022.

DISPONE

la trasmissione della presente pronuncia, a mezzo PEC, al Rettore, nella sua qualità di legale rappresentante dell'Ente.

Così deliberato nella Camera di Consiglio del 1° dicembre 2022.

Il Relatore
(dott. Marcello Degni)

Il Presidente f.f.
(dott. Marcello Degni)

Depositata in Segreteria il
2 dicembre 2022

Il Funzionario preposto
al servizio di supporto
(Susanna De Bernardis)