



CORTE DEI CONTI

SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER LA TOSCANA

composta dai magistrati:

Maria Annunziata Rucireta	Presidente
Francesco Belsanti	Consigliere (relatore)
Paolo Bertozzi	Consigliere
Fabio Alpini	I Referendario
Rosaria Di Blasi	Referendario
Anna Peta	Referendario
Matteo Lariccia	Referendario

Nell'adunanza del 13 aprile 2023;

Visto l'art. 100, comma 2, della Costituzione;

Visto il T.U. delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con R.D. 12 luglio 1934, n. 1214, e successive modificazioni;

Vista la legge 14 gennaio 1994, n. 20, e successive modificazioni;

Visto il decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118 e successive modificazioni ed integrazioni;

Visto il Regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti, approvato con la deliberazione delle Sezioni Riunite della Corte dei conti del 16 giugno 2000 n. 14/2000 e successive modificazioni;

Visto il decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 "Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica", e in particolare, l'art. 5, come modificato dall'art. 11, comma 1, della legge 5 agosto 2022, n. 118;

Vista l'ordinanza n. 33/2022 del Presidente della Sezione regionale di controllo per la Toscana di ripartizione tra i magistrati delle funzioni di controllo;

Vista l'ordinanza n. 14/2023 con la quale il Presidente della Sezione regionale di controllo per la Toscana ha convocato la Sezione per la data odierna;

Udito il Relatore, dott. Francesco Belsanti;

PREMESSO IN FATTO

1. In data 2 marzo 2023 (*prot. n. SEZ_CON_TOS-SC_TOS-0001406*), l'Azienda Pubblica di Servizi alla Persona "Istituto Maria Redditi" trasmetteva a questa Sezione, ex art. 5, comma 3, del T.U.S.P., la deliberazione del Consiglio di Amministrazione n. 14 del 27 febbraio 2023, avente ad oggetto "*Residenze sanitarie assistenziali dell'Azienda Pubblica di Servizi alla Persona "Istituto Maria Redditi". Atto deliberativo di costituzione di società in house ed autoproduzione di servizi strumentali (ai sensi dell'art. 5 comma 3 del D. lgs. n. 175 del 2016 e dell'art. 192 del D. lgs. n. 50 del 2016)*". La deliberazione è accompagnata dalla Relazione predisposta dal Direttore e RUP dell'Azienda Pubblica di Servizi alla Persona "Istituto Maria Redditi" (di seguito solo "l'Azienda") (all. A) e dallo schema di atto costitutivo e Statuto della costituenda società (all. B).

Più in dettaglio, con tale atto, il Consiglio di Amministrazione dell'Azienda deliberava: "... 1) di approvare la relazione predisposta dal Direttore e RUP dell'Azienda Pubblica di Servizi alla Persona "Istituto Maria Redditi" per il ricorso all'autoproduzione dei servizi strumentali secondo il modello in house providing, ai sensi dell'art. 5, comma 3, D. lgs 175 del 2016 e dell'art. 192 del D. lgs 50 del 2016, la quale rappresenta altresì la motivazione ai sensi della presente delibera, dovendola ritenere quale integrante e sostanziale della stessa, quale allegato sub. a); 2) di approvare lo schema di atto costitutivo e statuto della società in house denominata "ASP Redditi Assistenza Pubblica S.r.l.", in allegato sub. b) (omissis) 4) di riservarsi di assumere ogni determinazione definitiva in ordine al procedimento avviato per la costituzione della società in house e per l'affidamento dei servizi, una volta decorsi i termini previsti dalle disposizioni di legge di cui al precedente punto; 5) di pubblicare il presente atto deliberativo sul sito Istituzionale dell'Azienda Pubblica di Servizi alla Persona "Istituto Maria Redditi" ... (omissis)" (così deliberazione CC n. 14/2023).

2. L'Azienda Pubblica di Servizi alla Persona "Istituto Maria Redditi" prosegue senza soluzione di continuità l'opera e le attività dell'Istituzione Pubblica di Assistenza e Beneficenza denominata "Casa di Riposo Invalidi al Lavoro - Fondazione Redditi", la quale - a sua volta - trae le proprie origini da un lascito testamentario del 1958. L'Azienda è stata costituita con Decreto del Presidente della Giunta regionale n. 233 del 14 dicembre 2005, che approva la trasformazione della IPAB in azienda pubblica di servizi alla persona ed il relativo statuto, ai sensi dell'art. 5 legge regionale n. 43/2004. L'Azienda non ha fini di lucro, possiede personalità giuridica di diritto pubblico ed è dotata di un proprio Statuto e propri Regolamenti interni che ne garantiscono l'autonomia contabile, tecnica, organizzativa, negoziale, processuale e gestionale. Essa gode di un proprio patrimonio e di autonomia finanziaria basata sulle entrate derivanti dalle rendite patrimoniali, dalle liberalità, dal corrispettivo dei servizi resi e dai trasferimenti di enti pubblici o privati (art. 2 dello Statuto, art. 13 l.r. n. 43/2004). Per Statuto, l'Azienda ha quali finalità la promozione e la gestione dei servizi alla persona e alle famiglie attraverso attività socio-sanitarie ed assistenziali, nonché di provvedere al

soddisfacimento dei bisogni della popolazione anziana, delle persone disabili, di altre categorie svantaggiate e comunque di tutti coloro che si trovino in situazioni di disagio, organizzando servizi socio-sanitari ed assistenziali anche con valenza riabilitativa; inoltre, può assumere le funzioni e la gestione dei servizi, ricompresi nei propri fini statutari e comunque compatibili con le proprie finalità generali, per i quali riceva specifico incarico da uno o più Comuni della zona Valdichiana Senese, dalla Società della Salute Valdichiana Senese, dall'Azienda A.S.L. n. 7 Siena, nonché da altri Enti Pubblici o da soggetti terzi (art. 3 Statuto).

Attualmente, dal sito istituzionale dell'Azienda, risulta che questa gestisce due Residenze Sanitarie Assistenziali per persone non autosufficienti, una Residenza Assistenziale per persone autosufficienti, un Centro Diurno per non autosufficienti, una Comunità Alloggio Protetta ed alcune farmacie comunali per conto di due Comuni (Sinalunga e Montepulciano).

3. Ritenuta esaurita l'istruttoria, il Magistrato istruttore procedeva a richiedere al Presidente della Sezione il deferimento della questione alla Camera di consiglio per l'esame collegiale.

CONSIDERATO IN DIRITTO

Viene all'esame di questa Sezione una richiesta di parere formulata dall'Azienda Pubblica di Servizi alla Persona "Istituto Maria Redditi" ai sensi dell'art. 5, comma 3, del d. lgs. n. 175/2016 (in seguito TUSP), relativamente alla deliberazione del Consiglio di Amministrazione n. 14 del 27 febbraio 2023, avente ad oggetto "*Residenze sanitarie assistenziali dell'Azienda Pubblica di Servizi alla Persona "Istituto Maria Redditi". Atto deliberativo di costituzione di società in house ed autoproduzione di servizi strumentali (ai sensi dell'art. 5 comma 3 del D. lgs. n. 175 del 2016 e dell'art. 192 del D. lgs. n. 50 del 2016)*", come richiamata nella parte in fatto.

Il comma 3 cit. prevede quanto segue: "*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 Corte dei conti, quindi, assume un ruolo incisivo nella procedura di costituzione di società o acquisizione di partecipazioni societarie dovendo rilasciare un parere che, se pur non vincolante, non può non rilevare nella volontà dell'amministrazione procedente.

L'art. 5 del T.U.S.P. disciplina in modo dettagliato, nei primi due commi, gli obblighi

motivazionali gravanti sulla Pubblica Amministrazione, di cui la stessa deve dare conto nell'atto deliberativo allorché individui nello strumento societario il modello adeguato al raggiungimento dell'interesse pubblico (obblighi previsti dalla Relazione illustrativa del Governo al TUSP e ripresi "dalla costante giurisprudenza nazionale e comunitaria"):

- necessità della Società per il perseguimento delle finalità istituzionali previste dall'art. 4;
- ragioni e le finalità che giustificano la scelta sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato;
- compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa.
- 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.

Inoltre, la norma richiede che gli enti locali sottopongano lo schema di atto deliberativo a forme di consultazione pubblica secondo modalità da essi stessi disciplinate.

Come si evince dai commi testé richiamati, ad eccezione dei casi in cui la costituzione di una Società o l'acquisto di partecipazioni avvenga in conformità ad espresse previsioni di legge, il contenuto della motivazione che l'amministrazione è tenuta a fornire nell'atto deliberativo risulta articolato e complesso, riguardando molteplici aspetti.

Nel declinare il contenuto dell'onere motivazionale posto in capo all'Amministrazione, l'art. 5 pare seguire un ordine logico - ancor prima che giuridico - prevedendo anzitutto l'analitica motivazione "con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'art. 4", a mente del quale "Le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società".

Verificato il rispetto della finalità, l'ente dovrà poi motivare "evidenziando, altresì, le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta" in riferimento:

- alla convenienza economica e della sostenibilità finanziaria;
- alla gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato;
- alla compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa.

Infine, l'atto deliberativo dovrà dare conto (comma 2) della 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.

Tale attività motivazionale, necessaria al fine di una consapevole formazione della volontà amministrativa circa i fini da perseguire e lo strumento da utilizzare per realizzarli, viene poi

sottoposta, come sopra ricordato, alla verifica della Corte dei conti (oltre che dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato), attraverso l’espressione del parere di cui al più volte citato art. 5 TUSP (e non più semplice invio a fini conoscitivi).

Il comma 3 dispone che l'atto deliberativo di costituzione della società o di acquisizione della partecipazione diretta o indiretta deve essere inviato alla Corte dei conti che entro il termine di sessanta giorni dal ricevimento dell’atto, esprime il parere (non vincolante) in ordine alla conformità dell’atto a quanto disposto dai commi 1 e 2 dell’art. 5 Tusp nonché dagli articoli 4, 7 e 8.

Infine, il comma 4 dell’art. 5, individua la competenza territoriale delle Sezioni della Corte dei conti, la procedura da adottare nonché le conseguenze di un parere parzialmente o interamente negativo: in tale circostanza 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.

Sul quadro giuridico appena descritto sono intervenute le Sezioni Riunite di controllo con la delibera n. 16 del 2022 che ha definito alcuni orientamenti interpretativi circa il parere da rilasciare da parte delle Sezioni della Corte dei conti, le modalità ed il contenuto dello stesso (ed alla quale si rinvia per un esame dettagliato).

Brevemente si può qui ricordare come le Sezioni Riunite abbiano individuato il momento in cui viene esercitata la funzione della Corte dei conti, come quello tra la fase di carattere pubblicistico, in cui l’ente determina la propria volontà di acquisire la veste di socio, e la fase privatistica, con la costituzione della società (o l’adesione alla stessa). In tal modo possono essere intercettate in tempo utile eventuali criticità, anticipandosi valutazioni che potrebbero emergere in sede di controllo sui piani di razionalizzazione ex art. 20 TUSP.

La delibera citata, dopo aver evidenziato l’atipicità dell’attività richiesta dall’art. 5 (che si manifesta, comunque, in un parere *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*) e le condizioni in cui la stessa può essere esercitata (*“non può essere esercitato qualora l’atto deliberativo sia stato eseguito con la costituzione della società o l’acquisto della partecipazione venendone a mancare il presupposto a fondamento*), ha chiarito, ove necessario, gli elementi richiamati dalla norma.

Se la verifica del perseguimento delle finalità istituzionali non richiede particolari chiarimenti, le Sezioni Riunite si sono soffermate sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria.

Quest’ultima viene definita come *“la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento”*. In campo societario, 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, capace di garantire l'equilibrio tra ricavi e costi (nel rispetto del principio di legalità finanziaria e del divieto di soccorso finanziario generalizzato) dimostrato, ad esempio, attraverso un Business Plan;
- l'altra di carattere soggettivo, tesa a ponderarne gli effetti in relazione alla situazione finanziaria specifica dell'ente pubblico interessato ossia verificando la compatibilità degli investimenti finanziari iniziali e dei successivi trasferimenti eventualmente previsti nel BP con gli strumenti di bilancio.

Per entrambe, le Sezioni della Corte dei conti valuteranno il piano finanziario sviluppato dall'Amministrazione in termini di completezza e di adeguatezza del contenuto e del livello di approfondimento (nonché, ad esempio, la conseguente affidabilità e attendibilità del Business Plan).

Quanto alla convenienza economica, la motivazione analitica dell'atto deliberativo deve esternare le ragioni di convenienza economica sottese alla scelta di fare ricorso allo strumento societario riferite, ad esempio, alla capacità del progetto di creare valore e di generare un livello di redditività adeguato per il capitale investito ed alla funzionalità della soluzione rispetto alle esigenze e agli obiettivi dell'Amministrazione sia del corretto impiego delle risorse pubbliche rendendo compatibile la scelta "societaria" con il rispetto dei principi di efficacia, efficienza ed economicità.

Venendo alla specifica richiesta di parere, come ricordato in fatto, l'esame di questa Sezione ha ad oggetto la costituzione di una società in house da parte dell'Azienda Pubblica di Servizi alla Persona "Istituto Maria Redditi" per la gestione di residenze sanitarie assistenziali.

Prima di esaminare la fattispecie concreta e verificare il rispetto degli obblighi motivazionali individuati dall'art. 5, appare opportuno soffermarsi sulla qualificazione soggettiva dell'ente che ha richiesto il parere per accertare se lo stesso sia ricompreso nel campo di applicazione del TUSP (e dell'art. 5).

L'"Istituto Maria Redditi" rientra tra le aziende pubbliche di servizi alla persona (ASP), enti derivanti dal processo di trasformazione delle ex Istituzioni Pubbliche di Assistenza e Beneficenza (alternativa era rappresentata dalla trasformazione in persone giuridiche di diritto privato senza scopo di lucro). L'istituto trova la propria disciplina di riferimento nel D.Lgs. 4 maggio 2001, n. 207 (recante "Riordino del sistema delle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza, a norma dell'articolo 10 della L. 8 novembre 2000, n. 328") e, a livello regionale, nella legge regionale 3 agosto 2004 n. 43 ("Riordino e trasformazione delle Istituzioni Pubbliche di assistenza e beneficenza (IPAB). Norme sulle aziende pubbliche di servizi alla persona. Disposizioni particolari per la IPAB "Istituto degli Innocenti di Firenze"). Le ASP fanno parte del sistema regionale integrato degli

interventi e dei servizi sociali e partecipano alla programmazione zonale, considerato che le loro funzioni (come, ad esempio, l'assistenza agli anziani o il sostegno all'infanzia e all'adolescenza) sono strettamente collegate ai bisogni sociali e socio-sanitari del territorio di riferimento. La legge regionale toscana prevede che le ASP, nell'ambito della loro autonomia e con riguardo alle proprie finalità statutarie, possano fornire prestazioni e servizi e gestire servizi in favore dei comuni.

Elementi che caratterizzano le ASP sono i seguenti:

- hanno personalità giuridica pubblica ed autonomia contabile, tecnica e gestionale, e la loro attività (caratterizzata dal modello organizzativo) è ispirata a principi di efficienza, efficacia, economicità e trasparenza;
- nell'ambito della programmazione locale, partecipano alla attuazione dei Piani integrati di salute tramite Comuni e società della salute;
- regolano la propria attività ai principi di efficienza, efficacia, economicità e trasparenza, obbligandosi al pareggio del bilancio;
- in esse vige la separazione fra organi di governo, che esercitano le funzioni d'indirizzo, definendo gli obiettivi ed i programmi, dalle funzioni gestionali attribuite al direttore;

Il comune nel quale l'ASP ha la sua sede legale (art 14 c 2, l.r.t. 43/04), esercita la vigilanza ed il controllo sull'azienda adottando atti di indirizzo, nel rispetto dell'autonomia gestionale, per il perseguimento degli scopi e degli obiettivi fissati dalla programmazione zonale nelle specifiche aree di intervento, ed approva il regolamento di organizzazione e contabilità dell'azienda nonché le modifiche statutarie non concernenti il mutamento delle finalità.

In merito alla natura giuridica delle Aziende Pubbliche di Servizi alla Persona non vi è unanimità di vedute circa la loro natura pubblica ed il conseguente regime giuridico di riferimento. Come le ex IPAB hanno natura di ente pubblico ma, al tempo stesso, hanno carattere un imprenditoriale in ragione dell'attività esercitata, improntata a criteri di economicità, anche se non rivolta a fini di fini di lucro (in tal senso la Corte Costituzionale, sentenza n. 161/2012).

Dubbi sussistono sulla ricomprensione delle Aziende in esame tra le Amministrazioni pubbliche espressamente ricomprese nell'art. 1, comma 2, del d.lgs n. 165/2001. La Commissione per la Valutazione la Trasparenza e l'Integrità delle amministrazioni pubbliche (CIVIT) nel 2010, rispondendo a uno specifico quesito, ha rappresentato che le Aziende pubbliche di servizi alla persona non sono comprese nel novero delle amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del D.lgs n. 165/2001, analogamente agli enti pubblici economici (pertanto, non rientrano nell'ambito di applicazione del D.Lgs n. 150/2009 e non sono tenute a costituire gli OIV). Vi sono inoltre pronunciamenti giurisprudenziali che stabiliscono che le ASP derivanti dalla trasformazione delle IPAB non sono soggette per via analogica alle norme degli enti locali costituite dal decreto legislativo

n. 267/2000 (cfr. sentenza n. 281/2014 Tar Umbria sez. I). Anche la Corte dei conti, con la sentenza n. 43/2017 della Sezione giurisdizionale dell'Emilia Romagna, ha sostenuto la non applicabilità del D. Lgvo n. 165/2001 alle Aziende Pubbliche di servizi alla persona in quanto *“non è stabilito con assoluta certezza se dette ASP siano da configurare quali enti pubblici non economici, che avrebbe come diretta conseguenza l'applicabilità delle norme sul pubblico impiego, oppure quali enti pubblici economici”*. Difatti, secondo la Sezione, nell'intreccio di un'intensa disciplina pubblicistica con una notevole permanenza di elementi privatistici, emerge *“la natura imprenditoriale improntata a criteri di economicità, anche se non rivolta ai fini di lucro, con ciò confermando la natura economica dell'ente in questione.”* Inoltre, la qualifica di ente pubblico economico emergerebbe anche dalla circostanza che l'Istat, nell'ambito delle attività classificatorie, inquadra le Aziende pubbliche di servizi alla persona nella categoria *“Ente pubblico economico, azienda speciale e azienda pubblica di servizi”*; conseguentemente non rientrerebbero tra gli enti pubblici non economici.

Inoltre, sempre l'ISTAT, nel definire l'Elenco delle amministrazioni pubbliche inserite del conto economico consolidato individuate ai sensi dell'art. 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, 196 (legge di contabilità e di finanza pubblica), non ricomprende tra le stesse le Aziende pubbliche di servizi alla persona che, pertanto, non sembrano rientrare nella definizione prevista per le *“Amministrazioni pubbliche”*. Prevale, in tal senso, oltre ai molteplici caratteri delle Aziende in esame, la circostanza che per le Aziende pubbliche di servizi alla Persona l'attività è finanziata dai fruitori del servizio attraverso il pagamento di una retta di ospitalità: se svolgono attività a rilievo sanitario può risultare convenzionata con il Servizio sanitario Regionale, al pari di qualsiasi altro soggetto privato commerciale e i corrispettivi dei servizi erogati coprono i costi di produzione, i costi del capitale e gli ammortamenti (non essendo la loro attività finanziata con il gettito fiscale né con trasferimenti erariali con vincolo di destinazione).

Ciononostante, attualmente la natura giuridica delle Aziende Pubbliche di Servizi alla Persona derivanti dalla trasformazione delle ex IPAB non può dirsi definita chiaramente (tantomeno dal legislatore italiano). L'importanza rivestita da tali Istituzioni, aventi natura pubblica, la rilevanza degli statuti, i poteri di vigilanza e di tutela pubblica evidenziano un'indubbia peculiarità di tali organismi, che non sembrano sussumibili in una specifica categoria di PA.

Un orientamento tende, invece, ad avvicinare le ASP ai Comuni a cui fanno riferimento.

La stessa Corte costituzionale, sopra richiamata, nella pronuncia n. 161 del 27 giugno 2012, ha ritenuto che le peculiarità delle ASP non impediscono di poterle ricondurre alle regole degli Enti Locali, soprattutto per quanto riguarda i limiti di spesa e, in particolare, di quelli concernenti il personale (in tal senso anche la Corte dei conti, Sez. contr. Emilia Romagna, delibera n. 90/2012). Nella prospettiva della finanza pubblica allargata, le ASP che operano parallelamente agli Enti Locali nei servizi sociali, nell'ottica di un sistema integrato di programmazione e gestione, ispirato

a criteri di efficienza ed economicità, devono considerarsi necessariamente assoggettate ai vincoli di contenimento della finanza pubblica. La Corte costituzionale ha ritenuto, pertanto, le ASP un' articolazione delle autonomie locali.

Riassumendo i termini della vicenda, ferma restando l'atipicità pubblicistica delle ASP, le stesse, a seconda dell'orientamento prescelto, sembrano talvolta poter rientrare tra gli enti pubblici economici mentre, secondo altro orientamento, tra gli enti pubblici non economici o enti locali strumentali dei Comuni.

Ma se tale problematica può avere rilievo per quanto concerne l'applicazione delle norme di cui al d.lgs. 165/2001 o del TUEL (con riguardo, ad esempio, alla normativa relativa al contenimento della spesa nell'ambito della finanza pubblica), essa non solleva dubbi, invece, per il TUSP (e dunque per l'applicazione della disciplina ivi contenuta), considerando che lo stesso si applica, ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. a) anche agli enti pubblici economici (*Ai fini del presente decreto si intendono per: a) «amministrazioni pubbliche»: le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, i loro consorzi o associazioni per qualsiasi fine istituiti, gli enti pubblici economici e le autorità di sistema portuale*).

Verificato come la richiesta di parere sia stata presentata da un ente legittimato ai sensi degli artt. 1 e 2 del TUSP, la Sezione può procedere all'esame dell'atto deliberativo n. 14/2023.

In merito ai profili "formali", il Collegio rileva anzitutto che l'operazione in esame è stata approvata con deliberazione del Consiglio di amministrazione, coerentemente a quanto prescritto dal TUSP e dal D.Lgs. n. 207/2001. La bozza dell'atto costitutivo della società in house approvata dalla deliberazione n. 14/2023 contiene tendenzialmente gli elementi previsti dall'art. 2463 c.c. Inoltre, l'azienda ha assolto agli obblighi di pubblicità previsti dal TUSP relativamente alla pubblicazione sul sito istituzionale dell'amministrazione deliberante (la messa in consultazione dello schema di atto deliberativo è infatti espressamente limitata agli enti locali: cfr. art. 5 co. 2 TUSP).

Con riferimento ai profili "sostanziali", la Sezione ritiene di seguire, nell'esame degli aspetti rilevanti, l'ordine logico giuridico già sopra evidenziato:

- verifica del perseguimento delle finalità istituzionali indicate nell'art. 4 TUSP e dei limiti dallo stesso posti;
- verifica della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria dell'operazione, anche con riferimento alla gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato;
- verifica della compatibilità con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa;
- verifica della compatibilità dell'intervento finanziario con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese.

La Sezione ritiene tuttavia di svolgere, in via preliminare, alcune considerazioni generali riguardo alla metodologia di analisi seguita e all'apparato motivazionale della delibera.

Riguardo al primo punto, si deve anzitutto rilevare come, nel caso di specie, le valutazioni inerenti al rispetto della disciplina recata dall'art. 192 del Codice dei contratti pubblici in materia di affidamento *in house* (ora art. 7 del nuovo codice degli appalti, d.lgs. n. 36 del 2023) e contenute nella documentazione trasmessa, si pongono a valle dello scrutinio che questa Sezione è chiamata ad effettuare ai sensi dell'art. 5 co. 3 TUSP. Il rispetto dell'art. 192 cit., infatti, attiene alla correttezza dell'affidamento diretto sulla base dei criteri indicati dall'articolo e, quindi, concerne un momento successivo rispetto alla costituzione della società, seppur inevitabilmente legato alla stessa. L'esame da condursi ad opera della Sezione, ai sensi dell'art. 5 TUSP, concerne la diversa questione inerente alla ammissibilità della costituzione di una società: questione che si pone come pregiudiziale rispetto alle indicazioni recate dall'art. 192 cit. (ora art. 7, comma 2 del nuovo codice degli appalti). Allo stesso tempo, però, come si osserverà nel corso dell'analisi degli obblighi motivazionali relativi all'operazione, la natura *in house* è suscettibile di interferire con le valutazioni relative, in particolare, alla sostenibilità finanziaria ed alla convenienza economica.

Con riferimento all'apparato motivazionale della deliberazione, si rileva come questa si limiti sostanzialmente a richiamare la normativa di riferimento; ciononostante, deve ritenersi motivata, seppur nei limiti che si diranno, in quanto rinvia ad apposita relazione allegata quale parte integrante (motivazione *per relationem*).

Tanto premesso, per quanto riguarda il perseguimento delle finalità istituzionali, si osserva come l'utilizzo del modello societario "*in house*" da parte delle Amministrazioni pubbliche appaia ampiamente utilizzato per realizzare le finalità proprie dell'ente socio; finalità concernenti la gestione di residenze sanitarie assistenziali per le quali l'ASP risulta autorizzata ed accreditata ai sensi della normativa vigente nell'ambito dell'espletamento delle proprie funzioni.

Risulta, pertanto, individuata e rispettata la finalità pubblicistica richiesta dal comma 1 dell'art. 4 del TUSP che verrà realizzata attraverso l'erogazione di un servizio strumentale conformemente a quanto previsto dall'art. 4, comma 2, lett. d), a mente del quale le amministrazioni pubbliche possono, direttamente o indirettamente, costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni in società per la seguente finalità (tra le altre previste dall'articolato normativo): "*d) autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni.....*".

Si ricorda che la legge regionale n 43 del 2004, all'art. 12, prevede come l'azienda pubblica di servizi alla persona faccia parte "*del sistema regionale integrato degli interventi e dei servizi sociali e partecipa alla programmazione zonale*". Pertanto, l'erogazione esclusiva di servizi strumentali alla gestione di residenze socio-assistenziali per anziani ed in genere per servizi socio assistenziali risulti,

tramite società a responsabilità limitata (modello previsto dall'art. 3 del TUSP) *in house*, in linea con le finalità delle Aziende di Servizi Pubblici alla Persona fissate per legge (la stessa normativa nazionale – art. 6 comma 3 del D.Lgs. 207/2001, prevede che *"l'azienda pubblica di servizi alla persona può costituire società* Al fine di svolgere attività strumentali a quelle istituzionali), ferma restando l'ulteriore verifica richiesta dall'art. 192 TUSP

Dalla lettura della bozza di statuto societario (art. 3) e della Relazione allegati alla deliberazione n. 14/2023 appare confermato il rispetto del vincolo di scopo, in quanto l'oggetto sociale è ricondotto, dallo Statuto, *"... nell'ambito degli scopi degli enti pubblici Aziende Pubbliche di Servizi alla Persona fissati per legge ai sensi del D. Lgs. 207 del 2001 e delle normative regionali di riferimento"*. Del tutto coerentemente, lo stesso articolo individua un elenco *"a titolo esemplificativo e non esaustivo"* delle attività che la società è chiamata a svolgere indicando: *"... prestazioni di servizi strumentali socio sanitari, assistenziali, generali relativamente a strutture residenziali, semiresidenziali, comunitarie, per assistenza domiciliari ed altre tipologie di prestazioni affidate agli enti pubblici soci, dagli altri enti della zona territoriale di riferimento ai sensi della normativa nazionale e regionale, funzionali alla realizzazione degli scopi sociali degli enti soci, ivi compresi quelli conseguenti all'attuazione agli accordi di cooperazione tra enti pubblici di cui all'art. 5 del D.lgs 50 del 2016"*.

Considerate le finalità istituzionali della ASP come declinate dall'art. 3 Statuto (e riconducibili alla promozione ed alla gestione dei servizi alla persona e alle famiglie attraverso attività socio-sanitarie ed assistenziali, ed in particolare al soddisfacimento dei bisogni della popolazione anziana, delle persone disabili, di altre categorie svantaggiate e comunque di tutti coloro che si trovino in situazioni di disagio, organizzando servizi socio-sanitari ed assistenziali anche con valenza riabilitativa) deve ritenersi che la partecipazione della ASP nella costituenda società sia finalizzata ad offrire un servizio alla collettività, nella misura in cui l'attività condotta tramite lo strumento societario è strumentale al perseguimento delle proprie finalità istituzionali.

Come sopra osservato, appare rispettato anche il vincolo cd. di attività, sub specie di rispetto dell'art. 4 co. 2 lett. d) essendo l'attività della costituenda società volta alla *"... autoproduzione di beni o servizi strumentali agli enti pubblici soci ai sensi dell'art. 4 comma 2 lett. d) del D. Lgs. n. 175 del 2016"* (art. 3 Statuto). L'art. 3 dello Statuto contiene l'ulteriore precisazione che la società *"... può compiere, nel rispetto degli indirizzi di Assemblea, tutte le attività e le operazioni commerciali, industriali, immobiliari, mobiliari e finanziarie, comunque connesse, affini e necessarie per il conseguimento dello scopo sociale. La Società, per rendere coerente la propria attività a principi di economia, efficienza ed efficacia, può affidare a terzi specializzati singoli segmenti o specifiche fasi complementari della propria attività ed opere connesse, ai sensi di legge. ... Le suddette operazioni dovranno, tuttavia, essere svolte in modo non prevalente e del tutto accessorio e strumentale per il raggiungimento dell'oggetto sociale, e nei limiti e nel rispetto degli indirizzi impartiti dai soci"*. Sono dunque ammesse attività ulteriori che si affiancano al *core business*, tuttavia,

in misura non prevalente ed accessoria (previsione pare coerente con il vincolo di attività fissato per legge).

L'iter motivazionale appare, tuttavia, carente per l'aspetto concernente la scelta del modello societario: come rilevato da questa Sezione (Deliberazione n. 77/2023/PASP), *"... ai fini dell'assolvimento dell'onere motivazionale di cui all'art. 5, comma 1, T.U.S.P., la prima valutazione che grava sull'ente è quella attinente alla coerenza della partecipazione con le proprie finalità istituzionali (c.d. principio della funzionalizzazione); successivamente, l'Ente deve verificare l'indispensabilità dello strumento societario per il conseguimento di quei fini."*

Nel caso di specie, né la deliberazione n. 14/2023 né la relazione allegata contengono alcuna motivazione in merito alla *"indispensabilità dello strumento societario"* per il conseguimento dei fini istituzionali della ASP.

Come ricordato dalla stessa ASP nella relazione allegata alla delibera (p. 11), l'art. 6 co. 3 del D. Lgs. 207/2001 (Riordino del sistema delle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza, a norma dell'articolo 10 della L. 8 novembre 2000, n. 328) stabilisce che *"l'azienda pubblica di servizi alla persona può costituire società od istituire fondazioni di diritto privato al fine di svolgere attività strumentali a quelle istituzionali..."*. Stante il chiaro dato normativo (art. 5 co. 1 TUSP e art. 6 cit.), la relazione avrebbe dovuto dar conto delle ragioni della scelta operata tra costituzione di una società o istituzione di una fondazione di diritto privato; così come avrebbe dovuto esplicitare le ragioni per le quali, tra i modelli societari astrattamente utilizzabili (cfr. art. 3 TUSP), l'ASP ha deciso di costituire una società a responsabilità limitata. Di tali elementi, tuttavia, non vi è riportato nella documentazione trasmessa.

Proseguendo nell'analisi della operazione, si rileva che la documentazione inviata dall'Ente a corredo della richiesta di parere non contiene alcuno studio di fattibilità dell'operazione (business plan o atti simili), con particolare riferimento alle voci relative a costi, ricavi, investimenti e flussi di cassa, che dovrebbero dimostrare la capacità della costituenda società di pervenire nel medio periodo al pareggio finanziario. Il quadro motivazionale, pertanto, appare sotto questo profilo carente.

Quanto alla sostenibilità finanziaria oggettiva, l'Ente motiva evidenziando come *"l'ASP trae i proventi per l'erogazione dei servizi unicamente dalle rette sociali e sanitarie che vengono alla medesima versate dal Comune e dalla ASL per la gestione della RSA e parametrata al numero di ospiti presenti in struttura. La retta sanitaria, determinata dalla Regione Toscana, è a carico del Servizio Sanitario Nazionale, mentre la retta sociale, entro un tetto massimo stabilito sempre dalla Regione, è a carico del cittadino, salvo eventuale intervento economico integrativo (compartecipazione) del Comune di riferimento in base al reddito-ISEE. La gestione dell'RSA fa capo ad uno specifico centro di costo che ha come entrata la retta giornaliera, ripartita come sopra (quota sanitaria e quota sociale) e come uscite il costo delle utenze, i costi di manutenzione*

straordinaria dell'immobile ove ha sede l'RSA, altre voci di spesa comunque connesse all'erogazione dei servizi, oltre al corrispettivo in favore della società in house. Il conto economico non ha pertanto ripercussione sulla fiscalità generale dal momento che tutti i costi sopportati per la gestione dell'RSA devono trovare copertura nell'importo complessivo delle rette giornaliere incassate. Questo meccanismo, che prevede l'intervento regionale nel determinare la quota sanitaria e il limite massimo della quota sociale, ha come contropartita, a fronte dell'esborso della retta nelle modalità sopra evidenziate, la fissazione, sempre in ambito regionale, del numero del monte ore per l'erogazione dei servizi socio-sanitari in relazione alle varie professionalità rapportato al numero degli utenti. Vi è, quindi, una corresponsività tra i costi pagati dall'utente (e dal SSN come quota sanitaria), il numero degli utenti e il numero delle ore per l'erogazione del servizio. Rispetto alla totalità delle prestazioni rese nei confronti dell'ASP la parte preponderante del corrispettivo che verrà fatturato dalla società in house riguarda il costo del lavoro, dovendo far fronte a OSS, infermieri, fisioterapisti, animatori, addetti alla pulizia, addetti alla ristorazione, lavanderia, etc". A tale costo, inoltre, vanno aggiunte le spese per materiali di consumo a carico della società partecipata per l'espletamento dei servizi che sembrano essere ricomprese nel corrispettivo fatturato all'ASP.

La Relazione fornisce, poi, i dettagli sulla quota capitaria sanitaria e sulla quota capitaria sociale determinate dalla Regione Toscana. Il riferimento è sostanzialmente al conto economico della ASP e alle logiche di definizione dei ricavi, in funzione del numero di utenti e delle ore di erogazione del servizio.

Conclude l'ASP evidenziando come, sulla base delle evidenze riportate nella relazione, la stessa Azienda "può consentire nel tempo alla società in house l'equilibrio economico dell'appalto strumentale. Le criticità finanziarie invece assumono certamente un rilievo marginale, posto che l'ASP fattura direttamente le quote sanitarie nei confronti dell'ASL, le quote sociali residuali nei confronti dei comuni di residenza degli ospiti e la sola parte di compartecipazioni nei confronti di privati. La società in house, comunque, è estranea da tale meccanismo in quanto la stessa, al pari di qualunque appaltatore privato, emette una fattura a fronte delle prestazioni rese".

In estrema sintesi, l'Ente si sofferma in modo particolare sulla descrizione delle dinamiche che legano i ricavi della ASP, il numero di utenti e le ore di erogazione dei servizi, affermando che "tutti i costi sopportati per la gestione dell'RSA devono trovare copertura nell'importo complessivo delle rette giornaliere incassate" e, per la società in house, che "l'ASP può consentire nel tempo alla società in house l'equilibrio economico dell'appalto strumentale".

Occorre verificare, quindi, se l'apparato motivazionale sia sufficiente a definire compiutamente la sostenibilità finanziaria oggettiva. Come ricordato dalle Sezioni Riunite, quest'ultima 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. Ossia la capacità di adottare "un modello organizzativo e operativo

idoneo a generare ricavi che remunerino i fattori produttivi utilizzati". Da qui la necessità, secondo le Sezioni Riunite, di supportare l'operazione societaria, nell'iter istruttorio, mediante l'adozione di un approfondito Business Plan (o altro tipo di documento contenente le medesime informazioni), che tenga conto del tipo di società in cui si intende investire, l'evoluzione operativa ed economica degli ultimi esercizi, il contesto del mercato di riferimento in modo da costruire previsioni finanziarie affidabili. Business Plan che dovrà essere accompagnato da proiezioni economico-finanziarie con elaborazione di indicatori di bilancio che restituiscano valutazioni sui principali aspetti gestionali: quali la redditività, la liquidità e l'indebitamento.

Nel caso all'esame della Sezione, non viene prodotta alcuna analisi quantitativa a supporto della verifica della sostenibilità economico finanziaria di tipo oggettivo, né viene fornito alcun business plan. La circostanza che gli organismi partecipati dediti allo svolgimento delle attività di cui all'art. 4, lett. d) TUSP (autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni), vedano garantito il proprio equilibrio di bilancio, per la parte preponderante dell'attività, dallo stesso ente pubblico titolare della partecipazione che usufruisce dei prodotti o del servizio non esime l'ente dall'offrire elementi quantitativi a corredo della propria decisione, che altrimenti risulta poggiare su una petizione di principio.

La motivazione è lacunosa anche sotto il profilo dei costi di funzionamento della nuova società. Ad esempio, lo Statuto prevede che la società sia amministrata da un Amministratore Unico o, in alternativa, (in presenza dei presupposti di legge) da un Consiglio di Amministrazione composto da tre Amministratori inclusi il Presidente e l'Amministratore Delegato a quali spetta il rimborso delle spese sostenute per ragione del loro ufficio ed un eventuale compenso determinato dall'Assemblea all'atto della nomina. Su tale aspetto non è presentata alcuna previsione di spesa né alcuna valutazione sulla copertura delle stesse. Inoltre, nulla viene detto sulla necessità di personale amministrativo, affitto di locali, spese per acquisti di beni e servizi.

Nello Statuto si prevede, in realtà, che nel caso di affidamento dei servizi alla Società da parte dei soci pubblici, questi tra l'altro si impegnino "... a fornire alla Società la capacità operativa necessaria per il coordinamento e svolgimento dei servizi pubblici assegnati". Tale previsione, comunque "enigmatica", da una parte può indurre a ritenere che eventuali ulteriori costi in capo alla società saranno sostenuti dal socio (che garantirà, quindi, l'equilibrio economico); dall'altra, però, pone interrogativi sulla sostenibilità finanziaria di tipo soggettivo. Inoltre, deve ricordarsi come qualsiasi erogazione finanziaria da parte dell'ASP debba tener conto della previsione normativa del TUSP relativa al divieto di soccorso finanziario.

Per quanto riguarda la sostenibilità finanziaria di tipo soggettivo, tesa a ponderare gli effetti dell'operazione in relazione alla situazione finanziaria specifica dell'ente pubblico interessato, nulla

viene evidenziato da parte dell'ASP.

L'asserito equilibrio tra costi e ricavi, come rappresentato nella parte relativa alla sostenibilità finanziaria oggettiva (tra rette e costi del servizio) non può da solo dimostrare la neutralità dell'operazione per l'Ente socio considerato che, come appena osservato, vi sono costi che non sono stati considerati e formule statutarie di dubbia lettura.

Difatti, *"fornire capacità operativa alla società"* può sottintendere che l'ASP potrà/dovrà fornire mezzi finanziari alla partecipata per poter svolgere la propria *mission*. Ma quali siano tali oneri, il loro ammontare, e come vengano finanziati dall'Ente non è specificato, così evidenziando una chiara lacuna motivazionale.

Inoltre, lo Statuto prevede che *"i soci, nel rispetto delle disposizioni di legge e dei regolamenti vigenti, possono eseguire finanziamenti, con obbligo di rimborso da parte della società, che, salvo diverse pattuizioni, saranno considerati infruttiferi di ogni interesse e remunerazione"*. Anche tale previsione, alquanto generica, desta perplessità proprio nell'ambito della sostenibilità economico finanziaria di tipo soggettivo. Non si dice come una società senza scopo di lucro (nei termini che saranno specificati nella parte motivazionale relativa alla convenienza economica dell'operazione) possa produrre utili capaci di garantire i finanziamenti ricevuti. Su tali aspetti la delibera, o meglio, la relazione di accompagnamento tace del tutto. L'assenza di tali elementi preclude ogni valutazione circa la sostenibilità dell'operazione.

Conclusivamente, relativamente alla sostenibilità finanziaria, l'Ente non ha assolto al proprio obbligo motivazionale.

Per quanto riguarda la convenienza economica dell'operazione (rispetto a soluzioni alternative), le motivazioni fornite dall'Ente si sono soffermate sui vantaggi offerti dalla società *in house* rispetto: all'appalto a cooperative e società; alla gestione diretta della RSA mediante assunzione di personale. Rilevante, nelle spiegazioni fornite dall'Ente, la natura *in house* della società partecipata per quanto le valutazioni sulla legittimità di tali affidamenti, come già più volte osservato nel presente parere, attenga ad un momento successivo. Nel caso di specie, però, le valutazioni sulla convenienza economica non possono che coinvolgere entrambi gli ambiti normativi: quello di cui all'art. 5 TUSP e quello di cui all'art. 192 del codice degli appalti (ora art. 7 del nuovo codice degli appalti).

Con riferimento alla prima comparazione, nella Relazione allegata alla richiesta di parere l'iter logico percorso dalla ASP è il seguente:

1) costo del lavoro: la parte preponderante del fatturato della società *in house* riguarda il costo del lavoro (OSS, infermieri, fisioterapisti, animatori, addetti alla pulizia, addetti alla ristorazione, lavanderia, ecc.). In merito *"a differenza di quanto avviene per la ASP tenuta ad applicare il CCNL delle funzioni locali, applicano nei confronti dei propri dipendenti gli stessi contratti collettivi previsti per il settore di riferimento [omissis]. Il costo orario del lavoro, la cui stima si ricorda deve essere effettuata a monte della*

stazione appaltante, è dunque analogo sia che l'ASP si rivolga al mercato, sia che affidi i servizi strumentali ad una Propria società in house [omissis]. In entrambi i casi, infatti, si fa riferimento alle tabelle ministeriali approvate dal Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali e pubblicate sul relativo sito istituzionale". Pertanto, "il costo orario del lavoro discendente dall'aggiudicazione di un contratto mediante pubblica gara è analogo a quello applicato dalla società partecipata affidataria in house dei servizi strumentali".

Per quanto concerne il numero delle ore l'Ente osserva come "per le prestazioni riferite ai servizi socio sanitari delle RSA, trovi applicazione nella Regione Toscana il D.P.G.R. 21R12018, il quale per ogni figura professionale richiesta dalla legge, individua il parametro annuo di ore da erogare in funzione del numero di ospiti" e che pertanto il numero delle ore "è identico".

Altro elemento che impatta sul costo del lavoro è il tasso di assenteismo. A tale proposito, l'Ente dichiara che "il costo orario del lavoro indicato nelle tabelle allegate ai decreti ministeriali, tuttavia, è stimato sulla base di un tasso di assenteismo dato per presupposto dallo stesso decreto ministeriale e non sempre reale, posto che nella pratica il personale effettua molte meno assenze di quelle presupposte dalla norma. Per quanto attiene al D.M. 17 febbraio 2020 che individua il costo orario da porre a base d'asta riferito al CCNL delle cooperative sociali, ad esempio, a fronte di un monte orario teorico lavorabile in base al CCNL di riferimento (1.976 ore) si stima che ne vengano lavorate soltanto 1.548. [omissis]. Il dato, inoltre, non prende in considerazione il fatto che, per quanto riguarda le malattie oltre il terzo giorno (periodo di carenza), le stesse sono a carico dell'INPS e non del datore di lavoro".

Inoltre "i ribassi d'asta formulati dalle cooperative sociali in fase di gara si aggirano mediamente intorno al 4%-5% e dunque solo parzialmente riescono a contenere i costi del lavoro ipotizzando una riduzione dei tassi di assenteismo [omissis] anche in considerazione del fatto che la giurisprudenza amministrativa non tollera offerte economiche molto basse motivate con asseriti minori tassi di assenteismo in assenza di precisi elementi di prova", mentre nell'affidamento in house "le minori assenze si tradurrebbero immediatamente in minori costi a carico del bilancio della società partecipata, con un immediato vantaggio economico per l'ente controllante".

In sostanza, rispetto al ricorso al mercato, l'attesa dell'Ente è di ottenere una riduzione, non quantificata, del costo del personale, a parità di costo orario e di numero di ore, beneficiando del tasso di assenteismo reale, ipotizzato inferiore rispetto a quello considerato nei ribassi d'asta.

2) Utile di impresa applicato: la società in house condivide questo vantaggio con le cooperative sociali e i consorzi rispetto alle società commerciali. Infatti, "nella generalità dei casi gli appalti di servizi socio-sanitari vengono aggiudicati in seguito ad espletamento di procedure ad evidenza pubblica, a cooperative sociali o loro consorzi. Tali operatori economici, infatti, [il cui scopo è quello della mutualità nell'offrire lavoro e non la ripartizione dell'utile agli azionisti], si trovano ad essere avvantaggiati rispetto alle società commerciali pure, in quanto possono prescindere dal ricaricare l'utile di impresa sul costo del servizio e pertanto riescono ad offrire ribassi d'asta decisamente più elevati". Nel caso della società in house, il costo

della prestazione socio-sanitaria non è, quindi, inciso dall'aumento determinato dall'utile d'impresa.

3) Regime fiscale delle prestazioni: *“Il mercato, qualunque sia il soggetto aggiudicatario, comporta un aggravio di costi per l'ASP, di natura fiscale o in termini di corrispettivo, superiore almeno del 5%. Tenuto conto che siamo in presenza di servizi ad altissima intensità di manodopera per importi molto elevati e con margini per l'ASP molto bassi in questo momento storico, detto delta appare assolutamente significativo e tale da consentire di motivare ampiamente riguardo al soddisfacimento delle condizioni previste dall'art. 192, comma 2, del D.lgs 50 del 2016.”* Difatti, osserva l'Ente come le prestazioni della società *in house* relative alla gestione di una casa di riposo per anziani e simili (comprehensive delle somministrazioni di vitto, indumenti, medicinali) rientrano nel regime di esenzione IVA. Inoltre, l'ASP evidenzia come anche le prestazioni socio-sanitarie, di assistenza domiciliare o ambulatoriale fornite dalla partecipata *in house* rientrerebbero nel regime di esenzione IVA. Difatti, dopo aver individuato il quadro giuridico di riferimento, la relazione riporta l'orientamento recente, ma consolidato da plurime pronunce, del giudice di legittimità per il quale il regime di esenzione IVA vada riconosciuto a tutti coloro che forniscono servizi assistenziali e che non perseguono uno scopo di lucro, indipendentemente dalla forma adottata: ciò vale anche per le società di capitali. Secondo la Cassazione, la natura giuridica di enti di assistenza e beneficenza deve essere accertata caso per caso in sede giudiziale, indipendentemente da un riconoscimento amministrativo formale di ente assistenziale. Tra questi, pertanto, non si possono escludere a priori enti privati che perseguano scopo di lucro. In un caso analogo la Corte di Cassazione ha rilevato come la società (*in house*) costituita da Aziende di servizi alla persona, svolgeva la propria attività, di interesse pubblico, esclusivamente nei confronti degli enti soci e che *“in forza di patti parasociali era obbligata a reinvestire eventuali utili di gestione a vantaggio dell'utenza dei servizi prestati”*.

In tal senso, lo Statuto della società partecipata dall'ASP riporta la clausola statutaria per la quale eventuali utili debbono essere investiti a favore della collettività che usufruisce dei servizi assistenziali.

Di contro, l'affidamento ad una società cooperativa, come ricostruito dal quadro giuridico riportato nella relazione, comporterebbe il riconoscimento di un “costo” IVA del 5%.

4) Infine, nel confronto tra società partecipata *in house* e mercato, nella Relazione viene evidenziato che *“l'esternalizzazione dei servizi mediante appalti, in genere aggiudicati a cooperative sociali, attualmente in essere, presenta significative criticità, tali da giustificare il ricorso all'erogazione di servizi in autoproduzione in house providing tramite una società interamente partecipata dall'ASP”*. In particolare, si menzionano:

- la necessità di bandire gare periodiche e di rivedere i capitolati, l'alternanza degli appaltatori;
- la criticità della c.d. “clausola sociale” e la fuga dei migliori.

Con riferimento al vantaggio dell'*in house* rispetto all'assunzione di personale ASP, l'Ente

evidenza che “neppure l'internazionalizzazione del servizio tramite assunzione diretta di personale da parte dell'ASP in regime di diritto pubblico privatizzato ai sensi del D.lgs 165 del 2001, port[a] ad un beneficio economico rispetto all'in house, anzi.”

L'Ente, infatti, così argomenta:

- “non è possibile per il datore di lavoro pubblico scegliere il modello contrattuale più appropriato in funzione delle prestazioni erogate”, mentre “nel settore privato, nel quale rientrano senza dubbio anche i contratti di lavoro dei dipendenti di una società in house, è il datore di lavoro che sceglie liberamente il CCNL da applicare al proprio personale, potendo - al limite - ricorrere anche a diverse tipologie di contratti collettivi laddove si tratti di società multiutility che opera in svariati settori e che pertanto ha necessità di poter usufruire di mansionari e qualificazioni giuridico economiche differenziate per ramo di attività”;
- i costi del CCNL funzioni locali rispetto ad un CCNL privato sono maggiori. A supporto di tale affermazione l'Ente produce un'analisi del 2020 della Corte dei conti che mette a confronto le retribuzioni contrattuali orarie relative alla qualifica quadro-impiegato del comparto pubblico rispetto al settore privato (l'analisi tuttavia è generica);
- “l'obbligo previsto per legge e che grava sulle ASP di dover assumere il personale con un contratto collettivo pubblico e di applicare il D.lgs 165 del 2001, inoltre, ne riduce senza dubbio i margini di flessibilità e la possibilità di poter adeguare il proprio organico alla fluttuazione della domanda che si è venuta a creare, anche durante ed in seguito all'emergenza sanitaria COVID-19”. “In caso di drastica contrazione della domanda l'ASP che dovesse assumere direttamente personale secondo il CCNL delle autonomie locali, non sarebbe in grado di modulare la propria offerta riducendone la consistenza [mediante gli strumenti giuslavoristici di diritto privato (contratti a tempo determinato, cassa integrazione, mobilità, etc.)] e dunque riducendo i costi per garantire l'equilibrio di bilancio”;
- “la gestione diretta dei servizi da parte della pubblica amministrazione non rappresenta [omissis] un modello diffuso nel nostro paese, che ha visto nel corso del tempo l'esternalizzazione degli stessi mediante contratti di appalto, forme di partenariato pubblico privato (concessione, project financing, etc.), oppure - appunto - società partecipate”;
- i costi per malattie, maternità e permessi ex l. 104 del 1992, nel caso delle ASP che assumono direttamente personale nel proprio organico [omissis] restano a carico delle stesse e non vengono erogati dall'INPS, non sussistendo una norma di legge che la ponga a carico di quest'ultimo istituto. [omissis] Con circolare INPS del 28 gennaio 1981 n. 1343368 sono state poi individuate le categorie di dipendenti e di datori di lavoro per i quali gli oneri di previdenza minore sono a carico dell'INPS (industria, artigianato, commercio, credito, assicurazioni, servizi tributari appaltati e agricoltura) e tra questi non vi sono i dipendenti di enti pubblici.[omissis] Appare dunque evidente lo svantaggio per l'ASP di ricorrere ad assunzione diretta di personale ed anche questa, assieme ad altre, rappresenta certamente

una ragione per la quale nel corso del tempo tali aziende pubbliche hanno esternalizzato la gestione dei servizi nei confronti delle cooperative sociali e di altri operatori economici privati.”

In conclusione, relativamente alla convenienza economica dell'operazione all'esame della Sezione, le argomentazioni offerte dalla relazione sono ampie, ma i vantaggi evidenziati dall'ASP non sono stati tradotti in analisi quantitative di confronto.

Per quanto attiene, infine, alla compatibilità dell'intervento con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese, l'Ente evidenzia come nel caso di specie non vi siano specifiche problematiche in quanto *“le ASP e le loro società erogano servizi sociali in ambito socio-sanitario per i quali il concetto di mercato non è immediatamente trasponibile. In ogni caso, la costituzione della società non apporta nessun beneficio ulteriore al Committente rispetto a quello di cui potrebbe beneficiare un soggetto di diritto privato che decidesse di istituire una propria società di servizi, anche e proprio al fine di segmentare l'attività, i centri di costo, il bilancio ed il CCNL applicato. Le ASP, infatti, traggono i proventi per l'erogazione dei servizi unicamente dalle rette sociali e sanitarie che vengono loro versate dai Comuni e dalle ASL per la gestione delle RSA e paramtrate al numero di ospiti presenti in struttura. Non vi è pertanto una remunerazione ulteriore della società in house rispetto ai privati”*.

La motivazione appare sufficiente ed in ogni caso, conformemente a quanto rilevato in altra occasione (Sezione regionale di controllo per la Toscana, delib. n. 77/2023/PASP), *“Atteso il riparto di competenze e il perimetro del sindacato tra le differenti Istituzioni e plessi magistratuali, anche sovranazionali, lo scrutinio funditus dei predetti profili fuoriesce dalla cognizione di questa Corte”*. Pertanto, si prende atto della motivazione offerta dalla ASP.

Conclusivamente, in ordine agli obblighi motivazionali dell'operazione di costituzione della società a responsabilità limitata *in house*, si può osservare che:

- relativamente al perseguimento delle finalità istituzionali indicate nell'art. 4 e dei limiti dallo stesso posti, dalla relazione emerge il rispetto della finalità pubblicistica e del vincolo cd. di attività, sub specie di rispetto dell'art. 4 co. 2 lett. d);

- quanto alla indispensabilità dello strumento societario ed alla scelta del modello da adottare, nella documentazione trasmessa la motivazione risulta assente;

- quanto alla convenienza economica ed alla sostenibilità finanziaria, anche con riferimento alla gestione diretta o esternalizzata del servizio, le motivazioni offerte dalla relazione non consentono di ritenere dimostrata la sostenibilità finanziaria tanto oggettiva che soggettiva; quanto alla convenienza economica, la relazione fornisce ampie spiegazioni ma è priva di riferimenti quantitativi;

- quanto alla verifica della compatibilità con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa, tale compatibilità non risulta verificabile in conseguenza dei limiti rilevati in ordine alla dimostrazione della sostenibilità finanziaria e della convenienza economica;

- infine, circa la verifica della compatibilità dell'intervento finanziario con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese, l'operazione appare compatibile.

P.Q.M.

la Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Toscana, ai sensi dell'art. 5, commi 3 e 4, del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, rende parere parzialmente negativo nei termini di cui in parte motiva sull'atto deliberativo n. 14 del 27 febbraio 2023 del Consiglio di Amministrazione dell'Azienda Pubblica di Servizi alla Persona "Istituto Maria Redditi".

DISPONE

la trasmissione della deliberazione, a cura della Segreteria della Sezione, al Presidente ed al Consiglio di Amministrazione entro cinque giorni dal deposito, ai sensi dell'art. 5, comma 4, del d.lgs. n. 175/2016

All'Azienda Pubblica di Servizi alla Persona "Istituto Maria Redditi" di pubblicare la presente deliberazione, entro cinque giorni dalla ricezione, nel proprio sito istituzionale ai sensi dell'art. 5, comma 4, del d.lgs. n. 175/2016.

Manda alla Segreteria per gli adempimenti di rito.

Così deciso in Firenze, nella Camera di consiglio del 13 aprile 2023.

Il Relatore
Francesco Belsanti
(firmato digitalmente)

Il Presidente
Maria Annunziata Rucireta
(firmato digitalmente)

Depositata in Segreteria il 26 aprile 2023.

Il Funzionario incaricato
Claudio Felli
(firmato digitalmente)