

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

composta dai magistrati:

dott. Nicola Mastropasqua	Presidente
dott. Giuseppe Zola	Consigliere
dott. Alessandro Napoli	Referendario
dott. Laura De Rentiis	Referendario
dott. Donato Centrone	Referendario (relatore)
dott. Francesco Sucameli	Referendario
dott. Cristiano Baldi	Referendario
dott. Andrea Luberti	Referendario

nella camera di consiglio del 10 gennaio 2013

Visto il testo unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con il regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214, e successive modificazioni;

Vista la legge 21 marzo 1953, n. 161;

Vista la legge 14 gennaio 1994, n. 20;

Vista la deliberazione delle Sezioni riunite della Corte dei conti n. 14/2000 del 16 giugno 2000, che ha approvato il regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti, modificata con le deliberazioni delle Sezioni riunite n. 2 del 3 luglio 2003 e n. 1 del 17 dicembre 2004;

Visto il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 recante il Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali;

Vista la legge 5 giugno 2003, n. 131;

Vista la deliberazione n. 1/pareri/2004 del 3 novembre 2004 con la quale la Sezione ha stabilito i criteri sul procedimento e sulla formulazione dei pareri previsti dall'articolo 7, comma 8, della legge n. 131/2003;

Vista la nota prot. n. 11674 del 6 dicembre 2012 con la quale il Sindaco del Comune di Sondalo (SO) ha chiesto un parere in materia di contabilità pubblica;

Vista l'ordinanza con la quale il Presidente ha convocato la Sezione per l'adunanza odierna per

deliberare sulla sopra indicata richiesta;

Udito il relatore, dott. Donato Centrone

Premesso che

Il Sindaco del Comune di Sondalo, con nota del 6 dicembre 2013, ha formulato alla Sezione una richiesta di parere in materia in merito alla possibilità di partecipare ad una fondazione per l'erogazione di servizi sociali.

Il Comune gestisce direttamente la "RSA Bellavista", struttura socio-sanitaria residenziale per anziani non autosufficienti accreditata da Regione Lombardia. L'Amministrazione comunale pensa da tempo all'individuazione di una forma gestionale che possa dare maggiore autonomia e snellezza gestionale al servizio e quindi una maggiore efficacia operativa.

Tale scelta è motivata dall'esigenza di migliorare un contesto già positivo, nel quale sono inquadrati i servizi sociali offerti sul territorio, nell'ottica di sviluppare e rinnovare l'offerta, così come richiesto dal sistema del welfare lombardo.

L'offerta del servizio, nonostante la buona qualità e la positiva risposta alla domanda locale, presenta molte difficoltà legate alla ridotta dimensione della struttura (attualmente 48 posti), difficoltà non solo gestionali ma anche finanziarie, considerato il taglio delle risorse regionali.

La RSA, a seguito di recenti investimenti, ha realizzato un nuovo reparto con n. 12 posti letto, la cui apertura richiede l'assunzione di altro personale per permetterne l'operatività e garantire il rispetto degli standard richiesti. Il funzionamento del nuovo reparto abbasserebbe, grazie ad economie di scala, il disavanzo di gestione ma l'apertura non è possibile considerata l'impossibilità per il Comune di procedere a nuove assunzioni (dato il rapporto esistente tra spese correnti e spese di personale e l'obbligo di rispettare il vincolo di riduzione progressiva).

La gestione della RSA ha notevole incidenza sul bilancio comunale, con ripercussioni in materia di politiche e spesa del personale, considerato che la gestione dei servizi socio sanitari impone elevati standard di personale.

L'Amministrazione comunale aveva pensato all'istituzione di una fondazione quale organismo idoneo alla gestione dei servizi sociali, fra cui quelli in capo alla RSA in discorso. Tale soluzione è stata abbandonata a seguito dell'adozione, da parte della Sezione, del parere n. 403/2012/PAR.

Ribadita la difficoltà, se non l'impossibilità, di proseguire un'efficace gestione diretta del servizio da parte del Comune di Sondalo e considerato che, nei Comuni limitrofi, esistono altre RSA, il Sindaco chiede un parere in merito a:

- 1) possibilità di partecipare ad una fondazione, ente di diritto privato, già esistente e che eroga e gestisce il servizio di RSA;
- 2) possibilità di partecipare ad una fondazione, "organismo di diritto pubblico" senza scopo di lucro, "interamente partecipata" da Comuni e volta al "perseguimento di finalità di solidarietà

sociale, nei settori dell'assistenza sociale e socio sanitaria", frutto della "trasformazione" di una fondazione di diritto privato già esistente.

Inoltre, nel caso di risposta positiva all'adozione di una o entrambe le soluzioni sopra prospettate, il sindaco chiede un parere in merito:

3) al possibile trasferimento alla fondazione del personale comunale attualmente assegnato alla gestione della RSA, considerata l'impossibilità di una diversa collocazione all'interno dell'ente (con applicazione della disciplina del trasferimento di ramo d'azienda e relativo passaggio automatico del personale);

4) all'imputazione o meno al bilancio di questo ente delle spese del personale trasferito ed al suo conteggio nel novero del personale comunale, ai fini del rispetto della normativa in materia di vincoli assunzionali e contenimento della spesa pubblica.

In merito all'ammissibilità della richiesta

La funzione consultiva delle Sezioni regionali è inserita nel quadro delle competenze che la legge n. 131 del 2003, recante adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, ha attribuito alla Corte dei conti.

In relazione allo specifico quesito formulato dal Sindaco del Comune di Sondalo, la Sezione osserva quanto segue.

Il primo punto da esaminare concerne la verifica in ordine alla circostanza se la richiesta proveniente dalla Provincia rientri nell'ambito delle funzioni attribuite alle Sezioni regionali della Corte dei conti dall'art. 7, comma 8, della legge 6 giugno 2003, n. 131, norma in forza della quale Regioni, Province e Comuni possono chiedere a dette Sezioni pareri in materia di contabilità pubblica, nonché ulteriori forme di collaborazione, ai fini della regolare gestione finanziaria e dell'efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa.

In proposito, questa Sezione ha precisato, in più occasioni, che la funzione di cui al comma ottavo dell'art. 7 della legge n. 131/2003 si connota come facoltà conferita agli amministratori di Regioni, Comuni e Province di avvalersi di un organo neutrale e professionalmente qualificato per acquisire elementi necessari ad assicurare la legalità dell'attività amministrativa.

I pareri e le altre forme di collaborazione si inseriscono nei procedimenti amministrativi degli enti territoriali consentendo, nelle tematiche in relazione alle quali la collaborazione viene esercitata, scelte adeguate e ponderate nello svolgimento dei poteri che appartengono agli amministratori pubblici, restando peraltro esclusa qualsiasi forma di cogestione o coamministrazione con l'organo di controllo esterno (si rinvia, per tutte, alla Delibera della Sezione del 11 febbraio 2009, n. 36).

Infatti, deve essere messo in luce che il parere della Sezione attiene a profili di carattere generale anche se, ovviamente, la richiesta proveniente dall'ente pubblico è motivata, generalmente, dalla necessità di assumere specifiche decisioni in relazione ad una particolare

situazione. L'esame e l'analisi svolta nel parere è limitata ad individuare l'interpretazione di disposizioni di legge e di principi generali dell'ordinamento in relazione alla materia prospettata dal richiedente, spettando, ovviamente, a quest'ultimo la decisione in ordine alle modalità applicative in relazione alla situazione che ha originato la domanda.

Con specifico riferimento all'ambito di legittimazione soggettiva per l'attivazione di questa particolare forma di collaborazione, è ormai consolidato l'orientamento che vede, nel caso della Provincia, il Presidente quale organo istituzionalmente legittimato a richiedere il parere, in quanto riveste il ruolo di rappresentante dell'ente.

Il presente presupposto soggettivo sussiste nel quesito richiesto dal Sindaco del Comune di Sondalo con nota del 6 dicembre 2012.

Con riferimento alla verifica del profilo oggettivo, occorre rilevare che la disposizione contenuta nel comma 8 dell'art. 7 della legge 131 deve essere raccordata con il precedente comma 7, norma che attribuisce alla Corte dei conti la funzione di verificare il rispetto degli equilibri di bilancio, il perseguimento degli obiettivi posti da leggi statali e regionali di principio e di programma, la sana gestione finanziaria degli enti locali. Lo svolgimento delle funzioni è qualificato dallo stesso legislatore come una forma di controllo collaborativo.

Il raccordo tra le due disposizioni opera nel senso che il comma 8 prevede forme di collaborazione ulteriori rispetto a quelle del precedente comma, rese esplicite in particolare con l'attribuzione agli enti della facoltà di chiedere pareri *in materia di contabilità pubblica*.

Appare conseguentemente chiaro che le Sezioni regionali della Corte dei conti non svolgono una funzione consultiva a carattere generale in favore degli enti locali, ma che, anzi, le attribuzioni consultive si connotano sulle funzioni sostanziali di controllo collaborativo ad esse conferite dalla legislazione positiva.

Al riguardo, le Sezioni riunite della Corte dei conti, intervenendo con una pronuncia in sede di coordinamento della finanza pubblica ai sensi dell'art. 17, comma 31 del decreto legge 1° luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n. 102, hanno delineato una nozione di contabilità pubblica incentrata sul "*sistema di principi e di norme che regolano l'attività finanziaria e patrimoniale dello Stato e degli enti pubblici*", da intendersi in senso dinamico anche in relazione alle materie che incidono sulla gestione del bilancio e sui suoi equilibri (Delibera n. 54 del 17 novembre 2010). Il limite della funzione consultiva come sopra delineato fa escludere qualsiasi possibilità di intervento della Corte dei conti nella concreta attività gestionale ed amministrativa, che ricade nella esclusiva competenza dell'autorità che la svolge o di interferenza, in concreto, con competenze di altri organi giurisdizionali.

Tanto premesso, le richieste di parere formulate dal Comune di Sondalo, articolate in 4 quesiti, di cui due subordinati all'esito dei primi, possono ritenersi ammissibili sotto il profilo oggettivo attenendo alla materia della "contabilità pubblica", in particolare all'applicazione di norme ponenti

limitazioni alla costituzione di società e organismi pubblici non societari, esplicitamente inserite all'interno di un testo legislativo contenente "disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica" e volte, in particolare, alla "razionalizzazione amministrativa, divieto di istituzione e soppressione di enti, agenzie e organismi" (art. 9 d.l. 95/2012, convertito con legge n. 135/2012).

Esame nel merito

Occorre precisare che la decisione da parte dell'Amministrazione sulle modalità interpretative delle norme di contabilità è frutto di valutazioni proprie dell'Ente medesimo, rientranti nelle prerogative dei competenti organi decisionali, pur nel rispetto delle previsioni legali e nell'osservanza delle regole di sana gestione finanziaria e contabile. Cionondimeno l'Ente richiedente potrà tenere conto, nelle determinazioni di propria competenza, dei principi generali enunciati in sede interpretativa nel presente parere.

Il Comune, esposte le premesse riportate nella parte in fatto, pone, in via principale, due quesiti, prospettanti altrettante soluzioni per la gestione di una residenza sanitaria assistenziale:

1) partecipazione ad una fondazione già esistente, ente di diritto privato, che gestisce il servizio di RSA;

2) partecipazione ad una fondazione, "organismo di diritto pubblico" senza scopo di lucro, "interamente partecipata" da Comuni e volta al "perseguimento di finalità di solidarietà sociale, nei settori dell'assistenza sociale e socio sanitaria", frutto della "trasformazione" di una fondazione di diritto privato già esistente.

La questione concerne, pertanto, la possibilità o meno, per il Comune di Sondalo, di partecipare ad una fondazione (istituita da altri soggetti privati o pubblici) per la gestione di una RSA, attualmente gestita direttamente.

L. Appare opportuno richiamare, in via preliminare, quanto evidenziato dalla Sezione Piemonte nel parere n. 24/2012 circa la natura e le caratteristiche di una fondazione, sia che risulti costituita da soggetti privati che da amministrazioni o enti pubblici.

La fondazione è un ente dotato di personalità giuridica, disciplinato dal codice civile, che ha quale elemento costitutivo essenziale l'esistenza di un "patrimonio" destinato alla soddisfazione di uno "scopo" (artt. 14 e segg.). Il "patrimonio" non è solo elemento costitutivo, ma è la caratteristica che distingue e differenzia questo istituto dall'associazione, che ha quale elemento essenziale la personalità della partecipazione di una pluralità di soggetti, finalizzata al raggiungimento di uno scopo.

Le fondazioni, come riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale, hanno natura privata e sono espressione organizzativa delle libertà sociali, costituendo i cosiddetti corpi intermedi, collocati fra Stato e mercato, che trovano nel principio di sussidiarietà orizzontale, di cui all'ultimo

comma dell'art. 118 della Costituzione, un preciso presidio rispetto all'intervento pubblico (Corte costituzionale 28 settembre 2003, n. 300 e n. 301).

Non paiono, pertanto, sussistere motivazioni tese all'individuazione di una diversa natura giuridica per il solo fatto che la fondazione sia istituita e partecipata da enti pubblici, piuttosto che da soggetti privati. Il richiamo, presente nell'istanza di parere, alla natura di "organismo di diritto pubblico", propria della fattispecie ipotizzata nel secondo quesito, segnala solo la presenza, nell'ente in discorso, dei presupposti previsti dal diritto nazionale, di derivazione comunitaria, per l'applicazione della disciplina dettata in tema di appalti pubblici, ma non muta i termini del problema posto, nel caso di specie, dal Comune istante. In sostanza, non appare rilevante, ai fini dell'analisi della fattispecie prospettata, che la fondazione sia stata istituita da soggetti privati o, anche, da altri enti pubblici.

Nel quesito, il Comune fa presente che è sua intenzione non costituire una nuova fondazione (ipotesi preclusa dall'art. 9 del d.l. n. 95/2012, convertito con legge n. 135/2012, come chiarito dalla Sezione nel parere n. 403/2012), ma "partecipare" ad una già costituita da altri soggetti.

In proposito, va evidenziato, richiamando il parere della Sezione Emilia Romagna n. 654 del 16/12/2010 (cui si rimanda per l'analisi di ulteriori aspetti relativi a scopi, attività e rapporti fra enti fondatori) che la "fondazione di partecipazione" costituisce un modello atipico di persona giuridica privata, di recente teorizzazione dottrina, che sintetizza l'elemento personale, tipico delle associazioni, e l'elemento patrimoniale, caratteristico delle fondazioni.

Tale modello sorge dalla constatata limitatezza dello schema classico previsto dal codice civile, trattandosi di fondazioni non più istituite da un singolo soggetto, sia esso persona fisica ovvero giuridica, ma da una pluralità di soggetti (privati e/o pubblici), che condividono una medesima finalità. Nella prassi, rappresenta lo strumento attraverso il quale un ente pubblico persegue uno scopo di utilità generale, nel tentativo di creare una partnership pubblico-privato e consentire di usufruire di maggiori disponibilità finanziarie e di attività di management nella gestione dei servizi sociali, venendosi così a ridurre il rischio associato all'attività di produzione di servizi.

La figura troverebbe legittimazione nel riferimento alle "altre associazioni di carattere privato" presente nell'articolo 12 del Codice civile, oggi abrogato e recepito dall'articolo 1 del DPR 361/2000. Trattasi di un negozio giuridico a struttura aperta che trova principale esplicazione con riferimento a servizi di utilità sociale (cultura, ambiente, ricerca scientifica, assistenza ad anziani, ecc.). Pertanto, per individuare la disciplina applicabile, occorre avere riguardo alla fattispecie concreta e, in particolare, alle clausole statutarie.

II. Come chiarito nei precedenti pareri della Sezione n. 403/2012 e n. 485/2012, in relazione alla possibilità di istituire fondazioni, è intervenuto il decreto legge n. 95/2012, convertito nella legge n. 135/2012. All'interno dell'articolo 9, disposizione tesa alla "razionalizzazione

amministrativa, divieto di istituzione e soppressione di enti, agenzie e organismi”, ha previsto, al comma 6, che “è fatto divieto agli enti locali di istituire enti, agenzie e organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica, che esercitino una o più funzioni fondamentali e funzioni amministrative loro conferite ai sensi dell'articolo 118 della Costituzione” (precetto che si aggiunge alle regole impositive di obblighi di razionalizzazione di enti e organismi esistenti, contenute nei commi precedenti).

Di conseguenza, come evidenziato nel parere n. 403 del 18/09/2012, l'ampia latitudine operativa della disposizione, nel quadro dell'opzione legislativa tesa alla reinternalizzazione dei servizi, non può che comprendere, fra gli “enti, agenzie e organismi”, anche le fondazioni di partecipazione e, in genere, gli altri organismi strumentali creati dall'ente locale per la gestione di funzioni fondamentali e amministrative (salvo, per le società, il rinvio, contenuto nel comma 7, alle apposite regole di razionalizzazione già emanate dal legislatore).

Inoltre l'ampia dizione letterale, usata per individuare le finalità istituzionali di tali enti e organismi (“funzioni fondamentali e funzioni amministrative loro conferite ai sensi dell'articolo 118, della Costituzione”), pare abbracciare tutto lo spettro delle competenze attribuite agli Enti locali dalla legge, sia quelle qualificate dal legislatore come “fondamentali” (per la cui elencazione si rinvia all'art. 14, comma 27, d.l. n. 78/2010, come modificato dall'art. 19 del d.l. n. 95/2012) sia le altre funzioni amministrative aventi fonte nell'articolo 118 della Costituzione e, a livello di legislazione ordinaria, negli articoli 3 e 13 del TUEL, d.lgs. n. 267/2000. Ad analoghe conclusioni la Sezione è giunta, con riguardo alle Aziende speciali, nella delibera n. 514/2012.

III. Nella fattispecie in esame, tuttavia, non si chiede di istituire un nuovo ente o organismo, ma di “partecipare” ad una fondazione già istituita da altri soggetti, pubblici o privati. La circostanza non sembra poter mutare, nel caso specifico, le descritte conclusioni.

In primo luogo va evidenziato che all'ente “fondazione” non si può *strictu sensu* aderire in quanto, ai sensi del codice civile, non sono strutture associative ma patrimoniali (ed in questo si differenziano appunto dalle associazioni). Pertanto l'eventuale contribuzione a fini di adesione altro non sarebbe che un atto di dotazione al patrimonio della fondazione.

Tale contributo pare equiparabile, nella prospettiva del Comune aderente, alla costituzione di nuova fondazione, ipotesi al momento vietata.

A differenza delle partecipazioni societarie, in cui il socio mantiene il diritto di concorrere alla distribuzione degli utili derivanti dall'attività d'impresa oggetto di conferimento e rimane titolare del credito alla quota di patrimonio che residua dopo la liquidazione, nel caso della fondazione l'art. 28 del codice civile prevede, in caso di esaurimento o sopravvenuta scarsa utilità dello scopo, la trasformazione, ad opera dell'autorità governativa, in altra aderente alla volontà del fondatore.

In alternativa, il comma 2 prevede che, alla ricorrenza di determinati fatti, consegua la devoluzione dei beni a terze persone.

Il comma 6 sopra indicato si inserisce, inoltre, all'interno di una disposizione, l'art. 9 del d.l. n. 95/2012, tesa alla "razionalizzazione amministrativa, divieto di istituzione e soppressione di enti, agenzie e organismi" che, al comma 1, impone a regioni, province e comuni di sopprimere o accorpate (o, in ogni caso, assicurare la riduzione dei relativi oneri finanziari in misura non inferiore al 20 per cento) enti, agenzie e organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica che, alla data di entrata in vigore del decreto, esercitano, anche in via strumentale, funzioni fondamentali di cui all'articolo 117, comma secondo, lettera p), della Costituzione o funzioni amministrative spettanti ai sensi dell'articolo 118 della Costituzione.

La norma costituisce evidente espressione (assieme agli obblighi di razionalizzazione delle partecipazioni in società strumentali, poste dall'art. 4 del medesimo decreto legge) dell'intenzione del legislatore di ridurre la presenza di enti e organismi, comunque denominati, facenti capo a Comuni e Province, sollecitando questi ultimi alla gestione diretta delle funzioni amministrative e fondamentali loro attribuite dalla legge, sulla base dell'assunto che la moltiplicazione dei centri erogatori di funzioni e servizi pubblici ha comportato un incremento di spesa, non accompagnato da un'elevazione negli standard qualitativi dei servizi erogati.

Va pure precisato che, ai sensi del comma 1-bis, introdotto dalla legge di conversione n. 135/2012, la disposizione di razionalizzazione sopra indicata (comma 1) non si applica alle aziende speciali, agli enti ed alle istituzioni che gestiscono servizi socio-assistenziali (attività in cui ricade la gestione di una RSA per anziani). L'eccezione, è bene precisarlo, esclude dall'obbligo di razionalizzazione/riduzione solo le aziende speciali, gli enti o le istituzioni già costituite, ed espletanti una delle attività elencate (servizi socio-assistenziali, educativi e culturali), fattispecie che non ricorre nel caso prospettato dal Comune di Sondalo che, fino ad ora, ha gestito direttamente, tramite i propri uffici, la RSA indicata.

In sostanza, alla luce del combinato disposto del comma 6 (che prevede un divieto di istituzione di nuovi enti) e del comma 1 (che impone un obbligo di razionalizzazione/riduzione, pari almeno al 20 per cento, di quelli già esistenti) dell'art. 9 del d.l. n. 95/2012, nonché della *ratio* complessiva del provvedimento legislativo in discorso (quale emerge, per esempio, dall'art. 4), appare vietata, da parte del Comune, non solo l'istituzione di un nuovo ente o organismo comunque denominato (nel caso di specie, una fondazione), ma anche una nuova partecipazione, contrastando anche questa seconda ipotesi con la volontà del legislatore non solo di non incrementare la presenza degli enti locali in enti e organismi (comma 6), ma, altresì, di ridurla sensibilmente (comma 1).

Anche a ritenere eccessivamente restrittiva tale interpretazione, ritenendo il divieto di istituzione (comma 6) slegato dall'obbligo di razionalizzazione (comma 1), comunque, alla luce di

quest'ultimo necessario obiettivo di riduzione e risparmio, l'eventuale "partecipazione" ad una fondazione già istituita deve collocarsi all'interno di un programma complessivo di razionalizzazione della presenza del Comune in enti e organismi, comunque denominati (salvo quelli aventi natura societaria, alla luce del comma 7 dell'art. 9 del d.l. n. 95/2012), che deve garantire in ogni caso "la riduzione dei relativi oneri finanziari in misura non inferiore al 20 per cento".

Analoga è stata la *ratio* alla base delle disposizioni tese alla razionalizzazione, prima (cfr. art. 3 commi 27 e seguenti LF n. 244/2007) e riduzione, poi (cfr. art. 14 comma 32 d.l. n. 78/2010, convertito con legge n. 122/2010), della costituzione e partecipazione in organismi societari. Anche in questo caso l'obiettivo del legislatore è stato quello, specie per i Comuni di minori dimensioni (categoria cui appartiene Sondalo, avente popolazione inferiore ai 5.000 abitanti), di vietare la costituzione di nuove società e di porre in liquidazione quelle esistenti (salvo le eccezioni espressamente previste). Nella disciplina di questa materia, è stata tuttavia introdotta una specifica deroga nel caso in cui si tratti di società, con partecipazione paritaria ovvero proporzionale al numero degli abitanti, costituite da più Comuni la cui popolazione complessiva superi i 30.000 abitanti. Analoga eccezione non è prevista, invece, dai commi 1 e 6 dell'art. 9 del d.l. n. 95/2012 che, prescindendo dalla classe demografica dei Comuni, impongono divieti di costituzione e obblighi di razionalizzazione più ampi di quelli previsti, in tema di partecipazioni societarie, dall'art. 14 comma 32 del d.l. n. 78/2010, convertito con legge n. 122/2010.

IV. Resta ferma la possibilità di stipulare un contratto di servizio con la fondazione già costituita, nel rispetto delle procedure previste per l'affidamento dei servizi pubblici locali, aventi o meno rilevanza economica.

La gestione di una casa di riposo può essere qualificata, infatti, sia come servizio pubblico locale privo di rilevanza economica (cfr. Sezione Sardegna n. 9/2007 e Sezione Lombardia n. 187/2009, in particolare nei casi in cui si accerti l'assenza di remuneratività per il gestore) che come servizio pubblico locale (sempre sulla base di una verifica da operare in concreto, cfr. Sezione Lombardia parere n. 278/2012). Quanto detto prescinde dal *nomen iuris* del soggetto gestore (nel caso di specie una fondazione) che, per il diritto comunitario, non rileva ai fini della normativa applicabile ai soggetti potenziali aggiudicatari di appalti pubblici.

Come noto, a seguito della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 113 bis del TUEL, ad opera della sentenza della Consulta n. 272/2004, per indebita compressione delle prerogative di regolazione affidate alle Regioni dall'art. 117 della Costituzione, nel caso in cui la gestione della RSA integri un servizio pubblico locale privo di rilevanza economica occorre far riferimento alla normativa regionale emanata in materia (o, in assenza, ai principi nazionali e comunitari).

Nel caso in cui si configuri, invece, quale servizio pubblico a rilevanza economica, occorre rifarsi, dopo la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011, convertito con legge n. 148/2011, ad opera della sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012, direttamente alle norme ed ai principi derivanti dalla normativa comunitaria.

Come evidenziato nel parere n. 479/2011 i servizi sanitari e sociali, pur rientrando nell'allegato II B del Codice dei contratti fra quelli c.d. esclusi, restano soggetti, agli artt. 20 e 27 del d.lgs. n. 163/2006, in base al quale l'affidamento dei contratti pubblici sottratti in tutto o in parte all'applicazione del Codice deve comunque avvenire nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità (da ultimo, cfr. deliberazioni dell'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici n. 73 del 20/7/2011, n. 4 del 14/1/2010, n. 102 del 5/11/2009), non essendo invece ammesso un affidamento diretto, se non nei casi in cui fra ente aggiudicatario e soggetto aggiudicatore ricorrano i presupposti del c.d. controllo analogo (cioè della c.d. produzione "in house" del servizio).

Tale ultima possibilità, in caso di affidamento del servizio ad una fondazione partecipata dal Comune, è stata posta in dubbio in un precedente parere della Sezione (n. 350/2012) in cui si è opinato sulla possibilità che una fondazione possa essere configurata come soggetto "in house" (con conseguente insussistenza di dualità soggettiva e, quindi, dell'obbligo di selezione concorsuale).

P.Q.M.

nelle considerazioni esposte è il parere della Sezione

Il Relatore
(Donato Centrone)

Il Presidente
(Nicola Mastropasqua)

Depositata in Segreteria
il 21 gennaio 2013
Il Direttore della Segreteria
(dott.ssa Daniela Parisini)