



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

composta dai magistrati:

dott. Nicola Mastropasqua	Presidente
dott. Antonio Caruso	Consigliere
dott. Giorgio Cancellieri	Consigliere
dott. Giancarlo Penco	Consigliere
dott. Giuliano Sala	Consigliere
dott. Giancarlo Astegiano	Primo Referendario
dott. Gianluca Braghò	Referendario
dott.ssa Alessandra Olessina	Referendario (relatore)
dott. Massimo Valero	Referendario

nell'adunanza del 30 settembre 2008

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;

Vista la legge 5 giugno 2003, n. 131;

Vista la nota n. 6428 del 1° settembre 2008, con la quale il Sindaco del Comune di Roncello (MI) ha chiesto un parere in materia di contabilità pubblica;

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 del 2003;

Vista l'ordinanza n. 68 del 23 settembre 2008, con la quale il Presidente ha convocato la Sezione per l'adunanza odierna per deliberare sulla richiesta proveniente dal Sindaco del Comune di Roncello (MI);

Udito il relatore, dott.ssa Alessandra Olessina

PREMESSO

Con nota indicata in epigrafe il Sindaco del Comune di Roncello (MI) ha chiesto alla Sezione di rendere apposito parere in merito alle corrette modalità di stipula di una convenzione con la quale il Comune stesso intende affidare *in house*, in favore di una già costituita società per azioni a capitale totalmente pubblico partecipata dal Comune stesso, il servizio di gestione integrata del verde pubblico nell'ambito del medesimo territorio comunale.

Più precisamente, si chiede di conoscere se sussista l'obbligo di stipulare la convenzione nella forma pubblica amministrativa, o se sia sufficiente la forma della scrittura privata anche non autenticata, con conseguente determinazione in ordine all'assoggettamento della convenzione all'applicazione dei diritti di segreteria e di rogito di cui alla Legge 8 giugno 1962, n. 604 e s.m.i.

IN VIA PRELIMINARE

Sull'ammissibilità della richiesta

La richiesta del parere in esame è fondata sull'art. 7, comma 8 della Legge n. 131/2003, che attribuisce alla Corte dei conti una funzione consultiva in materia di contabilità pubblica.

La Sezione, preliminarmente, è chiamata a verificare la presenza dei requisiti di ammissibilità della richiesta, come elaborati dalla giurisprudenza contabile e sostanzialmente riconducibili a tre profili:

- la legittimazione del soggetto che effettua la richiesta;
- l'ambito oggettivo delle materie entro le quali può espletarsi la funzione consultiva di questa Corte;
- i rapporti tra tale funzione consultiva e, da un lato, l'attività amministrativa, dall'altro le funzioni giurisdizionali civile, penale, amministrativa e contabile.

In ordine al soggetto legittimato a proporre i quesiti, è ormai orientamento consolidato (per tutte Sez. controllo Lombardia, delib. n. 1/2004) che la mancata istituzione, come nelle Regione Lombardia, del Consiglio delle autonomie, previsto dall'art. 7 della Legge cost. n. 3/2001, non costituisce elemento ostativo alla richiesta di parere proveniente direttamente dagli enti richiamati dall'art. 7 comma 8 della Legge n. 131/2003; ciò in base alla considerazione sia del tenore letterale di quest'ultima disposizione di legge (che usa la locuzione "di norma"), sia della *ratio* della stessa, che è quella di prevedere una sorta di "filtro" per la sottoposizione alla Corte dei conti delle sole questioni di portata generale.

Del pari risulta consolidato l'orientamento in ordine al soggetto legittimato a formalizzare la richiesta di parere, individuato nell'organo rappresentativo dell'ente, come tale "capace" di manifestarne la volontà, e cioè, per il Comune, il Sindaco, oltre al Consiglio comunale nel caso di pareri richiesti su atti di normazione.

Nel caso di specie la richiesta di parere è, conformemente a quanto si è detto, sottoscritta dal Sindaco del Comune di Roncello (MI).

La Sezione ritiene sussistente anche il requisito di ammissibilità oggettiva del parere.

Infatti, la richiesta è volta all'individuazione della forma necessaria alla stipula di una convenzione per l'affidamento *in house* di un servizio pubblico: ha, cioè, una formulazione "*generale*", nel senso già chiarito dalla giurisprudenza contabile (si veda, al riguardo, Sez. controllo Lombardia, delib. n. 9/pareri/2006), poichè è attinente all'interpretazione di norme, principi ed istituti giuridici, e non presenta alcun pericolo d'interferenza o commistione con l'attività amministrativa, in quanto prescinde da ogni indicazione specifica sulle modalità gestionali, che il Comune di Roncello potrà, nell'ambito della propria discrezionalità amministrativa, porre in essere con riferimento all'affidamento del servizio in questione.

Inoltre, la richiesta rientra nell'alveo della contabilità pubblica, in quanto, strettamente connesso alla forma della convenzione, è l'assoggettamento della stipula della stessa alla riscossione dei tributi, costituiti dai diritti di segreteria e rogito, spettanti in caso d'intervento dell'ufficiale rogante ai sensi della Legge n. 604/1968 e s.m.i. (cfr. Sez. controllo Lombardia, delib. n. 9/pareri/2008).

Infine, la richiesta di parere non risulta interferire con le funzioni di controllo o giurisdizionali svolte dalla magistratura contabile e neppure con alcun altro giudizio civile o amministrativo che sia in corso.

Pertanto, la richiesta di parere è *in toto* ammissibile e può essere esaminata nel merito.

NEL MERITO

Nella premessa della richiesta di parere si spiega che il Comune di Roncello è azionista, unitamente ad altri 47 comuni ed alla Provincia di Milano, di una società per azioni a totale capitale pubblico, operante nel settore dei servizi di igiene urbana e dei servizi a questi complementari ed accessori (quali raccolta e smaltimento rifiuti, raccolte differenziate, gestione del verde pubblico, servizi di rimozione neve).

La formula operativa ed organizzativa adottata prevede che tale società si occupi di organizzare, sovrintendere, gestire e controllare l'esecuzione dei servizi per conto dei Comuni soci, affidando a terzi, mediante le procedure dell'evidenza pubblica (gestite dalla società, unitamente alla predisposizione della necessaria documentazione tecnica ed amministrativa), la concreta effettuazione dei servizi secondo gli standard qualitativi risultanti dagli specifici Capitolati Speciali d'Appalto predisposti dalla società in accordo con i Comuni.

Sulla base di questi presupposti e seguendo tale formula operativa ed organizzativa, il Comune di Roncello intende appunto affidare alla predetta società la gestione integrata del verde pubblico sul proprio territorio comunale, sottoscrivendo, a tal fine, una specifica convenzione per regolamentare, nel dettaglio, i reciproci diritti ed obblighi tra il Comune e la società.

E' opportuno richiamare, *in primis*, il principio, ormai consolidato nella giurisprudenza contabile, secondo cui ogni decisione di gestione amministrativa, come quella relativa alla scelta sull'*an* e sul *quomodo* procedere all'espletamento dei servizi pubblici, attiene alla discrezionalità dell'Amministrazione, sicchè un'eventuale pronuncia di questa Corte integrerebbe un'indebita interferenza con l'attività amministrativa.

Al contrario, rientra nell'ambito della funzione giurisdizionale contabile l'indicazione dei principi che, in generale, sovrintendono al legittimo affidamento dei servizi pubblici, e, in particolare, dei presupposti che consentono di qualificare l'affidamento di un servizio pubblico come "*in house providing*" alla luce della normativa e della giurisprudenza più recente.

E' evidente, infatti, come l'esternalizzazione, da parte di un ente locale, di un servizio pubblico integra una scelta di politica economica che comporta inevitabili ricadute gestionali finanziarie e patrimoniali.

Pertanto, l'Amministrazione procedente non può esimersi dal compiere un'attenta valutazione dell'interesse pubblico da perseguire, sotto il profilo dell'efficacia, efficienza ed economicità, oltre che della conformità alla legge. Parametri che assumono rilevanza centrale nella verifica dell'effettiva sana gestione finanziaria dell'ente, che dalla legge è ricondotta alla funzione di controllo di questa Corte.

Per quanto riguarda le modalità e le condizioni della gestione dei servizi pubblici attraverso lo strumento societario si richiama l'analisi normativa e giurisprudenziale e le considerazioni già svolte da questa Sezione nella delibera n. 10 del 23 gennaio 2008.

Segnatamente, per quanto attiene ai requisiti di legittimità ed ai presupposti qualificanti l'affidamento *in house* (essenzialmente: "controllo analogo", titolarità pubblica del capitale ed attività prevalente in favore dei soci) è d'uopo il riferimento alla recentissima giurisprudenza amministrativa in materia (C.d.S., ad. pl. 3 marzo 2008, n. 1), nonché alla disciplina vincolistica introdotta dall'art. 3, commi da 27 a 33, della Legge 24 dicembre 2007, n. 244 - Legge finanziaria per il 2008 (sulla cui portata ed interpretazione questa Sezione ha avuto modo di pronunciarsi con delib. n. 48/pareri/2008), ed infine alle modifiche introdotte, in materia di affidamento di servizi pubblici, dall'art. 23**bis** del D.L. 25 giugno 2008, n. 112, convertito nella Legge 6 agosto 2008, n. 133.

In questa sede appare opportuno rimarcare che la giurisprudenza più recente (da ultimo C.d.S., ad. pl. 3 marzo 2008, n. 1) ha messo in luce che la partecipazione pubblica totalitaria è condizione necessaria ma non sufficiente perchè si realizzi la fattispecie dell'*in house providing*, dovendosi accertare in concreto l'effettiva sussistenza del "controllo analogo" da parte di ciascun ente partecipante, il quale deve essere messo in condizione di incidere sulle scelte di programmazione dell'attività e di verifica dei risultati, sulle modalità di svolgimento dei servizi, sulla composizione degli organi sociali. Ciò potrebbe non verificarsi nel caso di eccessiva frammentazione del capitale sociale tra una pluralità di enti, tenendo conto anche che *nella gestione concreta del servizio pubblico gli interessi di ciascuna comunità locale possono essere se non configgenti almeno divergenti in ordine alle modalità di resa del servizio, alla sua dimensione, alla allocazione di mezzi strumentali o risorse* (cfr. delib. di questa Sezione n. 10 del 23 gennaio 2008).

Pertanto, alla luce delle suesposte considerazioni dovranno essere accertati i presupposti legittimanti l'affidamento *in house* del servizio pubblico.

Quanto al modello procedimentale che caratterizza il caso di specie, va osservato che, secondo la giurisprudenza, la gestione dei servizi pubblici locali

tramite costituzione di società partecipata dall'ente locale e successivo affidamento del servizio alla società medesima (come nel caso di specie) è inquadrabile in una fattispecie a formazione progressiva, di cui un primo momento è costituito dalla delibera di scelta del modulo gestorio del servizio appunto attraverso la società partecipata, seguita dalla stipula dell'atto costitutivo della società. Il momento successivo, invece, è caratterizzato dal provvedimento amministrativo di affidamento, alla medesima società, della gestione del servizio, con correlativa stipula della convenzione, la quale dà esecuzione (necessitata) alla presupposta scelta organizzativa. La convenzione si pone, dunque, quale negozio di regolazione di un affidamento già determinato con l'approvazione dell'atto di costituzione della società partecipata (cfr., tra tante, C.d.S., sez. V, 30 agosto 2005, n. 4428 e 3 febbraio 2005, n. 272).

Tale convenzione è tradizionalmente qualificata più propriamente come contratto di servizio, come tale disciplinante i reciproci diritti ed obblighi, tra l'Amministrazione e la società, inerenti l'affidamento del servizio.

La giurisprudenza ha avuto modo di rimarcare la necessaria stipula del contratto di servizio, non ritenendo sufficiente la mera deliberazione dell'organo dell'ente pubblico che abbia autorizzato l'affidamento del servizio, *"ove tale deliberazione, mero atto interno e preparatorio del negozio avente come destinatario l'organo legittimato ad esprimerne la volontà all'esterno, non risulti essersi tradotta in un atto, sottoscritto da entrambi i contraenti, da cui possa desumersi la sistemazione del rapporto con le indispensabili determinazioni in ordine alle prestazioni da eseguirsi e al compenso da corrispondersi; né, peraltro, per la conclusione del contratto ha rilevanza la sottoscrizione, in calce alla delibera, "per accettazione" da parte del privato, non potendosi ravvisare in detto atto gli estremi di una proposta contrattuale"* (C.d.S., sez. V, 24 settembre 2003, n. 5444).

Neppure vale, ad escludere la necessità della stipula della convenzione, la considerazione che, nel caso di affidamento *in house*, si instaura un particolare rapporto tra ente affidante e società affidataria, generalmente qualificato in termini di delegazione interorganica, e caratterizzato dall'assenza di terzietà del soggetto affidatario rispetto al soggetto affidante, con la conseguente possibilità di considerare il primo quale parte integrante e prolungamento organizzativo del secondo. Non bisogna dimenticare, infatti, che il cosiddetto *in house providing* è istituto di matrice pubblicistico-comunitaria, sorto dall'esigenza di coniugare il fondamentale principio di libera concorrenza con quello di autorganizzazione della P.A., e la ricostruzione del rapporto ente affidante-società affidataria in termini di immedesimazione

soggettiva non è trasponibile nell'ambito del diritto civile, conducendo altrimenti all'aberrante conseguenza di considerare sufficiente la delibera amministrativa di affidamento del servizio alla stregua di una delega amministrativa.

Sotto il profilo del soggetto competente a stipulare la convenzione, spetterà al dirigente del settore interessato sottoscrivere l'atto ai sensi dell'art. 107 T.U.E.L., impegnando l'Amministrazione nei confronti della società, in conformità agli indirizzi espressi e alle modalità indicate dall'organo politico.

Per quanto attiene alla forma che dovrà assumere tale convenzione, è principio giurisprudenziale consolidato quello secondo cui tutti i contratti stipulati dalla P.A. richiedono la forma scritta *ad substantiam*.

Tale principio formalistico, che connota tutta l'attività contrattuale della P.A., è da ritenersi fondato direttamente sull'art. 97 Cost., in quanto corollario dei principi di buon andamento e di trasparenza dell'azione amministrativa.

Esso risponde, inoltre, all'esigenza di identificare con precisione il contenuto negoziale e di rendere possibili i controlli delle autorità competenti (Cass. Civ., Sez. I, 8 aprile 1998, n. 3662).

Il requisito della forma scritta a pena di nullità può ritenersi osservato solo in presenza di un documento che contenga in modo diretto la volontà contrattuale, perché redatto al precipuo scopo di renderla manifesta, così da impegnare contestualmente sia il privato che la P.A. in ordine al contenuto concreto del negozio (C.d.S., sez. V, 15 dicembre 2005, n. 7147; Cass. Civ., Sez. II, 25 novembre 2003, n. 17891).

Nell'ambito delle forme scritte conosciute dal nostro ordinamento per l'attività contrattuale dell'ente locale (forma pubblica notarile, forma pubblica amministrativa con rogito a cura del Segretario generale ai sensi dell'art. 97 D.lgs. n. 267/2000, scrittura privata autenticata, scrittura privata non autenticata), la normativa civilistica prescrive i casi in cui l'atto pubblico o la scrittura privata autenticata sono richiesti quale condizione di validità ed efficacia del contratto nei confronti dei terzi.

Al di fuori di queste ipotesi rientra nell'autonomia del Comune disciplinare con regolamento, ai sensi dell'art. 7 del T.U.E.L., la propria attività contrattuale, nel rispetto dei principi fissati dalla legge e dallo Statuto, prevedendo l'adozione di una determinata forma scritta per determinate tipologie di contratti.

In assenza di specifica regolamentazione, si deve ritenere che la scelta effettiva se adottare l'una forma scritta o l'altra sia rimessa in ultima analisi alla concorde volontà dei contraenti.

Deve negarsi rilievo, al contrario, alla tesi secondo cui dalla natura sostanzialmente "accessiva" della convenzione rispetto all'atto costitutivo della società affidataria deve desumersi la necessaria forma pubblica notarile della convenzione stessa, ciò che comporterebbe un aggravamento *tout court* dell'attività contrattuale dell'ente, in contrasto con il principio generale di semplificazione a cui deve essere improntata l'azione amministrativa.

Ovviamente conseguente alla stipula dei contratti nella forma pubblica amministrativa e nella forma di scrittura privata autenticata, è la riscossione dei diritti di segreteria e rogito dovuti per l'intervento del segretario comunale in qualità di ufficiale rogante o autenticante ai sensi dell'art. 97 del T.U.E.L. (secondo le modalità e gli importi di cui alla Legge 8 giugno 1962, n. 604, alla Legge 15 maggio 1997 n. 127 e al D.P.R. 4 dicembre 1997 n. 465).

E' evidente che l'opzione per l'una piuttosto che per l'altra forma dovrà tener conto anche della soluzione che comporta il minor aggravio economico per l'ente.

P.Q.M.

nelle considerazioni esposte è il parere della Sezione.

Il Relatore
(Dott.ssa Alessandra Olessina)

Il Presidente
(Dott. Nicola Mastropasqua)

Depositata in Segreteria
il 20 ottobre 2008
Il Direttore della Segreteria
(dott.ssa Daniela Parisini)