



REPUBBLICA ITALIANA
LA CORTE DEI CONTI
SEZIONE RIUNITE PER LA REGIONE SICILIANA
IN SEDE CONSULTIVA

Visto l'art. 23 del R.D. Lgs. 15.5.1946, n.455 (approvazione dello Statuto speciale della Regione Siciliana);

visto il D. L.vo 6.5.1948, n.655 (istituzione di Sezioni della Corte dei Conti per la Regione Siciliana);

visto il D. L.vo 18.6.1999, n.200 (norme di attuazione dello Statuto della Regione Siciliana e modifiche al D. L.vo n.655 del 1948);

vista la richiesta di parere inoltrata dal Sindaco del Comune di Canicattì (AG) con nota prot. n. 2008/0008081 del 14.2.2008, ai sensi dell' art. 7, comma 8, della L. 5.6.2003, n.131;

vista l'ordinanza n. 55/SSRR/CONS del 8 maggio, con la quale il Presidente delle Sezioni riunite per la Regione siciliana, in sede consultiva, ha convocato il Collegio per la data odierna;

udito il magistrato relatore, dott.ssa Adriana Parlato;

ha emesso nella camera di consiglio del 20 maggio 2008 la seguente

DELIBERAZIONE

Con la nota indicata in epigrafe il Sindaco del **Comune di Canicattì (AG)** ha chiesto a queste Sezioni Riunite di esprimere il proprio parere in ordine a profili problematici inerenti la costituzione, da parte del Comune, di una società cui conferire il servizio di accertamento e riscossione dei tributi locali e delle altre entrate, in riferimento all'interpretazione dell'art. 52 del D.Lgs. 15 dicembre 1997 n. 446, comma 5, come modificato dall'art. 1, comma 224, della legge 24 dicembre 2007 n. 244 (legge finanziaria per il 2008), norma contenente l'elencazione dei modelli di gestione del servizio tributario e



delle altre entrate locali che l'Ente locale può adottare, nell'ipotesi in cui ne delibere l'affidamento a terzi.

Il Collegio, rilevata preliminarmente l'ammissibilità della richiesta di parere sotto i profili soggettivo ed oggettivo, osserva quanto segue.

Prima di entrare nel merito dei quesiti posti, sottolinea che la scelta in merito alla preferenza verso una delle modalità di gestione del servizio previste dalla disposizione indicata e all'eventuale affidamento a terzi deve essere ispirata ai criteri di efficienza, efficacia ed economicità ed adeguatamente ponderata in relazione alla specifica peculiarità dell'Ente locale amministrato.

1. Sebbene l'oggetto della richiesta sia circoscritto all'ipotesi in cui la costituenda società abbia carattere misto, in realtà, la stessa ha carattere più articolato, investendo due distinti quesiti, il primo dei quali relativo all'ipotesi, contemplata al numero 3 del citato art. 52, il quale rinvia all'art. 113, comma 5, lettera c) del D.Lgs. 18 agosto 2000, n.267 e successive modificazioni, della costituzione di una società a capitale interamente pubblico.

Si tratta di un'innovazione rispetto al previgente testo della norma, che non faceva riferimento alle società interamente pubbliche.

Il ricorso alle stesse era, comunque, ritenuto ammissibile, mediante il richiamo all'art. 113 del Testo Unico sugli Enti Locali, cui rinvia anche l'attuale formulazione della disposizione in esame.

Sotto tale profilo, l'aspetto sul quale l'Amministrazione richiedente il parere ravvisa profili di oscurità riguarda la sussistenza o meno della necessità di iscrivere le società in questione, cui il servizio verrebbe affidato a mezzo di convenzione, all'albo di cui all'art. 53, comma 1 del medesimo testo normativo inciso dalle modifiche della legge finanziaria 2008.

Per dirimere la questione, già oggetto di soluzioni contrastanti in epoca antecedente alla novella, occorre, in primo luogo, approfondire l'esegesi della disposizione citata, la



quale, elenca i presupposti condizionanti la legittimità dell'affidamento a società pubbliche: l'Ente deve esercitare sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, ed inoltre, l'attività realizzata da quest'ultima a favore dello stesso deve avere carattere prevalente.

Oltre a tali requisiti, la cui previsione costituisce un evidente precipitato del consolidato orientamento della giurisprudenza comunitaria in materia di in house providing, si richiede anche che l'attività della società sia territorialmente limitata all'ambito di pertinenza dell'ente controllante.

Non viene, invece, menzionato il requisito dell'iscrizione all'albo, previsto al numero 1 lettera a) della medesima disposizione, in via generale, per i soggetti affidatari del servizio, e ribadita, in riferimento agli organismi societari, solo per le società miste.

Pertanto, un primo argomento, di natura testuale induce a ritenere che il legislatore non abbia inteso riferire tale requisito alle società interamente pubbliche.

Su un piano teleologico, occorre poi riflettere sulla ratio della mancata previsione del requisito, la quale sembrerebbe fondarsi sulla sostanziale equiparazione fra la figura in esame e l'in house providing: la società è, infatti, un soggetto interamente pubblico, sottoposto al controllo analogo da parte dell'ente ed esercente la parte principale della propria attività a favore dello stesso.



Al legislatore, evidentemente, non è apparso necessario prescrivere alle società a capitale integralmente pubblico l'iscrizione all'albo, trattandosi di un organismo privo di autonomia imprenditoriale e di capacità decisionali distinte da quello dell'ente, del quale costituisce, in pratica, un'articolazione organizzativa.

Tale conclusione è confortata da un'ulteriore argomentazione, di carattere sistematico, che conferma la superfluità del requisito in oggetto in ordine all'esercizio dell'attività di riscossione da parte di soggetti pubblici a ciò abilitati dall'ordinamento.

La stessa si fonda sul disposto del comma 2 sexies dell'art. 4 del D.L. 24 settembre 2002 n. 209, il quale attribuisce ai comuni ed ai concessionari iscritti all'albo di cui al citato

art. 53 il potere di procedere alla riscossione coattiva delle somme risultanti dall'ingiunzione prevista dal testo unico di cui al regio decreto 14 aprile 1910 n. 630.

In conclusione, si osserva che la circostanza per cui, anche in una differente fattispecie, il legislatore abbia subordinato solo per i soggetti diversi da quello pubblico l'attività di riscossione all'iscrizione all'albo, conferma l'opzione ermeneutica escludente la riferibilità del requisito alle società a capitale interamente pubblico, esercenti la propria attività nell'ambito territoriale dell'ente locale affidante ed, altresì, in possesso delle condizioni individuate al numero 3, lettera b) del menzionato art. 53, testo vigente.

2. La richiesta di parere contiene anche, come premesso, un secondo quesito, relativo all'affidamento del servizio ad una società di tipo misto.

Il numero 4, della norma in esame prevede tale forma di gestione del servizio di accertamento e riscossione dei tributi locali, rinviando all'art. 113, comma 5, lettera b) del Testo Unico Enti Locali e disponendo, inoltre, che il socio privato sia scelto, "nel rispetto della disciplina e dei principi comunitari" e che l'affidamento del servizio avvenga "sulla base di procedure ad evidenza pubblica". Peraltro, anche la scelta del socio presuppone lo svolgimento di procedure di evidenza pubblica, come chiarito dalla giurisprudenza comunitaria ed in seguito previsto anche dalle norme dell'ordinamento interno, precisamente dalla norma del testo unico enti locali cui rimanda la disposizione in esame e dal secondo comma dell'art. 1 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n.163, contenente il "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE", che lo prescrive nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di una società mista per la realizzazione di un'opera o per la gestione di un servizio.

Il quesito attiene alla possibilità di indire un'unica gara per la scelta del socio e per l'affidamento del servizio, ovvero alla necessità di indire due distinte procedure.

La questione posta, seppure riferita all'ipotesi specifica in cui il servizio, in ragione delle proprie peculiarità, debba essere espletato da soggetti iscritti in apposito albo, va ricondotta alla tematica dell'affidamento a società mista, oggetto di un articolato dibattito,

in dottrina ed in giurisprudenza, del quale si riferiscono, in estrema sintesi, i passaggi ed i principali orientamenti, prima di chiarire la posizione assunta dal Collegio.

Una prima tesi, assumeva quale presupposto per l'affidamento diretto di servizi il precedente espletamento di una gara per la scelta del socio cui affidare gli stessi.

Si tratta di una tesi definitivamente superata, dal momento che consente un'estensione della figura dell'in house - eccezionale, in quanto derogante alla regola generale del ricorso al mercato - al di fuori del ristretto ambito in cui la giurisprudenza comunitaria e nazionale ne ammettono l'utilizzo.

Inoltre, per quanto attiene lo specifico settore interessato dalla richiesta di parere, la stessa formulazione della norma esclude che la selezione possa riguardare solo la fase "a monte" della scelta del socio e che, una volta effettuata la stessa, il Comune sia libero di affidare direttamente il servizio, imponendo, al contrario, l'espletamento di procedure ad evidenza pubblica in relazione al momento "a valle" dell'affidamento del servizio.

Una volta esclusa la possibilità di disporre tout court un affidamento diretto a società miste, restano, allo stato, percorribili due ulteriori opzioni.

La prima - espressione di orientamenti dottrinali, recepiti anche in giurisprudenza - particolarmente rigorosa, esige una complessa ed articolata procedura, costante di una prima selezione volta all'individuazione del socio e dell'indizione di una seconda gara per l'affidamento del servizio, sottolineandosi, fra l'altro, quali argomenti ostativi alla celebrazione di un'unica gara, la non sovrapponibilità delle due procedure, in relazione a contenuti e finalità e l'illegittimità di un affidamento in house in assenza dei presupposti.

La seconda tesi, intermedia rispetto a quelle esaminate - elaborata in sede consultiva dai giudici amministrativi e confermata da successivi arresti giurisprudenziali - si fonda sulla fungibilità di contratto fra contratto d'appalto e contratto societario.

L'orientamento cui si fa riferimento, pur condividendo le ragioni poste a sostegno della tesi restrittiva, non giunge, però, alla medesima conclusione dell'indefettibile celebrazione di una seconda gara per l'affidamento del servizio, non escludendosi che in



un unico contesto, in presenza di determinate garanzie, si possa procedere sia alla selezione del socio operativo che all'affidamento del servizio.

Operandosi una rilettura della giurisprudenza comunitaria, si è osservato che le fattispecie stigmatizzate dalla corte europea riguardavano ipotesi in cui ai soggetti del mercato era stata totalmente inibita la possibilità di concorrere all'aggiudicazione del servizio.

Dalla conclamata illegittimità di siffatte procedure non discenderebbe, però, l'obbligatorietà dell'indizione della doppia gara, rilevandosi, anzi, insita nel modello rigoroso, la possibile violazione della concorrenza, alla cui ampia tutela lo stesso intenderebbe pure ispirarsi: la partecipazione della società mista alla seconda gara, indetta da un'amministrazione, ad un tempo affidante il servizio ed aspirante – in quanto socia di uno dei concorrenti – all'affidamento dello stesso non appare certo garanzia di un corretto andamento delle procedure di gara.

In secondo luogo, la soluzione mediana rende fruibile un modello espressivo di un'utile collaborazione pubblico - privato, il cui utilizzo sarebbe altrimenti scoraggiato.

Infatti, ogni qualvolta, a causa di comprovate ragioni, l'integrale ricorso al mercato e la conseguente devoluzione a terzi del servizio fosse ritenuta inopportuna dall'ente locale, questo, per assicurarsi una propria partecipazione alla gestione, potrebbe unicamente avvalersi dello strumento della società a capitale interamente pubblico, ed appare in evidente contrasto con i principi comunitari dissuadere l'ente da soluzioni che prevedono pur sempre la partecipazione degli operatori del mercato e l'espletamento di procedure di gara, inducendolo a rifugiarsi in modelli che ricalcano la figura dell'in house.

Al fine di scongiurare il rischio di elusioni della normativa comunitaria e di conseguenti indebite restrizioni della concorrenza, nei casi in cui le norme vigenti consentano la costituzione di società miste, la ricostruzione prospettata individua talune necessarie garanzie.



In primo luogo, l'amministrazione deve palesare le ragioni che rendono preferibile il ricorso alla società mista rispetto a forme di totale affidamento a terzi.

Inoltre, l'oggetto del servizio da affidare deve essere determinato, in modo che vi sia una sostanziale equiparazione fra la gara per l'affidamento del servizio e quella per la scelta del socio industriale, che parteciperà alla gestione dello stesso.

Infine, è necessaria una delimitazione del servizio anche dal punto di vista temporale, dovendosi prevedere una scadenza del periodo di affidamento e le modalità di uscita dalla società del partner privato, in modo da evitare che diventi un socio stabile.

L'orientamento da ultimo riferito è condiviso da alcune recenti deliberazioni della sezione di controllo per la regione Sicilia (n. 14 del 2 aprile 2008 ed altre di pari data), nelle quali si sottolinea che, perché sia legittima la contestualità fra scelta del socio ed affidamento del servizio, mediante una procedura unitaria, l'oggetto di quest'ultimo deve essere fissato con chiarezza e trasparenza, nel rispetto dei principi di libera concorrenza, rammentandosi, a tale proposito, la necessità di delimitare l'affidamento del servizio nell'oggetto e nel tempo.

Nelle medesime pronunce si evidenziano i vantaggi del ricorso a società di tipo misto, modello che permette all'ente pubblico di avvalersi dell'apporto finanziario e delle competenze tecniche del socio privato, a garanzia di efficienza, efficacia ed economicità del servizio, definendo la tesi mediana sopra illustrata un ottimo compromesso fra le esigenze di partenariato pubblico - privato e quella di evitare distorsioni del mercato, nel rispetto del principio comunitario di libera concorrenza.

Codeste Sezione Riunite ritengono di condividere l'orientamento già fatto proprio dalla Sezione di Controllo siciliana, evidenziando, al contempo, la necessità del rigoroso rispetto delle garanzie che condizionano la legittimità della procedura delineata dalla tesi mediana.

Infatti, le pronunce dei giudici amministrativi e le deliberazioni della Corte dei conti, pur aderendo in linea teorica all'orientamento da ultimo descritto, hanno spesso, in



concreto, rilevato la non conformità delle procedure attuate dall'amministrazione rispetto al modello cui le stesse avrebbero dovuto corrispondere, dichiarando l'illegittimità dei relativi provvedimenti ovvero ricusando il visto e la conseguente registrazione.

In altri termini, ove l'amministrazione intenda procedere con unica gara, deve, nella redazione del bando, osservare con attenzione le prescrizioni necessarie a garantire il rispetto del principio di libera concorrenza: infatti, se il servizio operativo non fosse definito con la necessaria chiarezza, sarebbe tenuta ad espletare una successiva gara per l'affidamento stesso.

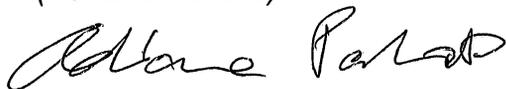
L'utilizzo del modello intermedio non deve, quindi, risolversi in una surrettizia applicazione del primo degli orientamenti descritti, dovendosi – tanto più in presenza di un'esplicita previsione normativa, oltre che di un insegnamento della giurisprudenza comunitaria più che consolidato – escludere che la procedura di evidenza possa aver ad oggetto la sola scelta del socio e che allo stesso possa essere direttamente affidato il servizio, senza che l'affidamento sia frutto di un'effettiva procedura di gara.

P. Q. M.

Nelle suesposte considerazioni è il parere delle Sezioni Riunite della Corte dei Conti per la Regione siciliana in sede consultiva.

Così deliberato a Palermo, nella camera di consiglio del 20 maggio 2008.

L'ESTENSORE
(Adriana Parlato)



IL PRESIDENTE

(Antonino Sancetta)



delibera depositata in segreteria in data 11 DICEMBRE 2008

Il direttore della segreteria
(dott.ssa Laura Suriano)

