## ATTIVITA' DI SEGNALAZIONE E CONSULTIVA

## AS799 – COMUNE DI MATTINATA (FG) - AFFIDAMENTO IN HOUSE DI SERVIZI DI ACCERTAMENTO E RISCOSSIONE DI CARATTERE TRIBUTARIO

Roma, 12 ottobre 2010

Comune di Mattinata Sindaco

Con riferimento alla richiesta di parere formulata dal Comune, ai sensi dell'art. 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, relativamente alla sottoponibilità dell'affidamento secondo modalità c.d. *in house* dei servizi di accertamento e riscossione di carattere tributario alla procedura di cui all'articolo 23-bis, comma 4, del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modifiche dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, l'Autorità, nella sua adunanza del 6 ottobre 2010, ha espresso le seguenti considerazioni.

Posto che la disposizione richiamata attiene ai servizi pubblici locali di rilevanza economica, l'eventuale applicabilità degli obblighi di pubblicità, analisi di mercato e verifica previsti dalla legge discendono con ogni evidenza dalla riconducibilità alla categoria in epigrafe all'articolo dei servizi di volta in volta rilevanti per le determinazioni della pubblica amministrazione. Al riguardo, l'Autorità ritiene che ai servizi di riscossione di carattere tributario, in quanto servizi bancari e finanziari resi a favore della pubblica amministrazione, debbano essere applicate le regole dell'evidenza pubblica. Tenuto conto di ciò, non si ritiene che le disposizioni di cui all'art. 23-bis della legge n. 133/2008 trovino applicazione nel caso di specie.

La presente comunicazione sarà pubblicata sul bollettino di cui all'art. 26 della legge n. 287/90. Eventuali esigenze di riservatezza dovranno essere manifestate all'autorità entro trenta giorni dal ricevimento del presente, precisandone i motivi.

L'Autorità ringrazia per l'attenzione riservata allo svolgimento dei propri compiti istituzionali.

IL SEGRETARIO GENERALE

Luigi Fiorentino

## AS800 – PROVINCIA AUTONOMA DI TRENTO - AFFIDAMENTO IN HOUSE DELLA FORNITURA DI BENI E SERVIZI INFORMATICI

Roma, 7 Ottobre 2010

Provincia Autonoma di Trento Presidente

Oggetto: Segnalazione sulle modalità di affidamento in house della fornitura di beni e servizi informatici.

In data 27 luglio 2010, è pervenuta all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato una segnalazione relativa alla presunta violazione dei principi nazionali e comunitari in tema di "in house providing" da parte della Provincia Autonoma di Trento nell'affidamento diretto della la gestione del sistema informativo elettronico alla società INFORMATICA TRENTINA S.P.A.

A tale proposito, l'Autorità, nella sua adunanza del 23 settembre 2010, ha ritenuto di dover procedere all'archiviazione del caso.

L'Autorità, tuttavia, coglie l'occasione per richiamare l'attenzione sulle possibili distorsioni riconducibili alle previsioni dell'art. 2, comma 3 della Legge Provinciale 6 maggio 1980 n. 10, nella misura in cui questa prevede l'affidamento in concessione del servizio di gestione del "sistema informativo elettronico provinciale" ad una società a prevalente capitale pubblico alla quale, pertanto, non è legislativamente preclusa, almeno in linea di principio, la partecipazione del capitale privato.

Preme sottolineare, a tal fine, che il punto di partenza per escludere il contrasto tra le normative che consentono gli affidamenti diretti e i principi comunitari è costituito dalla mancanza di intersoggettività tra stazione appaltante e soggetto affidatario tale per cui la relazione che lega i due organismi possa configurarsi come interorganica e non contrattuale.

La giurisprudenza comunitaria ha provveduto ad enucleare i principi in base ai quali può affermarsi che la stazione appaltante e l'impresa affidataria siano, nella sostanza, riconducibili al medesimo centro decisionale in quanto l'una organo dell'altra e ha coniato, in quest'ambito, il concetto di "controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi". Tale concetto è stato definito, nel corso degli anni, dalle pronunce della Corte di Giustizia e della giurisprudenza nazionale che consentono di tracciare alcuni requisiti fondamentali che l'impresa affidataria deve possedere ai fini del regolare affidamento diretto del servizio.

È necessaria, in primo luogo, la partecipazione pubblica totalitaria. La partecipazione, pur minoritaria, di un'impresa privata esclude che l'amministrazione possa esercitare il controllo analogo a quello che svolge sui propri servizi<sup>1</sup>. Il requisito, inoltre, della partecipazione pubblica totalitaria deve essere permanente, nel senso che osta alla configurazione del controllo analogo la previsione statutaria della potenziale apertura del capitale sociale ad azionisti privati<sup>2</sup>.

Nel caso di specie, la possibilità che la gestione del sistema informativo elettronico provinciale possa formare oggetto di affidamento in concessione ad una società mista, pur se "a prevalente capitale pubblico" (art. 2, comma 3, L.P. n. 10/1980) è suscettibile di incidere sulla sussistenza dei requisiti che qualificano il cd. "controllo analogo".

Non va sottovalutato, infine, che l'affidamento *in house*, quale istituto di creazione giurisprudenziale si pone quale deroga di carattere "eccezionale" rispetto alle norme a "tutela della concorrenza" che trovano la loro matrice ermeneutica nelle previsioni del Trattato, così come i principi di libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi. In questo senso, pur volendo riconoscere il fondamentale principio costituzionale di autonomia dei poteri locali, è evidente come questo non possa essere assunto, neppure da parte di Regioni e Province a statuto speciale, quale fondamento e giustificazione per scelte normative ed amministrative che possono essere in contrasto con i principi di tutela della concorrenza e della normativa comunitaria e nazionale in tema di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture.

In conclusione, alla luce di quanto sin qui considerato, l'Autorità raccomanda il rispetto rigoroso dei principi generali del diritto comunitario e nazionale come sopra rappresentati e, in tale ottica, un'interpretazione restrittiva delle eccezioni alla regola della procedura competitiva ad evidenza pubblica sia per l'affidamento di lavori e forniture che per l'affidamento di servizi pubblici, nella forma dell'appalto ovvero della concessione di pubblico servizio.

## IL SEGRETARIO GENERALE Luigi Fiorentino

\_

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> In quanto «il rapporto tra un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ed i suoi servizi sottostà a considerazioni e ad esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico. Per contro, qualunque investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente. In secondo luogo, l'attribuzione di un appalto pubblico ad una società mista pubblico privata senza far appello alla concorrenza pregiudicherebbe l'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata ed il principio della parità di trattamento degli interessati contemplato dalla direttiva 92/50, in particolare nella misura in cui una procedura siffatta offrirebbe ad un'impresa privata presente nel capitale della detta società un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti». Così la sentenza della Corte di Giustizia 11 gennaio 2005, nel procedimento C-26/03, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dall'Oberlandesgericht Naumburg (Germania) con decisione 8 gennaio 2003, nella causa Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH, c/Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, (STADT HALLE).

<sup>2</sup> Sul punto si veda Corte di Giustizia CE, 10 novembre 2005, causa C-29/04, avente ad oggetto un ricorso per inadempimento ai sensi dell'art. 226 CE, proposto il 28 gennaio 2004 dalla Commissione delle Comunità europee contro la Repubblica d'Austria (MÖDLING) che ha affermato l'illegittimità di un affidamento diretto anche se, al momento dell'affidamento, la società affidataria era totalmente partecipata dall'ente affidante, a ragione di una prevista futura