

REPUBBLICA ITALIANA

la

Corte dei conti

in

Sezione regionale di controllo per la Puglia

Nella camera di consiglio del 18 ottobre 2013, composta dai magistrati

Presidente Raffaele Del Grosso Presidente

I Referendario Luca Fazio

I Referendario Stefania Petrucci

I Referendario Chiara Vetro

Referendario Marco di Marco Relatore

Referendario Rossana De Corato

ha assunto la seguente deliberazione sulla richiesta di parere prot. n. 21238 del 29 marzo 2013 formulata dal presidente della provincia di Taranto pervenuta alla Segreteria della Sezione in data 9 aprile 2013.

Vista la legge 14 gennaio 1994, n. 20, recante disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti;

Vista la deliberazione delle Sezioni riunite della Corte dei conti n. 14 del 16 giugno 2000 e successive modificazioni ed integrazioni, che ha approvato il regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti;

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, recante disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3;

Vista l'ordinanza presidenziale con cui la Sezione è stata convocata per la data odierna;

Udito nella camera di consiglio il relatore, Ref. Marco Di Marco.

Premesso in

FATTO

1. La richiesta di parere della provincia di Taranto ha per oggetto la corretta interpretazione ed applicazione dell'art. 4, del decreto legge 6 luglio 2012, n. 95 convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 135.

Il presidente premette che:

- la provincia detiene il 100% delle azioni della Taranto Isolaverde S.p.a.;
- la società, costituita nel dicembre 2004, è attiva con un organico di 253 lavoratori rinvenienti dalla platea LSU, LPU e precari precedentemente in carico all'Ente;
- la società opera, per statuto, in via esclusiva a favore della Provincia per la fornitura di servizi strumentali (pulizia immobili, manutenzione immobili, facchinaggio, "sostegno ai Centri per l'impiego della Provincia, presidio, sostegno amministrativo agli uffici provinciali", verifica impianti termici);
- la società è affidataria in via diretta dei relativi appalti secondo lo schema dell'*in house providing*;

- l'art. 4 del decreto legge 6 luglio 2012, n. 95 disciplina i limiti degli affidamenti *in house* (commi 7 e 8) nonché gli obblighi di dismissione delle società controllate che abbiamo conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore delle Pubbliche Amministrazioni superiore al 90% dell'intero fatturato (commi 1 e 2);
- l'interpretazione sistematica dell'intero art. 4 del D. L. 95/2012 porterebbe a ritenere che: a) l'affidamento diretto a favore di società *in house* costituisce una deroga alla regola generale del ricorso al mercato per l'acquisizione di beni e servizi strumentali all'attività dell'ente; b) in forza di siffatta deroga la società Taranto Isolaverde S.p.a., purché in possesso dei requisiti richiesti dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria in materia di *in house*, potrà proseguire ad essere affidataria diretta dell'ente provinciale; c) alle società *in house* non si applicano gli obblighi di dismissione previsti dai commi 1 e 2 del D.L. 95/2012.
- tale ultima conclusione scaturirebbe dalla considerazione che una diversa interpretazione renderebbe, di fatto, non più possibile l'utilizzo del modello dell' *in house providing* fondato sul principio della "non distinzione" tra pubblica amministrazione e società affidataria;
- la ricostruzione prospettata dalla provincia troverebbe conferma nella più recente giurisprudenza amministrativa in cui si afferma che la disposizione in commento <<*restringe l'obbligo di dismissione entro limiti precisi, lasciando per il resto alle società che svolgono anche servizi strumentali la possibilità di proseguire*>> (TAR Lombardia, Brescia, Sez. II sent. 21.02.2013, n.196);

- la fattispecie non attiene a provvedimenti amministrativi già adottati, non determina interferenze con le funzioni giurisdizionali esercitate dalla Corte dei conti ovvero con procedimenti giurisdizionali civili, amministrativi o penali in corso

Tutto quanto sopra premesso il presidente della provincia chiedeva a questa Sezione di controllo il seguente parere: <<*Deve interpretarsi il comma 8 dell'art. 4, D.L. 95/2012, convertito in legge 135/2012 nel senso che la Provincia di Taranto possa procedere all'acquisizione di beni e servizi strumentali alla propria attività mediante affidamento diretto ad una società dalla stessa interamente detenuta, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione in house?*>>.

2. Con separati ricorsi le regioni Lazio, Veneto, Campania, Friuli Venezia Giulia, Sardegna e Puglia hanno impugnato dinanzi alla Corte Costituzionale, in via principale, le norme contenute nei commi 1 e 8 dell'art. 4 cit. denunciandone l'illegittimità in relazione agli artt. 119, 123 e 117 Cost.

Pertanto, con deliberazione n. 94/PAR/2013 del 3 maggio 2013 questa Sezione regionale, valutata positivamente l'ammissibilità del quesito sotto il profilo soggettivo ed oggettivo, sospendeva la decisione e rinviava l'esame del merito fino alla decisione della Corte Costituzionale.

In data 16 luglio 2013 la Corte Costituzionale pronunciava la sentenza n. 229/13 depositata in cancelleria in data 23 luglio 2013.

Con ordinanza n. 62/13 del 25 settembre 2013 il Presidente convocava la Sezione in camera di consiglio per la decisione di merito.

Considerato in

DIRITTO

A. In via preliminare, la Sezione rileva che ogni decisione relativa al mantenimento od alla dismissione della partecipazione nella società Taranto Isolaverde S.p.a., così come ogni operazione sul capitale della stessa è di esclusiva competenza dell'ente locale poiché attiene al merito dell'azione amministrativa e rientra nella piena ed esclusiva discrezionalità e responsabilità dell'ente che, ovviamente, potrà orientare la sua decisione in base alle conclusioni contenute nel presente parere.

B. Con la richiesta di parere all'esame, la Provincia di Taranto chiede se sia possibile acquisire beni e servizi strumentali alla propria attività mediante affidamento diretto ad una società in possesso dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione *in house*, ovvero se tale società sia soggetta agli obblighi di dismissione previsti dai commi 1 e 2 dell'art. 4 del Decreto Legge 6 luglio 2012, n. 95 convertito con modificazioni dalla Legge 7 agosto 2012, n. 135.

La soluzione positiva prospettata dall'amministrazione si fonda su un'interpretazione sistematica dell'art. 4 cit. e su alcune decisioni giurisprudenziali da cui sembrerebbe emergere che l'obbligo di dismissione non riguarda le c.d. società strumentali.

L'art. 4 del d.l. 95/12 così come modificato dal decreto legge 21 giugno 2013, n. 69 convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 98 dispone, per quanto di interesse in questa sede, lo scioglimento entro il 31 dicembre 2013 delle società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 che, nel corso dell'anno 2011, abbiano conseguito un fatturato da prestazione di servizi a favore delle pubbliche amministrazioni stesse superiore

al 90 per cento dell'intero fatturato (comma 1); prescrive, in alternativa, l'alienazione, mediante procedure di evidenza pubblica, delle relative partecipazioni entro il 31 dicembre 2013 (comma 1), prevedendo, in caso di mancato adeguamento, il divieto di nuovi affidamenti diretti di servizi e del rinnovo degli affidamenti di cui le predette società siano titolari (comma 2); prevede che le predette disposizioni non si applichino ad una serie di società specificamente individuate (commi 3 e 13) e nei casi in cui le peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto, anche territoriale, di riferimento non consentano per l'amministrazione pubblica controllante un efficace e utile ricorso al mercato sottoponendo, peraltro, gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per l'acquisizione di un parere vincolante, da comunicarsi, successivamente, alla Presidenza del Consiglio dei ministri (comma 3); impone alle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001, a decorrere dal 1° gennaio 2014, di acquisire sul mercato i beni e i servizi strumentali alla propria attività mediante le procedure concorrenziali previste dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (comma 7); condiziona, a decorrere dalla medesima data, la possibilità di affidamenti diretti a favore di società a capitale interamente pubblico al rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione in house (comma 8); esclude dagli obblighi di dismissione di cui al comma 1 le società quotate e le loro controllate nonché le società a totale partecipazione pubblica autorizzate a svolgere il servizio di gestione collettiva del risparmio (comma 13).

Le suddette norme s'inseriscono nel solco di una vasta produzione legislativa che si è sviluppata con l'obiettivo di porre un freno al fenomeno delle

partecipazioni societarie degli enti locali al fine di razionalizzare e contenere la spesa pubblica nonché di tutelare la concorrenza e il mercato.

In particolare, la normativa in esame detta una disciplina puntuale delle società pubbliche strumentali che si aggiunge a quella contenuta nell'art. 13 del decreto legge n. 223/06 (in base alla quale le predette società hanno un oggetto sociale esclusivo e non possono svolgere prestazioni in favore di soggetti pubblici o privati diversi da quelli che ne detengono il controllo) e a quella contenuta nell'art. 3, co. 27 della legge 244/07 (in base alla quale le amministrazioni pubbliche non possono costituire società per la produzione di beni e servizi non strettamente necessari al perseguimento delle proprie finalità istituzionali).

B. Con la sentenza n. 229/13 la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dei commi 1, 2, 3 secondo periodo, 3-sexies ed 8 dell'art. 4 nella parte in cui si essi applicano alle Regioni ad autonomia ordinaria in quanto incidono sulla materia dell'organizzazione e funzionamento della Regione affidata, dall'art. 117, quarto comma, Cost., alla competenza legislativa regionale residuale delle Regioni ad autonomia ordinaria.

Per quanto riguarda, invece, l'applicabilità delle citate disposizioni agli enti locali la Corte ha affermato che, sebbene essi siano titolari di attribuzioni costituzionali e statutarie, "spetta al legislatore statale [...] disciplinare i profili organizzativi concernenti l'ordinamento degli enti locali (art. 117, secondo comma, lettera p), Cost.: pertanto, posto che le società controllate sulle quali incide la normativa impugnata svolgono attività strumentali alle finalità istituzionali delle amministrazioni degli enti locali, strettamente connesse con le

previsioni contenute nel testo unico degli enti locali, legittimamente, su di esse è intervenuto il legislatore statale”.

C. Acclarato che l’art. 4, commi 1, 2 e 8 cit. continuano ad applicarsi agli enti locali diversi dalle regioni, rimane il problema di individuare correttamente l’ambito di applicazione delle norme ivi contenute.

Secondo la prospettazione effettuata dalla Provincia di Taranto nella richiesta di parere, le società strumentali in possesso dei requisiti richiesti dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria in materia di *in house* possono continuare a ricevere affidamenti diretti da parte degli enti locali (comma 8) in quanto nei confronti delle predette società non troverebbero applicazione gli obblighi di dismissione previsti dai commi 1 e 2.

Le conclusioni che precedono non possono essere condivise perché poggiano su un erroneo presupposto interpretativo.

Invero, gli obblighi di dismissione previsti dai commi 1 e 2 hanno un ambito di applicazione che riguarda, espressamente, le sole società strumentali ossia le società che – in base a quanto già previsto dall’art. 13 del d.l. 223/06 - svolgono la propria attività esclusivamente a favore delle pubbliche amministrazioni costituenti o partecipanti (“[...] *società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni di cui all’art. 1, comma 2 del decreto legislativo n. 165 del 2001, che abbiano conseguito nell’anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90% dell’intero fatturato [...]*”).

Sono escluse dagli obblighi di dismissione una serie di società specificatamente individuate dal comma 3 (società che svolgono servizi di interesse generale, anche aventi rilevanza economica; società che svolgono prevalentemente

compiti di centrali di committenza; Sogei S.p.a.; Consip S.p.a.; società finanziarie partecipate dalle regioni; società che gestiscono banche dati strategiche per il conseguimento di obiettivi economico-finanziari; società che operano in peculiari contesti economici, sociali, ambientali, e geomorfologici che non consentono un efficace ed utile ricorso al mercato) e dal comma 13 (società quotate e le loro controllate; società per azioni a totale partecipazione pubblica autorizzate a prestare il servizio di gestione collettiva del risparmio).

Deve sottolinearsi che la non applicabilità del comma 1 alle società che gestiscono servizi di interesse generale comporta l'esclusione dai relativi obblighi di dismissione delle numerosissime società affidatarie di servizi pubblici locali. Infatti, "posto che la definizione dei servizi di interesse generale trova nella normativa dell'Unione europea i suoi fondamenti, e che, alla luce di essa, tali servizi corrispondono ad attività (anche commerciali) orientate al bene della collettività e pertanto vincolate a specifici obblighi di servizio pubblico da parte delle autorità, tra le quali si annoverano, ad esempio, i trasporti, i servizi postali, le telecomunicazioni, è agevole desumere che i servizi pubblici locali rientrano fra i servizi di interesse generale" (Corte Cost. sent. 229/13).

Per le società escluse dagli obblighi del comma 1, continua ad essere consentito l'affidamento *in house* nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria (comma 8).

Conclusivamente, il modello dell'affidamento *in house* può essere legittimamente utilizzato – nei limiti imposti dall'ordinamento comunitario - nel settore dei servizi pubblici locali e in tutte le altre fattispecie espressamente indicate nei commi 3 e 13 dell'art. 4 cit.

Viceversa, per le società che gestiscono servizi strumentali vige la particolare disciplina dettata dai commi 1 e 2 dell'art. 4 cit. che obbliga, alternativamente, allo scioglimento delle stesse società o all'alienazione, con procedure di evidenza pubblica, delle partecipazioni detenute. In senso conforme si è già pronunciata questa Sezione regionale con deliberazioni n. 141 e 142/PAR/2013 del 18.09.2013.

È opportuno precisare che per le società da ultimo considerate la disciplina dei commi 1 e 2 deve essere necessariamente coordinata con la normativa - tutt'ora in vigore - contenuta nell'art. 13 del D.L. 223/06 (c.d. Decreto Bersani) in base alla quale alle società gerenti servizi strumentali è fatto divieto di svolgere attività *extra moenia* per enti diversi dai soggetti costituenti, partecipanti ed affidanti nonché cumulare alle attività strumentali anche attività di erogazione di servizi pubblici locali (esclusività dell'oggetto sociale). Si veda, sul punto, la deliberazione n. 411/PAR/2013 della Sezione regionale di controllo per la Lombardia.

D. Il quesito posto dalla Provincia di Taranto deve essere risolto nell'ambito del quadro interpretativo appena descritto.

Sulla base delle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza amministrativa, una società può definirsi strumentale allorché l'attività che essa è chiamata a svolgere "sia rivolta agli stessi enti promotori o comunque azionisti della società per svolgere le funzioni di supporto di tali amministrazioni pubbliche, secondo l'ordinamento amministrativo e per il perseguimento dei loro fini istituzionali. Le società cc.dd. strumentali sono, quindi, strutture costituite per svolgere attività rivolte essenzialmente alla p.a. e non al pubblico, come invece quelle costituite per la gestione dei servizi pubblici locali che mirano a

soddisfare direttamente ed in via immediata esigenze generali della collettività” (Cons. Stato, sez. V, 12.06.2009 n. 3766; Cons. Stato, sez. V, 1 aprile 2011, n. 2012.).

Dalle sintetiche informazioni fornite dall'amministrazione provinciale nella richiesta di parere, la società Taranto Isolaverde Spa sembrerebbe riconducibile alla tipologia delle società c.d. “strumentali pure” in quanto essa - conformemente alle previsioni dell'art. 13 del D.L. 223/06 – svolge, per vincolo statutario, la propria attività esclusivamente in favore dell'ente pubblico controllante ed ha per oggetto la fornitura di beni e servizi strumentali alle funzioni istituzionali di quest'ultimo.

In conclusione, sulla base delle considerazioni che precedono, non sembra sussistere alcuna delle cause di esclusione previste dai commi 3 e 13 e pertanto la società in discorso è destinataria degli obblighi di dismissione indicati dai commi 1 e 2 dell'art. 4 del D.L. 95/12.

P.Q.M.

nelle suesposte considerazioni è il parere della Sezione.

Copia della presente deliberazione, sarà trasmessa, a cura del preposto al Servizio di supporto, al Commissario straordinario della Provincia di Taranto.

Così deliberato in Bari, nella camera di consiglio del 18 ottobre 2013.

Il Relatore
F.to Marco Di Marco

Il Presidente
F.to Raffaele Del Grosso

Depositata in Segreteria il 31 ottobre 2013
Il Direttore della Segreteria
F.to Marialuce Sciannameo