

Logo della Repubblica Italiana
Corte dei Conti

Parere n. 188 /2013

SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER LA CAMPANIA

Composta dai seguenti magistrati:

Presidente di Sezione	Dr. Ciro Valentino
Consigliere	Dr. Silvano Di Salvo
Consigliere	Dr. Tommaso Viciglione
Referendario	Dr.ssa Rossella Bocci
Referendario	Dr.ssa Innocenza Zaffina
Referendario	Dr.ssa Rossana De Corato
Referendario	Dr.ssa Raffaella Miranda Relatore
Referendario	Dr.ssa Carla Serbassi

ha adottato la seguente deliberazione nella camera di consiglio del 9 maggio 2013

Visto l'art.100, comma 2, della Costituzione;

Vista la legge costituzionale 18 ottobre 2001 n° 3;

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;

Visto il r.d. 12 luglio 1934, n° 1214 e le successive modificazioni ed integrazioni, recante l'approvazione del testo unico delle leggi sulla Corte dei conti;

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

Visto il regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti, approvato dalle Sezioni riunite con deliberazione n° 14/DEL/2000 del 16 giugno 2000 e successive modificazioni;

Vista, in particolare, la deliberazione n° 229 del Consiglio di Presidenza della Corte dei conti, approvata in data 19 giugno 2008 ai sensi dell'art. 3, comma 62, della legge 24 dicembre 2007 n° 244;

Visto il parere reso dal Coordinamento delle Sezioni regionali di controllo con nota prot. n° 7469 in data 22 giugno 2009;

Vista la deliberazione n° 9/SEZAUT/2009/INPR della Sezione delle autonomie della Corte dei conti in data 4 giugno-3 luglio 2009;

Visto l'art. 17, comma 31, del decreto-legge 1° luglio 2009 n° 78, convertito nella legge 3 agosto 2009 n° 102;

Vista la deliberazione della Sezione regionale di controllo per la Campania n° 74/2009 del 30 settembre 2009;

Viste, altresì, la deliberazione n° 8/AUT/2008 del 12 maggio-4 luglio 2008, nonché la nota del Presidente della Corte dei conti n° 2789 del 28 settembre 2009;

Vista la deliberazione della Corte dei conti, Sezione Riunite, del 26 marzo 2010, n. 8 recante "Pronuncia di orientamento generale sull'attività consultiva";

Vista la deliberazione della Corte dei conti, Sezione Riunite in sede di controllo, del 17 novembre 2010, n. 54;

Vista la deliberazione del 17 gennaio 2013, n. 1/2013/INPR con la quale la Sezione regionale di controllo per la Campania ha approvato il "Programma dell'attività di controllo della Sezione regionale di controllo per la Campania per l'anno 2013";

Vista la deliberazione delle Sezioni riunite n.11/CONTR/12 del 2 - 17 aprile 2012;

Visto il quesito posto dal Presidente della Provincia di Salerno con nota prot. n. PSA_25521 del 28 gennaio 2013 acquisito al protocollo della Sezione regionale di controllo della Corte dei conti in data 28 gennaio 2013 prot. C.d.C. n. 380/2013, con il quale viene richiesto parere di questa Sezione ai sensi dell'art. 7, comma 8, della legge 5 giugno 2003 n° 131;

Vista l'ordinanza presidenziale n° 9/2013 con la quale la questione è stata deferita all'esame collegiale della Sezione;

Udito il relatore, Referendario Raffaella Miranda,

PREMESSO

Con la nota indicata in epigrafe, il Presidente della Provincia di Salerno, ha inoltrato a questa Sezione una richiesta di parere ai sensi dell'art. 7, comma 8, della legge 5 giugno 2003 n. 131.

La Provincia di Salerno è socio unico di una società *in house* che opera esclusivamente con l'ente suddetto ponendo in essere le seguenti attività operative: 1) Manutenzioni immobili e strade di proprietà della Provincia di Salerno; 2) Custodia e guardiania dei musei provinciali; 3) Verifica impianti termici.

Ciò posto, il Presidente della Provincia formula un quesito "circa l'applicabilità dell'art. 4 del d.l. 95/2012, convertito in legge n. 135/2012, a società *in house* obbligate ad operare esclusivamente con pubbliche amministrazioni "costituenti o partecipanti o affidanti" in forza dell' art. 13 D.L. 223/2006, convertito in legge n.248/2006.

Si chiede, inoltre, un parere sull'interpretazione ermeneutica dell'espressione "prestazione di servizi" di cui al comma 1 del suddetto art. 4 e se, in particolare, debba essere esclusa dalla stessa l'attività di manutenzione delle strade e degli edifici (...) alla luce del d.lgs. n.163/2006 (art.3) e del D.P.R. n.207 del 2010 (art. 3)."

CONSIDERATO

Preliminarmente, in rito, occorre verificare se la richiesta proveniente dal Presidente della Provincia di Salerno rientri nell'ambito delle funzioni attribuite alle Sezioni regionali di controllo della Corte dei Conti dall'art. 7, comma 8, della L. 6 giugno 2003, n. 131.

Al riguardo, come più volte sostenuto dalla magistratura contabile, la norma ha previsto la possibilità per Regioni, Province, Comuni e Città Metropolitane di chiedere alle Sezioni regionali di controllo della Corte dei Conti pareri in materia di contabilità pubblica, nonché ulteriori forme di "collaborazione" ai fini della regolare gestione finanziaria, dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione amministrativa (cfr. Corte dei conti, sez. contr. Lombardia, 12 marzo 2007, n. 9).

È evidente come tali ulteriori funzioni che il legislatore ha attribuito alle Sezioni regionali della Corte dei Conti si inquadrino nell'ottica del regionalismo differenziato così come stabilito dal revisore costituzionale a partire dalla riforma operata con le leggi costituzionali 1/1999 e 3/2001. Infatti, nella prospettiva delineata dall'art. 114 Cost., gli enti territoriali che costituiscono la Repubblica (Corte Cost. 11 ottobre - 9 novembre 2005, n. 417) possono avvalersi della collaborazione della Corte dei Conti, organo garante dell'intero Stato comunità (Corte Cost. 12 - 27 gennaio 1995, n. 29). Così, si è ritenuto che la funzione di cui al comma 8 dell'art. 7 della L. 131/2003 consista in una facoltà conferita agli amministratori locali di ricorrere ad un organo neutrale e qualificato per acquisire elementi necessari ad una corretta e sana gestione della cosa pubblica. Tuttavia, il parere fornito dalla Sezione - anche se scaturisce dalla richiesta dell'ente locale riguardante un caso concreto - deve assumere carattere generale, esulando da ciò qualsiasi forma di cogestione o coamministrazione con l'ente richiedente (cfr. Corte dei Conti, sez. contr. Lombardia, 11 febbraio 2009, n. 36) e senza implicare la valutazione di comportamenti amministrativi. In tal senso, la Sezione analizza e interpreta principi generali dell'ordinamento e disposizioni normative in relazione alla materia prospettata, spettando, ovviamente, solo all'amministratore locale la concreta scelta decisionale, che potrà essere orientata in base alle conclusioni prospettate dalla Sezione (cfr. Corte dei Conti , sez. Autonomie, 17 febbraio 2006, n. 5).

Alla luce delle esposte considerazioni la richiesta proveniente dal Presidente della Provincia di Salerno rientra indubbiamente nell'ambito delle funzioni attribuite alle Sezioni regionali della Corte dei Conti dall'art. 7 comma 8, della L.131/2003.

Passando ad esaminare i requisiti di ammissibilità soggettiva (riguardante la legittimazione dell'organo richiedente) ed oggettiva (concernente l'attinenza del quesito alla materia della contabilità pubblica) della questione, occorre fare riferimento a quanto affermato dalla Sezione delle Autonomie della Corte dei Conti, (cfr. Corte dei Conti, Adunanza 4 giugno 2009, n.9) nonché all'orientamento di questa Sezione circa l'ammissibilità delle richieste di parere in materia di contabilità pubblica.

Come noto, le richieste di parere vanno inoltrate per il tramite del Consiglio delle autonomie locali. La mancata costituzione di tale organo (pur previsto nello Statuto della Regione Campania approvato con la legge regionale n. 6 del 28 maggio 2009) non rappresenta tuttavia elemento ostativo, poiché la disposizione normativa usa la locuzione "di norma" non precludendo, quindi, in linea generale, la richiesta avanzata dall'ente. Inoltre, allorquando il quesito sia proposto dall'organo rappresentativo dell'Ente (Presidente della Regione, Presidente della Provincia, Sindaco e, nel caso di atti di normazione, Consiglio quale organo che può proporre la richiesta) deve ritenersi ammissibile in quanto proveniente dall'organo munito di rappresentanza legale esterna, legittimato ad esprimere la volontà dell'Ente e ad impegnare lo stesso verso l'esterno in tutti i rapporti giuridici ed amministrativi.

Il quesito in esame è stato posto dal Presidente della Provincia di Salerno; pertanto, è da ritenersi ammissibile sotto il profilo soggettivo.

In relazione al profilo oggettivo, bisogna verificare se la richiesta attenga alla materia della contabilità pubblica di cui all'art. 7, comma 8, citato. In tal senso, infatti, la norma - in combinato disposto con il precedente comma 7 che attribuisce alla Corte dei Conti la funzione di verificare il rispetto degli equilibri di bilancio, il perseguimento degli obiettivi posti da leggi statali o regionali di principio e di programma, la sana gestione finanziaria degli enti locali ed il funzionamento dei controlli interni - intende fare riferimento alla "attività finanziaria che precede o che segue i distinti interventi di settore, ricomprendendo, in particolare, la disciplina dei bilanci e i relativi equilibri, l'acquisizione delle entrate, l'organizzazione finanziaria - contabile, la disciplina del patrimonio, la gestione delle spese, l'indebitamento, la rendicontazione e i relativi controlli" (cfr. al riguardo Corte dei Conti, sez. Autonomie atto di indirizzo del 27 aprile 2004, nonché delibera 17 febbraio 2006, n. 5). In altri termini, per poter correttamente individuare i limiti oggettivi delle richieste di parere inoltrate dagli enti locali occorre avere riguardo non solo al comma 8 ma anche al comma 7 dell'art. 7 citato. Se il comma 8 prevede la facoltà di richiedere pareri, è consequenziale che tale funzione consultiva debba avere come punto di riferimento le funzioni sostanziali di controllo collaborativo previste dal precedente comma 7. È in tal senso, del resto, che le Sezioni Riunite della Corte dei Conti in sede di controllo hanno individuato una nozione unitaria e dinamica della contabilità pubblica basata sul "sistema di principi e di norme che regolano l'attività finanziaria e patrimoniale dello Stato e degli enti pubblici", da rapportarsi alle materie riguardanti la gestione del bilancio e i suoi equilibri (cfr. Corte dei Conti, 17 novembre 2010, n. 54). Pertanto, la funzione consultiva è ammissibile anche in riferimento a questioni che *prima facie* sembrerebbero estranee alla contabilità pubblica ma che risultano connesse alla gestione delle risorse pubbliche, con particolare riferimento agli obiettivi di contenimento della spesa pubblica.

Orbene, con specifico riferimento alla richiesta oggetto della presente pronuncia la Sezione osserva che il primo quesito rientra nella materia della contabilità pubblica, poiché attiene alla disciplina contenuta in leggi finanziarie, sul contenimento e sull'equilibrio della finanza pubblica, incidente sulla formazione e gestione del bilancio dell'ente, in relazione alle

norme che disciplinano le società *in house*. In particolare, la materia *de qua*, per l'incidenza che le società pubbliche hanno sugli equilibri finanziari dell'ente cui sono riferibili, attiene certamente al problema della regolare gestione finanziaria, all'efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa e, parimenti, riguarda la materia della contabilità pubblica (cfr. Corte dei Conti, sez. contr. Sardegna, delibera 6/2005).

Viceversa, il secondo quesito prospettato dal Presidente della Provincia è da ritenersi oggettivamente inammissibile. A ben vedere, infatti, la richiesta relativa alla qualifica dell'attività di manutenzione quale esecuzione di lavori ovvero come prestazione di servizi non rientra nella materia della contabilità pubblica.

Pertanto, nei termini finora esposti, si ritiene che sia ammissibile esclusivamente il primo quesito proposto dal Presidente della Provincia di Salerno.

MERITO

Con specifico riferimento all'oggetto della presente pronuncia, il Collegio ritiene di poter fornire all'amministrazione richiedente indicazioni di principio volte a coadiuvare quest'ultima nell'esercizio delle proprie funzioni.

In via preliminare la Sezione precisa che qualsiasi decisione relativa alla partecipazione societaria (mantenimento o dismissione, operazioni sul capitale societario, modalità di affidamento dei relativi servizi, etc.) attiene al merito dell'azione amministrativa e rientra nella esclusiva discrezionalità e responsabilità dell'Ente locale che, tuttavia, potrà orientare la sua decisione in base alle conclusioni contenute nel presente parere.

Al riguardo rileva la disciplina dettata dall'art. 4 del d.l. 95/2012 "Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario" conv. in L. 135/2012.

Tale disposizione stabilisce, al comma 1, che nei confronti delle società controllate, direttamente o indirettamente, dalle pp.aa. ex art. 1, comma 2, d.lgs. 165/2001, che abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni, superiore al 90 per cento dell'intero fatturato, si debba alternativamente procedere: a) allo scioglimento entro il 31 dicembre 2013; b) all'alienazione, con procedure di evidenza pubblica, dell'intera partecipazione detenuta dalla pubblica amministrazione controllante alla data di entrata in vigore della disposizione *de qua*; tale alienazione va effettuata entro il 30 giugno 2013 con contestuale assegnazione all'acquirente del servizio per cinque anni, non rinnovabili, a decorrere dal 1° gennaio 2014.

Successivamente, in sede di conversione del decreto legge, è stato aggiunto il comma 3^{sexies}, il quale introduce una terza possibilità: entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione, le pp.aa. possono predisporre appositi piani di ristrutturazione e di razionalizzazione delle società controllate che prevedano l'individuazione delle attività connesse esclusivamente all'esercizio di funzioni amministrative di cui all'art. 118

Cost., da riorganizzare o accorpate attraverso società che rispondano ai requisiti della legislazione comunitaria in materia di *in house providing*.

Il comma 3 dello stesso art. 4 elenca, poi, una serie di esclusioni, stabilendo, tra l'altro, che le disposizioni di cui al comma 1, relative allo scioglimento e all'alienazione, non si applicano alle società che svolgono "servizi di interesse generale anche aventi rilevanza economica".

La disposizione in esame s'inserisce nel filone normativo che disciplina con una certa cautela l'uso delle società partecipate quale modello organizzativo per lo svolgimento di funzioni e servizi da parte dei soggetti pubblici, al fine di evitare che venga elusa la normativa relativa al patto di stabilità interno, ai vincoli in tema di assunzione di personale o di indebitamento, alle procedure ad evidenza pubblica (cfr. Corte sei Conti, sez. contr. Emilia Romagna, delibera 9/2012).

In particolare, poi, la norma citata si riferisce ai modelli societari usati per svolgere servizi quasi esclusivamente nei confronti della stessa p.a. Infatti, requisito essenziale per l'applicazione della disposizione *de qua* è la verifica della *condicio sine qua non* richiesta dalla stessa: il superamento della soglia del 90 per cento dell'intero fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni (cfr. Corte dei Conti, sez. reg. contr. Piemonte, delibera 291/2012).

La richiesta di parere in esame tuttavia non riguarda esclusivamente l'interpretazione di tale norma, bensì il coordinamento della stessa con l'art. 13 del d.l. 223/2006 concernente "Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale", conv. in l. 248/2006. Tale disposizione afferma "1. Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale, le società, a capitale interamente pubblico o misto, **costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività**, con esclusione dei servizi pubblici locali e dei servizi di committenza o delle centrali di committenza apprestati a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, **devono operare con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, nè in affidamento diretto nè con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale**. Le società che svolgono l'attività di intermediazione finanziaria prevista dal testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, sono escluse dal divieto di partecipazione ad altre società o enti. 2. Le società di cui al comma 1 sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al

comma 1. 3. Al fine di assicurare l'effettività delle precedenti disposizioni, le società di cui al comma 1 cessano entro quarantadue mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto le attività non consentite. A tale fine possono cedere, nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, le attività non consentite a terzi ovvero scorporarle, anche costituendo una separata società. I contratti relativi alle attività non cedute o scorporate ai sensi del periodo precedente perdono efficacia alla scadenza del termine indicato nel primo periodo del presente comma. 4. I contratti conclusi, dopo la data di entrata in vigore del presente decreto, in violazione delle prescrizioni dei commi 1 e 2 sono nulli. Restano validi, fatte salve le prescrizioni di cui al comma 3, i contratti conclusi dopo la data di entrata in vigore del presente decreto, ma in esito a procedure di aggiudicazione bandite prima della predetta data”.

La disposizione in esame considera, quindi, le società costituite per la “produzione di beni e servizi strumentali all'attività” delle pp.aa.

In primis, occorre, pertanto, soffermarsi sul requisito della strumentalità.

Al riguardo la giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, sez. V, 7 luglio 2009, n. 4346) ha chiarito che esso sussiste “...allorquando l'attività che le società sono chiamate 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.)”.

Per l'esatta comprensione della portata di tale norma è utile rammentare che la Corte Costituzionale con la sentenza 1° agosto 2008, n. 326 ha osservato che tali disposizioni “...definiscono il proprio ambito di applicazione non secondo il titolo giuridico in base al quale le società operano, ma in relazione all'oggetto sociale di queste ultime” e sono “... fondate sulla distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica e attività d'impresa di enti pubblici. L'una e l'altra possono essere svolte attraverso società di capitali, ma le condizioni di svolgimento sono diverse. Nel primo caso vi è attività amministrativa, di natura finale o strumentale, posta in essere da società di capitali che operano per conto di una pubblica amministrazione. Nel secondo caso, vi è erogazione di servizi rivolta al pubblico (consumatori o utenti), in regime di concorrenza”.

Con la normativa in esame il legislatore ha inteso “... separare le due sfere di attività per evitare che un soggetto, che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività d'impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto pubblica amministrazione”; in tal modo, secondo la Corte, “non è negata né limitata la libertà di iniziativa economica degli enti territoriali, ma è imposto loro di esercitarla distintamente dalle proprie funzioni amministrative, rimediando a una frequente commistione, che il legislatore

statale ha reputato distorsiva della concorrenza”, così che “l'obiettivo delle disposizioni (...) è quello di evitare che soggetti dotati di privilegi operino in mercati concorrenziali”.

Nel caso, dunque, di queste società cc.dd. strumentali il legislatore ha vietato alle stesse l'attività cd. *extra moenia*, non potendo, quindi, svolgere, in virtù della loro posizione privilegiata, ulteriori attività a favore di altri soggetti pubblici o privati.

La *ratio* della norma risiede nel fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e/o del mercato. A tutela di tale scopo la disposizione prevede significative sanzioni per gli affidamenti effettuati in violazione dei limiti posti dall'art. 13, prima tra tutte la nullità dei contratti (cfr. art. 13 cit., commi 3 e 4).

Infatti, il divieto ex art. 13 cit. è giustificato dalla circostanza che le società in esame costituiscono una *longa manus* delle pp.aa., operando per queste ultime e non per il pubblico (Cons. Stato, sez. VI, 16 gennaio 2009, n. 215), in deroga ai principi di concorrenza, non discriminazione e trasparenza, in tal modo determinandone un *vulnus*. In questa prospettiva è l'elemento oggettivo della strumentalità a legittimare il divieto *de quo* e non già la partecipazione pubblica al capitale societario. È in tale ottica che va letta, del resto, la previsione di cui al secondo comma del ricordato art. 13, che impone a tali società un oggetto sociale esclusivo (Cons. Stato, sez. V, 7 luglio 2009, n. 4346); tale regola non va intesa “come divieto delle società cc.dd. *multiutilities*, ma rafforza la regola dell'esclusività evitando che dopo l'affidamento la società possa andare a fare altro”(cfr. Cons. Stato, A.P. 3 marzo 2008, n. 1).

La disposizione prosegue esonerando dal rispetto del divieto imposto le società che svolgono “servizi pubblici locali” (cfr. Cons. Stato, sez. V, 12.06.2009 n. 3766).

In conclusione, al fine di verificare se il divieto si applichi o meno, occorre effettuare una valutazione di stretta inerenza delle attività di produzione di beni o servizi da parte delle società possedute da enti locali con il perseguimento delle rispettive finalità istituzionali; ma tale verifica è limitata alle cc.dd. “società strumentali che non siano affidatarie di servizi pubblici locali” (Corte dei Conti, sez. reg. contr. Lombardia, delibera 88/2013). La corretta qualificazione di una società partecipata, come operante nell'ambito dei servizi pubblici locali ovvero di quelli strumentali, costituisce elemento fondamentale per la definizione del quadro normativo di riferimento (Corte dei Conti, sez. reg. contr. Lombardia, delibera 531/2012).

Al riguardo, è necessario ricordare che, come chiarito dalla Corte Costituzionale (cfr. Corte Cost. 17 novembre 2010, n. 325), nonché dalla giurisprudenza contabile (cfr. Corte dei Conti, sez. reg. contr. Lombardia, delibera 531/2012 cit.) e da quella amministrativa (cfr. Cons. Stato, sez. V, 05 marzo 2010 n. 1282) si ha servizio pubblico locale allorché – analogamente alla categoria comunitaria dei servizi di interesse economico generale - la prestazione è resa, mediante un'attività economica (in forma di impresa pubblica o privata), direttamente al soddisfacimento dei bisogni di una generalità indifferenziata di cittadini, che, solitamente, paga un corrispettivo (es., servizi di trasporto). In tal caso, alla base del rapporto

vi è un contratto di servizio con cui sono veicolati gli obblighi contrattuali fra le parti e quelli di servizio nei confronti dell'utenza.

Viceversa, si è in presenza di un "servizio strumentale" nel caso in cui l'attività è svolta nei confronti dell'amministrazione committente (es. gestione e manutenzione del patrimonio, servizi di fornitura) e non integra attività di impresa, per cui la formula societaria costituirebbe solo un variante organizzativa al modulo pubblicistico.

Orbene, in quest'assetto dispositivo così delineato, interviene, nel 2012, l'art. 4 del d.l. n. 95/2012, conv. in L. 135/2012. Anche con questa norma il legislatore intende ricondurre al mercato una considerevole parte di servizi ancora gestiti dalle società partecipate.

Al fine di chiarire efficacemente il quadro normativo di riferimento è necessario esaminare il rapporto fra le due disposizioni e tentarne un coordinamento.

Il problema è indubbiamente esistente e non di poco conto.

Infatti, con le norme della cd. *spending review* il legislatore introduce una nuova disciplina senza considerare le disposizioni preesistenti, né fornendo alcun coordinamento, lasciando così all'interprete l'arduo compito di ricondurre a sistema una normativa frammentaria sia nella forma che nel contenuto.

Nonostante i moniti del Giudice delle Leggi a non ricorrere alla decretazione d'urgenza per interventi sostanziali (mancando in tali casi i presupposti della necessità e dell'urgenza, cfr. al riguardo Corte Cost. 171 del 2007, nonché 128 del 2008), il legislatore continua nella prassi dell'abuso del decreto legge, usando lo strumento emergenziale per ottenere una corsia preferenziale anche per riforme complesse (imponendo decadenze, nullità degli atti, obblighi di dismissione entro termini più o meno perentori) e lasciando così una difficoltà operativa nell'evidente disordine normativo.

In questa sede, come detto, e per quanto qui d'interesse, si fornirà un'interpretazione di raccordo fra le due normative individuate nella richiesta di parere, non senza evidenziare che la lista delle disposizioni che s'intersecano con le citate disposizioni è notevolmente più ampia (basti pensare agli artt. 3 commi 27 e ss. L.F. n. 244/2007; 3 bis d.l. 138/2011 conv. in L. 148/2011; 14 comma 32 d.l. n. 78/2010, conv. in L. 122/2010).

Invero, l'art. 13 cit. riguarda le società strumentali a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle p.a. regionali e locali.

La disposizione ex art. 4 cit., invece, ha un oggetto diverso, riferendosi alle "società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001(...)".

La tipologia societaria considerata dalle due disposizioni non è totalmente sovrapponibile; a meno di non voler svuotare il precetto normativo dell'art. 4 oppure di non voler ritenere implicitamente abrogato l'art. 13. In altri termini, l'oggetto delle due norme è collegato ma non coincidente, in quanto la recente disposizione aggiunge un nuovo vincolo per le società strumentali, che, tuttavia, non interessa ogni tipologia di società strumentale ipotizzabile.

Invero, se la norma *de qua* si riferisse alle società che per vincolo legislativo ex art. 13 cit. hanno l'obbligo di operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti si creerebbe un paradosso legislativo: società che ex art. 13 cit. possono ancora essere costituite ma che sono obbligate per legge a operare solo con la p.a. e che quindi ex se producono un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni, superiore al 90 per cento dell'intero fatturato, dovrebbero poi essere sciolte, privatizzate ovvero ristrutturate e razionalizzate. In questa singolare prospettiva, senza voler ipotizzare soluzioni elusive (come ad esempio in relazione al patto di stabilità), un'amministrazione locale avrebbe potuto costituire una società per la gestione di servizi strumentali nel 2012, per poi condurla allo scioglimento entro il 2013.

Tra l'altro una diversa interpretazione andrebbe a penalizzare le società rispettose del vincolo legislativo; in altri termini, la società strumentale che osservando il vincolo del decreto Bersani ha fatturato, quindi, il 100 per cento delle sue prestazioni in favore delle pubbliche amministrazioni, dovrebbe essere sciolta o comunque sottoposta ai vincoli dell'art. 4 comma 1, cit. Viceversa, la società che non ha rispettato il divieto dell'*extra moenia* e non ha prodotto, pertanto, un fatturato con le pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento, potrebbe continuare a sopravvivere.

Pertanto, va da sé che non rientra nell'ambito applicativo dell'art. 4, comma 1, cit. la particolare ipotesi della società strumentale interamente pubblica e sottoposta al divieto ex art. 13 cit. In tal caso, infatti, anche l'evidenziata *ratio* dell'art. 4 cit. di salvaguardia della concorrenza e del mercato sarebbe preservata dal rapporto di esclusività fra la società e la p.a. costituente o partecipante.

Analogamente, deve escludersi dal raggio operativo della norma in esame l'ipotesi della società mista ove vi sia una partecipazione maggioritaria della p.a. regionale o locale costituente o partecipante, tale da consentire alla stessa un controllo analogo; anche l'esclusione di questa tipologia societaria non crea alcun *vulnus* all'obiettivo perseguito dall'art. 4, comma 1, in quanto tali soggetti sono esclusi dal mercato perché obbligati al rispetto del divieto ex art. 13 cit.

A conferma di tale interpretazione va richiamato il comma 8 dell'art. 4 in esame, secondo cui: "A decorrere dal 1° gennaio 2014 l'affidamento diretto può avvenire solo a favore di società a capitale interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione in house. Sono fatti salvi gli affidamenti in essere fino alla scadenza naturale e comunque fino al 31 dicembre 2014.(...)".

Se non si accogliesse l'interpretazione sistematica dei due commi proposta si arriverebbe ad un'ulteriore contraddizione legislativa addirittura nello stesso articolo: una società a capitale totalmente pubblico che risponda ai requisiti della normativa e giurisprudenza comunitaria per la gestione *in house* dovrebbe prima essere privatizzata o sciolta o ristrutturata, per poi essere ricondotta a capitale totalmente pubblico.

Delle due l'una: o la società è esclusa dall'ambito operativo del comma 1 e quindi può ottenere affidamenti ex art. 4 comma 8; ovvero deve essere sciolta o privatizzata o ristrutturata o razionalizzata ed allora il comma 8 non troverebbe giustificazione.

A questo punto, la questione residua consiste nel verificare quali delle restanti società strumentali di cui all'art. 13 del d.l. 223/06 sono altresì escluse dalla sfera operativa dell'art. 4, comma 1, cit.

Innanzitutto, sicuramente non rientrano le società cd. strumentali nelle quali l'amministrazione socia non eserciti una posizione di controllo diretto o indiretto; si pensi ad una società mista in cui l'ente locale abbia una partecipazione minoritaria che non consente di esercitare il "controllo diretto o indiretto" ex art. 4, comma 1.

In secondo luogo, sono escluse le società che non hanno svolto servizi strumentali fatturati all'amministrazione pubblica; si pensi alle società strumentali di ulteriori società di servizi pubblici, che abbiano la fonte del loro fatturato nella società controllante e non nell'ente locale. Il riferimento è alle cd. società di terzo grado (o di terza generazione o di terzo livello) ove il capitale è posseduto (in tutto o in parte) da società a loro volta partecipate da amministrazioni locali, formando così un sistema complesso in cui la terza società non opera alle dirette dipendenze dell'ente affidante, ma attraverso la mediazione della società partecipata di secondo livello (cfr. TAR Lazio Roma, Sez. II, sent. N. 36 del 05.01.2010 che esclude l'applicabilità dell'art. 13 cit. alle società di terzo grado; nonché Corte dei Conti, sez. reg. contr. Abruzzo, delibera 16/2013).

Tale ipotesi, come detto, deve escludersi solo se la società ha la fonte del suo fatturato nella società di secondo livello e l'ente locale, verosimilmente, non goda di alcun potere gestorio né possa effettuare un controllo, diretto o indiretto, sulla società di terzo livello.

Ancora, sembrerebbero lasciate fuori dal dettato normativo le società cd. strumentali che abbiano prodotto un fatturato inferiore al 90 per cento nei confronti di pubbliche amministrazioni. Ma una tale eventualità è di difficile individuazione, a meno di non volere ipotizzare società di servizi strumentali che gestiscano anche servizi pubblici locali. Tale possibilità, pur in parte ammessa dalla giurisprudenza amministrativa, in relazione alle società miste (cfr. Cons. Stato, sez. V., 11 gennaio 2011, n. 77) è stata ripetutamente negata dalle Sezioni regionali di controllo della Corte dei Conti, in virtù dell'interpretazione oggettiva del divieto presente nell'art. 13 cit. (*ex multis* cfr. Corte dei Conti, sez. reg. contr. Lombardia, delibera 517/2012 che afferma "agli enti locali è precluso lo svolgimento di attività strumentali per il tramite di società che non siano ad oggetto esclusivo. In sostanza non è possibile che la stessa società che opera *in house* svolga per conto di uno o più enti attività strumentali e gestisca servizi pubblici locali"). Al riguardo questa Sezione ritiene di doversi conformare e di condividere pienamente la costante giurisprudenza contabile ritenendo, dunque, non realizzabile l'ipotesi in esame.

Infine, restano escluse le società strumentali degli enti locali che pur non svolgendo prestazione di servizi verso la p.a. non rientrano neanche fra le società di servizi d'interesse

generale, che sarebbero esonerate come tali dal comma 3. Il riferimento è alle cd. *holding* degli enti locali qualora queste si limitino a gestire le partecipazioni dell'ente, finanziandosi esclusivamente con i relativi dividendi.

Al fine di fornire un quadro più completo, si evidenzia – *incidenter tantum* non essendo ciò richiesto nel presente parere - che a questo elenco vanno aggiunte le ipotesi societarie individuate espressamente dal legislatore (cfr. art. 4 comma 3).

Tali sono le "società che svolgono servizi di interesse generale, anche aventi rilevanza economica,"; quelle che "svolgono prevalentemente compiti di centrali di committenza ai sensi dell'art. 33 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163" ; le "società di cui all'art. 23 quinquies, commi 7 e 8" del decreto (Consip s.p.a. e Sogei s.p.a., *ndr*); le "società finanziarie partecipate dalle regioni, ovvero a quelle che gestiscono banche dati strategiche per il conseguimento di obiettivi economico-finanziari, individuate, in relazione alle esigenze di tutela della riservatezza e della sicurezza dei dati, nonché all'esigenza di assicurare l'efficacia dei controlli sulla erogazione degli aiuti comunitari del settore agricolo" , con un successivo d.p.c.m.

Infine, il legislatore prevede una clausola di salvezza consentendo che "le medesime disposizioni non si applicano qualora, per le peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto, anche territoriale, di riferimento non sia possibile per l'amministrazione pubblica controllante un efficace e utile ricorso al mercato" (cfr. art. 4, comma 3, ult. parte). In questo caso, l'amministrazione predispone un'analisi di mercato e trasmette una relazione sugli esiti di tale analisi all'Autorità garante della concorrenza e del mercato ai fini dell'acquisizione del parere vincolante (al riguardo vd. la Comunicazione dell'A.g.c.m. 4 febbraio 2013, sulle procedure di applicazione dell'art. 4, comma 3, del d.l. 95/2012, conv. in L. 135/2012).

Un'ultima questione che occorre affrontare riguarda la sorte della società strumentale ex art. 13 cit. soggetta ai vincoli ex art. 4 cit., qualora la p.a. regionale o locale non proceda a quanto imposto.

Il comma 2 dell'art. 4 prevede che "Ove l'amministrazione non proceda secondo quanto stabilito ai sensi del comma 1, a decorrere dal 1° gennaio 2014 le predette società non possono comunque ricevere affidamenti diretti di servizi, né possono fruire del rinnovo di affidamenti di cui sono titolari. I servizi già prestati dalle società, ove non vengano prodotti nell'ambito dell'amministrazione, devono essere acquisiti nel rispetto della normativa comunitaria e nazionale".

Proseguendo con la lettura dei commi 7 e 8 il legislatore dispone che "Al fine di evitare distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale, a decorrere dal 1° gennaio 2014 le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, le stazioni appaltanti, gli enti aggiudicatori e i soggetti aggiudicatori di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nel rispetto dell'articolo 2, comma 1 del citato decreto acquisiscono sul mercato i beni e servizi strumentali

alla propria attività mediante le procedure concorrenziali previste dal citato decreto legislativo. È ammessa l'acquisizione in via diretta di beni e servizi tramite convenzioni realizzate ai sensi dell'articolo 30 della legge 7 dicembre 2000, n. 383, dell'articolo 7 della legge 11 agosto 1991, n. 266, dell'articolo 90 della legge 27 dicembre 2002, n. 289, e dell'articolo 5 della legge 8 novembre 1991, n. 381. Sono altresì ammesse le convenzioni siglate con le organizzazioni non governative per le acquisizioni di beni e servizi realizzate negli ambiti di attività previsti dalla legge 26 febbraio 1987, n. 49, e relativi regolamenti di attuazione.

8. A decorrere dal 1° gennaio 2014 l'affidamento diretto può avvenire solo a favore di società a capitale interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione in house. Sono fatti salvi gli affidamenti in essere fino alla scadenza naturale e comunque fino al 31 dicembre 2014. Sono altresì fatte salve le acquisizioni in via diretta di beni e servizi il cui valore complessivo sia pari o inferiore a 200.000 euro in favore delle associazioni di promozione sociale di cui alla legge 7 dicembre 2000, n. 383, degli enti di volontariato di cui alla legge 11 agosto 1991, n. 266, delle associazioni sportive dilettantistiche di cui all'articolo 90 della legge 27 dicembre 2002, n. 289, delle organizzazioni non governative di cui alla legge 26 febbraio 1987, n. 49, e delle cooperative sociali di cui alla legge 8 novembre 1991, n. 381.”

Pertanto, dall'assetto normativo delineato si desume che le società ex art. 4 comma 1 devono essere sciolte entro il 31 dicembre 2013 ovvero alienate entro il 30 giugno 2013; in questo secondo caso alla società privatizzata viene affidata la gestione del servizio per un periodo di cinque anni a decorrere dal 1 gennaio 2014.

Apparentemente il legislatore, quindi, non prevede alcuna sanzione nel caso di mancato rispetto dei termini del 31 dicembre o del 30 giugno 2013, salvo che “a decorrere dal 1° gennaio 2014 le predette società non possono comunque ricevere affidamenti diretti di servizi, né possono fruire del rinnovo di affidamenti di cui sono titolari” (cfr. art. 4 comma 2) .

Se così fosse le società che non sono sciolte o alienate, potrebbero proseguire i loro affidamenti fino alla scadenza contrattuale, pur senza poterne riceverne di nuovi.

Tuttavia, una simile lettura vanificherebbe l'intento perseguito dal legislatore.

Nell'ottica delineata, d'impulso della normativa in esame verso il ritorno al mercato, i termini considerati devono ritenersi perentori e non meramente acceleratori.

Conferma della validità di una tale interpretazione è nuovamente fornita dal comma 8 secondo cui “Sono fatti salvi gli affidamenti in essere fino alla scadenza naturale e comunque fino al 31 dicembre 2014”. Per cui se la scadenza naturale non interviene entro il 31 dicembre 2014, gli affidamenti cessano comunque entro tale data, non potendo proseguire sino “ad esaurimento”. In conclusione se le p.a. non adempiono a quanto imposto dal legislatore quest'ultimo ha comunque previsto una cessazione *ope legis*, con la perdita degli affidamenti in atto.

PQM

Nelle suesposte considerazioni è il parere della Sezione.

Copia della presente deliberazione sarà trasmessa, per il tramite della Segreteria del Servizio di supporto, all'Amministrazione interessata.

Così deliberato in Napoli, nella camera di consiglio del 9 maggio 2013

IL RELATORE

f.to Ref. Raffaella Miranda

IL PRESIDENTE

f.to Pres. Sez. Ciro Valentino

Depositato in Segreteria in data 9 maggio 2013

Il Funzionario preposto

f.to Dott. Mauro Grimaldi