REPUBBLICA ITALIANA

LA CORTE DEI CONTI

SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO

PER LA CAMPANIA

Composta dai Magistrati:

Giovanni Coppola	Presidente
Rossella Cassaneti	Consigliere
Alessandro Forlani	Consigliere
Rossella Bocci	Consigliere
Francesco Sucameli	Primo Referendario
Raffaella Miranda	Primo Referendario (relatore)
Carla Serbassi	Primo Referendario

nella camera di consiglio del 18 aprile 2018

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 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 recante il Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (TUEL);

Vista la legge 5 giugno 2003, n. 131;

Visto l'atto d'indirizzo della Sezione delle Autonomie del 27 aprile 2004, avente ad oggetto gli indirizzi e criteri generali per l'esercizio dell'attività consultiva;

Vista la nota prot. n. 8348/2018 (prot. CdC 1922 del 06/03/2018) con cui il Sindaco del Comune di Angri (SA) ha chiesto un parere ai sensi dell'art. 7, comma 8, della Legge n. 131/2003, nei termini di seguito indicati;

Vista l'ordinanza n.18/2018 con la quale il Presidente ha convocato la Sezione per la camera di consiglio odierna per deliberare sulla suddetta richiesta;

Udito il relatore, Raffaella Miranda.

FATTO

Con la nota indicata in epigrafe, il Sindaco del Comune di Angri (SA) ha rivolto alla Sezione, ai sensi dell'art. 7, comma 8, della legge n. 131/2003, una richiesta di parere articolata nel seguente modo:

"E' possibile per un Comune procedere alla costituzione di una società in house per la riscossione e la gestione dei tributi locali, se del caso anche per conto di altri Enti locali (Comuni, Consorzi di Comuni, Unioni di Comuni, etc)?"

Dopo aver illustrato la normativa di riferimento il Sindaco chiede se "*la riscossione e la gestione dei tributi locali possa rientrare nelle ipotesi previste dall'art. 4 comma 2 lett. a) e/o lettera d) del decreto legislativo 19 agosto 2016 n. 175, con la possibilità di una costituzione in house da parte di un Comune, se del caso anche per conto di altri Enti locali (Comuni, Consorzi di Comuni, Unioni di Comuni, etc)?"*

DIRITTO

1. Preliminarmente occorre verificare in rito l'ammissibilità soggettiva del quesito proposto. Al riguardo, la Sezione evidenzia che l'art. 7, comma 8, della legge n. 131/2003 prevede che gli enti locali possano chiedere pareri in materia di contabilità pubblica alle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti *"(...) di norma, tramite il Consiglio delle Autonomie Locali (...)"*. In proposito, il Collegio richiama l'orientamento seguito da tutte le Sezioni, dal quale non vi è motivo per discostarsi, secondo cui la mancata costituzione di detto Organismo (pur previsto nello Statuto della Regione Campania approvato con la legge regionale n. 6 del 28/05/2009) non può essere d'ostacolo all'esercizio di una facoltà attribuita dalla legge agli Enti Locali ed alla stessa Regione. Pertanto, nelle more della costituzione, nella Regione Campania, del predetto Consiglio, la richiesta di parere deve considerarsi ammissibile, sotto il profilo soggettivo, se ed in quanto formulata -come nel caso di specie- dal Sindaco del Comune, quale organo legittimato ad esprimere la volontà dell'ente, essendo munito di rappresentanza legale esterna.

In relazione al profilo dell'ammissibilità oggettiva è necessario che la richiesta rientri nell'ambito delle materie della contabilità pubblica (in base al citato art. 7, comma 8, della legge n. 131/2003) che, secondo quanto espresso dalla deliberazione n. 54/CONTR/10, deve assumere un ambito

limitato alle normative e ai relativi atti applicativi che disciplinano in generale l'attività finanziaria che precede o che segue i distinti interventi di settore, ricomprendendo in particolare la disciplina dei bilanci ed i relativi equilibri, l'acquisizione delle entrate, l'organizzazione finanziaria-contabile, la disciplina del patrimonio, la gestione della spesa, l'indebitamento, la rendicontazione ed i relativi controlli.

È stato chiarito, inoltre, che *"la materia della contabilità pubblica (...) non potrebbe investire qualsiasi attività degli enti che abbia comunque riflessi di natura finanziaria-patrimoniale"*, in quanto *"ciò non solo rischierebbe di vanificare lo stesso limite imposto dal legislatore, ma comporterebbe l'estensione dell'attività consultiva delle Sezioni regionali a tutti i vari ambiti dell'azione amministrativa con l'ulteriore conseguenza che le Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti diventerebbero organi di consulenza generale delle autonomie locali. In tal modo, la Corte verrebbe, in varia misura, inserita nei processi decisionali degli enti, condizionando quell'attività amministrativa su cui è chiamata ad esercitare il controllo che, per definizione, deve essere esterno e neutrale"* (Sezione delle autonomie, deliberazione n. 5 del 17/02/2006).

Alla luce di quanto evidenziato, il quesito posto dal Comune di Angri (SA) deve ritenersi ammissibile in quanto oggettivamente, in quanto il quesito posto attiene alla materia della contabilità pubblica nell'accezione di cui all'art.7, comma 8, della legge 5 giugno 2003 n. 131, specie per le esigenze consultive rappresentate con riferimento all'interpretazione di norme che presiedono alla corretta gestione amministrativa e finanziaria degli Enti pubblici e ai fini della tutela degli equilibri economico-finanziari degli stessi enti.

2. Passando al merito della questione occorre premettere che, come noto, per l'esercizio delle attività pubbliche, la p.a. ricorre spesso al modulo societario.

Nonostante la volontà del legislatore di ridimensionare sul piano qualitativo e quantitativo il fenomeno, di cui il decreto citato ne è l'ultima espressione, le ipotesi in cui l'ente pubblico si avvale della struttura societaria partecipata per lo svolgimento di attività pubblicistiche sono ancora molto ricorrenti.

Tentare di individuare un unico comune denominatore fra queste strutture è assai arduo se si esclude l'unico elemento comune della partecipazione e della forma societaria.

Passando ora dall'esame del fenomeno a quello della disciplina è necessario rilevare, da un lato, un disordine organizzativo causato dalla frammentarietà dei frequenti interventi legislativi, dall'altro, il proliferare di discipline speciali rispetto a quella generale delle società commerciali.

Questi regimi speciali, introdotti recentemente, si sono vieppiù intensificati, introducendo sempre maggiori deviazioni rispetto al modello societario al fine di:

- ridurre l'impatto delle società costituite dagli enti sulla finanza pubblica (limiti alla composizione degli organi sociali, ai compensi etc);
- estendere la disciplina della trasparenza e dell'anticorruzione;
- evitare l'elusione di regole proprie della p.a. mediante la costituzione di società (ad esempio in tema di assunzione di personale);
- garantire la regola della concorrenza con previsioni atte a restringere gli ambiti entro cui le società stese possono operare.

In questo quadro normativo così delineato è intervenuto il decreto legislativo 175/2016 che ha inteso semplificare e razionalizzare il sistema delle regole vigenti per assicurare un'efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche, la tutela e la promozione della concorrenza e del mercato nonché, ovviamente, ridurre e razionalizzare la spesa pubblica.

Per quanto di interesse rispetto alla questione posta dal Sindaco occorre evidenziare che l'art. 4 del d.lgsl. 175/2016 dispone che "*Le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, nè acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società*".

Nel delimitare quindi il perimetro delle attività consentite si è inteso ribadire che è vietato alle pp.aa. costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, nè acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società, al fine di tutelare la concorrenza ed il mercato, ma anche per mantenere entro costi sostenibili la spesa pubblica.

Pertanto, la libertà negoziale degli enti è subordinata all'esistenza di un interesse pubblico fra quelli strettamente necessari. In altri termini, si deve trattare di società aventi ad oggetto lo svolgimento di attività *strettamente necessarie* per il perseguimento di *finalità istituzionali*, da intendersi come corrispondenza tra l'oggetto sociale e le materie di competenza del Comune.

Tale criterio è ulteriormente reso più stringente tramite la previsione dei commi successivi del citato art. 4. La disposizione in esame, infatti, prosegue, al secondo comma, prevedendo che "*Nei limiti di cui al comma 1, le amministrazioni pubbliche possono, direttamente o indirettamente, costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni in società esclusivamente per lo svolgimento delle attività sotto indicate: a) produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi; (...) d) autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento;(...)*".

Al fine, poi, di garantire che la costituzione di una tale società rispetti i limiti suddetti e le citate finalità, la delibera deve essere congruamente motivato circa le ragioni e le finalità che sottendono la scelta amministrativa, sul piano della convenienza economica e sostenibilità finanziaria e circa la compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa (cfr. art. 5).

Ciò posto il Comune di Angri chiede:

- se la riscossione e la gestione dei tributi locali possa rientrare nelle ipotesi previste dall'art. 4 comma 2 lett. a) e/o lettera d) del decreto legislativo 19 agosto 2016 n. 175.
- Se sia possibile costituire una società *in house* da parte di un Comune, se del caso anche per conto di altri Enti locali (Comuni, Consorzi di Comuni, Unioni di Comuni, etc).

Al fine di rispondere ai citati quesiti occorre in primo luogo richiamare quanto disposto dal comma 4 dell'articolo in esame che prevede che "*le società in house hanno come oggetto sociale esclusivo una o piu' delle attività di cui alle lettere a), b), d) ed e) del comma 2. Salvo quanto previsto dall'articolo 16, tali società operano in via prevalente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti*".

Questa disposizione, tuttavia, deve essere coordinata con l'art. 52, comma 5 , d.lgs. 446/97 che prevede che i regolamenti, con cui i comuni possono disciplinare le proprie entrate, anche tributarie (cfr. art. 52, comma 1) per quanto attiene all'accertamento e alla riscossione dei tributi e delle altre entrate, sono informati a determinati criteri fra cui quello secondo cui " *b) qualora sia deliberato di affidare a terzi, anche disgiuntamente, l'accertamento e la riscossione dei tributi e di tutte le entrate, le relative attività sono affidate, nel rispetto della normativa dell'Unione europea e delle procedure vigenti in materia di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali, a: (...) 3) la società a capitale interamente pubblico, di cui all'articolo 113, comma 5, lettera c), del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni, mediante convenzione, a condizione: che l'ente titolare del capitale sociale eserciti sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi; che la società realizzi la parte piu' importante della propria attività con l'ente che la controlla; che svolga la propria attività solo nell'ambito territoriale di pertinenza dell'ente che la controlla*".

In sintesi, e cercando di fare chiarezza nell'ambito della frammentaria normativa, anche alla luce dell'abrogazione dell'art. 113, comma 5, TUEL da parte del D.p.r. 168/2010 "*Regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, a norma dell'articolo 23-bis, comma 10, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n.133*" il servizio in esame può essere affidato ad una società "*in house*" ma occorre che il soggetto affidatario rispetti alcune condizioni, individuate primariamente dalla Corte di Giustizia Europea

nella nota "sentenza *Teckal*" (Corte di Giustizia, sentenza 18 novembre 1999, causa C-107/98, *Teckal*) e successivamente richiamate dalla giurisprudenza nazionale (cfr. Corte dei conti, sez. contr. Liguria, 24/14 che richiama Corte Cost., 28 marzo 2013, n. 50; Corte Cass., sez. unite civili, 25 novembre 2013, n. 26893; Cons. Stato, sez. V, 3 febbraio 2009, n. 591; Cons. Stato, Ad. Plenaria, 3 marzo 2008).

Tali condizioni possono essere riassunte nel seguente modo:

- svolgimento dell'attività prevalentemente con i soci pubblici affidanti;
- esercizio da parte dei soci, nei confronti del soggetto stesso, di un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi;
- capitale pubblico o comunque assenza della partecipazione di capitali privati, o se del caso senza controllo o potere di veto.

Al ricorrere di tali condizioni ed in base alla normativa esaminata il Comune potrà valutare il ricorso alla società strumentale per l'accertamento e la riscossione dei tributi locali, motivando la scelta in modo adeguato e secondo le prescrizioni esaminate.

Ora, passando ad esaminare la seconda questione, occorre evidenziare che la disposizione esaminata (art. 52, comma 5, d.lgs. 446/97) si riferisce letteralmente all'ipotesi in cui la società in house sia di un solo ente, in quanto partecipante totalitario, eserciti in via esclusiva su di essa un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi interni. Tale controllo presuppone, nella previsione legislativa, che la società svolga, a favore del Comune controllante, la propria attività principale, e che - appunto - svolga la propria attività <u>solo nel territorio di tale Comune.</u>

Come ritenuto da recente giurisprudenza (cfr. Cassazione, sez. trib., 456/2018), occorre fornire alla norma un'interpretazione tale da estendere anche alle attività di accertamento e riscossione dei tributi locali i vantaggi dell'esercizio associato dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Infatti, l'art. 52, comma 5, lett. b), n. 3) come visto, rinvia all'art. 113, comma 5 TUEL (come detto, abrogato poi dal D.P.R. n. 168 del 2010), che prevedeva che il servizio potesse essere erogato, tra l'altro, anche mediante (lett. c) "*società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi <u>la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano</u>*".

Da ciò si desume la possibilità di prestazione del servizio mediante la creazione di società *in house* <u>pluripartecipate</u>; "*nel qual caso, la condizione posta dalla legge implica che tanto il requisito del "controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi", quanto quello dello svolgimento dell'attività sociale "più importante", debbano sussistere nei confronti non del solo ente pubblico di maggioranza, ma di tutti indistintamente gli enti pubblici "titolari del capitale sociale" Questa disposi-*

zione di portata generale riafferma, da un lato, i cardini legittimanti l'istituto dell'"in house providing", così come fissati dal diritto dell'Unione Europea ed ormai recepiti in plurime fonti normative interne; e ricollega, dall'altro, tali presupposti all'eventualità che una stessa società operi "in house" rispetto a più enti pubblici locali controllanti" (Cfr. in questi termini Cass. sez. trib. 456/18).

Ovviamente, la partecipazione di più enti, pone la necessità della verifica dei requisiti prima evidenziati, anche nei confronti di tali enti complessivamente considerati. In particolare, per quanto concerne il requisito del controllo analogo è necessario che tutti gli enti partecipanti (ancorchè di minoranza) esplichino sulla società e sui servizi ad essa affidati un "controllo analogo" a quello esercitato sui propri organi interni e che, per altro verso, la società esplichi la propria attività principale a favore degli enti partecipanti, indipendentemente dalla misura del controllo da questi ultimi singolarmente espresso.

Per cui nel caso di pluripartecipazione il requisito del controllo non va valutato "*atomisticamente (con riguardo al singolo ente partecipante), bensì nella capacità di controllo ascrivibile alla parte pubblica partecipante complessivamente considerata, posto che "l'importante è che il controllo esercitato sull'ente concessionario sia effettivo, pur non risultando indispensabile che sia individuale.(...) Il criterio di valutazione complessiva e congiunta valga anche per il concorrente presupposto dello svolgimento della parte più importante dell'attività della società (...); presupposto che "quando un ente concessionario è detenuto da varie autorità pubbliche" va accertato "considerando l'attività che tale ente svolge con l'insieme di dette autorità*" (cfr. Cass. cit. che richiama CG UE Coditel Brabant., p. 44 e 46).

Tali criteri valutativi risultano applicabili anche all'esercizio associato del servizio di accertamento e riscossione dei tributi; "*non trovando restrizione, in detta materia, l'indicazione legislativa generale volta (...) ad ammettere, ma (...) anche a promuovere, forme associative di prestazione del servizio pubblico, così come previsto nel capo 5^ (artt. 30 segg.) TUEL. Disposizioni, queste ultime, che riproducono l'analoga indicazione legislativa già contenuta - nella tipizzazione delle forme associative delle "convenzioni", dei "consorzi" e delle "unioni di Comuni" - nella L. n. 142 del 1990, artt. 24 e segg. Si tratta, del resto, di indicazione anche in tal caso confermata nella evoluzione della legislazione in materia, secondo quanto stabilito - proprio in tema di "organizzazione e gestione dei servizi di raccolta, avvio e smaltimento e recupero dei rifiuti urbani e riscossione dei relativi tributi" - dal D.L. n. 78 del 2010, art. 14, comma 27, lett. f) e comma 28, conv. in L. n. 122 del 2010. Ora, in tale quadro normativo, anche il criterio del collegamento territoriale di cui al D.Lgs. n. 446 del 1997, art. 52, comma 5, lett. b), n. 3), risulta compatibile con lo svolgimento dell'attività principale della società nell'ambito territoriale dei Comuni partecipanti al capitale sociale, complessivamente considerati. <u>In modo tale da dover riferire l'espressione legislativa singolare "ente che la</u>*

controlla" (art. 52, comma 5, lett. b), n. 3) cit.) ad una sineddoche avente significato sostanzialmente corrispondente ad "insieme degli enti (pubblici) che la controllano". Tale conclusione appare in linea con i su riportati principi in materia e, anzi, trova essa stessa riscontro nella circostanza che la delimitazione territoriale di operatività rileva, e si qualifica, nella sua funzionalità all'esercizio del "controllo analogo", e non del controllo societario codicisticamente inteso. Sicchè, solo in presenza di effettivo e comprovato esercizio dell'attività principale della società entro l'ambito territoriale dei Comuni partecipanti unitariamente considerati, tale controllo ha modo di espletarsi e di verificarsi; il che, però, è evidentemente cosa ben diversa dal subordinare la legittimità dell'attività di riscossione ad opera della società "in house" pluripartecipata all'espletamento di tale attività esclusivamente nel territorio di un solo ente pubblico: quello controllante sol perchè "di maggioranza". Soluzione, quest'ultima, che toglierebbe anzi in radice ogni pratica utilità - e ragion d'essere - all'esercizio dell'attività congiunta di riscossione mediante esternalizzazione "in house"; ciò in contrasto con i già menzionati impulsi legislativi volti ad incentivare, nella prestazione associata del servizio pubblico, sinergie ed economie di scala" (in questi termini, ancora Cass. sez. trib. 456/2018).

PER QUESTI MOTIVI

Nelle esposte considerazioni è il parere della Corte dei conti, sezione per il controllo per la Regione Campania.

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

Così deliberato in Napoli, nella camera di consiglio del 18 aprile 2018.

Il Relatore	Il Presidente
Raffaella Miranda	Giovanni Coppola

Depositata in Segreteria il 18/04/2018

Il Direttore della Segreteria
Dott. Mauro Grimaldi