



CORTE DEI CONTI

SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER LA LOMBARDIA

composta dai magistrati:

dott.ssa Simonetta Rosa	Presidente
dott. Marcello Degni	Consigliere
dott. Giampiero Gallo	Consigliere
dott. Mauro Bonaretti	Consigliere
dott. Luigi Burti	Consigliere (relatore)
dott.sa Rossana De Corato	Primo Referendario
dott. Giovanni Guida	Primo Referendario
dott.ssa Sara Raffaella Molinaro	Primo Referendario
dott.ssa Alessandra Cucuzza	Referendario
dott. Ottavio Caleo	Referendario
dott.ssa Marinella Colucci	Referendario

nella camera di consiglio del 26 febbraio 2019

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. 14/2000 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;

Vista la legge 5 giugno 2003, n. 131;

Vista la nota del 6 febbraio 2019, n.2373 del comune di Canegrate con cui il Sindaco ha richiesto un parere in materia di contabilità pubblica;

Vista la deliberazione n. 1/ PAR/ 2004 del 3 novembre 2004 con la quale la Sezione ha stabilito i criteri sul procedimento e sulla formulazione dei pareri previsti dall'art. 7, comma 8, della legge n. 131/2003;

Vista l'ordinanza con la quale il Presidente ha convocato la Sezione per l'adunanza odierna per deliberare sulla richiesta di parere del comune di

Udito il relatore dott. Luigi Burti;

PREMESSO CHE

Il sindaco dopo aver rappresentato le possibili letture dei commi 3 e 3 bis dell'art 16 del decreto legislativo 175/2016 e s.m.i chiede *"quanto al comma 3, se sia corretta una lettura coordinata della norma in questione con l'art. 4 comma 4 TU nel senso di ritenere che siano state ampliate le possibilità di azione delle società in house potendo le stesse produrre un fatturato anche superiore al 20% attraverso prestazioni non rivolte all'ente socio, purché l'attività svolta rientri comunque nei compiti affidati dall'amministrazione.*

Conclusivamente, si chiede se la norma che fissa limiti di fatturato nello svolgimento dei compiti affidati alla società pubblica dagli enti soci possa essere derogata dalle previsioni di cui agli articoli 16 comma 3 bis e 4 del D.Lgs. 175/2016 e se l'eventuale possibilità di deroga conosca o meno limiti temporali."

AMMISSIBILITA' SOGGETTIVA E OGGETTIVA

La richiesta di parere di cui sopra è intesa ad avvalersi della facoltà prevista dalla norma contenuta nell'art. 7, comma 8, della legge 5 giugno 2003, n. 131, la quale dispone che le Regioni, i Comuni, le Province e le Città metropolitane possono chiedere alle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti "pareri in materia di contabilità pubblica".

La funzione consultiva delle Sezioni regionali è inserita nel quadro delle competenze che la legge 131/2003, recante adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, ha attribuito alla Corte dei conti.

La Sezione è chiamata, preliminarmente, a pronunciarsi sull'ammissibilità della richiesta, con riferimento ai parametri derivanti dalla natura della funzione consultiva prevista dalla normazione sopra richiamata.

Con particolare riguardo all'individuazione dell'organo legittimato a inoltrare le richieste di parere dei Comuni, si precisa che la richiesta in epigrafe, proveniente dal sindaco del comune deve essere presa in esame, atteso che tale organo riceve legittimazione ex lege a rappresentare l'Ente.

Con riferimento alle condizioni di ammissibilità oggettiva, occorre rilevare che la disposizione contenuta nel comma 8 dell'art. 7 della legge 131/2003 deve essere raccordata con il precedente comma 7, norma che attribuisce alla Corte dei conti la funzione di verificare il rispetto degli equilibri di bilancio, il perseguimento degli obiettivi posti da leggi statali e regionali di principio e di programma, la sana gestione finanziaria degli enti locali. Lo svolgimento delle funzioni è qualificato dallo stesso legislatore come una forma di controllo collaborativo.

Il raccordo tra le due disposizioni opera nel senso che il comma 8 prevede forme di collaborazione ulteriori rispetto a quelle del precedente comma, rese esplicite in particolare con l'attribuzione agli enti della facoltà di chiedere pareri in materia di contabilità pubblica.

Al riguardo, le Sezioni riunite della Corte dei conti hanno delineato una nozione unitaria di contabilità pubblica incentrata sul "sistema di principi e di norme che regolano l'attività finanziaria e patrimoniale dello Stato e degli enti pubblici", da intendersi in senso dinamico anche in relazione alle materie che incidono sulla gestione del bilancio e sui suoi equilibri (deliberazione del 17 novembre 2010, n. 54). Il limite della funzione consultiva, come sopra delineato, fa escludere qualsiasi possibilità di intervento della Corte dei conti nella concreta attività gestionale ed amministrativa, che ricade nella esclusiva competenza dell'autorità che la svolge, o che la funzione consultiva possa interferire in concreto con competenze di altri organi giurisdizionali. Tanto premesso, con specifico riferimento al quesito posto, esso risulta ammissibile in quanto si intende conoscere in generale quale sia la lettura da dare ad una norma di legge al fine di poter svolgere legittimamente determinate attività da parte della società in house.

DIRITTO

1. Nella richiesta di parere il sindaco del comune di Canegrate chiede di conoscere se una interpretazione coordinata dell'art. 4 e del comma 3-bis dell'art. 16 del d.lgs. n. 174/2016 consenta di derogare ai limiti di fatturato posti dal comma 3 del richiamato art. 16 nello svolgimento dei compiti affidati dall'ente partecipante.

Ancorché nella richiesta di parere non siano richiamate le norme del nuovo codice degli appalti, è necessario ricordare che l'individuazione della società *in house*, in favore della quale l'ente pubblico controllante può procedere all'affidamento di un appalto o di una concessione senza ricorrere alle procedure di evidenza pubblica, in virtù della peculiare relazione che intercorre tra il medesimo ente pubblico e la società affidataria, deve rispettare talune condizioni individuate dall'art. 5, comma 1 del d.lgs. n. 50/2016 (come modificato dal d.lgs. n. 56/2017), ovvero:

- a) l'esercizio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice sul soggetto affidatario del controllo analogo a quello che la stessa amministrazione esercita sui propri servizi interni (c.d. requisito strutturale);
- b) che oltre l'80 per cento delle attività della persona giuridica controllata sia effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'ente controllate (c.d. requisito funzionale);
- c) la partecipazione totalitaria e l'influenza determinante, ovvero le condizioni necessarie per la configurazione del controllo analogo.

Con riguardo alla condizione di cui al punto b), ovvero alla necessità della prevalenza dell'attività svolta dal soggetto affidatario a favore dell'ente affidante, mentre la

diversa attività, eventualmente svolta, deve risultare accessoria, marginale e residuale, il comma 3 dell'art. 16 del d.lgs. 175/2016, richiamato dal sindaco del Comune interessato, riproduce il dettato di cui all'art. 5, comma 1, lett. b) del nuovo codice degli appalti, disponendo che lo statuto della società *in house* preveda che oltre l'80 per cento del fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci.

Il decreto correttivo (d.lgs. n. 100/2017), in materia di società *in house* ha introdotto il comma 3-bis, prevedendo che la produzione ulteriore rispetto al limite di fatturato dell'80 per cento, fissato dal comma 3, sia consentita solo a condizione che la stessa consenta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale del soggetto.

Rispetto alla previgente formulazione del comma 3, modificata dal d.lgs. n. 100/2017, l'ulteriore produzione può essere rivolta anche a finalità diverse rispetto ai compiti affidati dall'amministrazione principale.

L'art. 4, comma 4 del T.U. società partecipate, la cui lettura coordinata con il comma 3-bis dell'art. 16 del medesimo decreto, a parere del Comune istante potrebbe consentire una deroga al limite dell'80 per cento posto al fatturato, individua nel primo periodo l'oggetto sociale esclusivo delle attività delle società *in house* con il rinvio all'elenco recato dal precedente comma 2. Il periodo successivo ribadisce che *“salvo quanto previsto dall'articolo 16”* dette società devono operare in via prevalente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti.

Si sottolinea, altresì, il vincolo di carattere generale espresso al comma 1 dell'art. 4, laddove statuisce che le amministrazioni pubbliche possono costituire società solo se *“necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali.”*

2. Così ricostruito il quadro normativo di riferimento, il Collegio ritiene utile richiamare la consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato in materia di società *in house* prima di affrontare nel merito la richiesta di parere del Comune.

Da ultimo, con il parere n 2583/2018 è stato osservato che il comma 3-bis pone un vincolo al limite costituito dalla prevalenza dell'attività svolta con l'ente affidante, ovvero il soggetto *in house* deve svolgere la parte più importante della propria attività con il soggetto o i soggetti pubblici che lo controllano e la diversa attività, eventualmente svolta, deve risultare accessoria, marginale e residuale.

“Quanto alla prevalenza dell'attività «intra moenia», è previsto che oltre l'80 per cento delle attività della persona giuridica controllata deve essere effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'ente controllante (art. 5, comma 1, lett. b).” Con riguardo alla determinazione della percentuale osserva che *“..deve prendersi in considerazione il fatturato totale medio, o altra idonea misura alternativa basata sull'attività quale ad esempio i costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore nei settori dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto o della concessione (art. 5, comma 7).*

3. Il Collegio, condividendo la giurisprudenza espressa dal Giudice amministrativo con riguardo al comma 3-bis dell'art 16 del d.lgs. n. 175/2016, non ritiene che la sua lettura coordinata con il disposto del comma 4 dell'art. 4 autorizzi a derogare al limite quantitativo stabilito dal comma 3, dell'art. 16, ma consente soltanto di svolgere attività ulteriori, "*finalità diverse*", rispetto a quelle indicate nel comma 2 del medesimo art. 4, nell'osservanza comunque delle condizioni e dei limiti dallo stesso comma 3-bis indicati.

Non vi è dunque possibilità di deroga alla percentuale dell'80 per cento prevista dal più volte richiamato comma 3.

Si richiamano, a sostegno della volontà del legislatore di confermare la quantificazione del requisito della parte più rilevante dell'attività svolta, il disposto del successivo comma 4, dell'art 16 del T.U., rimasto immutato anche dopo le modifiche apportate dal richiamato decreto correttivo, nella parte in cui sancisce l'irregolarità dell'attività societaria (oggetto principale dell'affidamento *in house*) qualora il fatturato non rispetti il limite quantitativo di cui al precedente comma 3.

A seguire, il comma 5 disciplina le azioni che la società deve compiere nel caso in cui abbia superato i limiti consentiti.

4. Anche la Sezione regionale di controllo della Corte dei conti della Liguria, seppure incidentalmente, ha espresso l'avviso che si ha attività prevalente nelle società *in house* quando oltre l'80 per cento del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti ad esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci.

"Tale requisito costituisce un limite ma rappresenta anche il riconoscimento della possibilità per le società in house di svolgere ulteriore attività nei confronti di soggetti terzi a condizione che «la produzione ulteriore rispetto al suddetto limite di fatturato permetta di conseguire economia di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società»" (par n. 80/2017).

Il richiamo alle economie di scala e al principio di efficienza postula l'esigenza che l'attività residuale della società *in house* sia disciplinata da principi efficientistici, propri di ogni società commerciale, che consentano di conseguire profitti.

In tal senso sembrano condivisibili anche le considerazioni di parte della dottrina, come afferma la Sezione della Corte ligure nel parere sopra richiamato, che definiscono l'attività "ulteriore" come funzionale a quella oggetto dell'affidamento, che attraverso un'attività collaterale permetta di gestire meglio l'attività principale e rendere più efficiente la stessa mediante il conseguimento di economie di scala o altri recuperi, che consentano una più efficace ed economica gestione dell'attività oggetto dell'affidamento *in house*.

P.Q.M.

nelle considerazioni esposte è il parere

Il Relatore

Il Presidente

(Cons. Luigi Burti)

(Simonetta Rosa)

Depositata in Segreteria il

08/03/2019

Il Funzionario preposto

al servizio di supporto

(Aldo Rosso)