



REPUBBLICA ITALIANA
LA CORTE DEI CONTI
SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER L'UMBRIA
Composta dai Magistrati:

Dott. Fulvio Maria Longavita	Presidente
Dott. Vincenzo Busa	Consigliere
Dott. Francesco Belsanti	Primo Referendario (relatore)
Dott.ssa Beatrice Meniconi	Primo Referendario

nella Camera di consiglio dell'11 settembre 2017

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

VISTA la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, recante modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione;

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, recante il Testo Unico delle leggi sull'ordinamento della Corte dei conti, e le successive modificazioni ed integrazioni;

VISTA la legge 14 gennaio 1994, n. 20, recante disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti e le successive modificazioni ed integrazioni;

VISTO il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 recante il Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli Enti locali;

VISTA la deliberazione delle Sezioni riunite della Corte dei conti n. 14 del 16 giugno 2000, recante il regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte, modificata dalle deliberazioni delle medesime Sezioni riunite nn. 2 del 3 luglio 2003 ed 1 del 17 dicembre 2004 e la deliberazione del Consiglio di Presidenza n. 229/CP del 19 giugno 2008;

VISTA la deliberazione della Sezione delle Autonomie del 4 giugno 2009, n. 9, contenente "modificazioni ed integrazioni degli indirizzi e criteri generali per l'esercizio dell'attività consultiva da parte delle Sezioni regionali di controllo";

VISTO il D.L. del 1 luglio 2009, n.78, convertito con modificazioni dalla legge 3 agosto 2009, n. 102, recante, tra l'altro, disposizioni in materia di attività consultiva della Corte dei conti;

VISTE le leggi n. 15 del 4 marzo 2009 e n. 69 del 18 giugno 2009;

VISTA la nota del Consiglio delle Autonomie dell'Umbria in data 2017, con la quale è stata trasmessa una richiesta di parere del Sindaco del Comune di Corciano (PG), ex nota del 3 aprile 2017, prot. CAL in arrivo n. 95/2017, ai sensi dell'articolo 7, comma 8, della legge n. 131 del 5 giugno 2003;

VISTA l'ordinanza con la quale il Presidente ha deferito la decisione sulla richiesta di parere all'esame collegiale della Sezione convocata per l'11 settembre 2017;

UDITO il relatore, dott. Francesco Belsanti;

FATTO

Il Sindaco del Comune di Corciano ha chiesto alla Sezione di controllo un parere articolato circa la disciplina applicabile a due società partecipate dallo stesso Ente che gestiscono servizi pubblici: la "Gest srl" (gestione dei rifiuti) e "Umbra Acque spa" (servizio idrico integrato).

Le norme di cui il Sindaco chiede la corretta applicazione sono l'art. 113, comma 5-ter del D.lgs n. 267 del 2000 (TUEL), in relazione alla novella di cui all'art. 17, comma 6, lettera c) del D.lgs n. 175 del 2016 (Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica).

Il Comune evidenzia che le società partecipate sopracitate hanno ricevuto l'affidamento del servizio con gara ad evidenza pubblica: per il servizio rifiuti nel 2009 per 15 anni; per il servizio idrico nel 2001 per trenta anni.

Nel caso di affidamento con gara l'art. 113 comma 5 ter del TUEL prevede che il gestore possa realizzare direttamente i lavori, cioè senza procedure di appalto previa gara.

Le società citate rientrano, poi, nel novero delle società miste in quanto la "Gest srl" vede la partecipazione dei privati con una quota del 55% mentre la società "Umbra acque spa" vede partecipare il privato con una quota del 40%. Pertanto, entrambe sarebbero soggette all'art. 17, comma 6, del D.lgs n. 175 del 2016, il quale dispone che, qualora le società miste non siano qualificabili come organismi di diritto pubblico, sono escluse dall'applicazione del codice degli appalti (D.lgs n. 50 del 2016) qualora ricorrano tre condizioni:

- a) la scelta del socio privato è avvenuta nel rispetto di procedure di evidenza pubblica;
- b) il socio privato ha i requisiti di qualificazione previsti dal decreto legislativo n. 50 del 2016 in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita;
- c) la società provvede in via diretta alla realizzazione dell'opera o del servizio, in misura superiore al 70% del relativo importo.

Il Sindaco chiede un chiarimento sulla condizione di cui alla lett. c) e, cioè, se sia interpretabile come obbligo della società di realizzare almeno il 70% dell'opera direttamente ossia non ricorrendo al subappalto (potendo in tal caso procedere senza gara). O se, invece, la disposizione debba essere interpretata come obbligo della società-gestore di realizzare con risorse finanziarie a proprio carico almeno il 70% dell'opera e, quindi, nel caso di finanziamenti regionali quasi sempre all'85-90% dell'opera, vi sarebbe l'obbligo di affidare i lavori con gara.

In conclusione, il Comune di Corciano richiede un parere in merito ai seguenti quesiti:

1) Se le citate società che svolgono un servizio pubblico in esclusiva e sono con azionariato misto pubblico-privato sono qualificabili quali organismo di diritto pubblico.

2) Se, qualora non siano qualificabili organismo di diritto pubblico, il comma 6 lettera c) dell'art. 17 del D.lgs n. 50 del 2016 vada inteso nel senso che almeno il 70% dell'opera non sia affidata in subappalto, o nel senso che almeno il 70% dell'opera sia finanziata direttamente in proprio.

3) Se la realizzazione diretta dei lavori di cui al penultimo periodo del comma 5-ter, dell'art. 113 del TUEL è riferita alla stessa fattispecie, da considerare integrata dalla lettera c) dell'art. 17 del D.lgs n. 50 del 2016.

4) Se la realizzazione diretta dei lavori è, comunque, esclusa nel caso assai frequente di utilizzo per i lavori od opere di rilevanti finanziamenti pubblici regionali.

5) Se la prassi per cui la società, nel caso in cui può procedere direttamente alla esecuzione dell'opera o dei lavori, affidi al solo socio privato la progettazione ed esecuzione degli stessi è legittima.

DIRITTO

La richiesta di parere è da considerarsi ammissibile sotto il profilo soggettivo e procedurale in quanto è stata sottoscritta dall'organo legittimato a rappresentare l'Amministrazione ed è stata trasmessa tramite il Consiglio delle Autonomie Locali della Liguria, nel rispetto, cioè, delle formalità previste dall'art. 7, comma 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131.

E', altresì, ammissibile sotto il profilo oggettivo in quanto concerne la corretta interpretazione di norme relative alle società partecipate da enti pubblici concernenti, in particolare, l'applicazione del codice dei contratti.

Entrambe le materie (societaria e dei contratti pubblici) assumono particolare rilevanza in quanto rappresentano una importante voce della spesa pubblica con riflessi sui principi di trasparenza e concorrenza dell'attività pubblicistica.

Nel merito, la richiesta di parere involge più norme per le quali si rende necessario rappresentarne la corretta interpretazione al fine di individuare l'esatta correlazione tra le stesse e individuare in che limiti le società miste debbano o meno ricorrere all'applicazione del codice dei contratti nell'espletamento di opere, lavori e servizi loro affidati.

In ordine temporale rileva l'art. 113, comma 5-ter, del D.lgs. n. 267 del 2000 (Tuel) il quale dispone quanto segue: *"In ogni caso in cui la gestione della rete, separata o integrata con l'erogazione dei servizi, non sia stata affidata con gara ad evidenza pubblica, i soggetti gestori di cui ai precedenti commi provvedono all'esecuzione dei lavori comunque connessi alla gestione della rete esclusivamente mediante contratti di appalto o di concessione di lavori pubblici, aggiudicati a seguito di procedure di evidenza pubblica, ovvero in economia nei limiti di cui all'articolo 24 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e all'articolo 143 del regolamento di cui al d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554. Qualora la gestione della rete, separata o integrata con la gestione dei servizi, sia stata affidata con procedure di gara, il soggetto gestore può realizzare direttamente i lavori connessi alla gestione della rete, purché qualificato ai sensi della normativa vigente e purché la gara espletata abbia avuto ad oggetto sia la gestione del servizio relativo alla rete, sia l'esecuzione dei lavori connessi. Qualora, invece, la gara abbia avuto ad oggetto esclusivamente la gestione del servizio relativo alla rete, il gestore deve appaltare i lavori a terzi con le procedure ad evidenza pubblica previste dalla legislazione vigente"*.

La norma disciplina la realizzazione dei lavori connessi alla gestione delle reti necessarie all'erogazione dei servizi pubblici di rilevanza economica, prevedendo che i lavori necessari debbano essere affidati dalla società partecipata mediante contratti di appalto o di concessione di lavori pubblici, aggiudicati a seguito di procedure di evidenza pubblica (o svolti in economia), qualora la gestione della rete sia stata affidata alla società partecipata senza ricorrere a procedure di evidenza pubblica.

Di contro, qualora la gestione della rete sia stata affidata con procedure di gara, la società partecipata potrà effettuare essa stessa i lavori purché la gara abbia riguardato non solo la gestione della rete ma anche l'esecuzione dei lavori. Diversamente, se la procedura pubblica ha riguardato solo la gestione del servizio, la fattispecie è simile a quella del primo periodo motivo per cui i lavori vanno affidati con gara pubblica. Pertanto, nel caso di specie, non si applica il codice dei contratti ed i lavori possono essere eseguiti dalla partecipata affidataria

della gestione della rete solo se i medesimi lavori siano stati oggetto di gara insieme alla gestione del servizio. Per ogni altro lavoro non previsto in sede di gara per affidamento della gestione della rete, dovrà essere affidato mediante il ricorso al codice dei contratti.

In tal modo si salvaguarda il principio di trasparenza e di concorrenza nell'utilizzo di risorse pubbliche in quanto la possibilità di non ricorrere all'evidenza pubblica per affidare i lavori necessari alla gestione della rete è controbilanciata dall'espletamento della gara per l'affidamento del servizio comprensiva dei lavori da effettuare.

Regola, quest'ultima, che aveva trovato conferma anche nell'ormai decaduto D.Lgs sui servizi pubblici locali (art. 10, comma 2).

Per quanto evidenziato, la norma circoscrive il campo di applicazione alle società che gestiscono reti, con o senza la gestione dei servizi, per lavori espressamente previsti nel bando di gara con cui è stato scelto il socio privato ed affidata la gestione della rete.

Per ciò che concerne la norma di cui all'art. 17, comma 6 del D.lgs. n. 175 del 2016 la stessa dispone che: *“Alle società di cui al presente articolo (Società a partecipazione mista pubblico-privata) che non siano organismi di diritto pubblico, costituite per la realizzazione di lavori o opere o per la produzione di beni o servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di concorrenza, per la realizzazione dell'opera pubblica o alla gestione del servizio per i quali sono state specificamente costituite non si applicano le disposizioni del decreto legislativo n. 50 del 2016, se ricorrono le seguenti condizioni:*

- a) la scelta del socio privato è avvenuta nel rispetto di procedure di evidenza pubblica;*
- b) il socio privato ha i requisiti di qualificazione previsti dal decreto legislativo n. 50 del 2016 in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita;*
- c) la società provvede in via diretta alla realizzazione dell'opera o del servizio, in misura superiore al 70% del relativo importo.*

La norma esclude, pertanto, le società in questione, dall'ambito applicativo del codice dei contratti, in presenza di determinate condizioni.

E' utile ricordare che il D.lgs. n. 50 del 2016, all'art. 1, comma 3, secondo periodo, dispone che *“Alle società con capitale pubblico anche non maggioritario, che non sono organismi di diritto pubblico, che hanno ad oggetto della loro attività la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni o servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza, si applica la disciplina prevista dai Testi unici sui servizi pubblici locali di interesse economico generale e in materia di società a partecipazione pubblica.”*

La norma, pertanto, con riferimento alle società pubbliche, anche a capitale non maggioritario, che non operano su mercati competitivi, che hanno per oggetto della loro attività la realizzazione di lavori o produzione di beni o servizi *“non destinati a essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza”*, esclude le stesse dall'applicazione diretta del codice dei contratti e rinvia, per la loro disciplina, al Testo Unico sui servizi pubblici locali (ormai decaduto) ed al Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica (D.Lgs. n. 175 del 2016), il quale prevede, a tutela della concorrenza, la scelta del contraente o del socio attraverso procedure di pubblicità e selezione pubblica, sebbene al di fuori dell'applicazione del codice.

L'art. 17, comma 6, del D. Lgs.175/2016 al fine di escludere l'applicazione del codice dei contratti alle società in esame, richiede quattro requisiti. Il primo, di ordine generale, è la non qualificazione delle stesse come organismi di diritto pubblico (ai quali il codice si applica ai sensi dell'art. 3 comma 1 del medesimo codice dei contratti).

L'organismo di diritto pubblico, fattispecie di derivazione comunitaria, è qualsiasi ente, anche in forma societaria, dotato di personalità giuridica (sia pubblica che privata), istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale, sottoposto ad un'influenza pubblica in quanto finanziati per la maggior parte dallo Stato, dalle autorità regionali o da altri organismi di diritto pubblico (ad esempio, con finanziamento pubblico in via prevalente e privo del vincolo della sinallagmaticità, ossia, in altri termini, il finanziamento pubblico deve riguardare più della metà delle entrate di cui il soggetto finanziato si avvale; non osta al riconoscimento del requisito in parola il fatto che l'organismo finanziato svolga molteplici attività, e che solo alcune di queste sia destinata al soddisfacimento di interessi generali), la loro gestione è posta sotto la vigilanza di tali autorità o organismi, e, ancora, il loro organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza è costituito da membri, più della metà dei quali è designata da autorità regionali o locali o da altri organismi di diritto pubblico.

Quanto al requisito finalistico, occorre accertare la natura non industriale o commerciale dell'interesse dell'attività svolta dall'ente al fine del perseguimento dell'interesse di carattere generale. Tale carattere può dirsi sussistente allorché si tratti di bisogni che vengono soddisfatti in modo diverso dall'offerta di servizi e beni sul mercato. In altri termini occorrerà verificare se l'ente operi in normali condizioni di mercato, se persegua scopi di lucro e se subisca le perdite commerciali connesse all'esercizio della sua attività. Se l'esito della verifica è negativo vorrà dire che l'organismo, nelle sue scelte gestionali, appare insensibile alle regole dell'efficienza economica del mercato e potrebbe arrecare effetti distorsivi della concorrenza relativamente all'affidamento di commesse pubbliche, qualora non fosse sottoposto alle regole pubblicistiche e, per ciò che qui interessa, alle regole previste dal codice dei contratti.

Gli ulteriori tre requisiti sono, come già evidenziato, i seguenti: a) la scelta del socio privato deve essere avvenuta nel rispetto di procedure di evidenza pubblica; b) il socio privato deve avere i requisiti di qualificazione previsti dal decreto legislativo n. 50 del 2016 in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita; c) la società deve provvedere in via diretta alla realizzazione dell'opera o del servizio, in misura superiore al 70% del relativo importo.

Quanto a quest'ultimo requisito, oggetto di specifica richiesta di chiarimento da parte del Comune di Corciano, la corretta interpretazione dello stesso richiede una lettura complessiva del cit. art. 17.

Quest'ultimo, al primo comma, dispone che *"Nelle società a partecipazione mista pubblico-privata, la quota di partecipazione del soggetto privato non può essere inferiore al trenta per cento e la selezione del medesimo si svolge con procedure di evidenza pubblica a norma dell'articolo 5, comma 9, del decreto legislativo n. 50 del 2016 e ha a oggetto, al contempo, la sottoscrizione o l'acquisto della partecipazione societaria da parte del socio privato e l'affidamento del contratto di appalto o di concessione oggetto esclusivo dell'attività della società mista"*.

Pertanto, è nella fase della scelta del socio, con evidenza pubblica, che viene anche affidato il contratto di appalto o di concessione che rappresenta l'oggetto esclusivo della società. In altri termini, viene definito il lavoro/opera da realizzare o il servizio da gestire, prevedendone il corrispettivo (insieme agli elementi essenziali del contratto di servizio e dei disciplinari e regolamenti di esecuzione che ne costituiscono parte integrante: comma 2).

La norma ha, chiaramente, una finalità concorrenziale in quanto la tutela del mercato avviene nella fase di scelta del socio, momento in cui viene affidato anche l'appalto o la concessione sulla base di un bando di gara e di una procedura pubblicistica.

In questo momento viene assolto l'obbligo di tutelare la concorrenza e la parità di trattamento tra gli operatori di settore (che devono avere i requisiti di qualificazione generale e speciali per il tipo di lavoro, opera o servizio da svolgere). Allo stesso tempo, in questa fase, si realizza l'interesse dell'ente pubblico, che ha indetto la procedura, ad ottenere il vantaggio economico che deriva dalla competizione tra più operatori qualificati.

Tali valutazioni sono circoscritte, quindi, al lavoro/opera o servizio affidato. Ed a tale oggetto della procedura pubblica si riferisce il comma 6 in quanto espressamente esclude dall'applicazione del codice dei contratti le società in esame (che non siano organismi di diritto pubblico), costituite per la realizzazione di lavori/opere o per la produzione di beni o servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di concorrenza, per la realizzazione dell'opera pubblica o per la gestione del servizio per i quali sono state specificamente costituite. Ed a tale opera o servizio si riferisce la lett. c): *"la realizzazione (diretta) dell'opera o del servizio, in misura superiore al 70% del relativo importo"*.

Pertanto, qualora l'opera o il servizio siano realizzati direttamente dalla società partecipata per oltre il 70% del relativo importo, la restante parte dell'opera o del servizio potrà essere realizzata anche da altri soggetti a seguito di affidamento da parte della società mista, senza che questa debba ricorrere per il predetto affidamento a procedure di evidenza pubblica.

Alla luce dell'analisi svolta, è possibile dare risposta ai quesiti posti dal Comune di Corciano.

1) Con il primo quesito, il Comune chiede di sapere se le società richiamate nella richiesta di parere, che svolgono un servizio pubblico in esclusiva (con azionariato misto pubblico-privato), possano essere qualificabili quali organismi di diritto pubblico.

Questo Collegio ritiene che sul punto debba esprimersi il Comune di Corciano alla luce dei criteri osservati, idonei a qualificare una società partecipata quale organismo pubblico.

2) Per quanto concerne la corretta interpretazione del comma 6 lettera c) dell'art. 17 del D.lgs. n. 175 del 2016, come osservato sopra, lo stesso si riferisce all'opera (o servizio) oggetto dell'affidamento in sede di evidenza pubblica per la scelta del socio privato, che deve essere realizzato per oltre il 70% direttamente dalla società mista.

3) Per quanto concerne la realizzazione diretta dei lavori di cui al penultimo periodo del comma 5-ter, dell'art. 113 del TUEL, la stessa si riferisce ad una fattispecie specifica, riferita alla gestione delle reti necessarie all'espletamento di servizi pubblici locali. Per la norma citata il soggetto gestore (anche una società partecipata) può realizzare i lavori necessari alla gestione della rete qualora questi fossero stati previsti in sede di affidamento e, pertanto, oggetto di evidenza pubblica. Nulla dispone la norma qualora, ricorrendo la fattispecie in esame, il gestore scelga di non realizzare i lavori direttamente.

4) Per ciò che concerne il quarto quesito, ossia se sia da escludere la realizzazione diretta dei lavori nel caso assai frequente di utilizzo per i lavori od opere di rilevanti finanziamenti pubblici regionali, la risposta si rinviene nelle argomentazioni sopra evidenziate. Difatti, a prescindere dal fatto che l'ente possa essere qualificato come organismo pubblico (con conseguente applicazione delle procedure di evidenza pubblica), i lavori che possono essere svolti direttamente dalla società mista sono solo quelli previsti in sede di gara pubblica per la scelta del socio privato e contestuale affidamento dell'opera o del servizio. Momento in cui da

una parte viene salvaguardato il principio di concorrenza e dall'altro l'ente affidatario realizza l'interesse pubblico ottenendo il beneficio economico della miglior offerta possibile. Per tutti gli ulteriori lavori o servizi non è possibile ipotizzare una realizzazione diretta da parte della società mista.

5) Infine, relativamente all'ultimo quesito, è lecito che il soggetto privato, socio dell'organismo societario partecipato, proceda direttamente alla esecuzione dell'opera o dei lavori, essendo proprio la finalità degli organismi societari misti avvalersi di soggetti privati che abbiano i requisiti generali e speciali di qualificazione, per realizzare il lavoro o svolgere il servizio. L'esecuzione diretta dei lavori, come già più volte osservato, riguarda, però, esclusivamente i lavori affidati in sede di gara pubblica per la scelta del socio privato (e contestuale affidamento del lavoro) secondo quanto già evidenziato ai punti 2) e 4).

P.Q.M.

Nelle su estese considerazioni è il parere di questa Sezione.

DISPONE

che, a cura della Segreteria, copia della presente deliberazione sia trasmessa al Comune di Corciano, per il tramite del Consiglio delle Autonomie locali dell'Umbria.

Così deliberato in Perugia nella Camera di Consiglio dell'11 settembre 2017.

Il Magistrato relatore
f.to Francesco Belsanti

Il Presidente
f.to Fulvio Maria Longavita

Depositato il 12 settembre 2017

Il Preposto della Sezione
f.to Roberto Attilio Benedetti