

Riscossione spa: compatibilità dell'ordinamento comunitario con la riforma del sistema di concessione del servizio di riscossione di cui al Decreto legge 203/2005, convertito dalla legge 248/2005, contenuto nella legge finanziaria 2006

Autore: Maresca Davide

In: Diritto tributario

INDICE:

1...Il sistema di riscossione al 1° ottobre 2006: cenno.....pag.2

2...Decreto Legge 203/2005 e Riscossione s.p.a.: tratti essenziali.....pag.2

3...Servizio di riscossione e disciplina comunitaria applicabile.....pag.3

3.1...Appalto e concessione.....pag.3

3.2...Servizio pubblico: cenno.....pag.4

3.3...Rilevanza economica.....pag.4

3.4...Riscossione spa.....pag.5

3.5...Disciplina applicabile.....pag.5

4...Riscossione spa: ipotesi di “in house providing”?.....pag.6

4.1...Disciplina Comunitaria dell'affidamento diretto.....pag.6

4.1.1...Percorso giurisprudenziale.....pag.7

4.1.2...Principi Generali: cenno.....pag.9

5...Compatibilità del Decreto Legge 203/2005 con il diritto comunitario.....pag.10

1 IL SISTEMA DI RISCOSSIONE AL 1° OTTOBRE 2006: CENNO

La legge finanziaria del 1997, legge 662/1996, conferiva al governo la delega per la disciplina dell'attività di gestione delle entrate. La delega è stata esercitata mediante il decreto legislativo 446/1997 e in particolare con l'articolo 52.

Si prevede una potestà regolamentare di province e comuni per la disciplina delle entrate, anche tributarie, pur nel rispetto della riserva di legge e dei nuovi orientamenti sulla tutela del contribuente. Conferma di ciò si trova nel T.U.E.L del 2000 (Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali: Decreto legislativo 267/2000).

Il Testo Unico prevede che l'attività di accertamento delle entrate possa essere effettuata nelle seguenti forme: comunità montane unioni di comuni, convenzioni incorporanti cooperazioni tra enti locali e consorzi.

Il carattere che tuttavia più interessa, dal punto di vista della "nuova economia europea", concerne la possibilità di affidare a terzi l'intera attività di accertamento, liquidazione e riscossione di tutte le entrate patrimoniali: in sostanza l'affidamento può essere concesso disgiuntamente a diversi soggetti competenti rispettivamente per i diversi incarichi di accertamento, liquidazione e riscossione.

In questa prospettiva la legge individua i possibili soggetti concessionari dell'attività di riscossione nelle aziende speciali che gestiscono servizi pubblici locali e società per azioni o società a responsabilità limitata con prevalenza di capitale pubblico. Le norme previgenti aggiungevano che l'affidamento dell'attività in questione avvenisse sempre mediante il rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, dalle quali, in un ottica comunitaria, non si può prescindere.

Preliminare considerazione concerne la compatibilità della suddetta normativa con l'orientamento della legislazione europea circa le libertà economiche fondamentali e la disciplina della concorrenza. L'art.52 del decreto legislativo 446/1997 sancisce un'apertura del mercato della gestione del servizio di riscossione che sembra in linea con il Trattato CE e in particolare con le norme sulle libertà economiche fondamentali, di cui agli articoli 12, 39, 43, 49.

2 DECRETO LEGGE 203/2005 E RISCOSSIONE SPA: TRATTI ESSENZIALI

Il decreto legge 203/2005, convertito dalla legge 248/2005, affiancato alla finanziaria 2006, ha riformato il sistema di gestione delle entrate previsto dal decreto legislativo 446/1997.

Senza entrare nel merito dei singoli articoli, spiegherò brevemente i tratti essenziali del nuovo sistema.

Intanto è necessario partire dalla ratio che sta alla base della nuova disciplina: il recupero di tutti crediti statali già iscritti a ruolo esecutivo e cioè il miglioramento dell'effettività del sistema di riscossione.

In quest'ottica, è risultato necessario legiferare secondo le linee guida che permettano di attuare l'effettivo recupero di tutti i crediti statali. Ci si riferisce in particolare alla soppressione del sistema di affidamento in concessione, all'assorbimento da parte della Agenzia delle Entrate del personale operante negli enti concessionari fino all'entrata in vigore della riforma e alla continuità del servizio.

In questa prospettiva, il decreto legge 203/2005 ha previsto l'affidamento diretto dell'attività di gestione tributaria all'Agenzia delle Entrate la quale dovrà servirsi di una società per azioni: la Riscossione spa. L'affidamento diretto, di diritto, è solo funzionale alla completa attuazione della riforma. Infatti, a partire dal 1 gennaio 2011, si tornerà a parlare di procedure ad evidenza pubblica, come condizione necessaria per l'affidamento del servizio a Riscossione spa.

Riscossione spa svolgerà le seguenti attività:

- Attività di riscossione mediante ruolo;

- Tutte le attività legate alla gestione della fiscalità locale;
- Subentro nell'attività di riscossione esercitata a livello locale dagli attuali concessionari;
- Gestione dell'attività di accertamento e liquidazione di tutte le entrate, tributarie e patrimoniali;

Nel periodo intercorrente, è previsto che la Riscossione spa acquisisca almeno il 51% delle quote delle società operanti come concessionarie, in gran parte banche; in questo modo si troverà a poter interamente riorganizzare la gestione del pubblico servizio sia a livello nazionale che a livello locale.

La Riscossione spa, inizialmente a capitale interamente pubblico (51% Agenzia delle entrate e 49%INPS), dovrà vedere la quota pubblica ridotta mediante la partecipazione dei precedenti concessionari i quali avranno la facoltà di cedere a terzi le relative quote.

Il risultato che già oggi si sta profilando è che l'affidatario, di diritto, dell'attività di gestione del servizio pubblico di riscossione è sostanzialmente un organismo di diritto privato la cui partecipazione pubblica è dominante ma non totalitaria. Logica conseguenza concerne l'organizzazione di tipo imprenditoriale di Riscossione spa.

Terminato il periodo transitorio di "affidamento diretto di diritto" (espressione poco ortodossa che però rende l'idea della situazione), l'attività di gestione delle entrate statali tornerà ad essere affidata, " nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica", a Riscossione spa, e alle società da essa partecipate a livello locale.

L'aspetto critico è il seguente: se una volta stabilizzato l'assetto organizzativo di Riscossione spa, in coerenza con l'obbligatorietà delle disposizioni comunitarie circa la concorrenza e l'accesso al mercato di cui al paragrafo 1, la legge prevede che l'affidamento rispetti le procedure ad evidenza pubblica, come mai, nella stessa legge si consente che nel periodo transitorio (fino al 2011) si possano eludere le suddette procedure di gara?

3 SERVIZIO DI RISCOSSIONE E DISCIPLINA COMUNITARIA APPLICABILE

Per individuare la disciplina di diritto comunitario applicabile all'attività di gestione del servizio di riscossione occorre dare una connotazione a tale servizio, in relazione sia allo stato di fatto esistente in Italia sia alla normativa vigente.

3.1 APPALTO E CONCESSIONE

Innanzitutto appare opportuno effettuare una distinzione tra il contratto di appalto e la Concessione. Entrambi gli istituti giuridici rientrano nella categoria dell'affidamento di "incarichi" a società terze da parte delle Amministrazioni Pubbliche; Nonostante sia molto dibattuto in dottrina e giurisprudenza, per trovare la differenza sostanziale, sembra sufficiente guardare semplicemente al contenuto del diritto oggetto del negozio giuridico e conseguentemente alla situazione giuridica in cui si trovano i contraenti dopo la stipulazione con particolare riguardo alla posizione dell'affidatario.

Il contratto di appalto determina l'aggiudicazione all'appaltatore, da parte dell'appaltante (ente pubblico), della possibilità di effettuare una prestazione (d'opera, di servizi, di fornitura, di lavoro, ecc...) in favore dell'ente aggiudicante, dietro adeguato corrispettivo.

Sostanzialmente tale tipologia contrattuale si concreta in una semplice prestazione il cui contraente beneficiario della prestazione è un ente pubblico; infatti l'alea relativa a tale contratto è minima.

La Concessione prevede che il concessionario subentri nella posizione giuridica dell'ente pubblico concedente al fine di esercitare vere e proprie funzioni pubblicistiche, le quali normalmente comprendono anche l'esercizio di attività a rilevanza economica e bisognose di una gestione manageriale/imprenditoriale.

Così si esprime l'avv. gen. Kokott nelle conclusioni relative al caso Parking Brixen: "A differenza del pubblico

appalto di servizi, la concessione di servizi è caratterizzata dal fatto che la controprestazione che il gestore del servizio in questione ottiene dall'amministrazione aggiudicatrice consiste nel diritto di sfruttare, ai fini della sua remunerazione, la propria prestazione"; nel caso di una concessione di servizi

la società sopporta i rischi collegati alla prestazione del servizio ed ottiene la sua controprestazione

-

almeno in parte

-

dagli utenti del servizio, attraverso la riscossione di un prezzo. Esiste quindi un rapporto giuridico trilaterale tra affidante, affidatario ed utente del servizio. Al contrario, un pubblico appalto di servizi dà luogo esclusivamente ad un rapporto giuridico bilaterale, all'interno del quale il compenso per la prestazione eseguita viene pagato dall'amministrazione aggiudicatrice medesima, che, tra l'altro, sopporta il rischio collegato alla fornitura del servizio".

In conclusione, come sostiene l'avv. gen. La Pergola nella causa BHI HOLDING BV c.

Arnhem, il fattore discriminante tra i due istituti consiste nel rischio d'impresa connesso alla gestione dell'opera o del servizio.

3.2 SERVIZIO PUBBLICO

Chiarito questo punto, è necessario accennare la nozione di servizio pubblico.

A livello interno non vi è una vera e propria nozione unitaria ex lege, tuttavia la giurisprudenza amministrativa e quella comunitaria hanno contribuito a definire il servizio pubblico come un'attività, economica/imprenditoriale, il cui fine è quello di provvedere ad un bisogno necessario per la collettività corrispondente perciò ad un interesse, incompressibile, di interesse generale.

Come precisato nel caso ANAV, ulteriore fattore di identificazione del carattere di servizio pubblico consiste nel fatto che il finanziamento avvenga ,almeno in parte, mediante il pagamento da parte degli utenti.

3.3 RILEVANZA ECONOMICA

Ulteriore precisazione concerne la rilevanza economica dell'attività di gestione del servizio. Infatti vi sono servizi la cui prestazione è unicamente finalizzata a esplicitare benefici nei confronti della collettività (senza rilevanza economica) e altri che, oltre a soddisfare l'interesse pubblico in questione, tendono alla realizzazione di un utile. Nonostante la distinzione tra servizi a rilevanza economica e senza rilevanza

economica sia stata soppressa dal T.U.E.L. da parte della Corte Costituzionale nel 2004, tale differenza è stata poi ripresa dalla giurisprudenza per verificare l'incidenza che determinate attività avevano sul regime di concorrenza nel rispettivo mercato di competenza.

3.4 RISCOSSIONE S.p.A.

Tornando al caso della Riscossione spa si può semplicemente individuare la natura dell'attività da essa svolta combinando i tre concetti accennati nei tre paragrafi precedenti; In particolare siamo in presenza di una Concessione il cui oggetto è lo svolgimento di un'attività di gestione di un servizio pubblico a rilevanza economica.

Spiego brevemente.

Il fatto che siamo di fronte ad una Concessione risulta evidente sia da un punto di vista formale che sostanziale. Intanto le norme precedenti al decreto legge 203/2005 avevano previsto espressamente che gli enti locali potessero affidare in concessione lo svolgimento dell'attività di riscossione, inoltre lo stesso decreto ora in vigore, nel descrivere tutte le attività che sono attribuite alla competenza della Riscossione spa, effettua un evidente trasferimento di vere e proprie funzioni pubblicistiche alla nuova spa da parte dell'Agenzia delle entrate. Particolarità di questa Concessione concerne il fatto che la Concessione è stata affidata non mediante un contratto preceduto da una procedura ad evidenza pubblica ma di diritto tramite il Decreto Legge 203/2005.

Chiarita la natura di concessione, risulta quasi evidente che l'attività di accertamento, liquidazione e riscossione dei tributi rientri a pieno diritto nella categoria dei servizi pubblici in quanto spiega i suoi effetti nei confronti di tutta la collettività risultando pertanto un presupposto necessario per i cittadini (conferma nella sentenza 5318/ 2005 Consiglio di Stato Sez. V).

Infine l'attuale situazione del mercato relativo alla gestione del servizio di riscossione risulta aperta all'entrata di operatori privati che ottengano una particolare autorizzazione amministrativa e l'iscrizione in un apposito albo (Decreto Ministeriale 289/2000); Pertanto il servizio svolto da Riscossione spa risulta a rilevanza economica in quanto permette che i privati esercenti l'attività di riscossione realizzino un profitto.

Analogamente, proprio a causa della numerosa presenza di imprese private operanti nel settore, si può affermare che quello della riscossione sia un campo che ha raggiunto un più che apprezzabile livello di liberalizzazione in coerenza con i fini comunitari.

3.5 DISCIPLINA APPLICABILE

Corollario di tutto ciò concerne l'applicabilità al servizio di riscossione in Italia degli articoli del Trattato CE concernenti le libertà fondamentali economiche e in particolare l'art 43 (libertà di stabilimento) e l'art 49 (libera prestazioni di servizi).

Peraltro, contrariamente a quanto sostiene il Consiglio di Stato, appare che l'art. 45 del Trattato, che disapplica la disciplina sulle libertà di mercato alle attività che esercitano pubblici poteri, non sia applicabile nel caso della riscossione in quanto i concessionari del servizio non sono chiamati alla redazione della regolamentazione dell'attività tributaria ma solamente alla gestione "materiale" delle entrate nel rispetto della normativa vigente e delle regole fissate dal Ministero dell'Economia e dall'Agenzia delle Entrate. La conferma di questa interpretazione è rinvenibile nel fatto che il decreto Ministeriale 289/2000 consenta l'iscrizione nell'albo delle possibili imprese di riscossione a tutti i soggetti, anche privati, che soddisfino determinati requisiti di carattere tecnico/finanziari.

Ad ulteriore sostegno della applicabilità delle norme del Trattato interviene anche l'orientamento della giurisprudenza comunitaria tendente ad affermare la non pregiudicabilità del grado di liberalizzazione già raggiunto in un mercato in relazione ai consolidati principi dell'effetto utile del diritto comunitario (caso *Koppensteiner GmbH*) e della leale collaborazione (caso *Irlanda c. Commissione, FEAOG*).

Ricordiamo inoltre che è applicabile la disciplina della Concorrenza prevista dal trattato agli articoli 81 (divieto di intese restrittive della concorrenza), 82 (Abuso di posizione dominante) e 87 (Divieto di aiuto di Stato, potendosi qui comprendere anche l'affidamento diretto in concessione di un servizio senza procedure ad evidenza pubblica). Per quanto concerne l'articolo 86 c.2 del Trattato, che consentirebbe di restringere la concorrenza in favore dei prestatori di servizi di interesse economico generale nel caso in cui la libera concorrenza osti all'adempimento della missione loro affidata, sembra non applicabile a riscossione spa poiché essa gestisce un servizio pubblico, in favore dell'ente aggiudicatore, e non un servizio di interesse generale per i cittadini.

In definitiva alla Concessione di servizi di riscossione non sembra applicabile la disciplina comunitaria in materia di appalti, direttiva 2004/18 e 2005/75, per la differenza intrinseca tra appalto e concessione. Abbiamo comunque un riferimento nella soft law dell'Unione Europea con la "Comunicazione sulle Concessioni nel diritto comunitario" che, fatta salva l'applicazione della direttiva 93/37 in materia di concessioni di lavori, a tutte le altre forme di concessione sono comunque applicabili i principi generali del Trattato e quelli elaborati dalla giurisprudenza comunitaria. Si rimanda inoltre nuovamente ai principi delle Corti Europee per la disciplina delle concessioni effettuate mediante affidamento diretto a società controllate dal concedente, c.d. in house providing.

4 RISCOSSIONE S.P.A.: IPOTESI DI IN HOUSE PROVIDING?

Esaminata la natura del servizio di riscossione e la conseguente disciplina applicabile, abbiamo concluso che il mercato in cui si affaccia Riscossione spa è aperto all'ingresso di imprese private.

L'affidamento diretto del servizio effettuato dal decreto Legge 203/2005 sembra perciò contrastare con gli articoli del Trattato CE, sopra esaminati, e con i principi del divieto di discriminazione sulla base della nazionalità e della parità di trattamento dei concorrenti. Infatti il rispetto di questa normativa potrebbe dirsi rispettata solo in presenza di procedure di gara ad evidenza pubblica basate su criteri di carattere oggettivo.

La ratio sulla quale si basa il Decreto Legge 203/2005 per giustificare l'elusione della concorrenza, che di fatto si viene a creare, concerne la circostanza che Riscossione spa sia una società a capitale prevalentemente pubblico e controllato dall'Agenzia delle Entrate. Infatti non vi è dubbio che una Pubblica Amministrazione possa decidere di esercitare essa stessa l'attività di gestione di servizi attraverso un proprio ramo o una propria divisione; è altrettanto vero che per svolgere tali attività l'ente pubblico può servirsi di strumenti tipicamente di diritto privato, quali per es. le spa, risultando fondamentale il rapporto sostanziale esistente tra ente e gestore.

Pertanto sulla base di queste considerazioni, il decreto Legge 203/2005, consente di non applicare alla Riscossione spa la disciplina comunitaria del libero mercato e della concorrenza.

In altri termini Riscossione spa è può essere affidatario diretto della gestione del servizio tributario poiché si tratterebbe di un ipotesi di Concessione in house.

4.1 DISCIPLINA COMUNITARIA DELL’AFFIDAMENTO DIRETTO

A livello Comunitario non vi è una disciplina legislativa sull’in house providing; tuttavia, come rimandato dalla Comunicazione della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario e dal Libro Bianco del 1998, si sta consolidando un orientamento giurisprudenziale europeo che individua alcuni precisi requisiti al fine di poter qualificare la forma di gestione di un servizio come “in house”, e di conseguenza sottrarlo al “normale gioco della concorrenza”.

4.1.1 PERCORSO GIURISPRUDENZIALE

Ripercorriamo brevemente le tappe che hanno scandito il cammino della Corte di Giustizia Della Comunità Europea nell’individuazione dei suddetti requisiti. E’ necessario precisare che la maggior parte delle sentenze della Corte si pronunciano sugli Appalti in house, tuttavia l’ambito di applicazione si estende anche alle concessioni in house in quanto il problema che si pone è lo stesso: si possono eludere le procedure ad evidenza pubblica in presenza di affidamento a società controllate dall’ente aggiudicante?

Quindi i Casi esaminati riguardano ogni ipotesi di “in house providing”.

Successivamente, per comprendere la compatibilità dell’affidamento diretto a Riscossione spa, sarà sufficiente verificare la corrispondenza delle condizioni imposte dalla Corte di Giustizia con il regime di concessione previsto dal Decreto Legge 203/2005.

Nelle Cause **Arnhem e RI.SAN**, grazie alle conclusioni degli avvocati generali La Pergola e Alber, si sono cominciati a delineare i primi due requisiti. L’approccio da cui si parte è fortemente funzionale e non formale: Il fattore discriminante per la qualificazione del servizio si concreterebbe nella dipendenza fra aggiudicante e aggiudicatario; tale dipendenza deve essere accertata sotto il duplice punto di vista dello schema finanziario sussistente alla base del rapporto tra ente e affidatario e la dipendenza amministrativa in termini gestionali e organizzativi. In questo senso il rapporto intercorrente tra i due soggetti deve essere assimilabile ad una attribuzione di compiti fra organi. L’Avv. Gen. Alber si esprime come segue: “La questione se il Comune di Ischia e la Ischia Ambiente Spa siano parti della stessa pubblica amministrazione - e se ci si trovi quindi in presenza di un servizio «in-house» - deve essere risolta in base

alle circostanze di fatto. La qualità di società per azioni della Ischia Ambiente SpA non basta però, contrariamente all'opinione della RI.SAN, ad escludere che essa faccia parte della pubblica amministrazione. La classificazione della Ischia Ambiente SpA deve piuttosto essere effettuata da un punto di vista funzionale (20). E' perciò decisivo accertare in che misura la pubblica amministrazione controlla la società di cui trattasi"; "54 Oltre all'intreccio finanziario è tuttavia necessario, per constatare l'esistenza di un servizio «in-house», accertare altresì la presenza di una attribuzione di compiti fra organi".

Si torna a parlare di "in house providing" in occasione del caso **Teckal** in cui si conferma che la valutazione della terzietà tra aggiudicante e aggiudicatario si deve effettuare alla luce dei parametri analizzati nei casi Arnhem e RI.SAN. Pertanto si conferma la necessità della stretta interdipendenza finanziaria e amministrativa tra ente controllante e controllato.

Sulla stessa linea di tendenza si pone la Corte nel caso **Telaustria**, ritenendo applicabili i criteri sanciti nei casi RI.SAN. e Teckal. Inoltre si ribadisce l'applicabilità dei principi generali del Trattato e del Diritto Comunitario laddove non trovino spazio le direttive sugli appalti.

La Corte di Giustizia, nella sentenza **Arge**, chiarifica il rapporto amministrativo che deve intercorrere tra i due soggetti introducendo il concetto di "controllo analogo": si deve verificare la sussistenza di un controllo da parte dell'amministrazione aggiudicante nei confronti dell'ente aggiudicatario analogo a quello esercitato sui propri servizi, che consenta di qualificare i due soggetti come una sola persona.

Del concetto di "controllo analogo" si è tornati a parlare in occasione della recente sentenza Parking Brixen, arrivando alla conclusione che, se l'ente aggiudicatario ha la natura di spa l'amministrazione pubblica deve in essa detenere il 100% delle azioni.

Sempre nel caso Arge, la Corte ha introdotto un nuovo requisito concernente il destinatario del servizio affidato. Nella misura in cui l'attività è svolta, nella maggior parte, a vantaggio dell'autorità controllante si sarà in di fronte a un servizio in house, in cui l'amministrazione destina le prestazioni prevalentemente a proprio vantaggio, come se fossimo in presenza di una semplice delega interorganica. Infatti, in tal caso, si potrà parlare di "prolungamento amministrativo" che esonera l'ente pubblico dall'osservanza delle regole prescritte dalla hard law comunitaria. Conseguentemente sarà obbligatorio applicare tale disciplina in mancanza delle condizioni di corrispondenza strutturale, controllo al 100% e destinazione all'ente della parte maggioritaria della prestazione.

Richiamo importante avviene da parte dell'avv. gen. **Stix-Hackl** nella causa **Stadt Halle** si sofferma sui concetti di "controllo analogo" e "destinazione della prestazione"; Intanto precisa che il controllo analogo consiste in un'influenza più intensa di una semplice "influenza dominante": "Il primo presupposto per l'applicazione dell'eccezione e, quindi, per l'inapplicabilità delle direttive in materia di appalti pubblici (e dei principi generali del Trattato), riguarda il tipo di controllo esercitato dall'amministrazione aggiudicatrice sull'organismo cui intende affidare il contratto. La Corte esige che l'ente aggiudicatore «eserciti (...) un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi»; "Ai fini del criterio del controllo elaborato dalla Corte, è comunque necessaria più di un'influenza dominante ai sensi del diritto societario"; In seguito l'avv. Stix Hackl riprende poi il concetto concernente la necessità della destinazione del servizio in favore dell'amministrazione controllante:

" l'eccezione si applica solo nel caso in cui questo organismo «realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano»".

Il caso **Parking Brixen** ripropone il problema mediante un nuovo esame dell'Avv. Gen. Kokott: "Gli affidamenti in house in senso stretto sono procedure con cui una pubblica amministrazione affida un appalto ad un suo ente strumentale non dotato di personalità giuridica propria. In senso lato, possono rientrare nell'ambito degli affidamenti in house anche particolari casi in cui amministrazioni aggiudicatrici stipulano contratti con società loro controllate dotate di propria personalità giuridica. Mentre gli affidamenti in house in senso stretto non sono affatto rilevanti per la disciplina in materia di

aggiudicazione di appalti, dato che essi costituiscono vere e proprie procedure amministrative interne, per quanto riguarda gli affidamenti in house in senso lato (da alcuni chiamati anche affidamenti quasi in house) si pone sovente la difficile questione diretta ad accertare se per essi esista o meno l'obbligo di svolgere una procedura ad evidenza pubblica. In questa causa La corte di Giustizia si occupa per l'ennesima volta della suddetta problematica". Nell'analisi giuridica del caso l'avv. Kokott applica nuovamente i due criteri elaborati nella sentenza Teckal, confermando poi che tali criteri sono applicabili sia all'esonero dell'applicazione delle direttive in materia di appalti quanto ad ogni altro affidamento che necessiti di una procedura di gara ad evidenza pubblica anche solo in virtù di principi generali: "I criteri Teckal sono applicabili anche a casi, come quello di specie, che non rientrano nell'ambito di applicazione di nessuna delle direttive in materia di aggiudicazione di appalti pubblici. Se difatti le suddette direttive, nonostante i loro dettagliati requisiti concernenti le gare di aggiudicazione, prevedevano già deroghe per gli affidamenti in house, a maggior ragione devono essere ammesse deroghe laddove trovino applicazione requisiti di gara meno dettagliati, ossia requisiti soltanto generali, derivanti dal divieto di discriminazione e dall'obbligo di trasparenza. In caso contrario si arriverebbe all'assurdo risultato che le amministrazioni aggiudicatrici al di fuori dell'ambito di applicazione delle direttive sarebbero soggette a requisiti più rigorosi che all'interno, cioè ad un obbligo inderogabile di pubblicità e trasparenza".

Kokott precisa in oltre il concetto di "controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi" escludendo che anche la minima partecipazione di un privato alla società aggiudicataria possa soddisfare sia il requisito della unità finanziaria che quello della unità gestionale: "già la sola presenza di un terzo privato, benché soltanto in forma di partecipazione minoritaria senza diritto di veto, impedisce all'amministrazione aggiudicatrice l'esercizio di un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. La presenza di un terzo privato presuppone sempre da parte della pubblica amministrazione un minimo di considerazione dei suoi interessi economici, giacché soltanto in tal caso il terzo privato metterà a disposizione della pubblica amministrazione il proprio know-how o le proprie risorse finanziarie. Perciò, qualora un terzo privato - eventualmente dopo l'espletamento di una procedura di evidenza pubblica - acquisti quote di partecipazione di una società controllata, il fatto che la pubblica amministrazione debba tenere conto degli interessi economici di quello potrebbe ostacolarla nella concreta realizzazione dell'interesse pubblico, sebbene quest'ultimo rimanga realizzabile dal punto di vista meramente giuridico".

Si pone in linea di continuità con le suddette sentenze e opinioni degli Avv. Gen. il caso **Coname** dal momento che è stata analizzata giuridicamente dall'avv. Gen. Stix Hackl che solo qualche mese prima aveva trattato il caso Stadt Halle.

Nella stessa prospettiva si pone il caso **ANAV** in cui si ribadiscono i criteri già elaborati in precedenza concernenti sostanzialmente: nel controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi si dà un punto amministrativo che finanziario e nella realizzazione della prestazione dei servizi in questione

prevalentemente con l'ente aggiudicatore.

Nella stessa sentenza ci si sofferma particolarmente, anche qui in continuità con gli altri casi, sul dovere di rispetto dei principi generali del diritto comunitario quali: il divieto di non discriminazione sulla base della nazionalità, la parità di trattamento dei concorrenti da parte dell'ente pubblico, l'interpretazione conforme e il mutuo riconoscimento.

Accenno molto brevemente.

4.1.2 PRINCIPI GENERALI: CENNO

Il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità dispone il divieto di discriminare un possibile concorrente, escludendolo dal mercato riducendone sensibilmente l'operatività, sulla base della sua nazionalità. Esso è a mio avviso l'anima della normativa comunitaria dal momento che la "selezione concorrenziale" sembra essere lo strumento più adeguato per perseguire il fine della tutela dei consumatori e dell'aumento della qualità dei servizi; e ciò non può prescindere dall'effettiva apertura del mercato a tutti.

Agli enti concedenti si applica anche **il principio della parità di trattamento** tra offerenti, anche in assenza di discriminazione sulla base della nazionalità. In proposito si sottolinea il parere della Corte in occasione del già citato caso Parking Brixen in cui si spiega che il principio della parità di trattamento degli offerenti discende dagli articoli 43 e 49 TCE e che ha lo scopo di consentire che tutti i concorrenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte, a prescindere dalla loro nazionalità.

Corollario necessario ai due principi sopraccitati è costituito dall'obbligo di trasparenza che grava sull'ente pubblico. Tale principio è sancito anche a livello nazionale in quanto la Costituzione della Repubblica Italiana all'articolo 97 identifica le prerogative della pubblica amministrazione nel buon andamento e nell'imparzialità; da questo articolo si è mossa copiosa giurisprudenza che ha confermato l'imprescindibilità dell'obbligo di trasparenza da parte delle pubbliche amministrazioni affinché le procedure per l'aggiudicazione e la concessione degli appalti dei servizi, anche pubblici, raggiungano un livello di limpidezza sempre più alto. A livello comunitario invece l'obbligo di trasparenza si concreta nel dovere di garantire ad ogni offerente un adeguato livello di pubblicità, che consenta un accesso al mercato in un regime di "normale" concorrenza; e l'imparzialità delle procedure di aggiudicazione rappresenta un presupposto necessario. Giurisprudenza comunitaria che conferma l'obbligo di trasparenza posto a carico dell'ente pubblico è rinvenibile nel caso Telaustria ("Tale obbligo di trasparenza cui è tenuta l'amministrazione aggiudicatrice consiste nel garantire, in

favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti dei servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione”).

Secondo il principio **dell'interpretazione conforme** risulta inoltre necessario che la lettera della normativa nazionale debba essere interpretata alla luce dell'ordinamento comunitario a pena di disapplicazione (caso Maria Pupino).

Sul principio del **mutuo riconoscimento** è sufficiente ricordare che il diritto comunitario prevede che le autorizzazioni rilasciate in un paese membro debbano essere riconosciute dalle autorità degli altri stati membri; e ciò vale anche per l'eventuale autorizzazione necessaria per l'iscrizione all'albo delle imprese che possono esercitare il servizio di riscossione.

L'accenno a tali principi è necessario in quanto i criteri elaborati dalla giurisprudenza comunitaria per la disapplicazione della disciplina sulla concorrenza derogano anche ai suddetti principi proprio perché essi costituiscono la ratio che sta alla base delle norme del Trattato CE in materia di concorrenza e mercato.

5 COMPATIBILITA' DEL D.L.203/2005 CON IL DIRITTO COMUNITARIO

L'ultimo passaggio logico, per riuscire a inquadrare la posizione del Decreto Legge 203/2005, e quindi di Riscossione spa, nell'ordinamento comunitario, consiste nell'individuare la corrispondenza dei criteri elaborati dalla corte di Giustizia CE in tema di affidamento diretto, paragrafo 4.1.1, e la natura giuridica e fattuale di Riscossione spa, di cui al paragrafo 2.

Facendo ordine, i requisiti, che legittimano la deroga alla disciplina sulla concorrenza, elaborati a livello Europeo possono schematizzarsi in tre tipologie:

- 1) L'amministrazione pubblica deve esercitare un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi sul livello organizzativo;
- 2) la presenza di una completa dipendenza finanziaria dall'aggiudicante della società affidataria;
- 3) la destinazione della prestazione del servizio deve essere prevalentemente a vantaggio dell'organismo controllante.

Bisogna tenere conto che nel caso concreto dobbiamo considerare come ente pubblico aggiudicatore

l'Agenzia delle Entrate e come affidatario del servizio Riscossione spa. Pertanto i parametri di giudizio saranno il controllo che l'Agenzia delle Entrate deve svolgere su Riscossione spa da un punto di vista amministrativo/gestionale, la completa partecipazione dell'Agenzia delle Entrate nelle quote di Riscossione spa e la realizzazione della maggior parte dell'attività, svolta da Riscossione spa, a favore dell'Agenzia delle Entrate.

3) Destinazione del servizio: Iniziando la breve analisi dall'esistenza o meno del terzo requisito, mi sembra che la valutazione possa risolversi in senso affermativo. Dal momento che Riscossione spa è prevista dal D.L.203/2005 come l'unico affidatario per la gestione del servizio tributario (e in particolare: attività di riscossione mediante ruolo, tutte le attività legate alla gestione della fiscalità locale, subentro nell'attività di riscossione esercitata a livello locale dagli attuali concessionari,

gestione dell'attività di accertamento e liquidazione di tutte le entrate, tributarie e patrimoniali) risulta evidente che essa (dal 1° ottobre 2006), svolga l'attività per la quale è stata costituita solo in Italia e per conto dell'Agenzia delle Entrate. Non è certo escluso che, essendo una società per azioni, possa in futuro allargare o il proprio raggio d'azione, ma questo, oggi, non rileva.

2) Dipendenza finanziaria: Sebbene al momento della costituzione Riscossione spa fosse a capitale interamente pubblico (51% Agenzia delle Entrate e 49 % INPS), dal D.L. 203/2005 è prevista l'obbligatorietà di subentro di partner privati (inizialmente dei precedenti concessionari del servizio a livello locale) e il mantenimento di una quota a capitale pubblico non inferiore al 51%. In tale prospettiva il capitale pubblico rappresenta solo la maggioranza e pertanto Riscossione spa è economicamente dipendente dall'Agenzia delle Entrate (o comunque dal capitale pubblico) solo parzialmente. Concludiamo quindi l'assenza del requisito della Dipendenza finanziaria.

A questo punto, risulta quasi superfluo analizzare anche il requisito del controllo poiché è sufficiente l'assenza di uno solo dei tre requisiti per ritenere applicabile a Riscossione spa la disciplina comunitaria sulla concorrenza. Tuttavia accenno anche all'ultimo criterio per rafforzare la tesi di incompatibilità del D.L. 203/2005 con i principi del Trattato.

1) Controllo analogo: è sufficiente ricordare che parte dei soci sono privati la cui logica organizzativa è sicuramente imprenditoriale e di conseguenza l'ingerenza di questi partner non permette all'Agenzia delle Entrate di esercitare su Riscossione spa un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. Avv. Kokott: "già la sola presenza di un terzo privato, benché soltanto in forma di partecipazione minoritaria senza diritto di veto, impedisce all'amministrazione aggiudicatrice l'esercizio di un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi".

In conclusione potremo affermare che nel caso dell'affidamento del servizio di accertamento, liquidazione e riscossione delle entrate patrimoniali, nazionali e locali, da parte dell'Agenzia delle Entrate alla Riscossione spa, a capitale misto pubblico/privato, saremo in presenza di una concessione "quasi in house" alla quale risulta applicabile la disciplina sulla concorrenza e sul libero accesso al mercato prevista

dal Trattato CE e dai principi generali del diritto Comunitario.

Di conseguenza l'analisi sulla compatibilità del Decreto Legge 203/2005 con il diritto comunitario deve risolversi in senso negativo.

BIBLIOGRAFIA E RIFERIMENTI:

-

Marco Cassottana - Antonio Nuzzo, " Lezioni di diritto commerciale comunitario" ,
Giappichelli

-

G. Tesauro, "Diritto Comunitario", CEDAM

-

Maurizio Maresca, "Valori e principi nella Costituzione europea", Il Mulino

-

Guido Corso, "Manuale di diritto amministrativo", Giappichelli

-

Chiara Alberti, "Appalti in house, Concessioni in house ed esternalizzazione", osservatorio sul diritto comunitario e nazionale sugli appalti pubblici,

URL: <http://www.jus.unitn.it/appalti/dottrina/alberti/articolo.htm>

-

Elena Varani, "L'in house providing: La Corte di Giustizia torna a parlare di controllo analogo", rivista telematica on line "filodiritto",

URL:<http://www.filodiritto.com/diritto/pubblico/amministrativo/inhouseprovidingvarani>

-

Marina Chiappetta, " L'in house providing alla luce della più recente giurisprudenza comunitaria"

URL: http://www.lexitalia.it/articoli/chiappetta_inhouse.htm

-

Maresca Davide, "Appalti in house. Nota alla sentenza ANAV della corte di giustizia", rivista giuridica telematica Diritto&Diritti,

URL:<https://www.diritto.it/art.php?file=/archivio/22228.html>

-

Conclusioni sul caso Coname: Avv. Gen. Stix Hackl

-

Conclusioni sul caso Stadt Halle: Avv. Gen. Stix Hackl

-

Conclusioni sul caso Parking Brixen: Avv. Gen. Kokott

-

Conclusioni sul caso RI.SAN.: Avv. Gen Alber

-

Conclusioni sul caso Arnhem: Avv. Gen. La Pergola

Davide Maresca

e-mail: davidemao@hotmail.it

<https://www.diritto.it/riscossione-spa-compatibilita-dell-ordinamento-comunitario-con-la-riforma-del-sistema-di-concessione-del-servizio-di-riscossione-di-cui-al-decreto-legge-2032005-convertito-dalla-legge-2482005-con/>