

## **Delibera numero CP- 26 del 26 settembre 2014**

**Fascicolo n. 637/2013 - Protocollo d'intesa con l'Associazione Pro-loco di Corinaldo per la gestione del servizio di I.A.T. e revoca del servizio all'unione di Comuni MISA-NEVOLA.**

**Stazione Appaltante** : Comune di Corinaldo (AN)

### **Il Consiglio dell'Autorita Nazionale Anticorruzione**

nell'adunanza del

Visto l'articolo 19, comma 2, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorita di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorita Nazionale Anticorruzione; Visto il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e successive modificazioni; Vista la relazione dell'Ufficio istruttore.

### **Considerato in fatto**

Alcuni Consiglieri del Comune di Corinaldo hanno contestato i contenuti della deliberazione consiliare n. 65 del 30.11.2012 con cui da un lato è stata disposta la revoca del servizio di I.A.T. all'unione di Comuni MISA-NEVOLA e dall'altro è stato approvato il protocollo d'intesa programmatica con l'Associazione Pro-loco di Corinaldo per la gestione del servizio di I.A.T. (informazioni ed accoglienza turistica) in favore dei turisti e visitatori che affluiscono nella città goretiana, nonché per la promozione e la valorizzazione delle eccellenze locali e del territorio in termini di arte, cultura, tradizione, storia, fede, paesaggio, eventi e tipicità agroalimentari e dell'artigianato del territorio.

Più specificamente, gli esponenti hanno segnalato, al di là del nomen utilizzato (protocollo di intesa), che si è in presenza di un vero e proprio appalto di servizi disciplinato dal d.lgs. n. 163/2006 e che, dato il valore complessivo del contratto (euro 250.000,00), l'affidamento in favore di detta Associazione avrebbe rilevanza comunitaria e conseguentemente si sarebbe dovuto esperire una procedura aperta ad altri concorrenti.

Secondo gli esponenti, l'affidamento diretto senza gara sarebbe ammissibile solo per lavori, servizi o forniture fino a 40.000 euro.

Altra anomalia segnalata consisterebbe nel fatto che la proposta di delibera non fa riferimento ad alcuna normativa che giustifichi o consenta un affidamento senza gara così rilevante. L'unico riferimento puntuale si ricava dal richiamo di una disposizione dello Statuto comunale che prevede un rapporto di stretta collaborazione con l'Associazione pro-loco.

Accertata la ricorrenza dei presupposti per l'attività istruttoria, è stato comunicato l'avvio del procedimento e dopo l'istruttoria, a seguito dell'approvazione del Consiglio nella seduta del 5/6 giugno 2014 (verbale n. 7), è stata inviata una comunicazione di risultanze istruttorie al Comune di Corinaldo, con nota n. 78436 del 10.7.2014.

Il Comune di Corinaldo, nel corso dell'istruttoria ha prodotto le proprie controdeduzioni e, da ultimo, con nota acquisita al prot. n. 1007379 del 17/9/2014 ha fornito riscontro alla predetta comunicazione di risultanze istruttorie.

Il Comune ha motivato ampiamente l'affidamento alla Pro-loco, osservando, in primo luogo, che la revoca del servizio di I.A.T. (Informazione ed Accoglienza Turistica) all'unione di Comuni MISA-NEVOLA - a partire dal 1° gennaio 2013 - è stata decisa per varie ragioni, tra cui quella di contenere la spesa sostenuta negli anni 2010-2012, per aspetti organizzativi e per tenere conto dei richiami della Corte dei Conti.

Inoltre, ha rimarcato l'assenza di effettiva remuneratività in favore della Pro-loco, osservando che "... l'importo massimo pattuito di 50.000,00 euro l'anno, non consente in alcun modo, neanche potenzialmente, la produzione di un utile di gestione a fronte di tutte le prestazioni che la Proloco è obbligata ad effettuare in base al Protocollo d'intesa. Tale importo scaturisce da un accurato studio di fattibilità economica, che il Comune ha elaborato ex ante a fronte degli obiettivi strategici ed operativi di secondo livello inseriti in Convenzione ... e si assicura che il "corrispettivo" convenuto nel Protocollo d'intesa e, piuttosto, a tutti gli effetti un parziale rimborso delle spese gestionali effettivamente sostenute dalla Proloco (per personale, consulente del lavoro, portale turistico, cancelleria, assistenza informatica, addobbi vari, spese di economato) che, assommate alle risibili entrate incassate ed al pari documentate, contribuisce a garantire, a malapena, il pareggio di bilancio riferito al servizio".

In merito alla questione dell'affidamento alla Pro-loco locale, il Comune ha confutato l'ipotesi che si versi in una fattispecie di appalto pubblico di servizio, osservando altresì che detta Pro-loco è un'associazione di volontariato senza fini di lucro.

L'esame degli atti acquisiti conferma la ricostruzione della fattispecie brevemente riportata, nonché la circostanza che per il complesso delle attività contemplate nell'accordo, da svolgersi dal lunedì alla domenica di ogni settimana per una media giornaliera su base annua di almeno 6 ore, il Comune di Corinaldo riconosce alla Pro Loco, ogni anno, complessivamente la somma pari a euro 50.000 per cinque anni e dunque per una spesa complessiva pari a euro 250.000.

Nel corso dell'istruttoria, tenuto conto della peculiarità della fattispecie in esame, è stato acquisito anche il parere dell'Ufficio giuridico reso con nota n. 51090 del 30 aprile 2014.

### **Ritenuto in diritto**

I rilievi prospettati al Comune hanno rilevanza, pur riconoscendosi da un lato che l'attività prevista nel protocollo di intesa può rientrare tra quelle proprie del Comune in quanto di competenza dell'Ente locale ed esercitata in via mediata da soggetti terzi (tra cui le Associazioni Pro-loco) e dall'altro, precisando che non spetta all'Autorità sindacare le scelte di politica gestionale degli enti territoriali per il soddisfacimento degli interessi della collettività che rappresentano, ma nei limiti stabiliti dall'ordinamento nazionale e comunitario come di seguito illustrati.

Il servizio di Informazioni e Accoglienza Turistica rientra tra le funzioni amministrative in materia di turismo che la legge regionale Marche n. 9/2006 (Testo unico delle norme regionali in materia di turismo) riconduce nell'ambito della competenza dei Comuni ("I Comuni in particolare: a) assicurano l'informazione, l'assistenza e l'accoglienza turistica a livello locale mediante l'istituzione dei punti di informazione e accoglienza turistica di cui all'articolo 7;" art. 6, comma 3). Esso si configura dunque come un servizio pubblico locale erogato dal Comune a favore di utenti (nel caso, i turisti che visitano il territorio comunale).

Le Pro-loco sono associazioni aventi come finalità la promozione e lo sviluppo del territorio; si tratta di enti di diritto privato senza finalità di lucro che si avvalgono per lo più dell'opera prestata volontariamente dai soci.

La citata legge regionale sul turismo prevede una forma di cooperazione sinergica tra Comuni e Pro-loco laddove nell'art. 7, comma 3, dispone che "Le associazioni pro loco iscritte all'albo regionale di cui all'articolo 9 [albo regionale istituito presso la Giunta regionale e pubblicato entro il 31 gennaio di ogni anno nel Bollettino Ufficiale della Regione] che promuovono l'apertura di propri punti di informazione e di accoglienza ai turisti, possono usare la denominazione IAT ove si conformino alle caratteristiche strutturali e operative di cui al comma 3 previo assenso del Comune e della Provincia competenti per territorio <sup>1</sup>".

Il modulo organizzativo ideato dal legislatore regionale - che vede coincidere, previo assenso del Comune e della Provincia competenti, il punto di informazione della Pro-loco con lo IAT del Comune, ovvero che vede il Comune erogare il servizio di IAT attraverso l'attività della Proloco - può ritenersi non in contrasto con i principi di diritto comunitario che presiedono all'affidamento dei servizi pubblici locali - e che richiedono l'esperienza di procedure ad evidenza pubblica per la selezione del soggetto gestore - nel limite in cui la gestione di detto servizio, così come organizzata nella singola fattispecie, non abbia rilevanza economica e non rappresenti dunque un'attività contendibile sul mercato.

Tale conclusione si ritiene suffragata dalle seguenti considerazioni.

Preliminarmente, si evidenzia che il modulo organizzativo basato sul "coordinamento interorganico" a cui fa riferimento il Comune quale modulo alternativo all'esternalizzazione, parrebbe ammissibile nel limite in cui la fattispecie rientri nell'ambito dell'"in house providing". In tale ipotesi, sulla base del principio introdotto dalla sentenza della Corte di Giustizia CE 18 novembre 1999, causa C-107/98, Teckal, le disposizioni del diritto comunitario in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici sono disapplicabili poiché il contratto è stipulato tra soggetti solo formalmente distinti, ma sostanzialmente assimilabili ad un unico soggetto, in modo tale che il rapporto tra il soggetto affidante e il soggetto affidatario sia assimilabile ad una attribuzione di compiti tra organi. In questo caso la legittimazione della deroga si fonda sul rapporto in forza del quale l'affidatario si qualifica come una promanazione dell'aggiudicatore.

Non rientra in detta ipotesi il caso in esame, poiché l'Associazione Pro-loco, pur perseguendo finalità di promozione del territorio complementari a quelle del Comune, è un soggetto di diritto privato distinto dal Comune non solo sotto il profilo formale. La terziarietà rispetto al Comune dell'Associazione Pro-loco, che non è soggetta al controllo analogo a quello svolto dal Comune sui propri servizi, ne svolge la parte più importante della propria attività a suo favore, comporta l'applicazione della disciplina ordinaria in materia di affidamento dei servizi pubblici locali.

Non può rappresentare un motivo legittimante la deroga al principio generale della gara neppure la circostanza che l'Associazione Pro-loco sia un'associazione di volontariato senza fini di lucro, dato che le associazioni di volontariato rientrano nel novero dei soggetti legittimati a partecipare a gare pubbliche.

Come evidenziato dall'Autorità con determinazione n. 7/2010 (e già nel parere n. 127/2008), in ambito europeo la nozione di "operatore economico" (e di soggetto affidatario di contratti pubblici) utilizzata dal diritto comunitario (art. 1, comma 8, Direttiva 2004/18/CE) è più estesa della nozione di imprenditore, in quanto individua tutti i soggetti (sia imprenditori che fornitori e prestatori di servizi) potenzialmente in grado di partecipare alle gare pubbliche ed è quindi applicabile a qualsiasi persona giuridica pubblica o privata che svolga attività d'impresa, cioè di offerta sul mercato di lavori, prodotti o servizi.

Rientrano in tale nozione anche i soggetti pubblici e privati che non perseguono un preminente scopo di lucro, quali fondazioni, imprese sociali, organizzazioni non lucrative, università, enti di ricerca (Corte di Giustizia, 23.12.2009, causa C-305/08; Cons. St., sez. III, 20.11.2012, n. 5882).

Infatti, la normativa comunitaria e nazionale consente anche a tali soggetti di partecipare alle procedure per l'affidamento di contratti pubblici a condizione che esercitino anche attività d'impresa funzionale ai loro scopi ed in linea con la relativa disciplina statutaria; l'assenza di fini di lucro non

esclude che tali soggetti possano esercitare un'attività economica e che, dunque, siano ritenuti "operatori economici", potendo soddisfare i necessari requisiti per essere qualificati come "imprenditori", "fornitori" o "prestatori di servizi" (Cons. St., sez. III, n. 2056 del 29/11/2013, Sez. III, n. 5882/2012, Sez. V, n. 5815 del 18 agosto 2010 e n. 5956 del 26 agosto 2010). Sulla base delle considerazioni che precedono, si ritiene che anche le associazioni di volontariato, in quanto operatori economici nel senso esplicito, possono partecipare a gare pubbliche (Corte di Giustizia, sez. III, 29.11.2007, causa C-119/06; Cons. St., sez. VI, 23.1.2013, n. 387 e 30.6.2009, n. 4236), tenuto anche conto del fatto che nell'ordinamento interno l'elencazione dei soggetti possibili affidatari di contratti pubblici effettuata dall'art. 34 del Codice, non ha carattere tassativo.

Alla luce di quanto sopra, l'affidamento di servizi (o della gestione di servizi) ad un'associazione di volontariato potrebbe avvenire in deroga alle procedure ad evidenza pubblica solo qualora venisse appurata la natura non onerosa della convenzione, giacché solo in assenza del carattere oneroso del rapporto, potrebbe concludersi che non si è in presenza di un appalto pubblico di servizi e che si può quindi legittimamente procedere all'affidamento diretto del servizio.

Il problema dell'onerosità del servizio è stata affrontata dalla giurisprudenza con particolare riferimento all'affidamento ad associazioni di volontariato di prestazioni di trasporto sanitario, affermando che ha natura di contratto pubblico a titolo oneroso - e quindi da affidarsi tramite procedura ad evidenza pubblica - la convenzione che contempla, a fronte delle prestazioni rese dall'associazione, non solo i rimborsi delle spese ma anche ulteriori rimborsi, in maniera tale da configurare una "contropartita" in ragione del servizio reso.

In particolare, nella deliberazione Avcp n. 35/2011 (Progetto pilota 616/09/MARK) - sulla base dell'orientamento del giudice comunitario in materia (CGE C-11/06 del 29/11/2007) - è stato chiarito che non "... non ci si può trovare di fronte ad un mero rimborso spese bensì ad un vero e proprio contratto a titolo oneroso, laddove il calcolo degli importi da erogare sia fondato su una metodologia preventiva e forfetaria che, dunque, superi il semplice rimborso delle spese sostenute. In altre parole la Corte esclude che l'accordo possa essere considerato privo di onerosità, in quanto se si trattasse di mero rimborso dei costi non si sarebbe utilizzato un metodo di pagamento preventivo e forfetario, cioè un metodo in cui l'entità delle somme restituite non è strettamente correlata ai costi sostenuti e documentati".

Appare dunque consolidato il principio secondo cui il convenzionamento diretto con associazioni di volontariato per l'affidamento di servizi è ammissibile nel limite in cui la convenzione non è qualificabile come contratto a titolo oneroso, nell'accezione sopra delineata.

È in questa prospettiva che va letto l'art. 7 della legge n. 266/1991 ("Legge quadro sul volontariato") che riconosce allo Stato, agli enti territoriali e agli altri enti pubblici la possibilità di stipulare convenzioni con le organizzazioni di volontariato iscritte da almeno sei mesi nei registri generali delle organizzazioni di volontariato tenuti da regioni e province autonome e che dimostrino attitudine e capacità operativa.

Detta interpretazione non è smentita dall'art. 4, comma 6, del d.l. n. 95/2012 - richiamato dal Comune di Corinaldo - secondo cui le pubbliche amministrazioni "possono acquisire a titolo oneroso servizi di ogni tipo, anche in base a convenzioni, da enti di diritto privato di cui agli articoli da 13 a 42 del codice civile esclusivamente in base a procedure previste dalla normativa nazionale in conformità con la disciplina comunitaria".

In conformità alle predette regole interpretative, deve dunque ritenersi che l'esclusione degli enti di volontariato (oltre a quella delle fondazioni istituite con lo scopo di promuovere lo sviluppo tecnologico e l'alta formazione tecnologica e gli enti e le associazioni operanti nel campo dei servizi socio-assistenziali e dei beni ed attività culturali, dell'istruzione e della formazione, le associazioni di promozione sociale, le cooperative sociali, le associazioni sportive dilettantistiche, le associazioni rappresentative, di coordinamento o di supporto degli enti territoriali e locali), contenuta nel terzo periodo ("Sono escluse ( ... ) gli enti di volontariato ( ... )"), non possa essere riferita all'obbligo di procedura di gara di cui al primo periodo della norma - pena, tra l'altro, il quasi completo svuotamento della portata della disposizione - ma al divieto di contributi da parte della finanza pubblica, di cui al secondo periodo ("Gli enti di diritto privato di cui agli articoli da 13 a 42 del codice civile, che forniscono servizi a favore dell'amministrazione stessa, anche a titolo gratuito, non possono ricevere contributi a carico delle finanze pubbliche").

Avendo riguardo, in particolare, ai servizi pubblici locali, come è noto, la disciplina generale riguardante l'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica è stata - art. 23-bis del d.l. n. 112/2008 - dapprima abrogata a seguito di referendum (D.P.R. n. 113/2011) e poi - art. 4 del d.l. n. 138/2011 - dichiarata incostituzionale (Corte Cost. n. 199/2012) perché ripristinatoria della normativa abrogata con il referendum. Attualmente, l'art. 34, commi dal 20 al 27, del d.l. n. 179/2012 detta disposizioni in ordine all'affidamento dei servizi pubblici locali, istituzionalizzando l'obbligo di motivare e di pubblicizzare il ricorso all'affidamento diretto o all'affidamento tramite gara. La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 24/2011, aveva comunque chiarito che "... all'abrogazione dell'art. 23-bis, da un lato, non conseguirebbe alcuna reviviscenza delle norme abrogate da tale articolo (...); dall'altro, conseguirebbe l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria (come si è visto, meno restrittiva rispetto a quella oggetto di referendum) relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica".

Alla stregua della normativa e dei principi dell'ordinamento europeo, nonché di quelli sanciti dalla Corte di Giustizia e dalla giurisprudenza interna, la scelta del gestore e/o affidatario può dunque avvenire tramite: a) il ricorso al mercato attraverso procedure ad evidenza pubblica; b) l'affidamento

a società mista a seguito di gara a doppio oggetto; c) affidamento in house a soggetto solo formalmente, ma non sostanzialmente, diverso dall'ente affidante.

Sono invece sottratti alla richiamata disciplina i servizi privi di rilevanza economica, originariamente disciplinati dall'art. 113-bis del d.lgs. n. 267/2000 (che prevedeva la possibilità che fossero gestiti mediante affidamento diretto a (i) istituzioni; (ii) aziende speciali, anche consortili; (iii) società a capitale interamente pubblico a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano).

Con la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma (sentenza C.C. 13-27 luglio 2004, n. 272), in quanto configurante una illegittima compressione dell'autonomia regionale e locale, è venuto meno il principio di tipicità delle forme di organizzazione di tali servizi con la conseguenza che essi possono essere gestiti secondo le modalità previste dalla legislazione regionale o, in assenza di tale disciplina, secondo le decisioni assunte dall'ente locale nell'esercizio della propria autonomia regolamentare.

Appare dunque decisiva la definizione dei criteri idonei a distinguere i servizi aventi rilevanza economica da quelli privi di tale rilievo.

In mancanza di indici di origine normativa, la giurisprudenza si è pronunciata frequentemente sull'argomento giungendo talvolta a soluzioni contrastanti.

Una pronuncia del Consiglio di Stato (sez. V, 23 ottobre 2012, n. 5409), raggiungendo un'efficace sintesi dei diversi orientamenti, ha affermato che sono servizi privi di rilevanza economica non solo quelli tali in astratto, per tipologia o rilevanza merceologica (ad esempio, attività meramente erogativa come l'assistenza agli indigenti) ma anche quelli che, pur astrattamente dotati di tale rilevanza, per come sono organizzati nel caso di specie, ne risultano privi.

Ai fini dell'analisi di questa seconda tipologia di servizi, la rilevanza economica di un'attività va correlata alla sua potenzialità di produrre un utile di gestione, per quanto esiguo, e quindi di riflettersi sull'assetto concorrenziale del mercato di settore.

Nel caso in esame, come emerge dallo schema di protocollo d'intesa tra il Comune di Corinaldo e la Pro-loco, il Comune, oltre a mantenere a proprio carico le spese sul materiale pubblicitario e promozionale, sulla pulizia e manutenzione dei locali, nonché sulle utenze, riconosce all'affidatario, a fronte dell'erogazione dei servizi elencati nel documento, la somma di 50.000 euro all'anno, da corrispondere in due rate, la prima entro il mese di gennaio, a seguito di presentazione del consuntivo delle attività dell'anno precedente, e la seconda entro il mese di giugno a seguito di presentazione di bilanci e programmi futuri.

Inoltre, è previsto che gli incassi derivanti dagli ingressi nella pinacoteca "Claudio Ridolfi", dalla commercializzazione dei titoli di viaggio ATMA, dei prodotti tipici del punto vendite "Tipica" e dei souvenir, libri e altro materiale cartaceo e multimediale illustrativo di Corinaldo (fatta eccezione per gli incassi derivanti dalla vendita della guida turistica e delle pubblicazioni e/o gadgets realizzati dal comune) siano riscossi e introitati dalla Pro-loco.

Le richiamate condizioni sembrano configurare che il modulo organizzativo ideato preveda che il servizio sia prestato dalla Pro-loco secondo modalità potenzialmente remunerative - corrispettivo calcolato forfettariamente e incassi derivanti dalla gestione dei vari punti vendita - tali da non escludere la rilevanza dell'attività rispetto al mercato di riferimento.

La riconducibilità della gestione del servizio IAT tra i servizi aventi rilevanza economica comporta la necessità che il Comune di Corinaldo, ai fini dell'affidamento dello stesso, si avvalga di una delle modalità, previamente indicate, rispettose dei principi di concorrenza, trasparenza e parità di trattamento.

Infine, sotto diverso profilo, alla luce della ricostruzione del caso in esame e della sua qualificazione, il protocollo stipulato, per la sua valenza negoziale, e da assoggettare alla tracciabilità dei flussi finanziari introdotti con l'art. 3 della legge 136/2010 recante "**Piano straordinario contro le mafie**" (cfr. in particolare la determinazione Avcp n. 4/2011).

**Pertanto, il Comune, attraverso il RUP, avrà cura di acquisire il CIG "ora per allora", in modo da tracciare i pagamenti in favore della Pro-loco.**

E, sotto un ulteriore profilo, dal sito web del Comune, nella sezione "Amministrazione trasparente" non risulta inserito il protocollo in esame; a questo riguardo, la legge n. 190/2012 e il d.lgs. n.

33/2013 hanno introdotto nell'ordinamento la regola della piena ostensione di ogni atto, soprattutto a valenza contrattuale e quando sia prevista l'erogazione di denaro pubblico a qualunque titolo e nei confronti di qualunque soggetto.

Tutto ciò considerato e ritenuto,

## **Delibera**

- il protocollo d'intesa con l'Associazione Pro-loco di Corinaldo per la gestione del servizio di I.A.T. (informazioni ed accoglienza turistica), nonché per la promozione e la valorizzazione delle eccellenze locali e del territorio non è conforme alla normativa che regola l'affidamento di tali servizi, secondo le precedenti motivazioni;
- si ritiene, dunque, che l'individuazione di un soggetto privato cui affidare lo svolgimento dei servizi in discussione debba essere effettuata mediante il ricorso ad un confronto concorrenziale, ovvero secondo gli altri modelli organizzativi indicati nella parte motivazionale del presente atto;

- si ravvisano i presupposti per sottoporre alla tracciabilità dei flussi finanziari il protocollo stipulato, mediante l'acquisizione del CIG presso SIMOG;
- si ravvisano altresì i presupposti per l'inserimento del protocollo nella sezione "Amministrazione trasparente" del Comune di Corinaldo;
- si dà mandato all'Ufficio istruttore di comunicare la presente delibera al Comune di Corinaldo e agli esponenti, per dare corso al riscontro della delibera nel termine di trenta giorni dalla ricezione della stessa, soprattutto in ordine agli adempimenti da ultimo fissati;
- si dà infine mandato per l'invio della presente deliberazione alla competente Procura della Repubblica presso il Tribunale di Ancona.

Il Presidente  
Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 19 dicembre 2014

Il Segretario, Maria Esposito

*1 "La Giunta regionale definisce le caratteristiche strutturali ed operative degli IAT secondo un modello omogeneo sul territorio, nonché il modello grafico del segno distintivo dei medesimi" (art. 7, comma 3, l. r. n.9/2006).*