

Deliberazione n.3 Adunanza del 2 settembre 2014

Fascicolo n. 2661/2012

Oggetto: contratti per servizi bancari stipulati dall'Irfis-Finsicilia Finanziaria per lo Sviluppo della Sicilia s.p.a.

Stazione appaltante: IRFIS-FINSICILIA

Il Consiglio

Visto il decreto legislativo n. 163/2006 e s.m.i.;

Vista la relazione della Direzione generale vigilanza lavori, servizi e forniture

Premessa in fatto

1) L'Esposto pervenuto e la richiesta preliminare di chiarimenti dell'Autorità

E' pervenuta una nota dell'Assessore all'Economia della Regione Sicilia avente come destinatario l'Irfis-Finsicilia s.p.a., indirizzata per conoscenza all'AVCP ed al Ragioniere Generale della Regione Sicilia ed acquisita al n. 89187 del protocollo generale, in data 17.9.2012.

Nella predetta comunicazione, l'assessore segnalava la possibile assegnazione di disponibilità finanziarie da parte dell'IRFIS ad un fondo unico a gestione separata che non sarebbe stato ancora costituito e diffidava l'IRFIS stesso dall'operare iniziative di affidamento di servizi ad altro istituto di credito, senza il previo esperimento di alcuna procedura di evidenza pubblica.

Al riguardo, in via preliminare, sono stati chiesti chiarimenti alla società finanziaria in questione, che, con nota acquisita al n. 105605 del protocollo generale in data 5.11.2012, ha rappresentato di essere un intermediario finanziario costituito in forma di società per azioni, iscritto all'elenco generale ex art. 106 TUB ed all'elenco speciale ex art. 107 TUB, autorizzato a detenere direttamente la liquidità ricevuta dalle casse regionali. In qualità di intermediario finanziario, l'IRFIS è sottoposta ai poteri di vigilanza della Banca D'Italia. Fino al 2011, l'IRFIS faceva parte del Gruppo bancario UniCredit e la Regione Sicilia deteneva il 21% delle azioni; pertanto, tutte le liquidità dell'IRFIS erano depositate nella tesoreria del Gruppo Unicredit. Dal 10 gennaio 2012, il capitale sociale è stato interamente acquisito dalla Regione Sicilia, di talché si è reso necessario distribuire presso una pluralità di banche le disponibilità finanziarie, in ottemperanza ad un divieto imposto dalla

Banca d'Italia¹. Pertanto, dopo l'insediamento del Consiglio di amministrazione nominato dalla Regione, al fine di valorizzare le risorse finanziarie dell'IRFIS, sono state contattate le banche depositarie e sono state richieste ed ottenute variazioni in rialzo sui tassi praticati dalle banche. Inoltre, in data 2 agosto 2012, è stata inviata una comunicazione tramite posta elettronica ad oltre trenta gruppi bancari, per avere un'offerta sulle condizioni per l'eventuale apertura di un conto corrente o di un deposito vincolato. Alla richiesta hanno fornito riscontro dodici istituti bancari di cui sei valutati positivamente; successivamente, sono state individuate altre sette banche affidatarie.

Inoltre, nel Consiglio di amministrazione del 6 agosto 2012, l'organo si è riservato di verificare l'eventuale "applicabilità delle norme sugli appalti pubblici...al fine di ricercare la migliore redditività dei depositi dell'istituto e di ottemperare alla normativa di vigilanza - la quale stabilisce il limite di affidamento, nella fattispecie applicabile a IRFIS-Finsicilia pari a Euro 25 milioni". In data 6 agosto 2012, la Regione Sicilia ha disposto il trasferimento delle disponibilità di cui al Fondo unico a gestione separata previsto dall'art. 61 della l.r. n. 17 del 28 dicembre 2004, e conseguentemente sono stati trasferiti all'IRFIS complessivi 125,8 milioni di euro, che sono stati ripartiti nei vari istituti bancari, individuati in base alla predetta analisi di mercato. Infatti, in seguito alle modifiche al già citato art. 61 per effetto della legge regionale n. 26/2012, presso l'IRFIS è stato costituito *ex lege* un fondo unico a gestione separata, sul quale sono confluiti diversi fondi, istituti mediante precedenti leggi regionali presso il medesimo istituto finanziario. Inoltre, si è precisato che l'onere a carico di IRFIS derivante dall'apertura dei rapporti interbancari di che trattasi (individuabile nelle commissioni bancarie applicate da ciascun istituto), è del tutto irrisorio in quanto quantificabile complessivamente in una somma inferiore a 10 mila euro, per tutti i rapporti accesi.

A corredo della nota di chiarimento, l'IRFIS ha altresì prodotto due pareri legali, acquisiti proprio al fine di valutare l'applicabilità delle norme sugli appalti pubblici; nel primo parere si conclude, circa la natura giuridica l'IRFIS, che la finanziaria avrebbe configurazione giuridica di impresa pubblica, e come tale sarebbe sottratta all'applicazione del d.lgs. n. 163/2006 per l'acquisizione di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari. Nel secondo parere, viceversa, l'IRFIS è qualificato come organismo di diritto pubblico, giacché dotata dei requisiti fissati dall'art. 3 del d.lgs. n. 163/2006 ed, in quanto tale, soggetto all'applicazione del codice dei contratti. Peraltro, in considerazione dei peculiari poteri di controllo sull'attività di IRFIS che lo statuto della medesima società riserva alla Regione Sicilia, lo stesso Istituto può essere considerato quale società *in house* della Regione, in quanto soggetta al medesimo controllo che la Regione esercita sui propri uffici e sulle proprie articolazioni organizzative. Entrambi i pareri legali prodotti da IRFIS qualificano *prima facie* i contratti in esame come appalti di servizi di cui all'Allegato II A del Codice, categoria 6 a) "Servizi bancari e finanziari", di importo inferiore ad € 40.000, pertanto suscettibili di affidamento in forma diretta ex art. 125 comma 11 del d.lgs. n. 163/2006.

2) L'avvio del procedimento istruttorio e le risultanze comunicate alle parti

In ragione delle questioni giuridiche e delle criticità emerse, è stato avviato un procedimento

istruttorio, al fine di valutare la legittimità delle operazioni di trasferimento di fondi, acquisendo tutta la documentazione relativa ai contratti *de quo* ed ulteriori chiarimenti da parte dell'Istituto procedente.

Con nota acquisita al n. 17275 del protocollo generale dell'AVCP in data 14 febbraio 2013, l'Istituto ha esposto le proprie argomentazioni, allegando a supporto delle stesse un ulteriore parere legale, nel quale si conclude che l'IRFIS deve essere inclusa nel novero delle imprese pubbliche, nonostante la soggezione all'influenza dominante della Regione, in quanto svolge la propria attività con metodo economico ed assunzione del rischio di impresa. Ferma restando - proprio in ragione delle predette considerazioni - la non applicabilità del codice di contratti nei riguardi dell'IRFIS, nel parere si ribadisce che, in ogni caso, gli affidamenti contestati non sono sottoposti ai vincoli procedurali di cui al d.lgs. n. 163/06, trattandosi di appalti di servizi di valore inferiore ad € 40.000.

Con nota prot. n. 48962 del 27 maggio 2013, in ottemperanza a quanto deliberato dal Consiglio dell'AVCP nell'adunanza del 23-24 aprile 2013, sono state comunicate all'IRFIS Finsicilia le risultanze dell'istruttoria. In particolare, quanto alla natura giuridica dell'IRFIS è stato evidenziato che poiché non è contestato che l'Istituto beneficia di affidamenti diretti concernenti la gestione di fondi pubblici a sostegno delle imprese locali, al fine di garantirne la legittimità, è necessario che sia certa la sussistenza dei requisiti propri delle società *in-house* (controllo analogo e svolgimento prevalente dell'attività con la Regione); inoltre, in ottemperanza alle prescrizioni di cui all'art. 13 del d. l. n. 223/2006 la società non può svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, ma trattandosi di società che opera nel settore dell'intermediazione finanziaria prevista dal testo unico di cui al d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 è invece consentita, per espressa previsione normativa, la partecipazione ad altre società o enti.

Diversamente, secondo uno dei pareri legali prodotti da IRFIS, l'oggetto sociale lascerebbe trasparire "al di là di una proclamata esclusività in favore dell'ente controllante, un ampliamento dell'oggetto sociale e dei soggetti destinatari dei servizi e, dunque, l'acquisizione di una vocazione commerciale tale da compromettere il controllo analogo".

Pertanto, si è rappresentato che ove fosse accertato che - al pari degli altri intermediari finanziari, iscritti all'elenco generale ex art. 106 TUB presenti nel mercato dei servizi in questione che certamente può ritenersi concorrenziale - l'IRFIS svolge la propria attività con metodo economico, per finalità di lucro ed assumendo in proprio il rischio di impresa, occorrerà anche concludere che l'affidamento diretto di servizi da parte della Regione Sicilia non è legittimo.

In sintesi, delle due l'una: se l'IRFIS rispetta i requisiti necessari per qualificarsi come società *in house* della Regione Sicilia, allora del tutto legittimamente può beneficiare degli affidamenti diretti disposti in suo favore; ove si acceda, invece, alla diversa tesi prospettata nel parere legale prodotto dall'istituto, secondo cui siamo in presenza di un'impresa pubblica che opera sul mercato ne discenderebbe l'illegittimità degli affidamenti diretti ricevuti dalla Regione, oltre all'obbligo per quest'ultima di motivare debitamente in ordine alla sussistenza in capo alla società partecipata dello svolgimento di attività strettamente connesse e necessarie al perseguimento delle proprie finalità specifiche o alla produzione di servizi di interesse generale, secondo quanto previsto dall'art. 3 commi 27 e 28 della l. n. 244/2007².

In merito ai contratti sottoscritti da IRFIS, si è, altresì, concluso che si tratta tipici contratti bancari di conto corrente e di deposito a termine, aventi ad oggetto servizi rientranti nell'allegato IIA del codice dei contratti, soggetti pertanto, alle regole dell'evidenza pubblica. Inoltre, si è rilevato che emergono delle difficoltà, ove si intenda calcolarne il valore, ai fini dell'esatta individuazione da parte della stazione appaltante degli obblighi procedurali, ai quali ottemperare in conformità al d.lgs. n. 163/06. La problematica era già stata prospettata dall'AVCP con riferimento ai servizi di tesoreria; sebbene si tratti di servizi differenti da quelli più articolati svolti dal tesoriere, anche nel caso in esame emerge la necessità di una corretta stima del valore dei contratti; pertanto, deve ritenersi che ai fini della determinazione dell'importo si debba tener conto anche dell'utilità concernente la disponibilità di ingenti somme di denaro; di talché, anche nelle ipotesi di gratuità o di commissioni a carico dell'ente affidatario di valore inferiore alle soglie di rilevanza comunitarie, a garanzia della concorrenzialità tra gli operatori del mercato bancario, il contratto dovrebbe essere considerato di valore indeterminabile, con conseguente applicazione delle regole che governano l'affidamento di servizi di importo superiore alle soglie comunitarie.

3) Controdeduzioni formulate dall'IRFIS e dalla Regione Sicilia

In seguito alla formulazione delle contestazioni sopra sintetizzate da parte dell'AVCP, con nota acquisita al n. 59892 del protocollo generale in data 27 giugno 2013, l'IRFIS Finsicilia ha fatto pervenire le proprie controdeduzioni.

In particolare, con riferimento alla natura giuridica della società, ha precisato che non viene messa in discussione la natura di società *in house* dell'IRFIS nello svolgimento di quelle attività di pubblico interesse ad essa direttamente affidate dalla Regione Siciliana. Tuttavia, si sostiene che la Società non potrebbe ritenersi obbligata a seguire le procedure ad evidenza pubblica in tutti i casi in cui si trovi a dover interloquire con operatori economici di un mercato liberalizzato come quello bancario. Sul punto, si richiama il caso di Poste Italiane spa, la quale opera come soggetto privato se affida appalti per servizi finanziari (liberalizzati), mentre è ancora tenuta al rispetto del Codice dei Contratti Pubblici nell'affidamento di servizi postali in senso stretto.

Per quanto concerne il valore dei contratti oggetto di affidamento, si ribadisce che, prescindendo dalla natura giuridica dell'IRFIS l'operazione posta in essere dalla medesima Società non potrebbe ritenersi assoggettabile all'obbligo di gara, trattandosi di un appalto di servizi di valore inferiore a

euro 40.000, comunque sotto la soglia di rilevanza comunitaria.

In seguito alla comunicazione delle risultanze istruttorie anche l'Assessorato all'Economia della Regione Siciliana, ha prospettato le proprie controdeduzioni con memoria acquisita dal protocollo generale al n. 89716 in data 25.09.2013. La Regione Siciliana ha condiviso le considerazioni e le argomentazioni dedotte dall'IRFIS, ritenendo in ragione delle stesse superate le perplessità espresse dal precedente Assessore. Nello specifico, è stata confermata la tesi della natura di società *in house* dell'IRFIS, pur evidenziandone anche l'ulteriore natura di intermediario finanziario soggetto alla vigilanza della Banca d'Italia. Al contempo, la Regione ha espresso l'intento di mantenere la duplice natura di IRFIS anche mediante l'attuazione del piano industriale nell'ambito della quale si intende rivisitare lo Statuto societario, in conformità con altre società finanziarie a prevalente partecipazione pubblica, quale Cassa Depositi e Prestiti. Infatti, secondo quanto prospettato dalla Regione, nell'ambito dello svolgimento delle attività di natura privatistica, quale intermediario finanziario ex art. 106 e 107 TUB, IRFIS non sarebbe "obbligata al rispetto della disciplina di cui al d.lgs. 163/03 al pari di altre istituzioni quali Cassa Depositi e Prestiti e Poste Italiane spa che operano sia come soggetto privato se affidano appalti per servizi bancari e finanziari e come soggetto pubblico - tenuto quindi al rispetto del codice dei contratti pubblici - qualora operino rispettivamente come erogatore di mutui per gli enti locali o come concessionaria del servizio postale".

In data 8 ottobre 2013, è stata acquisita al n. 95233 del protocollo generale dell'AVCP, una memoria integrativa dell'Irfis, con la quale oltre a ribadirsi le considerazioni già formulate nei precedenti atti - anche alla luce di quanto esposto dalla Regione Sicilia nella proprio atto - si è chiesto all'AVCP un congruo rinvio per consentire alla Regione di adottare una soluzione simile a quella prescelta da Cassa Depositi e Prestiti; per CDP, società finanziaria a prevalente capitale pubblico, l'art. 5 del D.L. 269/2003, convertito, con modificazioni, dalla Legge n. 326/2003 prevede una distinzione tra la gestione separata, assoggettata al potere di indirizzo del Ministero dell'Economia e delle Finanze ed alla vigilanza di una commissione parlamentare, e le ulteriori attività di intermediario finanziario di cui all'art. 107 TUB, da svolgere nel mercato liberalizzato, come ogni altro operatore economico privato. Inoltre, la Regione Siciliana aveva annunciato di volersi avvalere dei propri poteri normativi primari, per disciplinare in via legislativa il doppio ruolo dell'IRFIS.

4) Modifiche normative e statutarie adottate

Infine, con nota acquisita dal protocollo generale dell'AVCP al n. 3889 in data 13 gennaio 2014, la difesa dell'Istituto ha riferito che, in data 18 dicembre 2013, l'Assemblea Regionale Siciliana ha approvato il disegno di legge n. 566-Stralcio I recante "Norme in materia di IRFIS - FinSicilia S.p.A. - Modifiche alla legge regionale 21 dicembre 1973, n. 50".

La legge introduce una disciplina *ad hoc* in forza della quale l'Irfis Finsicilia S.p.A. "è assoggettata, in quanto iscritta all'elenco generale ed all'elenco speciale degli intermediari finanziari e sino al mantenimento di tale iscrizione, alle disposizioni del titolo V del Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia ed esercita la propria attività economica in conformità alla disciplina vigente per gli intermediari finanziari". Al contempo, è previsto che "Nell'esercizio delle sue funzioni, "IRFIS - FinSicilia S.p.A." contribuisce alla realizzazione di misure di sviluppo del settore produttivo e creditizio della Sicilia. A tal fine, "IRFIS-FinSicilia S.p.A." può svolgere compiti affidati dalla Regione, con le modalità previste dalla normativa vigente e coerentemente con quanto previsto dallo statuto della società". Per garantire la massima trasparenza dell'attività di cui al comma 2, "IRFIS - FinSicilia S.p.A.", anche mediante apposita modifica statutaria, costituisce un sistema separato ai soli fini contabili ed organizzativi, la cui gestione è uniformata a criteri di trasparenza e di salvaguardia dell'equilibrio economico".

Infatti, il nuovo Statuto a sua volta prevede che l'Irfis "è società finanziaria pubblica che svolge attività economica ed è iscritta agli elenchi degli articoli 106 e 107 del TUB - Testo Unico Bancario (Decreto lgs. 1.9.1993 n. 385 e s.m.i.). La società nelle forme di legge, può istituire sedi secondarie, filiali, uffici e rappresentanze in Italia ed all'estero".

L'oggetto sociale consiste nelle seguenti attività, già indicate nel precedente statuto:

- concedere finanziamenti nei confronti di imprese e società in qualunque forma, di consorzi, di enti, organismi di servizi alle imprese e soggetti privati, anche nella forma del rilascio di garanzie fideiussorie o diverse, per facilitare il reperimento di mezzi finanziari;
- assumere partecipazioni in Italia e all'estero, e cioè acquisire, detenere e gestire diritti, rappresentati o meno da titoli, sul capitale di altre imprese o enti; tale attività, che può essere esercitata anche in nome e per conto della Regione Siciliana, mediante la gestione di appositi fondi a tal fine destinati, può essere finalizzata anche all'alienazione delle Partecipazioni e può consistere per il periodo di detenzione in interventi volti alla riorganizzazione aziendale o allo sviluppo al soddisfacimento delle esigenze finanziarie delle partecipate, anche tramite il reperimento del capitale di rischio;
- svolgere attività ausiliarie e accessorie a quelle sopra citate e partecipare nell'interesse del socio pubblico, a Società di gestione del risparmio prestare consulenza ed assistenza in materia di struttura finanziaria, di strategia industriale e di questioni connesse, nonché consulenza e servizi nel campo delle concentrazioni e del rilievo di imprese;
- promuovere e sostenere anche in nome e per conto della Regione Siciliana operazioni di project financing e di investimenti nel settore sociale;
- compiere qualsiasi operazione mobiliare ed immobiliare, anche per l'investimento di fondi di previdenza e di liquidazione del personale, ovvero per l'acquisizione, implementazione e

razionalizzazione del beni strumentali al funzionamento della società;

- gestire anche su mandato della Regione e sotto forma di raccolta, fondi speciali destinati alla realizzazione di piani e programmi regionali e per eventuali interventi straordinari e servizi connessi;
- operare, inoltre, nell'interesse della Regione, per l'attuazione di interventi finanziari, di promozione e sviluppo ad essa affidati da Organismi sovranazionali, dallo Stato, dalla Regione Siciliana e da altri enti, utilizzando le risorse assegnatele per l'espletamento di tali compiti, nonché fornire servizi finanziari, sotto ogni forma e nell'ambito di specifici incarichi alla Regione Siciliana, ovvero a Enti e società da questa direttamente o indirettamente partecipati;"

Alle predette attività sono state aggiunte le seguenti:

"- riscuotere crediti ceduti e servizi di cassa e di pagamento ai sensi dell'art. 2, commi 3, 6 e 6-bis della legge 30 aprile 1999, n. 130 in materia di cartolarizzazione dei crediti (c.d. servicing);

- prestare servizi di pagamento previa autorizzazione ai sensi dell'art. 114-novies. comma 4. TUB e iscritti nel relativo albo;

- emettere moneta elettronica previa autorizzazione ai sensi dell'art. 114-quinques TUB e iscritti nel relativo albo;

- prestare servizi di investimento, nei casi ed alle condizioni previste dalla Banca d'Italia ai sensi dell'art. 18, comma 3, TUB."

Al contempo, è stata eliminata la definizione di struttura operativa della Regione e di società in house, mentre è stato specificato che "Al fine di svolgere i compiti affidati direttamente dalla Regione l'Irfis può costituire gestioni separate e/o società partecipate strumentali che rivestono la natura di organismi di diritto pubblico. In tale caso, alla Regione spetta il potere di indirizzo, di definizione delle modalità gestionali e di controllo e direzione sulla gestione separata e/o società partecipata. All'Irfis Finsicilia S.p.a. si applicano le disposizioni del Titolo V del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 e successive modifiche e integrazioni, previste per gli intermediari iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del medesimo decreto legislativo fermo restando quanto previsto per i compiti affidati direttamente dalla Regione" (art. 3 del nuovo Statuto).

Tuttavia, all'art. 21 dello Statuto resta la disciplina sul controllo analogo, in base alla quale "La società, in quanto Capogruppo, per la gestione in regime di affidamento diretto di attività e servizi per conto della Regione Siciliana alle società partecipate da Irfis - Finsicilia si adopererà affinché le società affidatarie siano soggette ad un controllo funzionale, gestionale e finanziario analogo a quello esercitato dalla Regione Siciliana sui propri servizi, che si esplica attraverso la conformazione delle attività di programmazione, di gestione e rendicontazione, alle direttive impartite dalla medesima".

In buona sostanza, come già preannunciato nelle proprie difese, la regione Sicilia ha, dunque, condiviso le considerazioni e le argomentazioni dell'IRFIS, ritenendo superate le perplessità espresse nell'esposto presentato all'AVCP dal precedente Assessore; sicché, con le modifiche normative introdotte, ha inteso chiarire che l'IRFIS ha natura di intermediario finanziario ex art. 106 e 107 TUB, che opera nel settore al pari degli altri operatori ed è soggetto alla vigilanza della Banca d'Italia; al contempo, in quanto sottoposta alla direzione della Regione può gestire fondi in nome e per conto di quest'ultima e svolgere altre attività da essa assegnata, all'uopo costituendo gestioni separate.

Considerato in diritto

Con le modifiche legislative e statutarie sopra descritte, la Regione ha inteso superare le criticità evidenziate nella comunicazione delle risultanze istruttorie, con riferimento alla natura giuridica dell'IRFIS.

Al riguardo, occorre rilevare, tuttavia, che la copertura normativa - mediante la legge regionale di nuova emanazione - e la separazione gestionale, organizzativa e contabile delle diverse attività (ossia quelle affidate dalla Regione e quelle svolte quale società finanziaria iscritta nei relativi albi T.U.B.) non appaiono idonee a superare le criticità correlate alla coesistenza in un medesimo soggetto giuridico della duplice natura di impresa pubblica e di società *in-house*, ciò in ragione della incompatibilità delle due fattispecie.

Detta incompatibilità è stata sancita dal legislatore nazionale che, con l'art. 13 del d.l. n. 223/06 ha inteso, appunto, escludere la coesistenza di attività amministrativa di natura finale o strumentale per conto di una pubblica amministrazione e attività di impresa seppur pubblica, in quanto, come evidenziato dalla Corte Costituzionale, "(.....) L'una e l'altra possono essere svolte attraverso società di capitali, ma le condizioni di svolgimento sono diverse"³. Sicché, la disciplina relativa alle società delle amministrazioni regionali e locali introdotta con il c.d. decreto Bersani è rivolta "a separare le due sfere di attività per evitare che un soggetto, che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività d'impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto pubblica amministrazione"⁴. In questo modo, sempre secondo la Corte Costituzionale, "Non è negata né limitata la libertà di iniziativa economica degli enti territoriali, ma è imposto loro di esercitarla distintamente dalle proprie funzioni amministrative, rimediando a una frequente commistione, che il legislatore statale ha reputato distorsiva della concorrenza"⁵. Anche la giurisprudenza amministrativa, si è espressa sul punto evidenziando che "...le ragioni per le quali la società strumentale rappresenta una turbativa del libero giuoco della concorrenza consistono nel rischio che si creino particolari situazioni di privilegio per alcune imprese, quando queste ultime

usufruiscano, sostanzialmente, di un aiuto di Stato, vale a dire di una provvidenza economica pubblica atta a diminuirne o coprirne i costi. Il privilegio economico non necessariamente si concretizza nel contributo o sussidio diretto o nell'agevolazione fiscale o contributiva, ma anche garantendo una posizione di mercato avvantaggiata rispetto alle altre imprese. Invero, una posizione di vantaggio non sempre si realizza introducendo limiti e condizioni alla partecipazione delle imprese concorrenti, ma anche garantendo ad un'impresa una partecipazione certa al mercato cui appartiene, garantendo, in sostanza, l'acquisizione sicura di contratti il cui provento sia in grado di coprire, se non tutte, la maggior parte delle spese generali; in sintesi: un minimo garantito (ecco il senso delle limitazioni ad operare sul mercato di imprese strumentali agli enti costituenti). Né occorre che ciò determini profitto, purché l'impresa consegua da tali contratti quanto è sufficiente a garantire e mantenere l'apparato aziendale. (...) L'impresa beneficiaria di questa sorta di minimo garantito, infatti, è competitiva non solo nelle gare pubbliche, ma anche rispetto ai committenti privati, sicché, in definitiva, un tale sistema diviene in sé assai più pericoloso e distorcente di una semplice elusione del sistema delle gare" (Consiglio di Stato, sez. V, n. 6527/2010).

Con specifico riferimento alle società di intermediazione finanziaria giova, poi, richiamare quanto rilevato dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 2084/2013, con la quale è stato rigettato l'appello avverso la sentenza del Tar Molise, che aveva annullato gli atti con cui la Regione Molise ha istituito il Fondo unico anticrisi, affidandone la gestione in house alla Finmolise S.p.A.. Al pari della sentenza di primo grado, il Consiglio di Stato ha ritenuto che l'affidamento dei servizi finanziari non potesse essere legittimamente disposto senza il previo esperimento di una procedura di evidenza pubblica, in quanto "la Finmolise s.p.a. non ha le caratteristiche della società strumentale, fornendo anche servizi rivolti al pubblico, in particolare in favore delle piccole e medie imprese e quindi attività non consentite nel contesto della strumentalità delineato pro tempore dal decreto Bersani"; il Consiglio di Stato, ha anche evidenziato che non "può sostenersi che le società finanziarie, categoria alla quale appartiene Finmolise s.p.a., sono escluse dall'ambito di applicazione dell'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, ai sensi del suo primo comma, ultima parte (le società che svolgono l'attività di intermediazione finanziaria prevista dal testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, sono escluse dal divieto di partecipazione ad altre società o enti). La norma richiamata, infatti, legittima le suddette società ad assumere partecipazioni in altre società o enti, strumento spesso indispensabile per lo svolgimento della loro attività. Il che non consente la costituzione di una società controllata stabilmente operante sul mercato, ma solo l'assunzione di partecipazioni minoritarie e tendenzialmente temporanee (v. art. 4 comma 1 lett. a dello statuto Finmolise del 2003, al riguardo non modificato dalla legge regionale n. 27 del 2009)".

Infine, sembra utile sottolineare che nella sentenza in esame, il Consiglio di Stato ha anche escluso la possibilità di superare il divieto posto dall'art. 13 del d. l. Bersani, mediante lo scorporo delle attività non consentite agli enti strumentali e l'affidamento delle stesse ad una società controllata; infatti, "la partecipazione al confronto concorrenziale mediante una partecipata (nel caso di specie al 100%) consente alla controllante di essere attiva sul mercato, ed il fatto che ciò avvenga formalmente mediante un soggetto distinto costituisce un'evidente elusione del dettato normativo".

Sicché, se come testualmente sancito dal legislatore non è permesso alle società strumentali di regioni ed enti locali svolgere al contempo attività d'impresa sui mercati, devono anche ritenersi preclusi tutti i comportamenti diretti ad eludere tale divieto. In particolare, non può ammettersi l'esercizio di attività d'impresa attraverso società controllate da società strumentali⁶. Pertanto, poiché le società affidatarie di un ruolo strumentale, inteso sia come produzione di servizi, che come esercizio di funzioni ex lege (condizione che potrebbe essere riferibile al caso di specie), devono avere un oggetto sociale esclusivo⁷, si deve ritenere che lo statuto dell'IRFIS non possa legittimamente includere la possibilità di svolgere altre attività rivolte al mercato e comunque diverse quelle affidate dalla Regione ed attraverso le quali "contribuisce alla realizzazione di misure di sviluppo del settore produttivo e creditizio della Sicilia".

Sotto altro profilo, si evidenzia anche che la natura strumentale della società e la conseguente possibilità di essere destinataria di affidamenti diretti da parte della Regione differenziano IRFIS da Cassa Depositi e Prestiti, la quale pur essendo, a sua volta, una società pubblica, tuttavia non rientra nel novero di quelle strumentali alle quali è applicabile l'art. 13 del d. l. n. 223/2006⁸.

Infine, si rileva che ove pure dovesse ritenersi che, nel caso di specie, la costituzione di gestioni separate sia conforme alla normativa di riferimento, in ragione della natura giuridica di IRFIS di organismo di diritto pubblico, quale società *in-house* della Regione tutta l'attività della società inclusa quella di natura imprenditoriale sarebbe comunque soggetta alle disposizioni del codice dei contratti; infatti, occorrerebbe tener conto della c.d. "teoria del contagio", risalente alla nota sentenza Mannesman della Corte di Giustizia (15 gennaio 1998 nella causa C-44/96), in base alla quale il regime dell'evidenza pubblica applicabile all'organismo di diritto pubblico va esteso a tutti i suoi appalti, non potendo sussistere un organismo di diritto pubblico in parte qua.

In merito alla applicabilità delle disposizioni del d.lgs. n. 163/06, ai contratti di deposito bancario sottoscritti da IRFIS, restano ferme le considerazioni già formulate nella comunicazione alle parti delle risultanze istruttorie.

Infatti, pur essendo stato specificato nel nuovo statuto che IRFIS "esercita la propria attività economica in conformità alla disciplina vigente per gli intermediari finanziari", al contempo, si afferma che mediante le attività oggetto di gestione separata l'ente "contribuisce alla realizzazione

di misure di sviluppo del settore produttivo e creditizio della Sicilia”, perseguendo, dunque, finalità di carattere generale aventi carattere non industriale o commerciale (così, in particolare per la gestione dei fondi pubblici, svolta per la Regione in regime di affidamento diretto). Pertanto, stante la qualità di IRFIS quale società in house della Regione, devono ritenersi sussistenti in capo alla stessa anche i meno stringenti requisiti degli organismi di diritto pubblico (personalità giuridica, finanziamento maggioritario, perseguimento di esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale). Peraltro, l'art. 3-bis del d.l. n. 138/2011 inserito dall'art. 25, comma 1, lett. a), D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla L. 24 marzo 2012, n. 27, al comma 6 dispone espressamente che “Le società affidatarie in house sono tenute all'acquisto di beni e servizi secondo le disposizioni di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni.”

Ne può revocarsi in dubbio che con i diversi istituti bancari sono stati sottoscritti tipici contratti di conto corrente e di deposito a termine, aventi ad oggetto servizi rientranti nell'allegato IIA del codice dei contratti e pertanto soggetti alle regole dell'evidenza pubblica; infatti, l'esclusione prevista dall'art. 19 comma 1 lett. d) dello stesso codice riguarda i soli “servizi finanziari relativi all'emissione, all'acquisto, alla vendita ed al trasferimento di titoli e in particolare le operazioni di approvvigionamento in denaro o capitali delle stazioni appaltanti, nonché i servizi forniti dalla Banca d'Italia”.

Quanto ai criteri da applicarsi per il calcolo dell'importo dei contratti bancari, si è già fatto riferimento alle criticità prospettate dall'AVCP con riferimento ai servizi di tesoreria per i quali le stazioni appaltanti che bandiscono gare pubbliche molto spesso indicano nel bando un importo nullo, quando non siano previste delle commissioni a carico della PA; al riguardo, sono stati svolti degli approfondimenti, interpellando l'ABI (Associazione Bancaria Italiana), la quale ha concordato nel ritenere che “...il valore del contratto risiede in variegati elementi di cui beneficia l'operatore economico.....”, per cui anche nelle ipotesi di gratuità “esso deve essere considerato indeterminabile ma non nullo; ciò, con tutte le conseguenze normative che da tale definizione di valore derivano (cfr. nota ABI acquisita al prot. dell'AVCP al n. 104916 il 20 ottobre 2011).

Orbene, è di tutta evidenza che i servizi bancari oggetto dei contratti in esame sono differenti da quelli più articolati svolti dal tesoriere, concernenti il complesso di operazioni legate alla gestione finanziaria di un ente e comprendenti la riscossione delle entrate, il pagamento delle spese e la custodia dei titoli e dei valori. Deve anche evidenziarsi che, diversamente da quanto concluso per il caso di specie, da tempo i servizi di tesoreria sono stati qualificati dalla giurisprudenza come concessione di servizi; da ultimo, si è pronunciato il Consiglio di Stato con sentenza n. 3377 del 6 giugno 2011, nella quale si ricorda che “In questo senso, si è espressa anche la Corte di Cassazione, con la decisione n. 8113/09, ove viene precisato che “come reiteratamente affermato da queste Sezioni Unite (sentenze n. 13453/91, n. 874/99, n. 9648/2001) il contratto di tesoreria.....va qualificato in termini di rapporto concessorio, e non di appalto di servizi.....avendo ad oggetto la gestione del servizio di tesoreria comunale implicante, ai sensi del T.U. della Legge Comunale e Provinciale, approvato con R.D. 3 marzo 1934, n. 383, art. 325, il conferimento di funzioni pubblicistiche quali il maneggio del denaro pubblico e il controllo sulla regolarità dei mandati e prospetti di pagamento, nonché sul rispetto dei limiti degli stanziamenti in bilancio”.

Tuttavia, anche nel caso in esame emerge la necessità di una corretta stima del valore dei contratti atteso che diversamente, un non adeguato livello di pubblicità dell'affidamento determinerebbe l'alterazione della concorrenza nel mercato di riferimento e la violazione dei principi generali di non discriminazione e trasparenza, di cui all'art. 2 del codice dei contratti.

Al riguardo, giova richiamare anche quanto concluso nella sentenza n. 416 del 26 febbraio 2009, dal Tar di Palermo a seguito del ricorso proposto dal Banco di Sicilia s.p.a. che esercitava le funzioni di tesoreria per conto della Regione Siciliana; Il Tribunale amministrativo è stato chiamato a valutare la legittimità dei provvedimenti mediante i quali, l'Assessorato regionale alla Cooperazione, acquisita ed accolta l'istanza di Banca Nuova s.p.a., affidataria della gestione del fondo regionale istituito dall'art. 60 della legge regionale 23 dicembre 2000, n. 32, ha trasferito a quest'ultima anche la relativa attività di cassa, mediante accensione del conto corrente direttamente presso il gestore, sottraendo la corrispondente disponibilità economica alla banca ricorrente.

Nella decisione in esame, il Tar ha ritenuto che la descritta operazione concernente la sottoscrizione di un contratto di conto corrente per il deposito delle liquidità di un fondo regionale siciliano fosse qualificabile alla stregua di un appalto di servizi e certamente soggetto all'obbligo dell'evidenza pubblica “quand'anche fosse stato affidato anche a titolo completamente gratuito”. Evidenziato, infatti, che nel caso trattato veniva in rilievo un'utilità contendibile sul mercato, il TAR ha ricordato anche che “Già in passato, del resto, il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, nella decisione n. 144/2002, aveva affermato che ad una simile conclusione dovesse pervenirsi pur in assenza di un corrispettivo pecuniario a carico dell'ente pubblico.....dove il profitto per l'istituto di credito non è dato certamente dalla percezione di un eventuale corrispettivo in denaro a carico dell'ente affidatario del servizio, ma inerisce invece alle possibilità indotte di gestione di rilevanti flussi finanziari, di acquisizione delle disponibilità delle giacenze di cassa e di reinvestimento delle stesse all'interno del mercato finanziario”.

Pertanto, se “il discrimen della rilevanza pubblica è dato, dunque, dalla circostanza che il contratto servizio sia tale “da suscitare l'interesse concorrenziale delle imprese”, deve presumersi che nel caso di specie, l'interesse degli istituti bancari che operano sul mercato sia suscitato non tanto dalle esigue commissioni dovute dall'affidatario, quanto piuttosto dalla consistenza delle somme di cui potrà essere acquisita la disponibilità.

In base quanto prospettato nelle difese delle parti, i precedenti giurisprudenziali appena richiamati sarebbero irrilevanti e non attinenti al caso di specie giacchè riguardanti i servizi di tesoreria, per i quali la più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato ha affermato che costituiscono, in via generale un servizio gratuito.

Inoltre - sempre in base a quanto prospettato nelle memorie difensive dell'IRFIS - ove si volesse aderire alla tesi secondo la quale, ai fini della determinazione del valore, si debba tener conto non solo delle commissioni, ma anche dell'utilità derivante dalla disponibilità di ingenti somme di denaro, allora dovrebbe ritenersi che tale interpretazione vada estesa a tutti i servizi di cui all'art. 29, commi 1 e 2, lett. a) del D. Lgs. n. 163/2006; così, diversamente da quanto previsto dall'art. 29 del codice dei contratti, per gli appalti pubblici di servizi assicurativi il valore non sarebbe individuabile solo sulla base del premio da pagare, bensì anche in ragione del massimale assicurato, per gli appalti riguardanti la progettazione il valore non sarebbe determinabile solo in base agli onorari o alle commissioni da pagare, ma altresì in relazione al valore dell'opera oggetto della progettazione. Si tratta, a ben vedere, di considerazioni non condivisibili, in quanto l'esigenza di non considerare le sole commissioni - così come indicato nell'art. 29 - vale solo nel caso dei contratti di deposito bancario, per i quali viene in rilievo la necessità di tener conto anche dell'utilità derivante dalla disponibilità di ingenti somme di denaro; mentre, in tutti gli altri casi citati (servizi assicurativi, di progettazione), certamente non vi è alcun ulteriore beneficio per l'appaltatore, se non il corrispettivo percepito.

Quanto alla pronunce giurisprudenziali sopra citate, è di tutta evidenza che si tratti di precedenti rilevanti per la risoluzione della fattispecie qui in esame, non solo in quanto riferiti ad una operazione concernente la sottoscrizione di un contratto di conto corrente per il deposito delle liquidità di un fondo regionale siciliano, ma anche perché il giudice amministrativo ha trattato - in modo condivisibile - il tema del vantaggio economico derivante dalla disponibilità delle somme in deposito.

Pertanto, pur in assenza di più chiare pronunce in tal senso da parte della giurisprudenza, per servizi bancari come quelli esaminati nel caso di specie, deve ritenersi che ai fini della determinazione dell'importo si debba tener conto anche dell'utilità concernente la disponibilità di ingenti somme di denaro; di tal che, anche nelle ipotesi di gratuità o di commissioni a carico dell'ente affidatario di valore inferiore alle soglie di rilevanza comunitarie, si ritiene che, a garanzia della concorrenzialità tra gli operatori del mercato bancario, il contratto debba essere considerato di valore indeterminabile, con conseguente applicazione delle regole che governano l'affidamento di servizi di importo superiore alle soglie comunitarie.

In base a tutto quanto sopra considerato,

Il Consiglio

ritiene che:

- IRFIS Finsicilia deve qualificarsi come ente *in house* della Regione, in quanto tale tenuto al rispetto del codice dei contratti pubblici ed al divieto di cui all'art. 13 del d. l. n. 223/2006, in base al quale non può ammettersi il contestuale svolgimento da parte del medesimo ente di ulteriori attività di intermediario finanziario sul mercato, al pari degli altri operatori economici;

- la costituzione, a tal fine, di gestioni separate e/o di società partecipate non è idonea a superare il predetto divieto;

- per i servizi bancari, in casi come quello di specie, ai fini della determinazione dell'importo si deve tener conto anche dell'utilità concernente la disponibilità di ingenti somme di denaro; di talché, anche nelle ipotesi di gratuità o di commissioni a carico dell'ente affidatario di valore inferiore alle soglie di rilevanza comunitarie, a garanzia della concorrenzialità tra gli operatori del mercato bancario, il contratto deve essere considerato di valore indeterminabile, con conseguente applicazione delle regole che governano l'affidamento di servizi di importo superiore alle soglie comunitarie.

Dà mandato alla Direzione Generale Vigilanza Lavori, Servizi e Forniture affinché comunichi la presente deliberazione alla Regione Sicilia ed all'IRFIS Finsicilia.

Il Presidente Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 10 settembre 2014

Il Segretario Maria Esposito

1 Circolare n. 216 del 5 agosto 1996, Capitolo V, Sezione X.

2 Secondo la richiamata normativa, "Al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. È sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e che forniscono servizi di committenza o di centrali di committenza a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici

relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza".

"L'assunzione di nuove partecipazioni e il mantenimento delle attuali devono essere autorizzati dall'organo competente con delibera motivata in ordine alla sussistenza dei presupposti di cui al comma 27".

3 Corte Costituzionale, sentenza 1° agosto 2008, n. 326, con cui sono state dichiarate inammissibili e non fondate le questioni di legittimità costituzionale poste da alcune Regioni, con riferimento al citato art. 13.

4 Corte Cost. sent. n. 326/08.

5 Corte Cost. sent. n. 326/08.

6 Sul punto, Consiglio di Stato Adunanza Plenaria n. 17 del 10 settembre 2011, secondo cui "la finalità del d.l. n. 223, di evitare effetti distorsivi della libera concorrenza, si persegue non solo vietando le attività diverse da quelle classificabili come strumentali rispetto alle finalità dell'ente pubblico, ma anche vietando la partecipazione delle società strumentali ad altre società. In effetti, l'alterazione della libera concorrenza può realizzarsi anche in via mediata, ossia fruendo dei vantaggi derivanti dall'investimento del capitale di una società strumentale in altro soggetto societario costituito con finalità neppure indirettamente strumentali, ma anzi intrinsecamente imprenditoriali (cfr., in termini, V sez. 22 febbraio 2010, n. 1037)".

7 L'art. 13 prevede, infatti, che "Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali e dei servizi di committenza o delle centrali di committenza apprestati a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 16, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, nè in affidamento diretto nè con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale. Le società che svolgono l'attività di intermediazione finanziaria prevista dal testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 38, sono escluse dal divieto di partecipazione ad altre società o enti. Le società di cui al comma 1 sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1".

8 Per le stesse ragioni non può ritenersi corretto il riferimento a Poste Italiane s.p.a., società pubblica che svolge attività nel settore speciale di cui all'art. 211 del codice degli appalti ed attività finanziarie che sono state ritenute direttamente esposte alla concorrenza dalla Commissione europea. Infatti, la Repubblica italiana aveva chiesto di stabilire se determinati servizi svolti da Poste fossero direttamente esposti alla concorrenza e la Commissione con decisione del 5 gennaio 2010, ha risposto positivamente, giudicando inapplicabile la dir. 2004/17/CE. In seguito, il D.P.C.M. 25 gennaio 2010, ha stabilito che "Il D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, recante Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE non si applica agli appalti attribuiti da enti aggiudicatori e destinati a consentire l'esecuzione dei seguenti servizi in Italia: a) raccolta del risparmio tramite i conti correnti; b) prestiti per conto di banche e altri intermediari finanziari abilitati; c) servizi e attività di investimento; d) servizi di pagamento e trasferimento di denaro". E' di tutta evidenza che il provvedimento richiamato non può essere riferito ad Irfis Finsicilia, che non è un ente aggiudicatore.