



Scuola Veneto e Friuli Venezia Giulia

CORSO

La gestione associata delle funzioni e dei servizi comunali

Massimiliano Alesio

La gestione associata delle funzioni ed i servizi comunali

Padova
10 novembre 2011

LA GESTIONE ASSOCIATA DELLE FUNZIONI ED I SERVIZI COMUNALI

1) LA GESTIONE ASSOCIATA DELLE FUNZIONI: LINEAMENTI GENERALI: 1.1) L'ampliamento delle competenze comunali ed il principio di sussidiarietà. 1.2) L'individuazione dei cd. livelli ottimali per la gestione di servizi e funzioni. La Stazione Unica Appaltante (SUA). 1.3) Il ruolo delle Regioni. **2) IL QUADRO NORMATIVO DI RIFERIMENTO FINO AL 2009:** 2.1) I modelli di gestione associata: introduzione. 2.2) I modelli di gestione associata: la Convenzione. 2.3) I restanti modelli di gestione associata: Il Consorzio; l'Unione di Comuni; gli "accordi" ex art. 15, legge n. 241/1990. **3) LA DISCIPLINA DEL 2010** (art. 14, commi 25°-31°, decreto legge n. 78/2010, convertito in legge n. 122/2010). **4) LE ULTIME NOVITÀ: LA PECULIARE DISCIPLINA DEI COMUNI FINO A 1.000 ABITANTI (ART. 16, DECRETO LEGGE N. 138/2011, CONVERTITO IN LEGGE N. 148/2011).** **5) L'ENNESIMA MICRO-RIFORMA DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI: AMBIZIOSO TENTATIVO DI LIBERALIZZAZIONE O RITORNO AL PASSATO? :** 5.1) Introduzione; 5.2) Lo scenario immediatamente precedente; 5.3) La nuova micro-riforma: il disegno di liberalizzazione; 5.4) La nuova micro-riforma: la nuova disciplina dell'*in house providing* ed altri aspetti

1) LA GESTIONE ASSOCIATA DELLE FUNZIONI: LINEAMENTI GENERALI

1.1) L'ampliamento delle competenze comunali ed il principio di sussidiarietà.

Appare evidente che la riforma del titolo V° della Costituzione, realizzata, come noto, con la legge costituzionale n. 3 del 2001, ha inteso valorizzare il ruolo amministrativo dei Comuni. Il nuovo articolo 118, infatti, ha introdotto il principio della cd. "*sussidiarietà verticale*", in virtù del quale le funzioni amministrative sono svolte, di regola, dai Comuni, salvo che, per esigenze di carattere unitario, siano attribuite ai livelli di governo superiori. Ora, occorre concentrare l'attenzione su di un dato importante.

Nonostante che siano state ampiamente analizzate le implicazioni afferenti il potere legislativo regionale¹ e diffusamente esaminato il ruolo amministrativo degli enti locali, dedicando una particolare considerazione al Comune, solo in tempi recenti l'attenzione degli amministratori e degli studiosi e, soprattutto, del Legislatore, si sta rivolgendo all'approfondimento delle questioni relative agli strumenti associativi. Ciò, con particolare riferimento all'analisi delle concrete forme di cooperazione, attraverso le quali gli enti locali medesimi stanno portando in attuazione la citata riforma. In realtà, l'interesse per le forme associative degli Enti locali, sia da parte del legislatore sia dei pubblici amministratori, è relativamente recente, ed è coevo alle riforme che, a livello legislativo prima e costituzionale poi, hanno notevolmente aumentato le competenze amministrative degli enti locali minori, ed in particolar modo del Comune.

I problemi fondamentali, con i quali la maggioranza dei Comuni italiani si è dovuta confrontare in questi ultimi anni, infatti, sono rappresentati, soprattutto, dall'influenza che l'ampliamento delle competenze locali ha dispiegato sull'organizzazione amministrativa degli enti medesimi. Per comprendere la problematicità dell'impatto delle nuove attribuzioni sulla realtà amministrativa locale può semplicemente osservarsi che in Italia vi è il fenomeno della cd. "*polverizzazione*" degli enti di livello comunale. È noto che la realtà comunale è caratterizzata dalla presenza di più di 8.000 Comuni², dei quali soltanto 136 hanno una popolazione superiore ai 50.000 abitanti. Una dimensione, geografica e demografica, non solo idonea per la realizzazione di politiche pubbliche efficaci, ma che permette anche, nel contempo, l'economicità dell'azione amministrativa. Occorre, inoltre, considerare che, sovente, gli stessi confini delle circoscrizioni comunali sono ritagliati artificialmente, e in una maniera tale da non permettere una erogazione dei servizi che sia tecnicamente efficiente ed economicamente vantaggiosa.

¹ B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del titolo V. Stato, regioni e autonomie fra Repubblica e Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2002; F. PIZZETTI, *La ricerca del giusto equilibrio tra uniformità e differenza: il problematico rapporto tra il progetto originario della Costituzione del 1948 e il progetto ispiratore della riforma costituzionale del 2001*, in *Le Regioni*, n. 4/2003, 610.

² Precisamente: 8.101.

Non può pertanto sfuggire come, a fronte dei nuovi ed ampi compiti, gli enti locali di piccole dimensioni stiano conoscendo, da tempo, una grave difficoltà ad acquisire le competenze amministrative e tecniche, necessarie per fronteggiare le nuove attribuzioni. Infatti, come è stato correttamente messo in evidenza³, notevoli sono le difficoltà, con cui si confrontano quotidianamente gli enti locali: i nuovi conferimenti e la contestuale domanda da parte dei cittadini alle amministrazioni locali di servizi sempre più adeguati sotto il profilo della qualità, presuppone da parte di queste ultime, un alto grado di preparazione tecnica e notevoli capacità amministrative e gestionali. Inoltre, gli stessi enti avvertono la necessità di organizzare in maniera efficace le risorse umane disponibili, anche al fine di liberare personale per la gestione delle nuove responsabilità, stante l'impossibilità, per evidenti ragioni di carattere finanziario, di ricorrere alle tradizionali assunzioni. Gli enti locali devono, poi, confrontarsi con le necessità derivanti dalle maggiori funzioni loro attribuite e con le difficoltà derivanti dalle ristrettezze della finanza pubblica, entrambi fattori che mettono alla prova la loro capacità, sia dal punto di vista tecnico che amministrativo, di rispondere alle aspettative dell'opinione pubblica e della cittadinanza. Il rischio concreto che incombe, attualmente, sulle amministrazioni di livello locale è, dunque, rappresentato dalla possibilità che il tanto invocato principio di sussidiarietà possa, in realtà, risultare vanificato dalla oggettiva impossibilità tecnico-logistica, da parte di molte realtà comunali, ad assolvere ai nuovi e maggiori compiti.

Si comprende, quindi, la centralità che sta progressivamente assumendo la questione relativa alla gestione associata dei servizi e delle funzioni amministrative, specie nei Comuni di piccole dimensioni. La risposta alle preoccupazioni appena sollevate, infatti, può derivare, oltre che da una riforma delle circoscrizioni territoriali di primo livello, proprio da un sapiente utilizzo delle possibilità offerte ai Comuni, dalla legislazione, rappresentate dagli istituti, che consentono la realizzazione di forme associate di gestione dei servizi e delle funzioni. Istituti presenti da tempo nella legislazione nazionale, ma che hanno subito, nel corso degli ultimi anni, progressivi ed incisivi cambiamenti proprio per renderli adattabili alle esigenze degli enti territoriali minori. Forme associative che sono, peraltro, oggetto di disciplina anche da parte delle regioni, alle quali è stato affidato, sin dalla legge n. 142/1990, nonché dalla successiva legislazione in materia, un ruolo fondamentale nella determinazione, in concreto, degli ambiti ottimali per lo svolgimento associato dei servizi e delle funzioni.

La cooperazione intercomunale rappresenta, pertanto, una delle maggiori opportunità offerte agli enti territoriali minori per colmare il *deficit* di elevate competenze tecniche e di capacità amministrativa: *deficit* legato, soprattutto, all'inadeguatezza delle circoscrizioni territoriali ed alla scarsità di risorse economiche. Numerosi, invero, sono i vantaggi che sono generalmente attribuiti alle forme associate di gestione dei servizi e delle funzioni, in termini di efficienza, economicità ed efficacia dell'azione amministrativa⁴. Il problema che sta attualmente all'attenzione delle amministrazioni locali è, dunque, quello classico relativo all'adeguatezza degli strumenti tecnici, di tecnostrutture e di burocrazie moderne, per assistere a livello adeguato la vita delle nuove istituzioni. Quest'ultima considerazione porta ad abbracciare anche l'altro spinoso problema rappresentato dall'idoneità ed efficienza dell'apparato tecnico-amministrativo degli enti locali attuali, e dalla loro capacità di adempiere, secondo i principi di efficienza, trasparenza ed economicità alle nuove competenze, nel quadro di un mutato assetto istituzionale che assegna loro un ruolo centrale e determinante.

Il ricorso alle forme di cooperazione previste dal nostro ordinamento assume, quindi, un'importanza centrale per gli enti locali di piccole dimensioni, rappresentando l'unica via percorribile per la realizzazione di economie di scala e per la gestione di servizi e funzioni in modo più efficiente ed

³ L. VANDELLI, E. BARUSSO, *Autonomie locali: disposizioni generali. Soggetti. Commento parte I titoli I-III, artt. 1-35*, MAGGIOLI, Rimini, 2004, 119 e ss..

⁴ Sui vantaggi derivanti dalla gestione associata: M. MORDENTI, P. MONEA, *La gestione associata delle funzioni e dei servizi negli enti locali*, in *Comuni d'Italia*, n. 2/2003, 15 e ss..

economico rispetto al passato. Ciò, anche a fronte, come vedremo fra breve, dell'assoluta necessità di tener conto dell'incontrovertibile esigenza di riduzione delle spese.

1.2) L'individuazione dei cd. livelli ottimali per la gestione di servizi e funzioni. La Stazione Unica Appaltante (SUA)

Il nodo centrale della gestione associata di servizi e funzioni è rappresentato, invero, dall'individuazione dell'ambito sovracomunale ottimale per assolvere in maniera adeguata, alle funzioni amministrative attribuite al livello locale di governo. La questione relativa all'individuazione dell'area ottimale è stata presa in considerazione, in modo espresso, dal legislatore con la legge delega n. 59/1997 e con il relativo D.lgs. di attuazione, il n. 112/1998. Occorre, inoltre, considerare che l'individuazione degli ambiti territoriali ottimali è una questione che coinvolge, oltre al legislatore statale, anche quello regionale. Infatti, il comma 2° dell'articolo 3 del D.lgs. 112/1998 prevede che "al fine di favorire l'esercizio associato delle funzioni dei comuni di minore dimensione demografica, le **regioni** individuano livelli ottimali di esercizio delle stesse" e che, inoltre, "nell'ambito della previsione regionale, i Comuni esercitano le funzioni in forma associata, individuando autonomamente i soggetti, le forme e le metodologie entro il termine individuato dalla legislazione regionale".

Il problema dell'individuazione del livello dimensionale ottimale è stato inizialmente preso in considerazione dalla legislazione nazionale di carattere settoriale. Infatti, leggi disciplinanti la gestione di servizi pubblici (come, ad esempio, la legge Galli⁵, per quanto concerne il servizio idrico integrato, o il decreto Ronchi⁶, per quanto riguarda il servizio di smaltimento dei rifiuti) hanno previsto che i servizi medesimi fossero svolti in ambiti territoriali ottimali, dunque, sovracomunali, proprio al fine di consentire un'erogazione del servizio in condizioni di efficienza e di economicità. Anche le leggi finanziarie, nel perseguimento dell'obiettivo della riduzione della spesa pubblica, hanno preso in considerazione, a vario titolo, la cooperazione intercomunale. Si pensi, a tale proposito, alla legge n. 537/1993, che, all'articolo 6, commi 10° e 24°, ha previsto che i Comuni hanno la possibilità di associarsi, sempre attraverso l'istituto della convenzione, per la costituzione di uffici comuni per l'espletamento delle gare per l'acquisto di beni e servizi, allo scopo di ottenere condizioni contrattuali più favorevoli.

Inoltre, la legislazione in materia di opere pubbliche ha disciplinato la possibilità, per gli enti locali, di realizzare la costituzione di uffici comuni per la progettazione di opere pubbliche⁷. Al riguardo e più recentemente, occorre ricordare che l'articolo 13 della legge n. 136/2010 ha previsto l'istituzione della **Stazione Unica Appaltante (SUA)**, la quale, su base regionale, potrà gestire le gare di lavori, forniture e servizi, per tutte le amministrazioni, mediante apposite convenzioni.

La SUA, come anche chiarito dal comma 2°, lettera b), del predetto articolo 13, ha natura giuridica di centrale di committenza e cura, per conto degli enti aderenti, l'aggiudicazione dei contratti pubblici in ambito regionale, provinciale e comunale. Le centrali di committenza nascono per un chiaro fine: porre in essere un processo di razionalizzazione della spesa, intesa come attività volta a "spendere meglio", in modo da assicurare un corretto rapporto tra risorse da impiegare rispetto ai risultati da perseguire (efficienza), e soprattutto tra risorse impiegate e risultati infine raggiunti (efficienza). Razionalizzare per spendere meno. È questa l'unica possibilità che residua, dopo il non più possibile ulteriore innalzamento del livello della pressione fiscale, se si vuole evitare che ulteriori tagli delle spese incidano sui servizi resi ai cittadini. Se non si vogliono ridurre ulteriormente i servizi⁸, bisogna, allora, utilizzare al meglio le risorse disponibili. Uno dei campi in cui lo spazio di manovra in tal senso è enorme è quello degli acquisti di beni e servizi. Ebbene, è

⁵ Legge n. 36/1994.

⁶ D.Lgs n. 22/1997.

⁷ Articolo 17, comma 1°, legge n. 109/1994 e successive modificazioni, il quale prevede espressamente la possibilità di realizzare uffici comuni attraverso lo schema del consorzio o della convenzione.

⁸ Ciò appare francamente difficile in una società, che va invecchiandosi e che richiede sempre nuovi e più efficienti servizi.

proprio in tale prospettiva che si inserisce l'istituto delle centrali di committenza e quello della programmazione degli acquisti, strumenti coordinati di razionalizzazione della spesa pubblica.

Dunque, in tale scenario, nacque, verso la fine degli anni 2000, la CONSIP S.p.A. (Concessionaria Servizi Informatici Pubblici), organismo a struttura societaria, interamente posseduto dal Ministero dell'Economia, con il compito di stipulare convenzioni, in base alle quali le imprese fornitrici si impegnano ad accettare ordinativi di fornitura fino alla concorrenza di un quantitativo di beni o di servizi predeterminato. La fonte normativa originaria è costituita dall'articolo 26 della legge 23 dicembre 1999 n. 488 (Finanziaria 2000), la quale delineò un sistema in cui, tramite procedure ad evidenza pubblica, vengono scelte imprese per la fornitura di beni e servizi alle Pubbliche amministrazioni ad uguali condizioni. Viene, quindi, previsto che le singole Amministrazioni, sulla base delle convenzioni stipulate dal Ministero dell'Economia per il tramite della CONSIP sua concessionaria, possono emettere ordinativi di forniture di beni e servizi, perfezionando così la procedura di ogni singolo acquisto.

In origine, l'obbligo di aderire alle convenzioni stipulate dalla Consip era previsto solo per le Amministrazioni centrali e periferiche dello Stato, mentre le altre Pubbliche amministrazioni, pur avendo una mera facoltà di adesione, avevano l'obbligo di utilizzare i parametri di qualità e di prezzo delle convenzioni stesse nel caso di acquisto di beni comparabili con quelli oggetto di convenzionamento. Con l'articolo 24 della legge n. 289/2002 (legge finanziaria per l'anno 2003), fu introdotto l'obbligo generalizzato di adesione per tutte le Pubbliche amministrazioni e fu prevista la nullità dei contratti stipulati in violazione del divieto. Successivamente, il Legislatore è tornato nuovamente sulla questione della facoltatività-obbligatorietà, con l'articolo 3, comma 166°, della legge n. 350/2003 (Finanziaria 2004), con il quale si eliminò ogni tipo di obbligo di adesione e Consip divenne, di conseguenza, uno strumento facoltativo di raffronto tra prezzi. Tuttavia, va osservato che la declassazione dell'istituto contrastava con quel processo, che si andava sempre più consolidando e che era teso alla centralizzazione degli acquisti. Solo pochi mesi dopo, la facoltatività di aderire alle convenzioni, appena reintrodotta, fu quindi nuovamente mitigata con il decreto legge n. 168/2004, convertito nella legge n. 191/2004, con il quale fu mantenuta come facoltativa la possibilità di adesione, ma fu introdotto l'obbligo, in caso acquisto di autonomo di beni comparabili, di raffrontare i prezzi con quelli previsti dalle convenzioni Consip e di utilizzare questi ultimi come base d'asta al ribasso.

La nuova politica di razionalizzazione degli acquisti ha condotto, poi, all'introduzione, da parte delle leggi finanziarie che si sono succedute negli ultimi anni, di nuovi strumenti di centralizzazione delle procedure di gara, che operano a livello locale. Precisamente:

- a) A livello comunale, attraverso le aggregazioni di enti locali per gli acquisti di beni e servizi (legge 266/2005, commi 158°-160°)⁹.
- b) A livello provinciale, attraverso l'articolo 33 del Codice dei contratti pubblici, il quale prevede che le amministrazioni pubbliche possano affidare il compito di stazione appaltante alla Provincia, sulla base di apposito disciplinare, con rimborso delle spese e degli oneri sostenuti, al fine di alleggerire i piccoli Comuni dall'onere di effettuare le gare¹⁰.
- c) A livello regionale, attraverso le Centrali regionali di committenza. L'articolo 1, commi 455°-457° della legge finanziaria 2007, ha introdotto la possibilità per le Regioni, anche unitamente ad altre Regioni, di costituire centrali di committenza, con il compito di stipulare

⁹ Viene introdotta la possibilità per gli enti locali di aggregarsi tra loro e di funzionare come centrali di committenza, stipulando convenzioni aperte all'adesione di tutti gli enti aderenti all'aggregazione. Si tratta della possibilità di creare delle CONSIP a livello locale. Resta naturalmente impregiudicata la possibilità per gli enti locali di aderire volontariamente alle convenzioni stipulate dalla Consip.

¹⁰ Viene, in sostanza, attribuita una nuova funzione ("mission") alla Provincia: quello di funzionare come centrale di committenza per le altre amministrazioni operanti sul proprio territorio. È anch'essa una forma di centralizzazione delle procedure di gara a livello locale

convenzioni per acquisto di beni e servizi, in favore di amministrazioni locali, ASL e tutte le altre amministrazioni con sede nel territorio¹¹.

L'articolo 13 della legge n. 136/2010, nel chiaro intento di rivitalizzare le centrali di committenza, ha previsto l'espressa emanazione di un DPCM, avente il primario compito di disciplinare i seguenti aspetti delle SUA:

- gli enti, gli organismi e le società che possono aderire alla SUA;
- le attività ed i servizi svolti dalla SUA, ai sensi dell'articolo 33 del Codice dei contratti pubblici;
- gli elementi essenziali delle convenzioni tra i soggetti che aderiscono alla SUA;
- le forme di monitoraggio e di controllo degli appalti, ferme restando le disposizioni vigenti in materia.

Dunque, con l'emanazione del DPCM del 2 luglio 2011¹², firmato dal Presidente del consiglio dei ministri e dai ministri Maroni, Alfano, Romani, Matteoli, Sacconi, Fitto e Brunetta, può finalmente "nascere" la stazione unica appaltante, su base regionale, cui potranno fare riferimento le Amministrazioni statali, le Regioni e gli Enti locali, come centrale di committenza per l'affidamento di appalti di lavori, forniture e servizi. L'ente interessato ad avvalersi della SUA dovrà stipulare una convenzione per disciplinare la collaborazione.

Per quanto concerne le finalità generali, appare chiaro che il decreto è diretto a promuovere l'istituzione, in ambito regionale, di una o più stazioni uniche appaltanti, con l'obiettivo di rendere più penetrante l'attività di prevenzione e contrasto ai tentativi di condizionamento della criminalità mafiosa, favorendo la celerità delle procedure, l'ottimizzazione delle risorse ed il rispetto della normativa in materia di sicurezza sul lavoro. Le Pubbliche amministrazioni interessate¹³ sono numerose: a) Amministrazioni dello Stato; b) Regioni; c) Enti pubblici territoriali; d) Enti pubblici non economici; e) Organismi di diritto pubblico; f) Associazioni, Unioni e Consorzi, comunque denominati, costituiti dai soggetti precedenti; g) altri soggetti pubblici, previsti dall'articolo 32 del Codice dei contratti pubblici; h) Imprese pubbliche e soggetti operanti in virtù di diritti speciali o esclusivi. Tutti questi soggetti pubblici potranno agire nel rispetto delle prescrizioni, di cui al comma 3°, dell'articolo 33, del Codice e, precisamente:

- divieto di affidare a soggetti pubblici o privati l'espletamento delle funzioni e delle attività di stazione appaltante di lavori pubblici;
- possibilità, per le amministrazioni aggiudicatrici, di affidare le funzioni di stazione appaltante di lavori pubblici ai servizi integrati infrastrutture e trasporti (SIIT) o alle amministrazioni provinciali, sulla base di apposito disciplinare che prevede altresì il rimborso dei costi sostenuti dagli stessi per le attività espletate, nonché a centrali di committenza.

Occorre, invero, tener ben presente che il ricorso alla Stazione Unica Appaltante (una o più, su base regionale) non rappresenterà un obbligo per le Pubbliche amministrazioni, ma una facoltà.

Nello svolgimento della funzione di centrale di committenza, che, in base al Codice dei contratti pubblici, si esplica nell'acquisizione di forniture, lavori e servizi destinati ad altre amministrazioni e nell'aggiudicazione di appalti o nella conclusione di accordi quadro, la SUA ha il compito primario di "gestire la procedura di gara". In tal senso, i poteri della SUA sono alquanto penetranti e comprendono: - la collaborazione, con l'ente pubblico aderente, per l'individuazione del contenuto dello schema del contratto, cioè l'oggetto dell'appalto; - l'individuazione concordata della precisa procedura di scelta del contraente, compreso il criterio di aggiudicazione; - la redazione di tutti gli atti di gara; - la nomina della commissione di gara. La SUA dovrà, inoltre, prendersi carico dello

¹¹ Viene previsto che le centrali regionali e la Consip formino un sistema a rete, anche sotto il profilo delle risorse informatiche e viene attribuita alla Conferenza Permanente Stato-Regioni il compito di definire i programmi di razionalizzazione della spesa pubblica e la verifica dei risultati.

¹² Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 2 agosto 2011.

¹³ Art. 2, comma 2°, DPCM.

svolgimento della procedura di gara, curando anche la fase di pubblicità e le comunicazioni agli interessati, oltre a effettuare anche le verifiche in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione. Sempre alla SUA spetta il compito di curare gli eventuali contenziosi ed, infine, collaborare con l'ente aderente per la stipula del contratto. Il decreto definisce i contenuti essenziali della convenzione, facendo particolare riferimento all'ambito di applicazione della medesima (cioè la o le procedure interessate), ai profili attinenti il rimborso dei costi sostenuti della SUA¹⁴, alla suddivisione degli oneri relativi ai contenziosi, all'obbligo di trasmissione, da parte dell'ente aderente alla SUA ed alla Prefettura, dei contratti stipulati e delle varianti intervenute nel corso dell'esecuzione dei contratti. Per quel che riguarda le forme di monitoraggio e di controllo sugli appalti, il DPCM prevede uno stretto collegamento fra le Prefetture, soggetto cui dovranno affluire tutte le informazioni ed i dati utili alla prevenzione delle infiltrazioni della criminalità organizzata, e la SUA, alla quale le Prefetture medesime metteranno a disposizione le informazioni sulle imprese partecipanti alla gara. La Pubblica amministrazione aderente alla SUA potrà, ancora, delegare la verifica dei progetti e l'esame delle varianti al provveditorato interregionale per le opere pubbliche. Come è ben facile arguire, si è in presenza di un provvedimento corposo ed articolato, che costituisce, senza dubbio, un ulteriore tentativo di rivitalizzare le centrali di committenza. Tuttavia, occorre prendere atto che la facoltatività dell'adesione alle SUA, elemento non contrastato in ragione delle delicate questioni istituzionali e costituzionali connesse, può dar luogo ad un rilevante disincentivo, in presenza dei ben noti fenomeni di "campanilismo gestionale" delle stazioni appaltanti.

Il Ministero degli Interni ha inviato ai Prefetti una circolare¹⁵, con la quale sollecita l'istituzione delle Stazioni Uniche Appaltanti, con il compito di curare la procedura di gara di affidamento nel suo complesso con attività di supporto alle Amministrazioni aggiudicatrici aderenti sin dal momento dell'individuazione dei contenuti dello schema di contratto fino a quello dell'individuazione del contraente e della relativa stipula. Nelle procedura di gara, quindi, Comuni, Province, Regioni potranno avvalersi di questo nuovo strumento aderendovi, mentre per i Prefetti e' un alleato del monitoraggio antimafia.

1.3) Il ruolo delle Regioni

Per passare dalle ipotesi specifiche e settoriali previste dall'ordinamento alla disciplina di carattere generale, introdotta inizialmente dalla legge 142 del 1990, successivamente corretta dalla riforma attuata con la legge 265 del 1999, poi trasfusa, con modifiche, nel D.Lgs n. 267 del 2000, occorre rilevare che l'articolo 33 del medesimo D.lgs. 267/2000 assegna alle Regioni una funzione fondamentale.

Precisamente, l'indicata disposizione normativa ("*Esercizio associato di funzioni e servizi da parte dei Comuni*") stabilisce quanto segue:

1. Le regioni, nell'emanazione delle leggi di conferimento delle funzioni ai comuni, attuano il **trasferimento delle funzioni nei confronti della generalità dei comuni**.
2. Al fine di favorire l'esercizio associato delle funzioni dei comuni di minore dimensione demografica, **le regioni individuano livelli ottimali di esercizio delle stesse**, concordandoli nelle sedi concertative di cui all'articolo 4¹⁶. Nell'ambito della previsione regionale, i comuni esercitano le funzioni in forma associata, individuando autonomamente i soggetti, le forme e le metodologie, entro il termine temporale indicato dalla legislazione regionale. Decorso inutilmente il termine di cui sopra, la regione esercita il potere sostitutivo nelle forme stabilite dalla legge stessa.
3. Le regioni predispongono, concordandolo con i comuni nelle apposite sedi concertative, un programma di individuazione degli ambiti per la gestione associata sovracomunale di funzioni

¹⁴ Alla SUA gli enti aderenti rimborseranno i costi sostenuti per le attività svolte.

¹⁵ 6 ottobre 2011.

¹⁶ "Sistema regionale delle autonomie locali".

e servizi, realizzato anche attraverso le unioni, che può prevedere altresì la modifica di circoscrizioni comunali e i criteri per la corresponsione di contributi e incentivi alla progressiva unificazione. Il programma è aggiornato ogni tre anni, tenendo anche conto delle unioni di comuni regolarmente costituite.

4. Al fine di favorire il processo di riorganizzazione sovracomunale dei servizi, delle funzioni e delle strutture, le regioni provvedono a disciplinare, con proprie leggi, nell'ambito del programma territoriale di cui al comma 3, le forme di incentivazione dell'esercizio associato delle funzioni da parte dei comuni, con l'eventuale previsione nel proprio bilancio di un apposito fondo. A tale fine, oltre a quanto stabilito dal comma 3 e dagli articoli 30 e 32, le **regioni** si attengono ai seguenti **principi fondamentali**:

- a) nella disciplina delle incentivazioni:
- b) favoriscono il massimo grado di integrazione tra i comuni, graduando la corresponsione dei benefici in relazione al livello di unificazione, rilevato mediante specifici indicatori con riferimento alla tipologia ed alle caratteristiche delle funzioni e dei servizi associati o trasferiti in modo tale da erogare il massimo dei contributi nelle ipotesi di massima integrazione;
- c) prevedono in ogni caso una maggiorazione dei contributi nelle ipotesi di fusione e di unione, rispetto alle altre forme di gestione sovracomunale;
- d) promuovono le unioni di comuni, senza alcun vincolo alla successiva fusione, prevedendo comunque ulteriori benefici da corrispondere alle unioni che autonomamente deliberino, su conforme proposta dei consigli comunali interessati, di procedere alla fusione.

Le Regioni, infatti, hanno il compito di delimitare gli ambiti per la gestione associata sovracomunale dei servizi e delle funzioni amministrative, il cui esercizio spetta alle amministrazioni comunali. Inoltre, il problema dell'economicità e dell'efficienza della gestione dei compiti amministrativi da parte delle piccole realtà comunali è specificamente preso in considerazione dal D.Lgs n. 267/2000, il quale, all'articolo 33, prevede anche che, in sede di individuazione dei bacini ottimali, le regioni possano anche prevedere la modifica delle circoscrizioni comunali. Inoltre, al fine di rendere maggiormente vantaggiosa la stessa gestione associata, si prevede che la legge regionale debba anche prevedere l'erogazione di contributi e incentivi per favorire la progressiva unificazione dei comuni di piccole dimensioni. A tale scopo, il 4° comma dell'articolo 33 contiene l'esplicitazione dei principi fondamentali che debbono informare l'attività legislativa regionale nella previsione degli incentivi alle forme di collaborazione, privilegiando, nell'erogazione dei contributi, le forme più intense di collaborazione, come le fusioni e le unioni. In ogni caso, peraltro, la legislazione regionale deve essere preceduta da una procedura concertativa fra la regione e gli enti locali interessati. Fra l'altro, deve essere osservato che il legislatore regionale è ulteriormente sollecitato ad intervenire anche dalla nuova formulazione dell'articolo 117 Cost.. Dal tenore di tale norma costituzionale sembra che la materia delle forme di collaborazione tra gli enti locali rientri nella potestà legislativa residuale delle Regioni. Inoltre, occorre tener conto dell'articolo 118 Cost., ai sensi del quale spetta sempre alle Regioni l'individuazione delle funzioni amministrative dei Comuni.

Occorre, a tale proposito, osservare che la riforma del titolo V° della Costituzione attribuisce un particolare peso alla potestà legislativa regionale nella disciplina delle forme di cooperazione tra gli enti locali. Tale materia, infatti, non compare tra quelle affidate alla potestà legislativa esclusiva dello Stato, così come è assente pure dall'elenco relativo alla potestà concorrente di Stato e Regioni. Sembra, pertanto, come è stato rilevato¹⁷, che tale materia, sebbene variamente disciplinata dalle citate riforme nazionali, sia suscettibile di essere autonomamente disciplinata dalle Regioni

¹⁷ L. VANDELLI, E. BARUSSO, *Autonomie locali: disposizioni generali. Soggetti. Commento parte I titoli I-III, artt. 1-35*, MAGGIOLI, Rimini, 2004, 141.

nell'esercizio della propria competenza legislativa cd. residuale, ossia quella di cui al IV° comma dell'articolo 117 Cost.¹⁸.

Si deve, infine, notare che la concreta disciplina dello svolgimento delle funzioni associate non può nemmeno prescindere da un diretto coinvolgimento del potere normativo degli stessi enti locali. Da un lato, infatti, la citata riforma del titolo V° della Costituzione ha attribuito alla **potestà regolamentare di Comuni, Province e Città metropolitane** (6° comma dell'art. 117, Cost.)¹⁹ la facoltà di disciplinare l'**organizzazione e lo svolgimento delle funzioni** attribuite agli stessi enti locali. Dall'altro, la legge 131 del 2003, all'articolo 4, comma 5°, ha effettuato un'esplicita attribuzione della potestà regolamentare agli enti locali individuati dall'articolo 2 del D.Lgs n. 267/2000, di dimensione sovracomunale, ossia alle Unioni di Comuni, Comunità montane e isolate. Una rilevante importanza, dunque, potranno assumere i regolamenti degli enti locali, sia di quelli richiamati dal citato articolo 117, comma 6°, Cost., sia di quelli da ultimo richiamati.

2) IL QUADRO NORMATIVO DI RIFERIMENTO FINO AL 2009

2.1) I modelli di gestione associata: introduzione.

Vari sono gli istituti predisposti dall'ordinamento giuridico per consentire ai Comuni, specie a quelli di piccole dimensioni, di svolgere, in forma associata, le funzioni e i servizi di propria competenza. Sin dalla legge 142 del 1990, infatti, il legislatore nazionale, contestualmente alla previsione di una normativa volta alla valorizzazione delle autonomie locali, si è preoccupato di inserire nell'ordinamento una serie di istituti creati con il preciso intento di correggere, in maniera consensuale e, quindi, non imposta autoritativamente dal centro, la grande frammentazione delle realtà comunali²⁰. In tale prospettiva, la legge 142 del 1990 sulle autonomie locali ha previsto, accanto al tradizionale istituto consortile, altre forme di cooperazione tra gli enti locali, dettando una serie di disposizioni tendenti ad arginare il problema della polverizzazione delle circoscrizioni comunali. La tendenza intrapresa dalla legge di riforma del 1990 è stata portata a compiuta maturazione dalle riforme della fine degli anni '90 che sono, infine, confluite nel testo unico sull'ordinamento degli enti locali, il D.lgs. 267 del 2000.

In termini generali, occorre osservare che, sebbene ispirate dal medesimo intento di favorire la cooperazione intercomunale, profondamente diverse tra loro sono le impostazioni su cui si fondano, da un lato, la legge 142 del 1990, dall'altro, la legislazione successiva, come il D.Lgs 112 del 1998, la legge 265 del 1999, nonché lo stesso Testo Unico n. 267 del 2000. La prima legge citata (legge n. 142/1990), infatti, affrontava il problema dell'inadeguatezza delle amministrazioni comunali ponendosi come obiettivo quello della riduzione del numero dei Comuni, attraverso la previsione di un percorso, anche temporalmente scandito, che avrebbe dovuto condurre alla loro fusione. Forse è proprio la rilevata ambizione, che rendeva necessario il passaggio dalla formula dell'unione alla successiva fusione, il motivo per cui l'istituto dell'unione non è concretamente decollato. L'obiettivo finale della fusione si è dovuto confrontare, infatti, con il forte senso campanilista ancora presente nelle piccole realtà comunali, e con le stesse resistenze della popolazione, timorosa

¹⁸ Art. 117, comma IV°: “Spetta alle Regioni la potestà legislativa in riferimento ad ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato”.

¹⁹ Art. 117, comma VI°: “La potestà regolamentare spetta allo Stato nelle materie di legislazione esclusiva, salva delega alle Regioni. La potestà regolamentare spetta alle Regioni in ogni altra materia. I Comuni, le Province e le Città metropolitane hanno potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite”.

²⁰ Una riduzione del numero dei Comuni imposta in maniera autoritativa si è avuta nel periodo fascista, durante il quale il numero dei comuni diminuì sensibilmente, diventando pari a 7314 nel 1931, stando ai dati pubblicati da F. STADERINI, *Diritto degli enti locali*, Cedam, Padova, 2003, 115..

di dover modificare sensibilmente le normali modalità con cui è abituata a relazionarsi con l'amministrazione comunale ed i suoi servizi.

La più recente legislazione, dunque, preso atto delle difficoltà incontrate dal disegno di cooperazione intercomunale così come predisposto dalla legge 142 del 1990, si è diretta verso obiettivi meno ambiziosi, ma più facilmente raggiungibili, tentando di favorire ed incentivare, in maniera graduale e progressiva, l'esercizio associato delle funzioni e dei servizi amministrativi. Il principio fondamentale è rappresentato dalla gradualità delle forme e dell'intensità delle aggregazioni, le quali, lungi dal comportare automatiche fusioni alla scadenza di un termine, rappresentano la fonte di numerosi vantaggi economici. Interessanti, a tale proposito, sono le disposizioni relative agli incentivi economici contenute in una serie di decreti del ministro degli interni, uno del 2000 ed uno più recente del 2004²¹, a cui devono aggiungersi le risorse che le leggi regionali devono mettere a disposizione delle forme di cooperazione tra Enti locali.

La recente tendenza dell'ordinamento va, dunque, decisamente nel senso di favorire il più possibile le gestioni associate. La stessa legge 131 del 2003²², infatti, prevede in più parti la disciplina di forme di cooperazione tra enti locali. In particolare, ai sensi dell'articolo 2, comma 4°, lettera c), il Governo, in sede di esercizio delle delega contenuta nella legge stessa per l'individuazione delle funzioni fondamentali degli enti locali, deve "valorizzare i principi di sussidiarietà, di adeguatezza e di differenziazione nella allocazione delle funzioni fondamentali in modo da assicurare l'esercizio da parte del livello di ente locale che, per le caratteristiche dimensionali e strutturali, ne garantisca l'ottimale gestione anche mediante l'indicazione dei criteri per la gestione associata tra i comuni". Inoltre, anche la lettera h) del medesimo comma prevede che, sempre in sede di esercizio della delega citata, il Governo deve "valorizzare le forme associative anche per la gestione dei servizi di competenza statale".

Pare opportuno, prima di analizzare le singole forme, attraverso cui può realizzarsi una gestione associata, rilevare che comune presupposto è il previo esperimento di uno "studio di fattibilità", necessario per motivare congruamente sulla necessità e sulla stessa opportunità della gestione comune di servizi e funzioni. Lo studio di fattibilità, infatti, costituisce una tappa imprescindibile per valutare gli effetti della gestione associata da un punto di vista sia tecnico sia economico²³. Il citato studio deve, infatti, verificare la concreta realizzabilità, dal punto di vista amministrativo, della gestione associata, mettendo in evidenza, in particolare, per il tipo di funzioni e servizi che si intendono associare, i vantaggi della gestione associata, prestando, a tale scopo, una particolare attenzione alle caratteristiche demografiche e dimensionali degli enti interessati dal progetto stesso. È stato, tuttavia, evidenziato che la gestione associata, per essere proficuamente utilizzata, abbisogna anche di alcuni presupposti politico-amministrativi²⁴, e cioè che essa si fondi su un saldo accordo politico, che vengano destinate al progetto le risorse umane migliori degli enti coinvolti, che si evitino duplicazioni di strutture, che siano chiaramente individuate le leadership politica e tecnica del progetto.

2.2) I modelli di gestione associata: la Convenzione.

Come è noto, vari sono gli istituti previsti dall'ordinamento per consentire l'esercizio associato delle funzioni e dei servizi, quali le convenzioni, i consorzi, le unioni di comuni, gli accordi di

²¹ D.M. 14 dicembre 2000, n. 318 "Regolamento concernente i criteri di riparto dei fondi erariali destinati al finanziamento delle procedure di fusione tra i comuni e l'esercizio associato di funzioni comunali"; DM 1° ottobre 2004, n. 289 "Modifiche ed integrazioni al decreto del ministro dell'interno 1° febbraio 2000, n. 318, concernente la ripartizione dei contributi spettanti ai comuni, derivanti da procedure di fusione, alle unioni di comuni ed alle comunità montane, svolgenti l'esercizio associato di funzioni comunali".

²² La cd. legge La Loggia, ossia la legge di attuazione della riforma del titolo V della Costituzione.

²³ In tal senso: J. PASQUALI, *La gestione associata chiave della qualità*, in *Guida agli enti locali*, n. 46/2002, 20 e ss..

²⁴ M. MORDENTI, P. MONEA, *La gestione associata delle funzioni e dei servizi negli enti locali*, cit., 16. E. DI PALMA, *La gestione associata dei servizi comunali. Una necessità per i comuni che devono introdurre il controllo di gestione*, in *Nuova rassegna*, n. 18/2003, 2083 e ss.

programma. Fra questi, per ragioni che esamineremo fra breve, è necessario dedicare una particolare attenzione all'istituto della convenzione, che risulta la formula più agevole e flessibile di cooperazione tra gli enti locali fra quelle previste dal D.Lgs n. 267/2000.

La convenzione costituisce un istituto associativo previsto, per la prima volta, dalla legge 142 del 1990 con lo scopo di consentire ai Comuni di avvalersi, per l'esercizio associato dei servizi e delle funzioni di competenza locale, di uno strumento estremamente più agevole dei consorzi, che rappresentavano, nel regime anteriore la legge 142 del 1990, la forma tradizionale ed esclusiva per realizzare la cooperazione tra gli enti locali. Infatti, deve osservarsi che la convenzione è lo strumento di cooperazione intercomunale dotato del maggior grado di flessibilità, in quanto agisce in maniera non traumatica sull'assetto amministrativo degli enti interessati, dando il via ad un processo che si presta ad essere proseguito in modo graduale e che, peraltro, resta nel completo dominio degli enti locali convenzionati. In particolare, la convenzione, a differenza di quanto accade con il consorzio, non comporta la nascita di un nuovo soggetto giuridico distinto dagli enti interessati, ma dà luogo, più semplicemente, ad "accordi" tra gli stessi enti rivolti allo svolgimento, in maniera associata, di potestà pubbliche o di servizi, attraverso i mezzi strumentali e le risorse umane messe a disposizione dagli enti locali. In altri termini, le funzioni e i servizi oggetto dell'accordo, benché svolti in forma associata, restano sempre nella titolarità degli enti partecipanti alla convenzione stessa. Si comprende, pertanto, il motivo della fortuna dell'istituto in esame, in quanto esso non comprime in alcun modo l'autonomia degli enti partecipanti, che non si sentono spogliati delle funzioni e dei servizi messi in comune.

Proprio al fine di estendere la portata applicativa dello strumento in esame, la legge 265 del 1999, con disposizione successivamente trasfusa nel D.Lgs n. 267 /2000, ha ampliato l'ambito dei soggetti legittimati a porre in essere l'accordo. L'articolo 6 della citata legge, infatti, ha eliminato il riferimento ai soli Comuni e Province, contenuto nell'articolo 24 della legge 142 del 1990, consentendo la stipula delle convenzioni a tutti gli enti locali, così come definiti all'articolo 2 del citato D.Lgs n. 267/2000²⁵. La riferita estensione dell'ambito soggettivo di applicazione dell'istituto della convenzione assume un particolare rilievo soprattutto ove sia letta congiuntamente alla previsione di nuovi enti locali di secondo livello, contenuta nello stesso Decreto legislativo. A ben vedere, il contemporaneo ampliamento dei soggetti legittimati a porre in essere le convenzioni e l'estensione del numero degli stessi enti locali realizza una combinazione di istituti, diretti a contrastare efficacemente l'esistente frammentazione del potere pubblico a livello locale.

Invero, le convenzioni costituiscono degli "accordi organizzativi" che hanno ad oggetto una o più attività amministrative di competenza degli enti contraenti. Da tale punto di vista, pertanto, esse sembrano rientrare nel *genus* degli accordi, di cui all'articolo 15 della legge 241 del 1990, dei quali acquisiscono, dunque, il regime giuridico. In estrema sintesi, esse debbono avere necessariamente la forma scritta, pena la loro nullità; sono soggette ai principi stabiliti dal codice civile in materia di obbligazioni e contratti, in quanto compatibili; le controversie relative sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

L'articolo 30 del D.Lgs n. 267/2000 stabilisce quanto segue:

1. Al fine di svolgere in modo coordinato funzioni e servizi determinati, gli enti locali possono stipulare tra loro apposite convenzioni.
2. Le convenzioni devono stabilire i fini, la durata, le forme di consultazione degli enti contraenti, i loro rapporti finanziari ed i reciproci obblighi e garanzie.
3. Per la gestione a tempo determinato di uno specifico servizio o per la realizzazione di un'opera lo Stato e la regione, nelle materie di propria competenza, possono prevedere forme di convenzione obbligatoria fra enti locali, previa statuizione di un disciplinare-tipo.

²⁵ Art. 2, comma 1°, D.Lgs n. 267/2000: "Ai fini del presente testo unico si intendono per enti locali i comuni, le province, le città metropolitane, le comunità montane, le comunità isolate e le unioni di comuni".

4. Le convenzioni di cui al presente articolo possono prevedere anche la costituzione di uffici comuni, che operano con personale distaccato dagli enti partecipanti, ai quali affidare l'esercizio delle funzioni pubbliche in luogo degli enti partecipanti all'accordo, ovvero la delega di funzioni da parte degli enti partecipanti all'accordo a favore di uno di essi, che opera in luogo e per conto degli enti deleganti.

Occorre rilevare che il riferimento, contenuto nell'articolo 30 a "funzioni e servizi determinati" non deve essere interpretato nel senso che per la gestione associata di ciascun servizio o di ogni funzione sia necessaria un'apposita convenzione (cd. *convenzione monofunzionale*). Infatti, non sembrano esserci seri ostacoli teorici all'ammissibilità di una convenzione, che abbia ad oggetto una pluralità di compiti pubblici (cd. *convenzioni polifunzionali*). Il requisito della determinatezza dovrebbe essere inteso, piuttosto, nel senso che sia necessaria una previsione analitica delle funzioni e dei servizi da gestire in comune. Ciò si rende necessario, peraltro, anche per la definizione precisa ed accurata dei reciproci obblighi e relazioni finanziarie che sorgono dalla convenzione, che rappresentano il contenuto necessario della stessa, imposto dal citato articolo 30. Il altri termini, il D.Lgs n. 267/2000 non esclude la possibilità di convenzioni per lo svolgimento di una pluralità di funzioni o servizi, ma vieta che l'oggetto della convenzione sia indeterminato. Tuttavia, alcuni sostengono che il legislatore, con la locuzione "determinati servizi" abbia optato nel senso del carattere monofunzionale della convenzione²⁶.

Ai sensi dell'articolo 30, la convenzione deve necessariamente individuare.

- a) I fini, che si intendono perseguire (come, ad esempio, il raggiungimento di economie di scala oppure il miglioramento dell'offerta del servizio).
- b) La sua durata, che deve essere determinata proprio in quanto con tale istituto gli enti partecipanti non rinunciano alla titolarità dei compiti messi in comune.
- c) Le forme di consultazione dei soggetti contraenti.
- d) I loro rapporti finanziari ed i reciproci obblighi e garanzie. Si tratta di un elemento di grande importanza, in quanto è assolutamente necessaria l'individuazione dei costi della gestione associata, sia al fine di valutarne l'economicità, sia allo scopo di provvedere alla ripartizione del peso economico della gestione tra gli enti partecipanti. È chiaro, inoltre, che nel computo della ripartizione economica del costo occorre tener presente sia la funzioni di coordinamento e direzione, sia il personale affidato alla gestione comune, sia, infine, le prestazioni di carattere economico rese dagli enti, quali garanzie, cauzioni, fornitura di mezzi strumentali.

Il comma 3° fa riferimento, invece, alle cd. "*convenzioni obbligatorie*", che lo Stato e la Regione possono stabilire nelle materie di loro spettanza, quando tale strumento sia ritenuto idoneo a meglio assicurare la gestione temporanea di un servizio o la realizzazione di un'opera pubblica. Le convenzioni incontrano dei limiti temporali e di oggetto, in ciò differenziandosi dalle facoltative, che possono essere a tempo indeterminato e plurifunzionali. Queste, infatti, per un verso debbono avere un'efficacia limitata nel tempo, potendo riguardare solo "la gestione a tempo determinato di uno specifico servizio". Per altro verso, afferiscono alla "realizzazione di un'opera".

Occorre rilevare che l'articolo 6 della legge 265 del 1999 ha introdotto il comma 3-*bis* all'articolo 24 della legge n. 142/1990, poi trasfuso nel comma 4° dell'attuale articolo 30 del D.Lgs n. 267/2000, che disciplina le modalità attraverso le quali possono concretamente attuarsi le convenzioni in esame. Ai sensi della citata norma, infatti, la convenzione può essere realizzata anche o attraverso la costituzione di un ufficio comune oppure attraverso l'istituto della delega di funzioni. Tali modalità di attuazione della convenzione, in realtà, dovevano considerarsi implicitamente consentite anche prima della loro espressa previsione, rappresentando il modo naturale con cui la stessa si sarebbe dovuta rendere operativa. Tuttavia, sarebbe errato sottovalutare la portata

²⁶ In tal senso: L. VANDELLI, E. BARUSSO, *Autonomie locali: disposizioni generali. Soggetti. Commento parte I titoli I-III, artt. 1-35*, MAGGIOLI, Rimini, , 2004, 940.

innovativa e chiarificatrice della novella del 1999. Infatti, almeno con riferimento alla gestione associata di funzioni pubbliche, ossia di attività amministrative caratterizzate dalla presenza di poteri pubblicistici – in grado di incidere unilateralmente nella sfera giuridica dei cittadini –, sia l'ipotesi della delega che quella della costituzione di un ufficio, in assenza di una espressa previsione legislativa, poteva far sorgere dubbi circa il rispetto del principio di legalità, che deve informare l'azione amministrativa. La previsione legislativa del 1999 elimina, quindi, ogni dubbio in proposito.

Con riferimento all'ipotesi di costituzione di un **ufficio comune per lo svolgimento dei compiti messi in comune**, occorre porre in evidenza gli elementi che differenziano tale ipotesi rispetto al consorzio, il quale dà vita, a differenza della convenzione, ad una autonoma struttura dotata di personalità giuridica. Nel caso della costituzione dell'ufficio comune, invece, l'attività svolta dall'ufficio continua ad essere giuridicamente imputabile ai comuni convenzionati, i quali non dismettono la titolarità della funzione o del servizio, che continua ad essere loro imputabile; con la convenzione solo il relativo esercizio avviene in forma associata. È chiaro che il vantaggio di una simile formula è duplice: da un lato, si evita una duplicazione di uffici; dall'altro, si libera il personale che fino a quel momento nei singoli enti convenzionati era preposto allo svolgimento dei compiti messi in comune. Occorre solo incidentalmente osservare che il personale preposto all'ufficio comune rimane dipendente dell'ente di appartenenza, ed è allo scopo distaccato per lo svolgimento del servizio o della funzione nell'ambito dell'ufficio comune.

In tale fattispecie di estrinsecazione della convenzione (convenzione, che si inverte mediante la costituzione di un ufficio per lo svolgimento dei compiti messi in comune), si pone il problema del personale preposto all'ufficio unico. Come già detto, nell'ambito degli uffici comuni, realizzati attraverso le convenzioni, viene assegnato personale degli enti locali convenzionati, appositamente distaccato. Il personale in esame, pertanto, resterà nella pianta organica dell'ente locale di provenienza, sebbene svolga la propria prestazione lavorativa nell'ufficio comune e, dunque, a favore di tutti gli enti che partecipano alla convenzione. A tal fine, particolare interesse assumono gli articoli 13 e 14 del Contratto Collettivo del comparto Regioni-Autonomie locali (2002/2005), che disciplina organicamente le questioni relative al distacco del personale presso l'ufficio comune, stabilendo un'articolata disciplina del rapporto di lavoro del dipendente distaccato presso l'ufficio comune, volta anche alla valorizzazione della sua professionalità. In sintesi, i principi stabiliti dal contratto collettivo sono innanzitutto quello della necessità del consenso del dipendente al fine del suo distacco presso l'ufficio comune. Inoltre, sempre il citato articolo 14 ha previsto che il distacco debba essere necessariamente a tempo determinato, e che l'utilizzo del dipendente nell'ambito dell'ufficio in comune potrà avvenire anche in regime di tempo parziale, lasciando per il dipendente stesso per il residuo tempo lavorativo alle sue normali mansioni nell'ambito del comune di provenienza.

La citata normativa si inserisce in una tendenza, diretta ad un ripensamento delle politiche relative al personale, che coinvolge sia il reclutamento dello stesso che le modalità della sua concreta utilizzazione. Infatti, le restrizioni della finanza pubblica, rendendo, in pratica, difficilmente percorribili politiche di assunzioni, impongono un nuovo approccio nella gestione del personale stesso, che contempra l'utilizzo di strumenti di flessibilità del lavoro, come appunto quello di un'utilizzazione part-time dei lavoratori fra uffici diversi, quello comune e quelli degli enti di appartenenza, facendo, nel contempo, sorgere la necessità di rivedere anche i meccanismi di erogazione delle incentivazioni. In tale prospettiva, dunque, il comma 3° del citato articolo 14 demanda alla contrattazione integrativa decentrata, svoltasi nell'ambito dell'ente utilizzatore, la previsione delle incentivazioni. Inoltre, il medesimo articolo contempla una articolata disciplina, volta a regolare gli incarichi di posizione organizzativa al personale distaccato presso gli uffici comuni per l'esercizio di servizi e funzioni associati, nonché una disciplina relativa al rimborso delle maggiori spese sostenute dal dipendente per svolgere la prestazione lavorativa nella sede distaccata; tutte disposizioni volte ad incentivare il personale a prestare lavoro negli uffici comuni.

Nel caso della **delega di funzioni**, invece, gli enti convenzionati decidono di delegare lo svolgimento della relativa funzione ad uno degli enti convenzionati, il quale, in conformità ai principi propri della delega, gestisce il servizio o svolge la funzione nell'interesse e per conto dei deleganti.

Occorre rilevare che l'illustrato comma 4°, dell'articolo 30, nel disciplinare l'ufficio comune e la delega, si riferisce alle sole funzioni pubbliche, a differenza del comma 1° dello stesso articolo, che fa espresso riferimento anche ai servizi. Si discute, pertanto, circa la portata della diversa formulazione letterale delle due disposizioni. Forse, potrebbe trattarsi di un mero difetto di coordinamento di disciplina, in quanto la convenzione dovrebbe essere letta unitariamente e, dunque, le possibilità contemplate nel comma 4° debbono ritenersi utilizzabili anche per la gestione associata di servizi.

In conclusione, deve rilevarsi che la competenza all'approvazione delle convenzioni risiede nei consigli degli enti (art. 42, comma 2, lett. c) del t.u. citato).

2.3) I restanti modelli di gestione associata: Il Consorzio; l'Unione di Comuni; gli "accordi" ex art. 15, legge n. 241/1990.

Il **consorzio**, nell'ambito della disciplina dettata dalla legge comunale e provinciale del 1934²⁷, rappresentava la forma esclusiva per consentire la cooperazione intercomunale. La costituzione di un consorzio poteva derivare sia da una scelta discrezionale degli enti interessati (*consorzio cd. facoltativo*), sia da una precisa imposizione di carattere legislativo (*consorzio cd. obbligatorio*). Occorre osservare che il consorzio comporta la nascita di un distinto soggetto di diritto, cui imputare i servizi e le funzioni svolte in forma associata e dà luogo ad un complesso procedimento per la concreta realizzazione. Innanzitutto, occorre stipulare una convenzione, deliberare lo statuto del consorzio, per disciplinare dettagliatamente le competenze degli organi consortili, eleggere il consiglio di amministrazione del consorzio medesimo.

L'articolo 31 del D.Lgs prevede la seguente disciplina:

1. Gli enti locali per la gestione associata di uno o più servizi e l'esercizio associato di funzioni possono costituire un consorzio secondo le norme previste per le aziende speciali di cui all'articolo 114, in quanto compatibili. Al consorzio possono partecipare altri enti pubblici, quando siano a ciò autorizzati, secondo le leggi alle quali sono soggetti.
2. A tal fine i rispettivi consigli approvano a maggioranza assoluta dei componenti una convenzione ai sensi dell'articolo 30, unitamente allo statuto del consorzio.
3. In particolare la convenzione deve disciplinare le nomine e le competenze degli organi consortili coerentemente a quanto disposto dai commi 8, 9 e 10 dell'articolo 50 e dell'articolo 42, comma 2 lettera m), e prevedere la trasmissione, agli enti aderenti, degli atti fondamentali del consorzio; lo statuto, in conformità alla convenzione, deve disciplinare l'organizzazione, la nomina e le funzioni degli organi consortili.
4. Salvo quanto previsto dalla convenzione e dallo statuto per i consorzi, ai quali partecipano a mezzo dei rispettivi rappresentanti legali anche enti diversi dagli enti locali, l'assemblea del consorzio è composta dai rappresentanti degli enti associati nella persona del sindaco, del presidente o di un loro delegato, ciascuno con responsabilità pari alla quota di partecipazione fissata dalla convenzione e dallo statuto.
5. L'assemblea elegge il consiglio di amministrazione e ne approva gli atti fondamentali previsti dallo statuto.
6. Tra gli stessi enti locali non può essere costituito più di un consorzio.
7. In caso di rilevante interesse pubblico, la legge dello Stato può prevedere la costituzione di consorzi obbligatori per l'esercizio di determinate funzioni e servizi. La stessa legge ne demanda l'attuazione alle leggi regionali.

²⁷ R.D. n. 383/1934.

8. Ai consorzi che gestiscono attività di cui all'articolo 113-bis, si applicano le norme previste per le aziende speciali.

Come riportato, l'articolo 31 rinvia espressamente alla disciplina dettata per le aziende speciali, cui occorre riferirsi per tutto quanto attiene lo svolgimento dell'attività e la composizione degli organi consortili. Inoltre, l'articolo 31, a differenza del pregresso articolo 25 della legge n. 142/1990, ha ampliato il possibile oggetto del consorzio stesso, consentendo la sua costituzione non solo per la gestione associata di servizi, ma anche per le funzioni.

L'ordinamento degli enti locali, ai sensi dell'articolo 32 del D.Lgs n. 267/2000, configura l'**Unione di Comuni** come un ente locale, costituito dall'associazione di una pluralità di Comuni per l'esercizio congiunto di funzioni di loro competenza. Tra le forme associative di enti locali previste nel capo V° del T.U.E.L., accanto a convenzioni, consorzi e accordi di programma, le Unioni di Comuni si distinguono tra tutte per essere dotate di personalità giuridica di diritto pubblico, da cui consegue una netta distinzione tra l'associazione (l'Unione) e gli enti associati (i Comuni promotori).

Nonostante tale distinzione, la nomina del Presidente dell'Unione tra i Sindaci dei Comuni promotori, e la nomina dei componenti degli organi dell'Unione tra i componenti delle giunte e dei consigli dei Comuni associati, disposte dall'articolo 32, comma 3, T.U.E.L., sottolineano lo stretto legame istituzionale dell'Unione con i Comuni promotori. È da rilevare, infine, che l'Unione di Comuni è sempre istituita su iniziativa dei Comuni interessati, e non è una forma di associazione obbligatoria, anche qualora essa sia promossa dalla Regione, nell'ambito della programmazione dei livelli ottimali sovracomunali per l'esercizio associato dei servizi ai sensi dell'articolo 33, comma 3°, T.U.E.L.

Il comma 5°, dell'articolo 32, ultimo periodo, dispone che "Alle Unioni competono gli introiti derivanti dalle tasse, dalle tariffe e dai contributi sui servizi ad esse affidati". Quindi, l'attività dell'Unione di comuni non è limitata solo all'esercizio congiunto di funzioni, ma anche all'esercizio congiunto di servizi. Questa interpretazione è confermata anche dalla giurisprudenza²⁸, che afferma "*che ai sensi dell'art. 32 T.U.E.L., le Unioni di comuni hanno lo scopo di consentire la gestione unitaria, presumibilmente con maggiore economicità ed efficacia, di alcuni servizi e funzioni, e che, quindi, non possono essere confuse con la fusione dei comuni, che costituisce un nuovo comune; che, pertanto, le Unioni possono solo esercitare funzioni e gestire servizi già di competenza dei singoli comuni che dell'Unione fanno parte*".

Da un punto di vista storico, il tentativo di attuare politiche di fusione e di raggruppamento delle autonomie locali in direzione di una razionalizzazione degli assetti istituzionali e del perseguimento di migliori condizioni di efficienza globale nell'utilizzo delle risorse finanziarie, ha generalmente caratterizzato, nell'ultimo ventennio, tutto il panorama europeo, con esiti tuttavia difformi da Paese a Paese. L'esercizio congiunto, da parte di una pluralità di Comuni, di funzioni e servizi di interesse comune, può essere paragonato, in un certo senso, all'istituto del consorzio facoltativo²⁹. La riforma degli enti locali introdotta dalla legge n. 142/1990, ha apportato notevoli modifiche anche in materia di forme associative e di cooperazione tra Comuni e Province, eliminando il consorzio facoltativo e introducendo l'istituto dell'Unione di Comuni. La riforma del 1990 intendeva rispondere, tra l'altro, alla necessità di elaborare politiche di riorganizzazione degli enti locali minori, ovvero politiche di fusione ed associazione delle autonomie locali di dimensioni modeste, che fossero intese ad assicurare l'efficienza e l'efficacia dell'azione amministrativa. Attraverso la definizione di nuovi ambiti territoriali dell'azione amministrativa o l'esercizio congiunto di funzioni e servizi, tali politiche si proponevano di introdurre nuovi strumenti grazie ai quali parametrare l'azione dell'amministrazione locale all'ambito territoriale sul quale essa insisteva. Ai sensi

²⁸ Tar Campania, n. 2.840/2004.

²⁹ Ai sensi dell'articolo 156 del R.D. 3 marzo 1934, n. 383, Testo Unico della legge comunale e provinciale, il consorzio facoltativo era un ente pubblico autonomo costituito per l'esercizio congiunto di servizi pubblici o per l'esecuzione di un'opera pubblica.

dell'articolo 26 della legge n. 142/1990, l'Unione di Comuni era una forma associativa di enti locali esclusivamente volta alla fusione di due o più Comuni contermini, ciascuno con popolazione non superiore a 5.000 abitanti, per l'esercizio congiunto di determinate funzioni. La priorità delle politiche di fusione e associazione tra autonomie locali era tale che il legislatore aveva attribuito all'Unione di Comuni un carattere del tutto transitorio, dal momento che era espressamente prevista, entro dieci anni, la fusione obbligatoria dei Comuni dell'Unione in un unico Comune, accompagnata dalla previsione di incentivi aggiuntivi. Tutta la riforma stava pertanto ad indicare la volontà del legislatore di fornire gli strumenti per un riassetto del sistema delle autonomie direttamente partecipato dai piccoli enti.

Il ricorso alle Unioni di Comuni si è tuttavia rivelato sporadico ed inefficace ai fini del raggruppamento delle autonomie locali. Tale forma organizzativa, come delineata nella legge n. 142/1990, non ha riscosso molto successo proprio perché limitata e strumentale rispetto alla fusione tra Comuni, ed è stata perciò trascurata a favore di forme più snelle di associazione quali le convenzioni e i consorzi e gli accordi di programma. L'esperienza storica ha, peraltro, lasciato emergere un vero e proprio paradosso: la necessità di applicare il nuovo ordinamento è stata espressa a livello locale in termini di esaltazione dell'autonomia, con tendenza a consolidare la polverizzazione della rappresentanza istituzionale ed a depotenziare l'efficacia delle politiche di decentramento.

Per fronteggiare le profonde contraddizioni emerse in fase di applicazione della legge n. 142/1990 ed aggravate dall'impatto della normativa sul cosiddetto "federalismo amministrativo a costituzione invariata", introdotto con le leggi cd. "Bassanini"³⁰, l'ulteriore riforma dell'ordinamento delle autonomie locali varata con la legge n. 265/1999, ha posto particolare attenzione alla ridefinizione delle forme associative ed ai processi di raggruppamento delle autonomie locali. La legge n. 265/1999 ha eliminato il riferimento alla necessaria fusione dei Comuni dell'Unione, e ha reso l'Unione di Comuni una semplice forma associativa tra gli enti locali, al pari di convenzioni e consorzi. Tale opzione è stata successivamente confermata dal D.Lgs n. 267/2000, il quale ha fatto riferimento alle Unioni di Comuni anche per l'eventuale individuazione da parte delle Regioni degli ambiti per la gestione associata sovracomunale di funzioni e servizi locali (articolo 33, comma 3°).

Per quanto concerne l'ambito oggettivo, la forma associativa dell'Unione di Comuni è finalizzata all'esercizio congiunto di una pluralità di funzioni, di cui il nuovo ente locale acquista la titolarità.

Il riferimento testuale, nei commi 1° e 4° dell'articolo 32 al solo esercizio di funzioni sembra essere molto restrittivo rispetto alla disposizione originaria dell'articolo 26 della legge n. 142/1990, dove si prevedeva l'istituzione dell'Unione di Comuni finalizzata all'esercizio di una pluralità di funzioni o di servizi. Il tenore letterale dell'articolo 32, ultimo comma, secondo il quale alle Unioni di Comuni spettano le entrate "derivanti dalle tasse, dalle tariffe e dai contributi sui servizi ad esse affidati" conferma che l'espressione funzioni, nei commi precedenti, comprende oltre all'esercizio delle funzioni comunali in senso stretto anche l'esercizio dei servizi. Del resto, la competenza su tasse, tariffe e contributi derivanti dai servizi attribuiti all'Unione è condizione essenziale per la sua istituzione e realizza quella autonomia finanziaria e patrimoniale, riconosciuta costituzionalmente agli enti locali.

Per quanto concerne, invece, l'ambito soggettivo, occorre osservare che, ai sensi della legge n. 142/1990, l'Unione dei Comuni poteva essere costituita esclusivamente da due o più Comuni:

- contermini;
- appartenenti alla stessa Provincia;
- ciascuno con popolazione non superiore a 5.000 abitanti;
- ai quali si affianca eventualmente non più di un Comune con popolazione fra i 5.000 e i 10.000 abitanti.

Con la legge n. 265/1999, sono stati abrogati i limiti relativi alla necessaria conterminità ed all'estensione territoriale dei Comuni interessati od all'appartenenza dei medesimi alla stessa

³⁰ Legge nn. 59/1997 e 127/1997.

Provincia. Attualmente, ai sensi dell'articolo 32, comma 1°, possono costituire un'Unione due o più Comuni, non necessariamente contermini, che intendano esercitare congiuntamente una pluralità di funzioni.

Per quanto concerne l'assetto organizzativo, l'Unione di Comuni è istituita con l'approvazione dell'atto costitutivo e dello statuto da parte dei Consigli comunali dei Comuni partecipanti.

I due documenti sono complementari e strettamente connessi. Mentre l'atto costitutivo esprime la volontà di costruire un nuovo ente associativo e ne indica gli elementi essenziali, lo statuto individua gli organi dell'Unione e le modalità per la loro costituzione, le funzioni svolte dall'Unione e le corrispondenti risorse. In altri termini, mentre l'atto costitutivo fonda l'Unione, lo statuto ne disegna i rapporti organizzativi e finanziari.

Ai sensi dell'art. 32, comma 2°, l'atto costitutivo dell'Unione di Comuni viene approvato dai Consigli comunali interessati contestualmente all'approvazione dello statuto, con le procedure e la maggioranza richieste per le modifiche statutarie, come disposte dall'articolo 6, comma 4°, del D.Lgs n. 267/2000, ovvero con il voto favorevole dei due terzi dei consiglieri oppure, in mancanza, con il voto favorevole della maggioranza assoluta dei consiglieri espresso in due sedute successive. Tale procedimento è assai più complesso di quello stabilito dalle disposizioni previgenti ai sensi delle quali l'atto costitutivo ed il regolamento dovevano essere approvati con un'unica deliberazione, a maggioranza assoluta, dei singoli Consigli comunali.

Il contenuto dell'atto costitutivo non è espressamente indicato nella legge. Esso può essere desunto dall'articolo 16 del Codice Civile in tema di associazioni e fondazioni, secondo il quale lo statuto deve comprendere tra l'altro la denominazione dell'ente, l'indicazione dello scopo, del patrimonio, della sede, le condizioni di ammissione e infine le norme relative all'estinzione dell'ente.

Ai sensi dell'articolo 32, comma 3°, T.U.E.L., lo Statuto definisce:

- gli organi dell'Unione, i modi e le procedure della loro costituzione;
- le funzioni da gestire congiuntamente mediante l'Unione;
- le modalità di acquisizione ed utilizzo delle risorse per il funzionamento dell'Unione.

Lo statuto inoltre dispone necessariamente:

- la nomina del Presidente dell'Unione, tra i sindaci dei Comuni interessati (mentre rimane facoltativa l'istituzione della Giunta e del Consiglio dell'Unione);
- la nomina degli altri organi dell'Unione tra i membri delle Giunte e dei Consigli dei Comuni associati, garantendo la rappresentanza delle minoranze.

Lo statuto dell'Unione, evidentemente, non può prevedere l'unificazione degli organi propri dei Comuni partecipanti, dal momento che tale unificazione configura una fattispecie di fusione tra Comuni. Gli organi istituzionali degli enti associati continuano quindi a provvedere all'esercizio delle funzioni e dei servizi non compresi nell'ambito dell'Unione.

Lo statuto contiene, inoltre, le norme relative alle finanze dell'Unione ed ai rapporti finanziari con i Comuni, sulla base delle quali si realizzano le condizioni dell'autonomia patrimoniale e finanziaria del nuovo ente. In particolare, lo statuto indica i criteri per il riparto tra i Comuni associati delle spese necessarie al funzionamento dell'Unione, commisurate in base al fabbisogno finanziario annuo al netto delle entrate assicurate dalle tasse, le tariffe e i contributi sui servizi dalla stessa gestiti e che ad essa competono. All'Unione, infine, spetta una potestà regolamentare limitata alla disciplina della propria organizzazione interna, dello svolgimento delle funzioni affidatele, nonché dei rapporti finanziari con i Comuni associati.

Un discorso a parte deve essere effettuato in relazione agli "*accordi*", di cui all'articolo 15 della legge n. 241/1990.

Tale disposizione normativa ("**Accordi fra pubbliche amministrazioni**") prevede quanto segue:

1. Anche al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 14, le amministrazioni pubbliche possono sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune.
2. Per detti accordi si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni previste dall'articolo 11, commi 2 e 3.

Recentemente, l'Autorità di Vigilanza per i contratti pubblici (AVCP), nella determinazione n. 7/2010, ha affrontato il delicato problema della legittimità nazionale e comunitaria degli accordi fra Pubbliche amministrazioni, diretti a disciplinare attività comuni impingenti nel settore dei pubblici contratti.

Al riguardo, l'AVCP osserva che la Corte di Giustizia Europea ha ribadito, in più sentenze³¹, l'importanza del principio, secondo cui un'amministrazione pubblica può adempiere ai compiti ad essa attribuiti, attraverso moduli organizzativi, che non prevedono il ricorso al mercato esterno, al fine di procurarsi le prestazioni, di cui necessita, avendo piena discrezionalità nel decidere di far fronte alle proprie esigenze, attraverso lo strumento della collaborazione con le altre autorità pubbliche. Appare evidente che tale problematica presenta forti punti di innegabile vicinanza con il noto istituto dell'*in house providing*: anche in tale evenienza, la Pubblica amministrazione opta per una scelta contraria al processo di approvvigionamento dall'esterno (*outsourcing*), tipico dell'appalto, preferendo di affidare una data attività ad un altro ente pubblico, che solo formalmente è distinto dalla propria organizzazione, ma su cui sostanzialmente essa esercita un controllo analogo a quello che espleterebbe nei confronti di un proprio servizio e che realizza con essa la parte più importante della sua attività.

In merito, occorre tener conto che il giudice comunitario, in una recente pronuncia³², ha sancito la legittimità di un accordo, stipulato tra quattro *Landkreise* tedeschi e la città di Amburgo, in materia di smaltimento rifiuti, subordinandola, però, al verificarsi di una serie di precisi presupposti:

- a) l'attuazione della cooperazione deve essere retta unicamente da considerazioni e prescrizioni connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico;
- b) deve essere salvaguardato il principio della parità di trattamento degli interessati, in modo tale che nessuna impresa privata è posta in situazione privilegiata rispetto agli altri concorrenti;
- c) la collaborazione tra amministrazioni non deve palesarsi quale costruzione di puro artificio, diretta ad eludere le norme in materia di appalti pubblici;
- d) gli unici movimenti finanziari ammessi tra gli enti pubblici cooperanti sono quelli corrispondenti al rimborso delle spese effettivamente sostenute;
- e) tutte le strutture pubbliche coinvolte devono svolgere un ruolo attivo, anche se non necessariamente nella stessa misura.

Sulla base di tali indirizzi comunitari, l'Autorità di Vigilanza evidenzia che, in ambito nazionale, la legittimità dell'impiego dello strumento convenzionale è assicurata dalla previsione normativa contenuta nel primo comma dell'articolo 15 della legge n. 241/1990, secondo cui "le amministrazioni pubbliche possono sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune".

Tuttavia, per evitare che la disposizione ora indicata possa essere strumentalmente utilizzata in chiave anticoncorrenziale, è necessario rispettare i seguenti limiti di azione e di applicazione:

1. l'accordo deve regolare la realizzazione di un interesse pubblico, effettivamente comune ai partecipanti, che le parti hanno l'obbligo di perseguire come compito principale, da valutarsi alla luce delle finalità istituzionali degli enti coinvolti;
2. alla base dell'accordo deve esserci una reale divisione di compiti e responsabilità;
3. i movimenti finanziari tra i soggetti, che sottoscrivono l'accordo, devono configurarsi solo come ristoro delle spese sostenute, essendo escluso il pagamento di un vero e proprio corrispettivo, comprensivo di un margine di guadagno;
4. il ricorso all'accordo non può interferire con il perseguimento dell'obiettivo principale delle norme comunitarie in tema di appalti pubblici, ossia la libera circolazione dei servizi e l'apertura alla concorrenza non falsata negli Stati membri.

³¹ Es.: sentenza Coditel Brabant, 13 novembre 2008, causa C-324/07.

³² Sentenza del 9 giugno 2009, causa C-480/06.

Dunque, la collaborazione tra amministrazioni, attraverso lo strumento dell'”accordo”, non può trasformarsi in una costruzione di puro artificio, diretta solo al perseguimento di fini elusivi, ma deve presentare un adeguato e congruo corredo motivazionale.

Al riguardo, occorre tener conto degli ultimi sviluppi giurisprudenziali. Precisamente, si è evidenziato che gli accordi di collaborazione fra amministrazioni aggiudicatrici sono a rischio di illegittimità comunitaria per violazione della direttiva 2004/18 sugli appalti pubblici quando una delle parti è anche operatore economico. È quanto prefigura il Consiglio di Stato, sez. V[^], nell'ordinanza n. 966 del 15 febbraio 2011, che rimette alla Corte di giustizia europea la questione interpretativa rispetto alla possibile violazione della direttiva appalti pubblici 2004/18 di un affidamento diretto avente ad oggetto un incarico di servizi disposto da una Asl nei confronti di una Università. In primo grado, il Tar Puglia-Lecce aveva infatti bocciato un accordo, ex articolo 15 della legge 241/1990, sul rilievo che illegittimamente l'Azienda avrebbe proceduto all'affidamento diretto all'Università dell'incarico per lo studio e la valutazione di vulnerabilità sismica delle strutture ospedaliere della Provincia, omettendo il doveroso ricorso a procedure di evidenza pubblica, in violazione delle regole di libera concorrenza, trasparenza, proporzionalità e pubblicità della normativa comunitaria e nazionale. La sentenza veniva appellata e, prima di decidere, i giudici di Palazzo Spada hanno chiesto alla Corte europea di definire la questione pregiudiziale in ordine alla conformità alla direttiva 2004/18 della normativa che prevede la stipula di accordi fra due amministrazioni per l'effettuazione di servizi di studio e ricerca, a fronte di un corrispettivo non superiore alle spese sostenute per lo svolgimento della prestazione, nel caso in cui una di queste amministrazioni rivesta la qualità di operatore economico. Nel caso specifico, infatti, l'Università, anche in base alla recente giurisprudenza della Corte europea, ha natura di operatore economico, tant'è che viene autorizzata a partecipare alle gare di appalto pubblico a fianco degli operatori privati. Il Consiglio di Stato ipotizza che il ricorso al partenariato pubblico-pubblico (basato sull'articolo 15 della legge 241/1990) «possa profilare il pericolo di contrasto con i principi di concorrenza quando l'amministrazione con cui sia concluso un accordo di collaborazione rivesta al tempo stesso la qualità di operatore economico»; se infatti fosse un operatore economico, dovrebbe essere trattato come gli altri operatori economici e non dovrebbe risultare affidatario diretto di un incarico. D'altro canto, nel caso specifico, era presente anche un corrispettivo (pari ai costi sostenuti), il che è comunque indizio, dicono i giudici, di una onerosità del contratto (di appalto). Né, si precisa nell'ordinanza, si può immaginare che l'incarico possa essere ascritto all'*in house providing* dal momento che l'Università «è amministrazione distinta dall'Asl e in alcun modo può considerarsi *longa manus* dell'Azienda». Infine, dicono i giudici, le norme europee sembrano non escludere le prestazioni di rilevazione e ricerca a carattere scientifico dal loro ambito di applicazione. Tutti elementi, questi, che deporrebbero per l'assoggettamento di questi contratti alla direttiva europea e per un contrasto della legge 241 con la stessa direttiva e i principi del trattato europeo.

3) LA DISCIPLINA DEL 2010 (ART. 14, COMMI 25°-31°, DECRETO LEGGE N. 78/2010, CONVERTITO IN LEGGE N. 122/2010)

Prima di esaminare le novità del 2010, occorre ricordare che, in tema di gestioni associate di funzioni (ma anche di servizi e di strutture), il comma 28° dell'articolo 2, della legge n. 244/2007, stabilì quanto segue³³:

- a) Ai fini della semplificazione della varietà e della diversità delle forme associative comunali e del processo di riorganizzazione sovracomunale dei servizi, delle funzioni e delle strutture, ad ogni amministrazione comunale è consentita l'adesione ad una unica forma associativa, per ciascuna di quelle previste dagli articoli 31 (Consorzio), 32 (Unione di Comuni) e 33 (esercizio associato di funzioni e servizi da parte dei comuni).

³³ Nel testo modificato dall'articolo 35-bis della legge n. 31 del 2008, poi dall'articolo 4 del decreto-legge n. 154 del 2008.

- b) Sono fatte salve le disposizioni di legge in materia di organizzazione e gestione del servizio idrico integrato e del servizio di gestione dei rifiuti.
- c) A partire dal 1° gennaio 2009, se permane l'adesione multipla ogni atto adottato dall'associazione tra Comuni è nullo ed è, altresì, nullo ogni atto attinente all'adesione o allo svolgimento di essa da parte dell'amministrazione comunale interessata.
- d) L'indicata disciplina non si applica per l'adesione delle amministrazioni comunali ai consorzi istituiti o resi obbligatori da leggi nazionali e regionali.

La gestione associata delle funzioni è stata interessata, dal 2010 in poi, da un ricorrente intervento legislativo, teso, primariamente e senza infingimenti, al perseguimento di un unico obiettivo: la riduzione della spesa pubblica!

Il primo intervento, l'intervento del 2010, si è manifestato con l'articolo 14 del decreto legge n. 78/2010, convertito in legge n. 122/2010 (oggetto, poi, di modificazioni con il decreto legge n. 138/2011, convertito in legge n. 148/2011). Tale disposizione normativa, rubricata "Patto di stabilità interno ed altre disposizioni sugli enti territoriali", presenta i seguenti ed importanti commi:

25. *"Le disposizioni dei commi da 26 a 31 sono dirette ad assicurare il coordinamento della finanza pubblica e il contenimento delle spese per l'esercizio delle funzioni fondamentali dei comuni"*. La disposizione normativa si pone come introduzione alla "manovra" del 2010 sugli Enti locali ed evidenzia, chiaramente come anticipato, il fine primario ed unico dell'intervento normativo: **contenere le spese per l'esercizio delle funzioni fondamentali dei Comuni**, cioè ridurre l'intera spesa correlata all'esercizio di tali funzioni. La finalità, che viene indicata cronologicamente come prima, cioè il "coordinamento della finanza pubblica", non deve trarre in inganno, nel senso che costituisce un fine recessivo in confronto al secondo. Ciò che è importante è il contenimento della spesa pubblica ed, attraverso il perseguimento di tale fine, è possibile garantire il coordinamento della finanza pubblica. In altri termini, la finanza pubblica deve essere coordinata (da qui, la sollecitazione alla valorizzazione della gestione associata) al fine primario di ridurre la spesa pubblica. Eclatante conferma di tale verità ci perviene, non solo dall'ultima³⁴ "manovra d'agosto", ma anche da una chiara asserzione, contenuta in una recente pronuncia, formulata da un autorevolissimo organo giurisdizionale. Le sezioni riunite della Corte dei conti, nella recente pronuncia n. 50/contr/11 del 21 settembre 2011, sono state chiamate in causa da contrasti interpretativi intercorsi fra le sezioni Emilia-Romagna e Lombardia, in merito alle seguenti questioni: 1) E' possibile escludere dalla limitazione, di cui al comma 6°, articolo 7, legge n. 122/2010 (limitazione delle spese per consulenze e studi al 20 per cento della spesa sostenuta nell'anno 2009) le "consulenze ad alto tasso di specializzazione", che fanno riferimento a competenze così elevate, che sono quasi introvabili negli Enti? 2) Rientrano nell'alveo applicativo dell'articolo 6, comma 7° predetto, le spese di comunicazione istituzionale, di cui alla legge n. 150/2000? Le Sezioni riunite hanno dato risposta negativa al primo quesito e positiva alla seconda. Ciò che interessa, invero, non è propriamente il merito delle questioni controverse sottoposte al suo vaglio, bensì una significativa frase, posta al termine della pronuncia, a giustificazione delle decisioni assunte. La frase è la seguente: *"Del resto va anche evidenziato come una qualsiasi scelta di contenimento della spesa sia suscettibile, per sua natura, di produrre effetti negativi sull'efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa"*. Cosa vuol dire ciò? Al di là di inutili formalismi, vuol dire che se si decide di contenere la spesa pubblica, non possono che prodursi effetti negativi sull'intera azione amministrativa. Dunque, il fine primario delle manovre in materia di enti locali e gestioni associate è unico: ridurre la spesa. Il resto è secondario!

26. *"L'esercizio delle funzioni fondamentali dei Comuni è obbligatorio per l'ente titolare"*. Una disposizione quasi pleonastica, che ribadisce un ovvio principio: il Comune deve esercitare le "funzioni fondamentali". Quali sono le "funzioni fondamentali"?

³⁴ Proprio l'ultima?

27. *“Ai fini dei commi da 25 a 31 e fino alla data di entrata in vigore della legge con cui sono individuate le funzioni fondamentali di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera p), della Costituzione, sono considerate funzioni fondamentali dei comuni le funzioni di cui all'articolo 21, comma 3, della legge 5 maggio 2009, n. 42”*. Ecco la risposta. Nell'attesa di un riordino costituzionale, le **“funzioni fondamentali”** sono quelle indicate al comma 3°, dell'articolo 21 della legge n. 42/2009³⁵ e, cioè:

- a) funzioni generali di amministrazione, di gestione e di controllo, nella misura complessiva del 70 per cento delle spese come certificate dall'ultimo conto del bilancio disponibile alla data di entrata in vigore della presente legge;
- b) funzioni di polizia locale;
- c) funzioni di istruzione pubblica, ivi compresi i servizi per gli asili nido e quelli di assistenza scolastica e refezione, nonché l'edilizia scolastica;
- d) funzioni nel campo della viabilità e dei trasporti;
- e) funzioni riguardanti la gestione del territorio e dell'ambiente, fatta eccezione per il servizio di edilizia residenziale pubblica e locale e piani di edilizia nonché per il servizio idrico integrato;
- f) funzioni del settore sociale.

28. *“Le funzioni fondamentali dei comuni, previste dall'articolo 21, comma 3, della citata legge n. 42 del 2009, sono obbligatoriamente esercitate in forma associata, attraverso convenzione o unione, da parte dei comuni con popolazione superiore a 1.000 e fino a 5.000 abitanti, esclusi i comuni il cui territorio coincide integralmente con quello di una o di più isole” ed il comune di Campione d'Italia. Tali funzioni sono obbligatoriamente esercitate in forma associata, attraverso convenzione o unione, da parte dei comuni, appartenenti o già appartenuti a comunità montane, con popolazione stabilita dalla legge regionale e comunque inferiore a 3.000 abitanti”*³⁶. La disposizione introduce le modalità di estrinsecazione della gestione associata delle funzioni e, precisamente:

- a) I Comuni, con popolazione superiore a 1.000 e fino a 5.000 abitanti (esclusi i comuni il cui territorio coincide integralmente con quello di una o di più isole” ed il comune di Campione d'Italia) devono esercitare le predette funzioni fondamentali in forma associata, attraverso i modelli della Convenzione o dell'Unione di Comuni.
- b) I Comuni, appartenenti o già appartenuti a Comunità Montane, con popolazione stabilita dalla legge regionale e, comunque, inferiore a 3.000 abitanti soggiacciono alla medesima disciplina sub “a”.

29. *“I comuni non possono svolgere singolarmente le funzioni fondamentali svolte in forma associata. La medesima funzione non può essere svolta da più di una forma associativa”*. La disposizione introduce un chiaro vincolo, diretto a realizzare, oltre che ad evitare duplicazioni, la gestione associata quale unica forma di esercizio delle funzioni. In altri termini:

- a) I Comuni non possono esercitare, in modo singolo, le “funzioni fondamentali” svolte in forma associata;
- b) La medesima funzione fondamentale non può essere svolta da più di una forma associativa, Convenzione od Unione di Comuni che sia.

30. *“La regione, nelle materie di cui all'articolo 117, commi terzo e quarto, della Costituzione, individua con propria legge, previa concertazione con i comuni interessati nell'ambito del Consiglio delle autonomie locali, la dimensione territoriale ottimale e omogenea per area geografica per lo svolgimento, in forma obbligatoriamente associata da parte dei comuni con dimensione territoriale inferiore a quella ottimale, delle funzioni*

³⁵ *“Delega al Governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell'articolo 119 della Costituzione”*.

³⁶ Comma così modificato dall'art. 16, comma 22°, decreto-legge n. 138 del 2011, convertito dalla legge n. 148 del 2011.

fondamentali di cui all'articolo 21, comma 3, della legge 5 maggio 2009, n. 42, secondo i principi di economicità, di efficienza e di riduzione delle spese, fermo restando quanto stabilito dal comma 28 del presente articolo. Nell'ambito della normativa regionale i comuni avviano l'esercizio delle funzioni fondamentali in forma associata entro il termine indicato dalla stessa normativa. I comuni capoluogo di provincia e i comuni con un numero di abitanti superiore a 100.000 non sono obbligati all'esercizio delle funzioni in forma associata". La disposizione disciplina l'intervento della Regione ed il "dialogo collaborativo", che deve sussistere in materia fra Regioni e Comuni, nel seguente modo:

- a) La Regione, nelle materie di cui all'articolo 117, commi terzo e quarto, della Costituzione³⁷, individua con propria legge, previa concertazione con i Comuni interessati nell'ambito del Consiglio delle autonomie locali, la dimensione territoriale ottimale e omogenea per area geografica per lo svolgimento, in forma obbligatoriamente associata da parte dei Comuni con dimensione territoriale inferiore a quella ottimale, delle funzioni fondamentali, secondo i principi di economicità, di efficienza e di riduzione delle spese, nel rispetto dei criteri dimensionali di cui al precedente comma 28°.

31. *"Il limite demografico minimo che l'insieme dei comuni che sono tenuti ad esercitare le funzioni fondamentali in forma associata deve raggiungere è fissato in 10.000 abitanti, salvo diverso limite demografico individuato dalla regione entro due mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138. I comuni assicurano comunque il completamento dell'attuazione delle disposizioni di cui ai commi da 26 a 30 del presente articolo³⁸:*

a) entro il 31 dicembre 2011 con riguardo ad almeno due delle funzioni fondamentali loro spettanti, da essi individuate tra quelle di cui all'articolo 21, comma 3, della legge 5 maggio 2009, n. 42;

b) entro il 31 dicembre 2012 con riguardo a tutte le sei funzioni fondamentali loro spettanti ai sensi dell'articolo 21, comma 5, della citata legge n. 42 del 2009³⁹.

Si tratta di una disposizione, che introduce ulteriori precisazioni temporali alle modalità di gestione delle funzioni in forma associata e, precisamente:

- I Comuni devono garantire, nell'esercizio delle funzioni fondamentali in forma associata, un limite demografico minimo, pari ad almeno 10.000 abitanti. In altri termini, tale soglia deve essere raggiunta, quale soglia minima, con la Convenzione o con l'Unione di Comuni.
- Tuttavia, è possibile un diverso limite, che le Regioni possono individuare entro due mesi dalla data di entrata in vigore della legge n. 148/2011, di conversione del decreto legge n. 138/2011 (17 novembre 2011).

³⁷ Art. 117, comma 3°: "Sono materie di legislazione concorrente quelle relative a: rapporti internazionali e con l'Unione europea delle Regioni; commercio con l'estero; tutela e sicurezza del lavoro; istruzione, salva l'autonomia delle istituzioni scolastiche e con esclusione della istruzione e della formazione professionale; professioni; ricerca scientifica e tecnologica e sostegno all'innovazione per i settori produttivi; tutela della salute; alimentazione; ordinamento sportivo; protezione civile; governo del territorio; porti e aeroporti civili; grandi reti di trasporto e di navigazione; ordinamento della comunicazione; produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia; previdenza complementare e integrativa; armonizzazione dei bilanci pubblici e coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario; valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali; casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale; enti di credito fondiario e agrario a carattere regionale. Nelle materie di legislazione concorrente spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato".

Art. 117, comma 4°: "Spetta alle Regioni la potestà legislativa in riferimento ad ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato".

³⁸ Comma così sostituito dall'art. 20, comma 2-quater, legge n. 111 del 2011, poi così modificato dall'art. 16, comma 24, decreto-legge n. 138 del 2011, convertito dalla legge n. 148 del 2011.

³⁹ Lettera così sostituita dall'art. 16, comma 24, decreto-legge n. 138 del 2011, convertito dalla legge n. 148 del 2011.

- Ad ogni modo, i Comuni devono garantire la gestione associata (cioè il rispetto della disciplina sin qui esaminata) nel seguente modo:
 - entro il 31 dicembre 2011, con riguardo ad almeno due funzioni fondamentali;
 - entro il 31 dicembre 2012 con riguardo a tutte le sei funzioni fondamentali loro spettanti.

4) LE ULTIME NOVITÀ: LA PECULIARE DISCIPLINA DEI COMUNI FINO A 1.000 ABITANTI (ART. 16, DECRETO LEGGE N. 138/2011, CONVERTITO IN LEGGE N. 148/2011)

La “*manovra di agosto*” (decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito in legge 14 settembre 2011, n. 148) introduce una specifica disciplina per i Comuni di piccole dimensioni, contenuta nell’articolo 16, che prescrive quanto segue:

- 1) A partire dalle prime elezioni amministrative successive alla data del 13 agosto 2012⁴⁰, i **Comuni, con popolazione fino a 1.000 abitanti**, esercitano obbligatoriamente in forma associata tutte le funzioni amministrative e tutti i servizi pubblici loro spettanti sulla base della legislazione vigente (comma 1°).
- 2) La gestione associata deve aver luogo attraverso l’istituzione di un’**unione di comuni** (art. 32 TUEL) (comma 1°).
- 3) Le finalità che presidono la nuova disciplina sono le seguenti: assicurare il conseguimento degli obiettivi di finanza pubblica, l’ottimale coordinamento della finanza pubblica, il contenimento delle spese degli enti territoriali ed il migliore svolgimento delle funzioni amministrative e dei servizi pubblici (comma 1°).
- 4) Tali disposizioni, contenute nel comma 1° (lettere “a”, “b” e “c”), non si applicano ai Comuni, il cui territorio coincide integralmente con quello di una o di più isole, nonché al comune di Campione d’Italia (comma 1°).
- 5) A ciascuna Unione hanno facoltà di aderire anche Comuni con popolazione superiore a 1.000 abitanti, al fine dell’esercizio in forma associata di tutte le funzioni fondamentali loro spettanti sulla base della legislazione vigente e dei servizi ad esse inerenti, anche al fine di dare attuazione alle disposizioni prima illustrate (articolo 14, commi 28, 29, 30 e 31, del citato decreto-legge n. 78 del 2010, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 122 del 2010) (comma 2°).
- 6) Tali Comuni (i “facoltizzati”), in alternativa, hanno la facoltà di esercitare mediante tale unione tutte le funzioni e tutti i servizi pubblici loro spettanti sulla base della legislazione vigente (comma 2°).
- 7) Alle Unioni di Comuni, costituite dai soli Comuni con popolazione fino a 1.000 abitanti, si applica una disciplina specifica, organizzativa e funzionale, che in parte deroga alla disciplina ordinaria delle Unioni (art. 32, commi 2°, 3°, 5° secondo periodo TUEL) (comma 3°).
- 8) All’unione sono affidate, per conto dei Comuni che ne sono membri, la programmazione economico-finanziaria e la gestione contabile (II^ parte del TUEL), con riferimento alle funzioni da essi esercitate per mezzo dell’unione (comma 4°).
- 9) I Comuni, che sono membri dell’unione, concorrono alla predisposizione del bilancio di previsione dell’unione per l’anno successivo, mediante la deliberazione, da parte del consiglio comunale, da adottare annualmente, entro il 30 novembre, di un documento programmatico, nell’ambito del piano generale di indirizzo deliberato dall’unione entro il

⁴⁰ Un anno dopo la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del DL n. 138/2011.

- precedente 15 ottobre. La concreta disciplina di tali competenze e dei connessi provvedimenti è rinviata ad un futuro regolamento governativo⁴¹ (comma 4°).
- 10) L'**unione succede**, a tutti gli effetti, **nei rapporti giuridici in essere**, alla data del 13 agosto 2012, che siano inerenti alle funzioni ed ai servizi ad essa affidati ai sensi dei commi 1, 2 e 4, ferme restando le disposizioni dell'articolo 111 del codice di procedura civile (*Successione a titolo particolare nel diritto controverso*)⁴² (comma 5°).
 - 11) Alle **unioni**, costituite dai Comuni fino a 1.000 abitanti, **sono trasferite tutte le risorse umane e strumentali relative alle funzioni ed ai servizi loro affidati** ai sensi dei commi 1, 2 e 4, nonché i relativi rapporti finanziari risultanti dal bilancio. A decorrere dall'anno 2014, tali Unioni sono soggette alla disciplina del patto di stabilità interno per gli enti locali prevista per i comuni aventi corrispondente popolazione (comma 5°).
 - 12) Le unioni, costituite dai Comuni fino a 1.000 abitanti, sono istituite in modo che la complessiva popolazione residente nei rispettivi territori⁴³ sia di norma superiore a 5.000 abitanti, ovvero a 3.000 abitanti qualora i Comuni, che intendono comporre una medesima unione appartengano o siano appartenuti a comunità montane (comma 6°).
 - 13) Entro due mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto legge (**17 novembre 2011**), ciascuna Regione ha facoltà di individuare diversi limiti demografici (comma 6°).
 - 14) Le Unioni di comuni, che risultino costituite alla data del 13 agosto 2012, e di cui facciano parte uno o più comuni con popolazione fino a 1.000 abitanti, entro i successivi quattro mesi adeguano i rispettivi ordinamenti alla disciplina delle unioni, prevista dall'articolo 16 (comma 7°).
 - 15) I **Comuni appartenenti a forme associative (convenzioni e consorzi) cessano di diritto di farne parte** alla data in cui diventano membri di un'unione obbligatoria (comma 7°).
 - 16) Entro il termine perentorio del **17 marzo 2012**, i Comuni fino a 1.000 abitanti, con deliberazione del consiglio comunale, da adottare, a maggioranza dei componenti⁴⁴, avanzano alla Regione una proposta di aggregazione, di identico contenuto, per l'istituzione della rispettiva unione. Nel termine perentorio del 31 dicembre 2012, la Regione provvede, secondo il proprio ordinamento, a sancire l'istituzione di tutte le unioni del proprio territorio come determinate nelle proposte. La Regione provvede anche qualora la proposta di aggregazione manchi o non sia conforme alle disposizioni dell'articolo 16 (comma 8°).
 - 17) A decorrere dal giorno della proclamazione degli eletti negli organi di governo del comune che, successivamente al 13 agosto 2012, sia per primo interessato al rinnovo, nei Comuni con popolazione fino a 1.000 abitanti che siano parti della stessa unione, nonché in quelli con popolazione superiore che esercitino mediante tale unione tutte le proprie funzioni, **gli organi di governo sono il sindaco ed il consiglio comunale, e le giunte in carica decadono di diritto**. Ai consigli dei comuni, che sono membri di tale unione, competono esclusivamente poteri di indirizzo nei confronti del consiglio dell'unione, ferme restando le

⁴¹ Regolamento da adottare, entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, ai sensi dell'articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, e successive modificazioni, su proposta del Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro per le riforme per il federalismo, sono disciplinati il procedimento amministrativo-contabile di formazione e di variazione del documento programmatico, i poteri di vigilanza sulla sua attuazione e la successione nei rapporti amministrativo-contabili tra ciascun comune e l'unione.

⁴² Art. 111 cpc: "Se nel corso del processo si trasferisce il diritto controverso per atto tra vivi a titolo particolare, il processo prosegue tra le parti originarie. Se il trasferimento a titolo particolare avviene a causa di morte il processo e' proseguito dal successore universale o in suo confronto. In ogni caso il successore a titolo particolare può intervenire o essere chiamato nel processo e, se le altre parti vi consentono, l'alienante o il successore universale può esserne estromesso. La sentenza pronunciata contro questi ultimi spiega sempre i suoi effetti anche contro il successore a titolo particolare ed e' impugnabile anche da lui, salve le norme sull'acquisto in buona fede dei mobili e sulla trascrizione".

⁴³ Determinata ai sensi dell'articolo 156, comma 2, TUEL.

⁴⁴ Conformemente alle disposizioni di cui al comma 6.

funzioni normative che ad essi spettino in riferimento alle attribuzioni non esercitate mediante l'unione (comma 9°).

- 18) Gli **organi dell'unione**, costituita dai Comuni fino a 1.000 abitanti, sono il consiglio, il presidente e la giunta (comma 10°).
- 19) Il Consiglio dell'unione è composto da tutti i sindaci dei comuni, che sono membri dell'unione, nonché, in prima applicazione, da due consiglieri comunali per ciascuno di essi. I consiglieri sono eletti, non oltre venti giorni dopo la data di istituzione dell'unione ai sensi del comma 9, in tutti i comuni che sono membri dell'unione dai rispettivi consigli comunali, con la garanzia che uno dei due appartenga alle opposizioni. Fino all'elezione del presidente dell'unione ai sensi del comma 12, primo periodo, il sindaco del comune avente il maggior numero di abitanti tra quelli che sono membri dell'unione esercita tutte le funzioni di competenza dell'unione medesima (comma 11°).
- 20) La legge dello Stato può stabilire che le successive elezioni avvengano a suffragio universale e diretto contestualmente alle elezioni per il rinnovo degli organi di governo di ciascuno dei comuni appartenenti alle unioni. La legge dello Stato disciplina conseguentemente il sistema di elezione; l'indizione delle elezioni avviene ai sensi dell'articolo 3 della legge 7 giugno 1991, n. 182, e successive modificazioni. Al consiglio spettano le competenze attribuite dal citato testo unico di cui al decreto legislativo n. 267 del 2000 al consiglio comunale, fermo restando quanto previsto dai commi 4 e 9 dell'articolo 16 (comma 11°).
- 21) Entro trenta giorni dalla data di istituzione dell'unione, il consiglio è convocato di diritto ed elegge il presidente dell'unione tra i propri componenti. Al presidente, che dura in carica due anni e mezzo ed è rinnovabile, spettano le competenze attribuite al sindaco dall'articolo 50 del citato testo unico di cui al decreto legislativo n. 267 del 2000, ferme restando in capo ai sindaci di ciascuno dei comuni che sono membri dell'unione le attribuzioni di cui all'articolo 54 del medesimo testo unico (comma 12°).
- 22) La Giunta dell'unione è composta dal presidente, che la presiede, e dagli assessori, nominati dal medesimo fra i sindaci componenti il consiglio in numero non superiore a quello previsto per i comuni aventi corrispondente popolazione. Alla giunta spettano le competenze, di cui all'articolo 48 TUEL⁴⁵ (comma 13°).
- 23) Lo Statuto dell'unione individua le modalità di funzionamento dei propri organi e ne disciplina i rapporti. Il consiglio adotta lo statuto dell'unione, con deliberazione a maggioranza assoluta dei propri componenti, entro venti giorni dalla data di istituzione dell'unione (comma 14°).
- 24) Ai consiglieri, al presidente ed agli assessori dell'unione si applicano le disposizioni di cui agli 82 ed 86 del TUEL ed ai relativi atti di attuazione, in riferimento al trattamento spettante, rispettivamente, ai consiglieri, al sindaco ed agli assessori dei comuni aventi corrispondente popolazione. Agli amministratori dell'unione che risultino percepire emolumenti di ogni genere in qualità di amministratori locali ai sensi dell'articolo 77, comma 2, del citato testo unico di cui al decreto legislativo n. 267 del 2000, fino al momento dell'esercizio dell'opzione, non spetta alcun trattamento per la carica sopraggiunta (comma 15°).

⁴⁵ Articolo 48: 1. La giunta collabora con il sindaco o con il presidente della provincia nel governo del comune o della provincia ed opera attraverso deliberazioni collegiali. Nei comuni con popolazione fino a 15.000 abitanti, le riunioni della giunta si tengono preferibilmente in un arco temporale non coincidente con l'orario di lavoro dei partecipanti. 2. La giunta compie tutti gli atti rientranti ai sensi dell'articolo 107, commi 1 e 2, nelle funzioni degli organi di governo, che non siano riservati dalla legge al consiglio e che non ricadano nelle competenze, previste dalle leggi o dallo statuto, del sindaco o del presidente della provincia o degli organi di decentramento; collabora con il sindaco e con il presidente della provincia nell'attuazione degli indirizzi generali del consiglio; riferisce annualmente al consiglio sulla propria attività e svolge attività propositive e di impulso nei confronti dello stesso. 3. E', altresì, di competenza della giunta l'adozione dei regolamenti sull'ordinamento degli uffici e dei servizi, nel rispetto dei criteri generali stabiliti dal consiglio.

25) L'obbligo, per i Comuni fino a 1.000 abitanti di istituire le Unioni, non trova applicazione nei riguardi dei Comuni che, alla data del 30 settembre 2012, risultino esercitare tutte le funzioni amministrative e i servizi pubblici mediante convenzione (comma 16°)⁴⁶.

26) A decorrere dal primo **rinnovo di ciascun consiglio comunale**, successivo alla data di entrata in vigore della legge di conversione (comma 17°):

- a) per i comuni con popolazione fino a 1.000 abitanti, il consiglio comunale è composto, oltre che dal sindaco, da sei consiglieri (prima: Sindaco + 9 consiglieri);
- b) per i comuni con popolazione superiore a 1.000 e fino a 3.000 abitanti, il consiglio comunale è composto, oltre che dal sindaco, da sei consiglieri ed il numero massimo degli assessori è stabilito in due (prima: Sindaco + 9 consiglieri, con giunta di tre);
- c) per i comuni con popolazione superiore a 3.000 e fino a 5.000 abitanti, il consiglio comunale è composto, oltre che dal sindaco, da sette consiglieri ed il numero massimo degli assessori è stabilito in tre (prima: Sindaco + 12 consiglieri, con giunta di quattro);
- d) per i comuni con popolazione superiore a 5.000 e fino a 10.000 abitanti, il consiglio comunale è composto, oltre che dal sindaco, da dieci consiglieri ed il numero massimo degli assessori è stabilito in quattro (prima: Sindaco + 12 consiglieri, con giunta di quattro).

27) A decorrere dal giorno della proclamazione degli eletti negli organi di governo del comune che, successivamente al 13 agosto 2012, ai consiglieri dei comuni con popolazione fino a 1.000 abitanti non sono applicabili le disposizioni di cui all'articolo 82 TUEL (indennità). Non sono inoltre applicabili le disposizioni di cui all'articolo 80 TUEL (permessi retribuiti, ad esclusione delle assenze dal servizio "per il tempo strettamente necessario per la partecipazione ai Consigli" (comma 18°).

Oltre tali interventi, riguardanti primariamente i Comuni di piccole dimensioni (Comuni fino a 1.000 abitanti e fino a 5.000 abitanti), vi sono altre disposizioni, che possono essere così riassunte:

- a) Nei Comuni fino a 15.000 abitanti, i consigli comunali devono tenersi preferibilmente in un arco temporale non coincidente con l'orario di lavoro dei partecipanti (comma 19°).
- b) Nei Comuni fino a 15.000 abitanti, le giunte comunali devono tenersi preferibilmente in un arco temporale non coincidente con l'orario di lavoro dei partecipanti (comma 20°) (comma 20°).
- c) Vengono ridotti i permessi di assenza dal servizio per tutti i consiglieri comunali, per la partecipazione alle sedute, per il tempo strettamente necessario per la partecipazione a ciascuna seduta dei rispettivi consigli e per il raggiungimento del luogo di suo svolgimento (comma 21°).
- d) Nuova disciplina per la nomina dell'organo di revisione (comma 25°):

A decorrere dal primo rinnovo dell'organo di revisione successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto, i revisori dei conti degli enti locali sono scelti mediante estrazione da un elenco nel quale possono essere inseriti, a richiesta, i soggetti iscritti, a livello regionale, nel Registro dei revisori legali di cui al decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 39, nonché gli iscritti all'Ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili. Con decreto del

⁴⁶ Per i fini ora indicati, tali comuni trasmettono al Ministero dell'interno, entro il 15 ottobre 2012, un'attestazione comprovante il conseguimento di significativi livelli di efficacia ed efficienza nella gestione, mediante convenzione, delle rispettive attribuzioni. Con decreto del Ministro dell'interno, da adottare entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sono determinati contenuti e modalità delle attestazioni di cui al secondo periodo. Il Ministero dell'interno, previa valutazione delle attestazioni ricevute, adotta con proprio decreto, da pubblicare entro il 30 novembre 2012 nel proprio sito internet, l'elenco dei comuni obbligati e di quelli esentati dall'obbligo di cui al comma 1.

Ministro dell'interno, da adottare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sono stabiliti criteri per l'inserimento degli interessati nell'elenco di cui al primo periodo, nel rispetto dei seguenti principi:

- a) rapporto proporzionale tra anzianità di iscrizione negli albi e registri di cui al presente comma e popolazione di ciascun comune;*
- b) previsione della necessità, ai fini dell'iscrizione nell'elenco di cui al presente comma, di aver in precedenza avanzato richiesta di svolgere la funzione nell'organo di revisione degli enti locali;*
- c) possesso di specifica qualificazione professionale in materia di contabilità pubblica e gestione economica e finanziaria degli enti pubblici territoriali.*

Non vi è dubbio che la nuova disposizione introduce un nuovo sistema di individuazione del Revisore dei conti. In luogo dell'elezione, da parte del Consiglio comunale, come tuttora dispone l'articolo 234 del D.Lgs n. 267/2000, viene previsto l'innovativo sistema di individuazione, costituito dall'estrazione da un elenco regionale. Invero, il punto decisivo della nuova normativa è rappresentato dal rinvio, che la disposizione medesima compie, ad un futuro decreto applicativo, che dovrà delineare le "modalità di attuazione" della norma medesima, cioè le concrete modalità di svolgimento del nuovo sistema di estrazione dall'elenco. Ora, appare ben plausibile la tesi, secondo la quale il nuovo sistema non può "funzionare", cioè non può essere in alcun modo operativo, se manca il decreto applicativo. A questo punto, nell'imminenza della scadenza e nell'impossibilità di utilizzare il nuovo sistema (a causa dell'assenza del decreto applicativo), a fronte della necessità di dover, comunque, individuare il Revisore, l'unica soluzione appare essere la seguente: eleggere o rieleggere, secondo l'attuale sistema (ancora in vigore, in quanto la disciplina del D.Lgs n. 267/2000 non è stata né abrogata né modificata) il Revisore, con l'espressa clausola (che dovrà essere condivisa anche dal Revisore prescelto) che l'elezione sarà da intendersi automaticamente decaduta al momento dell'entrata in efficacia dell'atteso decreto. Fra l'altro, tale soluzione appare confortata dal fatto che la possibile prorogatio per legge può durare solo 45 giorni (ai sensi dell'articolo 3, comma 1°, del Decreto-legge 16 maggio 1994, n. 293, convertito con modificazioni nella legge 15 luglio 1994, n. 444 – Disciplina della proroga degli organi amministrativi). Infatti, decorso tale termine, potrebbe ancora non essere sopravvenuto il decreto applicativo, per cui il problema non sarebbe affatto risolto.

- e) Nuove modalità di rendicontazione delle spese di rappresentanza degli amministratori, da inviare alla Corte dei conti (comma 26°).
- f) Anticipo al 31 dicembre 2012 per la cessione delle partecipate comunali dei Comuni fino a 30.000 abitanti (comma 27°).
- g) Attribuzione ai Prefetti delle competenze in materia di accertamento degli obblighi di "riduzione delle spese" a carico degli Enti Locali (comma 28°).
- h) Le disposizioni dell'intero articolo 16 si applicano ai comuni appartenenti alle regioni a statuto speciale ed alle province autonome di Trento e di Bolzano nel rispetto degli statuti delle regioni e province medesime, delle relative norme di attuazione e secondo quanto previsto dall'articolo 27 della legge 5 maggio 2009, n. 42 (comma 29°).
- i) Dall'applicazione di ciascuna delle disposizioni dell'articolo 16 non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica. Si ribadisce il cardine dell'invarianza della spesa (comma 30°).

- j) A decorrere dall'anno 2013, le disposizioni vigenti in materia di patto di stabilità interno per i Comuni trovano applicazione nei riguardi di tutti i Comuni con popolazione superiore a 1.000 abitanti (comma 31°).

TABELLA CRONO-NORMATIVA TEMPISTICA APPLICATIVA ART. 16 Legge 148/2011 di conversione del DL N. 138/2011 ANCI- AREA PICCOLI COMUNI (3 Ottobre 2011)	
Entro 3 mesi dalla data di entrata in vigore del DL n. 138/2011, il <u>Ministro dell'Interno</u> di concerto con il Ministro dell'Economia adotta, con atto di natura non regolamentare approvato in Conferenza Stato-Città e autonomie locali, uno schema tipo di prospetto per la rendicontazione delle spese di rappresentanza sostenute dagli Organi degli enti locali	13 Novembre 2011 (Comma 26)
Entro 2 mesi dall'entrata in vigore della Legge di conversione del DL n. 138/2011, <u>le Regioni</u> possono individuare un limite demografico minimo diverso da quello indicato per le Unioni formate dai Comuni fino a 1.000 abitanti e per le forme associative (Unioni di Comuni e convenzioni) costituite da Comuni superiori a 1.000 abitanti e fino a 5.000.	17 Novembre 2011 (Commi 6 e 24)
Entro 3 mesi dalla entrata in vigore della Legge di conversione del DL n. 138/2011, <u>il Ministro dell'Interno</u> emana un decreto in cui vengono indicati contenuti e modalità delle attestazioni delle convenzioni costituite dai Comuni fino a 1.000 abitanti per l'esercizio delle funzioni amministrative e dei servizi pubblici.	17 Dicembre 2011 (Comma 16, terza alinea)
Entro 6 mesi (termine perentorio) dalla entrata in vigore della Legge di conversione del DL n. 138/2011, <u>i Comuni fino a 1.000 abitanti</u> avanzano alla Regione una proposta di Unione.	17 Marzo 2012 (Comma 8)
Entro 6 mesi dalla entrata in vigore della Legge di conversione del DL n. 138/2011, <u>il Ministro dell'Interno</u> di concerto con il Ministro per la	17 Marzo 2012 (Comma 4, terza alinea)

<p>Semplificazione normativa adottano un regolamento che disciplina il procedimento amministrativo-contabile del documento programmatico, nonché la successione nei rapporti amministrativo-contabili tra i Comuni e l'Unione di cui al comma 1.</p>	
<p><u>Dal primo rinnovo amministrativo di ciascun Comune</u> dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del DL n. 138/2011, questa la nuova composizione degli organi (Consiglio e Giunta) dei Comuni fino a 10.000 abitanti:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Comuni fino a 1.000 abitanti: il Sindaco + 6 Consiglieri. (prima, il Sindaco + 9 Consiglieri); 2. tra 1.000 e 3.000 abitanti: Sindaco + 6 Consiglieri e 2 Assessori (prima, Sindaco, 9 Consiglieri con Giunta di 3); 3. tra 3.000 e 5.000 abitanti: Sindaco + 7 Consiglieri e 3 Assessori (prima, Sindaco + 12 Consiglieri, con Giunta di 4); 4. tra 5.000 e 10.000 abitanti: Sindaco + 10 Consiglieri e 4 Assessori (prima, come al punto precedente). 	<p>Elezioni amministrative Primavera 2012 (comma 17)</p>
<p>30 settembre 2012, <u>deroga all'obbligo di cui al comma 1 (Unioni) per i Comuni fino a 1.000 abitanti</u> che a questa data esercitano attraverso convenzione tutte le funzioni amministrative e i servizi pubblici.</p>	<p>30 Settembre 2012 (Comma 16)</p>

<p>15 ottobre 2012, termine entro il quale <u>i Comuni fino a 1.000 abitanti</u> che svolgono le funzioni tramite convenzione, trasmettono al Ministero dell'Interno attestazioni comprovanti il raggiungimento di una efficiente gestione nell'esercizio funzionale.</p>	<p>15 Ottobre 2012 (Comma 16, seconda alinea)</p>
<p>30 novembre 2012, il <u>Ministro dell'Interno</u>, dopo aver valutato le attestazioni trasmesse dai Comuni (vedi sopra), emana un decreto contenente l'elenco dei Comuni obbligati a costituire l'Unione di cui al comma 1 e di quelli esentati.</p>	<p>30 Novembre 2012 (Comma 16, quarta alinea)</p>
<p>31 dicembre 2012 (termine perentorio), <u>la Regione</u> provvede ad istituire in tutto il territorio regionale le Unioni di cui al comma 1 sulla base delle proposte dei Comuni e dell'elenco pubblicato dal Ministero dell'Interno, provvedendo anche qualora manchino o non siano conformi le proposte di aggregazione avanzate dai Comuni interessati.</p>	<p>31 Dicembre 2012 (Comma 8, seconda alinea)</p>
<p>31 dicembre 2011, termine entro il quale <u>i Comuni superiori a 1.000 abitanti e fino a 5.000</u> devono esercitare obbligatoriamente in forma associata, attraverso Unione di Comuni o convenzione, almeno due funzioni fondamentali (ex articolo 14, comma 31, lettera a, DL n. 78/2010).</p> <p>31 dicembre 2012, termine entro il quale <u>i Comuni superiori a 1.000 abitanti e fino a 5.000</u> devono esercitare obbligatoriamente in forma associata, attraverso Unione di Comuni o convenzione, tutte le sei funzioni fondamentali indicate nell'articolo 21, comma 3, della legge n. 42/2009.</p>	<p>31 Dicembre 2011 (art. 14, comma 31, DL n. 78/2010)</p> <p>31 Dicembre 2012 (Comma 24)</p>
<p>31 dicembre 2012, termine entro il quale <u>i Comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti</u> mettono in liquidazione o cedono quote delle loro società partecipate.</p>	<p>31 Dicembre 2012 (Comma 27)</p>
<p>2013, anno a partire dal quale tutti <u>i Comuni superiori a 1.000 abitanti sono assoggettati al Patto di stabilità interno.</u></p>	<p>2013 (Comma 31)</p>
<p>13 agosto 2012, a far data dal rinnovo amministrativo successivo a questo termine da parte del primo dei Comuni facenti parte dell'Unione di cui al comma 1:</p> <ul style="list-style-type: none"> - <u>i Comuni associati all'Unione di cui al comma 1</u> esercitano obbligatoriamente tutte le funzioni amministrative e i servizi pubblici (comma 1); - <u>l'Unione di cui al comma 1</u> succede in tutti i rapporti giuridici in essere, nonché nelle dotazioni strumentali e di personale dei Comuni associati relativamente a tutte le funzioni da esercitare (comma 5). 	<p>Elezioni amministrative Primavera 2013</p> <p>+ 4 mesi successivi</p>

5) L'ENNESIMA MICRO-RIFORMA DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI: AMBIZIOSO TENTATIVO DI LIBERALIZZAZIONE O RITORNO AL PASSATO?

5.1) Introduzione

Ci risiamo! Ad appena due anni dall'ultimo intervento normativo⁴⁷, senza trascurare ovviamente le "incursioni" pregresse⁴⁸, ed a pochi mesi dalle consultazioni referendarie, il Legislatore ritorna sul "luogo del delitto", cioè il tormentato settore dei servizi pubblici locali a rilevanza economica. Ci ritorna sempre attraverso un unico **articolo** (il **4**), contenuto nel **decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito in legge 14 settembre 2011, n. 148**. Un modello di azione normativa, a dire il vero, non nuovo, in quanto anche in precedenza si era intervenuti attraverso l'elaborazione di un sol articolo, sovente inserito a colpi di fiducia in un decreto legge. Appare ovvio e quasi scontato dire che la regolazione della materia dei servizi pubblici locali, di certo complessa e coinvolgente una pluralità di soggetti ed interessi, meriterebbe un intervento maggiormente organico e ponderato. Tuttavia, occorre fare di necessità virtù e tentare di comprendere la novella disciplina.

La prima impressione, che è possibile ricavare da una sommaria lettura della nuova micro-riforma, è che si è in presenza di un ambizioso tentativo di liberalizzazione ed, allo stesso tempo, di un sostanziale "ritorno al passato", cioè un ritorno alla normativa antecedente gli esiti referendari del 12 e 13 giugno scorso.

Ritorno al passato, in quanto si ha, dalla lettura dell'articolo 4, la netta impressione che interi commi della previgente normativa abrogata dai referendum, siano stati riversati all'interno dell'articolo 4 medesimo, che, paradossalmente e come dichiarato⁴⁹, ha l'obiettivo di recepire il voto referendario. Particolarmente significativo in tal senso appare il comma 32°, che regola il "regime transitorio degli affidamenti" dei servizi pubblici locali, che non rispettano, alla data dell'entrata in vigore, quanto stabilito dal decreto legge medesimo. La norma, su questo punto, riprende sostanzialmente quanto stabiliva il comma 8° dell'articolo 23°-bis, abrogato dal primo quesito referendario. Il decreto del 13 agosto prevede, infatti, che tutte le concessioni di servizi pubblici locali affidati direttamente decadano il 31 marzo 2012, "senza necessità di apposita deliberazione". Nello stesso tempo, come si anticipava, la novella disciplina si propone, in modo sicuramente ardito, di realizzare un vasto piano di liberalizzazione del settore. Anche l'AGCM (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato) conferma tale "duplicità", evidenziando che la nuova regolamentazione "*ripropone nei fini l'impianto preesistente la consultazione popolare dello scorso giugno, escludendone l'applicabilità al settore idrico, per tenere conto dell'esito del referendum. In tal modo, l'articolo in esame rilancia meritoriamente il processo di liberalizzazione dei servizi pubblici locali, avviato sulla base del precedente impianto regolatorio*"⁵⁰. Prima di esaminare le disposizioni, che si propongono tale disegno, è necessario effettuare qualche chiarimento.

Cos'è una **liberalizzazione**?

In estrema sintesi, liberalizzare significa rimuovere la tutela statale da un dato settore economico, per accompagnarlo verso un sistema retto dalle regole del mercato. Il che significa che non c'è bisogno di liberalizzare laddove già esiste un ordine concorrenziale. Quanti vogliono operare nella prospettiva di un allargamento degli spazi di mercato devono, quindi, preoccuparsi di favorire la transizione verso una situazione, in cui i diritti di proprietà siano garantiti, la libertà contrattuale sia rispettata, non esistano barriere legali all'entrata di nuovi competitori.

⁴⁷ Decreto legge 25 settembre 2009, n. 135, convertito in legge n. 166 del 20 novembre 2009.

⁴⁸ Articolo 35, legge n. 448/2001; Articolo 14 del decreto legge n. 269/2003, convertito in legge n. 326/2003; Articolo 23-bis del decreto legge n. 112/2008.

⁴⁹ Vedasi l'intitolazione dell'articolo 4: "*Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dell'unione europea*".

⁵⁰ AGCM, "Atto di segnalazione al Parlamento del 26 agosto 2011".

Schematizzando, possono esistere due situazioni di partenza in un processo di liberalizzazione, che possiamo osservare nei settori, che vengono esaminati nell'attuale ricerca. La prima è quella in cui il mercato è "ostaggio" di un monopolista, generalmente pubblico. In questo caso, ci si aspetta che, grazie alla liberalizzazione, nuovi soggetti entrino sul mercato, ampliando l'offerta e riducendo la quota di mercato dell'impresa dominante. La seconda è quella in cui le barriere all'ingresso e la regolamentazione in vigore danno vita ad una molteplicità di piccoli attori. In tal caso, dalla liberalizzazione ci si può anche attendere un processo di concentrazione del mercato, o almeno una crescita dimensionale significativa di alcuni attori⁵¹.

In tutti i casi la questione cruciale è di ordine legale e non ha nulla a che fare con quell'idea astratta di mercato, che gioca un ruolo tanto significativo nella modellistica di buona parte della teoria economica. Non si tratta, allora, di esaminare se le quote di mercato controllate da questo o quel soggetto siano eccessivamente grandi, ma piuttosto di eliminare ogni ostacolo legislativo e regolamentare alla libera iniziativa. Il che può produrre ora una minore concentrazione, ora un processo di consolidamento, fusione o, comunque, una riduzione del numero degli attori in campo. Al riguardo, possono essere significativi i seguenti esempi:

- Prima che avesse inizio il processo di liberalizzazione di settori quali il gas, l'elettricità e la telefonia, tutti i clienti erano vincolati a fornirsi presso la medesima compagnia a condizioni definite unilateralmente (oppure, e non è diverso, stabilite a livello politico). Ciò può rallentare o frenare ogni forma d'innovazione – tecnica, finanziaria, gestionale, etc..
- Ancor oggi le professioni intellettuali sono regolate in maniera molto restrittiva dai rispettivi ordini (albi, collegi, o altre organizzazioni analoghe). Si tratta di enti di natura pubblicistica, ai quali il professionista deve aderire se vuole esercitare e che generalmente ne influenzano l'attività con codici di regolamentazione, limitazioni tariffarie e organizzative, vincoli alla pubblicità, barriere all'ingresso, eccetera. In questa maniera, ai professionisti è impedito non solo di farsi concorrenza sul prezzo (almeno in senso ampio), ma anche di gestire in maniera imprenditoriale i loro studi.

Invero, occorre segnalare che tracce di disegni liberalizzatori possono essere ben rivenute nell'articolo 3 del decreto legge n. 138/2011⁵², ove, al comma 1°, si stabilisce che i Comuni, le Province, le Regioni e lo Stato, entro un anno dalla data di entrata in vigore della legge di conversione, adeguano i rispettivi ordinamenti al principio secondo cui "l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge", ad eccezione di taluni casi⁵³. In modo ancor più netto, al comma 2°, si statuisce che "il comma 1° costituisce principio fondamentale per lo sviluppo economico e attua la piena tutela della concorrenza tra le imprese".

5.2) Lo scenario immediatamente precedente

Trascurando le riforme del 2001⁵⁴ e del 2003⁵⁵, è necessario esaminare l'assetto normativo precedente.

⁵¹ Tuttavia, in entrambe le situazioni, se si intende dar luogo ad un processo di liberalizzazione, occorre deve prendere atto che l'economia soffre perché la sua evoluzione naturale, quale che ne sia la direzione, è impedita. Vi è, poi, il caso particolare della legislazione sul lavoro. Al riguardo, occorre rilevare che l'eccessiva rigidità delle norme garantisce gli attuali occupati ed i mediocri, ma disincentiva quanti vogliono impegnarsi di più e colpisce gli esclusi, cioè i disoccupati e quanti lavorano in nero.

⁵² Significativamente rubricato: "Abrogazione delle indebite restrizioni all'accesso e all'esercizio delle professioni e delle attività economiche".

⁵³ a) Vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali; b) Contrasto con i principi fondamentali della Costituzione; c) Danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e contrasto con l'utilità sociale; d) Disposizioni indispensabili per la protezione della salute umana, la conservazione delle specie animali e vegetali, dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio culturale; e) Disposizioni relative alle attività di raccolta di giochi pubblici ovvero che comunque comportano effetti sulla finanza pubblica.

⁵⁴ Articolo 35, legge n. 448/2001.

⁵⁵ Articolo 14 del decreto legge n. 269/2003, convertito in legge n. 326/2003.

Ai sensi del comma 2°, dell'**articolo 23-bis**, del **decreto legge n. 112/2008**, convertito in legge n. 133/2008, l'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, "in via ordinaria"⁵⁶, mediante procedure competitive a evidenza pubblica, in favore di imprese o di società in qualunque forma costituite. Il comma 2°, fissata la regola generale della gara, stabilisce, poi, che la medesima deve essere effettuata nel rispetto dei principi del Trattato istitutivo della Comunità Europea⁵⁷ e dei principi generali relativi ai contratti pubblici.

Nel successivo comma 3°, il Legislatore della riforma introduce una più che decisiva deroga alla regola della gara: "In deroga alle modalità di affidamento ordinario, di cui al comma 2°, per situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento può avvenire nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria". Dunque, ai sensi della norma ora letteralmente riportata, è possibile procedere all'affidamento senza gara di un servizio pubblico locale, avente rilevanza economica, in presenza delle seguenti condizioni:

- a) Sussistenza di una "speciale" situazione.
- b) La specialità consiste in particolari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento.
- c) Tali particolari caratteristiche non devono consentire un efficace e utile ricorso al mercato.

In presenza di siffatta "speciale" situazione, è possibile, stabilisce il comma 3°, procedere all'affidamento "nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria".

A siffatta genericità, connessa alla deroga, cerca, forse invano, di porre rimedio il comma 4° dell'articolo 23-bis, laddove viene prevista una determinata procedura da seguire: "Nei casi di cui al comma 3, l'ente affidante deve dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base a un'analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato e alle autorità di regolazione del settore, ove costituite, per l'espressione di un parere sui profili di competenza da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione".

La procedura derogante può essere così sintetizzata:

- I. L'ente pubblico, che intenda far uso della deroga, cioè che non intenda affidare la gestione di un dato servizio pubblico locale⁵⁸, mediante gara, deve dare "adeguata pubblicità" a siffatta scelta.
- II. Pubblicizzata tale decisione, l'ente deve motivarla, attraverso l'elaborazione di un'"analisi del mercato". Siffatta analisi deve essere finalizzata, anche e soprattutto, a verificare la sussistenza delle condizioni di deroga.
- III. Tale analisi deve essere inserita in una specifica "relazione", da inviare non solo all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ma anche alle eventuali altre Autorità di regolazione del settore, ove costituite.
- IV. Le indicate Autorità devono formulare un parere, entro i limiti della propria competenza, entro sessanta giorni.
- V. Provvedimento di affidamento diretto.

Con il **decreto legge 25 settembre 2009, n. 135**, convertito in legge n. 166 del 20 novembre 2009, furono apportate modificazioni all'illustrato articolo 23-bis.

Per quanto concerne l'ambito applicativo, il rivisitato articolo 23-bis, al comma 1°, conferma l'esclusione per il servizio distribuzione gas ed estende l'esclusione medesima all'energia elettrica (precisazione superflua trattandosi di servizio non concesso da enti locali) ed al trasporto ferroviario regionale (precisazione anche questa non necessaria in quanto le Regioni non sono enti locali).

⁵⁶ L'inciso "in via ordinaria", afferente le modalità di affidamento, è stato intenzionalmente virgolettato, in considerazione della solida deroga all'ordinaria regola della gara, prevista nei successivi commi 3° e 4°, di cui fra breve.

⁵⁷ Vedi nota n. 34.

⁵⁸ Ovviamente, già ben individuato nel suo preciso contenuto.

Per quanto riguarda le società miste (società a prevalente o minoritaria partecipazione pubblica locale), è ben nota la discussione, riguardante questa forma di gestione, e sono altrettanto noti i dissensi tra coloro che sostenevano trattarsi di forma “ordinaria” e chi sosteneva che, invece, essa deve considerarsi derogatoria (più o meno come l'*in house*), in quanto la forma normale di affidamento è costituita dalla sola “*procedura ad evidenza pubblica per il conferimento della gestione*”. Precisamente, si poneva un chiaro interrogativo: l'affidamento ad una società mista può essere considerato una modalità ordinaria di affidamento?

Con le nuove norme, sulla base anche degli orientamenti UE, l'affidamento a società mista pubblica privata diviene forma ordinaria a “condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento”.

Dunque, per un legittimo affidamento ad una società mista, è necessario che:

- a) L'individuazione del socio privato deve avvenire con gara;
- b) Oggetto della gara è sia l'attribuzione della qualità di socio, sia il conferimento dei compiti operativi, connessi alla gestione del servizio;
- c) Al socio privato deve essere attribuita, mediante gara, una partecipazione non inferiore al 40 per cento dell'intero capitale societario.

Il requisito “b” è importante. Secondo gli orientamenti comunitari, nel partenariato pubblico-privato, il socio pubblico deve limitarsi al controllo, mentre la concreta operatività deve essere affidata al socio privato. Nella prassi nazionale delle società miste, generalmente, non è avvenuto così: al socio privato spesso sono stati attribuiti compiti limitati, lasciando l'operatività come tale alla società. Ora l'equivoco dovrebbe essere superato, in quanto la norma espressamente prevede l'attribuzione al socio privato “dei” compiti operativi e non “di” compiti operativi. In buona sostanza, la nuova disposizione normativa sembra imporre il conferimento, in favore del socio privato, di tutti i compiti operativi.

Per quanto concerne l'*in house providing*, a prima vista, può sembrare che le nuove disposizioni abbiano introdotto ulteriori restrizioni e limiti. Tuttavia, ciò non è completamente vero, in quanto già prima l'*in house* doveva considerarsi assai difficile, per non dire quasi impossibile, da configurare in modalità legittime e plausibili. Chiara conferma di ciò è rappresentata dal fatto che l'Autorità antitrust ha espresso parere negativo nella quasi totalità dei casi ad essa sottoposti, dato che ritiene inammissibile la gestione “in house” qualora esista, sia pure solo potenzialmente, un soggetto, privato o pubblico, disposto ad assumere il servizio.

Un elemento, che viene portato a sostegno dei maggiori limiti o vincoli alle “in house”, è l'aggettivo “*eccezionali*”, aggiunto al comma 3°, dopo il sostantivo “*situazioni*”: Tuttavia, a ben vedere, appare evidente che nulla si aggiunge di sostanziale alla norma.

Ad ogni modo, occorre osservare quanto segue:

- a) Al comma 3°, si indica espressamente la gestione *in house*, mentre nel precedente testo dell'articolo 23-*bis* si parlava solo di forme rispettose della disciplina comunitaria, espressione quanto meno oscura.
- b) L'indicazione dei tre requisiti richiesti alle società *in house* (capitale interamente pubblico, controllo analogo, prevalenza dell'attività svolta con l'ente che la controlla) nulla aggiungono e nulla tolgono all'ordinamento attuale.
- c) Al comma 4°, si è depennato il richiamo alle autorità di regolazione del settore, che avrebbero dovuto esprimersi sulla scelta dell'*in house* in aggiunta al parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. La norma, quindi, semplifica la procedura. Al riguardo, occorre ricordare che, per le aziende del settore idrico, l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici aveva avviato una propria indagine, giungendo a conclusioni favorevoli alle società, circa la sussistenza dei requisiti *in house*, in contrasto con il parere dell'Antitrust.

- d) Si è aggiunto un comma, il 4-*bis*, che, riprendendo il testo della bozza di regolamento, stabilisce che “l’Autorità garante della concorrenza e del mercato individua, con propria delibera, le soglie oltre le quali gli affidamenti di servizi pubblici locali assumono rilevanza ai fini dell’espressione del parere di cui al comma 4”. Con tutta probabilità si tratterà di soglie assai ridotte, tali cioè da non sollecitare in alcun modo la concorrenza. Si consideri che l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, sinora, si è espressa favorevolmente in un solo caso: quello relativo al servizio di scuolabus in Comune di 1900 abitanti!
- e) Può, certamente, essere indicato come nuovo limite dell’*in house* la norma dell’articolo 8 lett. a), la quale stabilisce la cessazione al 31 dicembre 2011 delle gestioni *in house* esistenti alla data del 22 agosto 2008, anche se conformi ai principi comunitari (quelli difforni cessano al 31.12.2010).

Per quanto concerne il periodo transitorio, il rinnovato comma 8° delinea le seguenti scadenze degli affidamenti in essere:

- 1) Alla data del 31 dicembre 2011, le *gestioni in house*, in essere alla data del 22 agosto 2008, affidate conformemente ai principi comunitari in materia, senza possibilità di proroga e senza necessità di deliberazione da parte dell’ente affidante.
- 2) Alla data del 31 dicembre 2011, le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a) del comma 2°, le quali non abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l’attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio (*società miste “irregolari”*), senza possibilità di proroga e senza necessità di deliberazione da parte dell’ente affidante. In buona sostanza, l’irregolarità è rappresentata dal fatto che la gara, per la scelta del socio privato, non ha avuto ad oggetto simultaneamente l’attribuzione della qualità di socio ed il conferimento dei compiti operativi.
- 3) Alla scadenza prevista nel contratto di servizio, le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a) del comma 2, le quali abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l’attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio (*società miste “regolari”*).
- 4) Alla scadenza prevista nel contratto di servizio, gli *affidamenti diretti* assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a *società a partecipazione pubblica già quotate in borsa* a tale data ed a quelle da esse controllate, ai sensi dell’articolo 2359 del codice civile, a condizione che la partecipazione pubblica si riduca anche progressivamente, attraverso procedure ad evidenza pubblica ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, ad una quota non superiore al 30 per cento entro il 31 dicembre 2012.
- 5) Alla data del 31 dicembre 2012, per la fattispecie di cui al punto 4, se la partecipazione pubblica non si riduca nei tempi previsti.
- 6) Alla data del 31 dicembre 2010, tutte le gestioni irregolari, cioè le gestioni “residue”, che non rientrano nelle ipotesi precedenti (senza necessità di apposita deliberazione dell’ente affidante).

La trascorsa **consultazione referendaria del 12 e 13 giugno 2011**, conseguito il quorum previsto per la sua validità, ha determinato una complessiva situazione, sintetizzabile come segue:

- a) Abrogazione dell'articolo 23-bis del decreto legge n. 112/2008⁵⁹, disciplinante i servizi pubblici locali di rilevanza economica.
- b) Conseguente abrogazione del Dpr n. 168/2010 ("Regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica").

A seguito delle indicate abrogazioni, è venuta meno la previgente disciplina in tema di:

- modalità ordinarie di affidamento dei servizi, che potevano prevedere o il ricorso a gara per scegliere il gestore, o la costituzione di società miste con socio privato, cui affidare almeno il 40% delle quote, scelto con gara ed a cui attribuire specifici compiti operativi;
- ricorso all'affidamento *in house* (ovvero a soggetto interamente partecipato da organismi pubblici) come soluzione derogatoria e previa dimostrazione della presenza di condizioni eccezionali;
- richiesta di parere preliminare all'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato per l'eventuale ricorso alla soluzione dell'affidamento *in house*;
- termini per la cessazione *ex lege* degli affidamenti in essere non conformi alla disciplina dell'articolo 23-bis;
- limitazioni all'operatività⁶⁰ delle società titolari di affidamenti diretti o comunque conseguiti senza il ricorso a procedure ad evidenza pubblica;
- obblighi di ricognizione a carico degli enti locali sulle attuali modalità di gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica e motivazione delle scelte di non liberalizzare determinati settori;
- disposizioni operative da rispettare nella conduzione delle gare per l'affidamento dei servizi e nell'avvicendamento tra diversi soggetti gestori;
- regole e vincoli per le società partecipate affidatarie di servizi in tema di patto di stabilità, assunzione del personale, acquisto di beni e servizi;
- incompatibilità nelle cariche e regole per la separazione tra le funzioni di regolatore, propri dell'ente locale, e quelle di gestore.

Per quanto concerne la nuova disciplina di riferimento, a seguito del referendum, come giustamente evidenziato dalla Corte costituzionale, con la sentenza n. 24/2011⁶¹, l'abrogazione dell'articolo 23-bis non ha determinato la reviviscenza delle norme abrogate da tale articolo, ovvero i commi 5°, 5°-bis, 6°, 7°, 8°, 9°, escluso il primo periodo, 14°, 15°-bis, 15°-ter e 15°-quater dell'articolo 113 del D. Lgs. 267/2000. Infatti, in assenza di norme specifiche nazionali, consegue l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria, relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica. Invero, rilevato che le disposizioni comunitarie rappresentano la disciplina di riferimento e che tra i principi cardine dell'Unione europea vi è quello della tutela del mercato e della concorrenza, le soluzioni gestionali, che prevedono il ricorso a procedure ad evidenza pubblica (per il soggetto gestore o per il socio privato di società mista) restano certamente valide e perseguibili da parte degli enti locali. Tuttavia, la vera novità rispetto al precedente assetto normativo nazionale era rappresentata dal recupero, a pieno titolo, del modello gestionale dell'*in house providing*, che ammette l'affidamento diretto a società interamente partecipate a condizione che l'ente eserciti un controllo analogo a quello condotto sui propri servizi e la società svolga la parte prevalente della propria attività nei confronti del degli enti soci.

⁵⁹ Convertito con legge n. 133/2008 e, successivamente, modificato ed integrato con le disposizioni, di cui all'articolo 15 del Decreto legge n. 135/2009, a sua volta convertito con la legge n. 166/2009.

⁶⁰ Rectius: acquisizione di nuovi servizi.

⁶¹ La pronuncia che ha ammesso il referendum sulla normativa in materia di servizi pubblici locali.

Ad ogni modo, pur nell'assenza di una specifica disciplina nazionale, l'azione degli Enti locali, in tema di **costituzione di società e di partecipazioni societarie**, conosce una peculiare disciplina "di contorno"⁶². Precisamente, la disciplina è la seguente:

- 1) Le Pubbliche amministrazioni possono costituire o mantenere partecipazioni in società, aventi ad oggetto la produzione di beni e servizi, solo se strettamente necessarie al perseguimento delle proprie finalità istituzionali (comma 27°, dell'articolo 3, della legge n. 244/2007).
- 2) Le Pubbliche amministrazioni possono sempre costituire società che producono servizi di interesse generale (comma 27°, dell'articolo 3, della legge n. 244/2007).
- 3) I Comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti non possono costituire società (comma 32° dell'articolo 14, della legge n. 122/2010⁶³).
- 4) Entro il 31 dicembre 2012, i Comuni mettono in liquidazione le società già costituite alla data di entrata in vigore del decreto legge n. 78/2010, ovvero ne cedono le partecipazioni. Tale obbligo di messa in liquidazione non si applica ai Comuni con popolazione fino a 30.000 abitanti nel caso in cui le società già costituite: a) abbiano, al 31 dicembre 2013, il bilancio in utile negli ultimi tre esercizi; b) non abbiano subito, nei precedenti esercizi, riduzioni di capitale conseguenti a perdite di bilancio; c) non abbiano subito, nei precedenti esercizi, perdite di bilancio in conseguenza delle quali il comune sia stato gravato dell'obbligo di procedere al ripiano delle perdite medesime (comma 32° dell'articolo 14, della legge n. 122/2010).
- 5) L'intero comma 32° dell'articolo 14, della legge n. 122/2010 non si applica alle società, con partecipazione paritaria ovvero con partecipazione proporzionale al numero degli abitanti, costituite da più comuni la cui popolazione complessiva superi i 30.000 abitanti; i comuni con popolazione compresa tra 30.000 e 50.000 abitanti possono detenere la partecipazione di una sola società; entro il 31 dicembre 2011 i predetti comuni mettono in liquidazione le altre società già costituite (comma 32° dell'articolo 14, della legge n. 122/2010).
- 6) L'assunzione di nuove partecipazioni ed il mantenimento delle attuali devono essere autorizzati dall'organo competente con deliberazione motivata in ordine alla sussistenza dei presupposti, previsti dal comma 27°, dell'articolo 3, della legge n. 244/2007⁶⁴. La deliberazione deve essere trasmessa alla sezione competente della Corte dei conti (comma 28°, dell'articolo 3, della legge n. 244/2007, come integrata e modificato dalla legge n. 122/2010).

5.3) La nuova micro-riforma: il disegno di liberalizzazione

Come già evidenziato, l'esito delle consultazioni referendarie ha sancito l'eliminazione dell'intera disciplina nazionale in materia di gestione dei servizi pubblici locali, lasciando spazio all'applicazione delle disposizioni di matrice comunitaria.

Il vuoto normativo così determinatosi è stato, però, colmato con l'articolo 4, del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138 (c.d. *Manovra-bis*), convertito in legge 14 settembre 2011, n. 148, rubricato

⁶² "Di contorno", in quanto non volta precipuamente alla regolamentazione dei profili gestionali, quanto piuttosto diretta a contenere la proliferazione delle società pubblica. Tale disciplina è da intendersi tuttora vigente, anche a seguito della nuova micro-riforma.

⁶³ Occorre osservare che il comma 32° dell'articolo 14, della legge n. 122/2010, fatti salvi i principi posti dall'articolo 3, commi 27 e ss. della legge n. 244/2007, appena illustrati ai punti nn. 1 e 2, introduce ulteriori limiti, connessi a requisiti di tipo dimensionale, ai fini della detenzione di partecipazioni societarie da parte dei comuni. Rispetto ad un vincolo generale, valevole per tutte le amministrazioni, che consente esclusivamente un uso dello strumento societario correlato alle rispettive finalità, l'articolo 14, comma 32°, introduce, dunque, per una specifica categoria di enti (i Comuni), un limite ulteriore che, per questi ultimi, va a cumularsi a quello generale.

⁶⁴ Società, aventi ad oggetto la produzione di beni e servizi, solo se strettamente necessarie al perseguimento delle proprie finalità istituzionali; le Pubbliche amministrazioni possono sempre costituire società che producono servizi di interesse generale.

"Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dell'unione europea", che ha inteso introdurre una disciplina di supporto in materia.

In primo luogo, viene previsto che, nei prossimi dodici mesi, gli enti locali devono attuare un'attività di **verifica, finalizzata ad accertare la realizzabilità di una gestione liberalizzata e concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica**. La verifica dovrà culminare nell'adozione di una deliberazione "quadro", che illustri l'istruttoria compiuta ed evidenzii, per i settori sottratti alla liberalizzazione, i fallimenti del sistema concorrenziale e, viceversa, i benefici per la stabilizzazione, lo sviluppo e l'equità all'interno della comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio. Tale deliberazione dovrà essere, poi, trasmessa all'Autorità garante della concorrenza e del mercato. In base ad un primo esame, sembra non esserci alcun automatismo, che imponga la liberalizzazione dei servizi pubblici locali, in quanto gli enti, che intenderanno conservare un regime di esclusiva, dovranno adeguatamente motivare in proposito. La verifica dovrà essere effettuata entro dodici mesi dall'entrata in vigore del decreto e, poi, periodicamente secondo i rispettivi ordinamenti degli enti locali. In ogni caso, la verifica dovrà essere effettuata prima di procedere al conferimento e al rinnovo della gestione dei servizi⁶⁵.

Nel caso in cui gli enti, a seguito della predetta verifica, intendano procedere all'attribuzione di diritti di esclusiva, il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali dovrà avvenire in favore di operatori individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica⁶⁶. L'attribuzione di tali diritti potrà avvenire, in buona sostanza, solo a seguito di una più che adeguata analisi, che dovrà dimostrare quanto segue:

- i fallimenti del sistema concorrenziale;
- l'inidoneità di una libera concorrenza a garantire l'espletamento del servizio in modo rispondente ai bisogni della comunità;
- i benefici, che la Comunità locale riceverà da una gestione in esclusiva.

La gara, per l'attribuzione dei diritti di esclusiva, dovrà essere espletata nel rispetto dei principi del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici ed, in particolare, dei principi di economicità, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità. Le medesime procedure sono indette nel rispetto degli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza definiti dalla legge, ove esistente, dalla competente autorità di settore o, in mancanza di essa, dagli enti affidanti.

Viene altresì previsto che, in linea generale, le società a capitale interamente pubblico possono partecipare alle procedure competitive per l'affidamento dei servizi pubblici locali, salvo che non sussistano specifici divieti imposti dalla legge⁶⁷. Le imprese estere, non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea, possono essere ammesse alle procedure competitive ad evidenza pubblica per l'affidamento di servizi pubblici locali, a condizione che documentino la possibilità per le imprese italiane di partecipare alle gare indette negli Stati di provenienza per l'affidamento di omologhi servizi⁶⁸. La lex specialis di gara (bando di gara o lettera di invito), ai sensi del comma 11°, devono presentare specifiche prescrizioni, finalizzate a:

- a) escludere che la disponibilità a qualunque titolo delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali non duplicabili a costi socialmente sostenibili ed essenziali per l'effettuazione del servizio, possa costituire elemento discriminante per la valutazione delle offerte dei concorrenti;
- b) assicurare che i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara siano proporzionati alle caratteristiche e al valore del servizio e che la definizione dell'oggetto della gara

⁶⁵ Commi 1°-4°.

⁶⁶ Comma 8°.

⁶⁷ Comma 9°.

⁶⁸ Comma 10°.

garantisca la più ampia partecipazione e il conseguimento di eventuali economie di scala e di gamma;

- c) assicurare, ferme restando le discipline di settore, che la durata dell'affidamento sia commisurata alla consistenza degli investimenti in immobilizzazioni materiali previsti nei capitolati di gara a carico del soggetto gestore. In ogni caso, la durata dell'affidamento non può essere superiore al periodo di ammortamento dei suddetti investimenti;
- d) prevedere, come possibile, l'esclusione di forme di aggregazione o di collaborazione tra soggetti, che possiedono singolarmente i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara, qualora, in relazione alla prestazione oggetto del servizio, l'aggregazione o la collaborazione sia idonea a produrre effetti restrittivi della concorrenza sulla base di un'oggettiva e motivata analisi che tenga conto di struttura, dimensione e numero degli operatori del mercato di riferimento⁶⁹.

Quindi, come si illustrava all'inizio, l'intento deliberato e manifesto della nuova incursione legislativa è quello di liberalizzare il settore dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, cioè rimuovere la presenza degli Enti Locali da tale settore, al fine di dar vita ad un nuovo assetto, fondato sulle regole del mercato, liberandolo dalla presenza di soggetti oligopolistici o dominanti e da impervie barriere all'ingresso. Creare, dunque, una reale "concorrenza nel mercato", ove il ruolo dell'ente locale è limitato alla previsione di regole generali, dirette primariamente a garantire standard di qualità ed affidabilità, entro cui le attività economiche ed i servizi dovranno essere espletate. Solo a seguito della motivata e seria dimostrazione del fallimento del mercato, si potrà procedere a concedere diritti di esclusiva, per la gestione del settore, in favore di operatori economici individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica. Pertanto, la "concorrenza per il mercato", che si realizza attraverso il conferimento dei diritti di esclusiva, costituisce l'eccezione e non la regola. La regola è la liberalizzazione, cioè la libera gestione, aperta a tutti⁷⁰, del servizio pubblico locale, entro una cornice normativa e di prescrizioni, dirette a salvaguardare la qualità e l'affidabilità del servizio medesimo.

Cosa potrà concretamente determinare tale ambizioso disegno di liberalizzazione?

E' difficile dirlo. Invero, potrebbero verificarsi delle perdite economiche per gli Enti Locali.

L'obbligo di mettere sul mercato i servizi pubblici locali di rilevanza economica potrebbe, infatti, comportare la dismissione di attività redditizie, con conseguenti perdite per l'ente locale. In base alla novella disciplina, gli Enti Locali dovranno verificare periodicamente la fattibilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali, con l'obiettivo di liberalizzare tutte le attività economiche. Liberalizzare, come già detto, significa mettere sul mercato e togliere da un regime di esclusiva un dato servizio. La disposizione normativa è vaga e indefinita, ma sarà lo stesso ente locale a dover fare le scelte concrete. L'articolo 4, infatti, demanda allo stesso ente locale di adottare una delibera quadro, in cui elencare i settori sottratti alla liberalizzazione, con ampia motivazione della scelta della sottrazione al mercato. Ora, si potrebbero verificare possibili conseguenze negative indirette sui bilanci degli enti locali. La realizzazione di una gestione concorrenziale dei servizi non pare debba tenere conto dei riflessi finanziari, che esso potrà procurare ai bilanci degli enti locali. In buona sostanza, potrebbe accadere che, per effetto della presenza di una gestione concorrenziale, l'ente locale si trovi ad esternalizzare un servizio economicamente redditizio per il bilancio dell'ente. Al riguardo, non deve essere trascurato il rilievo che, tra le motivazioni della deliberazione per sottrarre un singolo servizio al mercato, non è prevista la convenienza per l'ente di tenere il servizio medesimo, in quanto produce risorse alle casse pubbliche. Nella deliberazione si dovrà fare riferimento, come già detto, ai fallimenti del

⁶⁹ Inoltre, il bando di gara dovrà: - prevedere che la valutazione delle offerte sia effettuata da una commissione nominata dall'ente affidante e composta da soggetti esperti nella specifica materia; - indicare i criteri e le modalità per l'individuazione dei beni strumentali non duplicabili, e per la determinazione dell'eventuale importo spettante al gestore al momento della scadenza o della cessazione anticipata della gestione; - prevedere l'adozione di carte dei servizi al fine di garantire trasparenza informativa e qualità del servizio.

⁷⁰ Senza neanche la "barriera legale" della gara, che è connessa al conferimento dei diritti di esclusiva.

sistema concorrenziale ed ai benefici per la stabilizzazione, lo sviluppo e l'equità all'interno della comunità locale del mantenimento del regime di esclusiva. Tuttavia, non si fa riferimento al fatto che la gestione del servizio sia redditizia e produca utili, anche per la collettività⁷¹. Una motivazione di questo tipo potrebbe essere facilmente impugnata dai privati interessati a gestire il servizio, in quanto non è prevista, appunto, dalla legge.

5.4) La nuova micro-riforma: la nuova disciplina dell'*in house providing* ed altri aspetti

Nonostante il dichiarato principio del conferimento mediante procedure ad evidenza pubblica, viene ancora ammesso il ricorso alla **gestione *in house***, se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento è pari o inferiore alla somma complessiva di 900.000 euro annui⁷². È, altresì, espressamente previsto che le società *in house* affidatarie dirette della gestione di servizi pubblici locali siano assoggettate al patto di stabilità interno sotto la vigilanza degli enti locali partecipanti⁷³. Inoltre, è stabilito che sia le società *in house*, sia le società a partecipazione mista pubblica e privata, affidatarie di servizi pubblici locali, debbano applicare, per l'acquisto di beni e servizi, le procedure di cui Codice dei contratti pubblici (D.Lgs n. 163/2006)⁷⁴. Tale ultima disposizione appare fortemente opportuna, in quanto tende a chiarire, eliminando ogni possibile equivoco, che le società pubbliche, nella gestione dei servizi, debbono acquisire i lavori, le forniture ed i servizi, indispensabili per i loro fini istituzionali, solo con gara, cioè nel rispetto del Codice.

L'Autorità di Vigilanza, nel suo già richiamato Atto di segnalazione al Parlamento del 26 agosto 2011, avanza una forte critica alla permanenza ed alla disciplina dell'*in house providing*, segnalando quanto segue:

- a) La nuova disciplina si differenzia da quella precedente per un aspetto di rilievo, riguardante la scelta tra procedura a evidenza pubblica o affidamento diretto del servizio. Nel precedente sistema, la gara era lo strumento privilegiato, derogabile in presenza di situazioni eccezionali.
- b) Ora, viene stabilita una soglia (valore dell'affidamento pari a 900.000 euro annui), al di sopra della quale la gara è obbligatoria, mentre al di sotto la gara è possibile, ma non necessaria: La facoltà di non effettuare una gara viene, dunque, riferita ad un ben preciso valore economico del servizio, che però non può sostituirsi in maniera efficace a tutte le realtà in cui la gara non è esperibile, realtà che presentano necessariamente caratteristiche molto differenziate sotto i vari aspetti che la formulazione del precedente articolo 23-bis aveva, invece, colto.
- c) Ad ogni modo, la soglia di ammissibilità dell'*in house* appare oggettivamente elevata, tale da poter determinare, per alcuni settori di attività economica, una sottrazione quasi integrale dai necessari meccanismi di concorrenza per il mercato. Ciò, senza trascurare le possibili condotte elusive, costituite dagli eventuali frazionamenti in tante *tranche* di servizi unitari.

Sulla base di tali argomentazioni, il giudizio dell'Autorità è severo: *“Il sistema ora introdotto appare dunque meno efficace di quello in vigore in precedenza, né sembra possa essere migliorato con modifiche al ribasso della soglia, data l'arbitrarietà con cui qualsiasi valore verrebbe eventualmente determinato. L'Autorità ritiene, a tale proposito, opportuna la regola della gara obbligatoria salvo particolari situazioni locali di cui dimostrare l'esistenza da parte dell'ente affidante”*.

Si è prima evidenziato che, in base alla lettera “c”, del comma 11°, il bando di gara deve assicurare che la durata dell'affidamento sia commisurata alla consistenza degli investimenti in immobilizzazioni materiali previsti nei capitolati di gara a carico del soggetto gestore. In ogni caso, **la durata dell'affidamento** non può essere superiore al periodo di ammortamento dei suddetti

⁷¹ Gli utili di un Ente locale sono, per definizione, anche utili della collettività amministrata, in quanto l'ente è, per legge, il soggetto esponenziale degli interessi della Comunità medesima.

⁷² Comma 13°.

⁷³ Comma 14°.

⁷⁴ Comma 15°.

investimenti. A tal riguardo, l'AGCM esprime un giudizio severo, incentrato sulla tutela della libera concorrenza. Precisamente, l'Autorità segnala che la nuova disposizione normativa potrà ingenerare *“possibili effetti anticoncorrenziali, derivanti da un eccessivo prolungamento della stessa gestione in capo a un unico soggetto, anche alla luce del meccanismo di subentro di cui ai successivi commi 29 e 30, che garantiscono comunque il recupero degli investimenti effettuati”*. Una critica dura, che si risolve anche in una aperta censura alla disciplina dei subentri, che appare generosa.

Per quanto concerne le **società miste**, va segnalato che il comma 12° presenta una peculiare disciplina. Precisamente, viene stabilito che è possibile indire una gara, per il conferimento contestuale:

- a) della qualità di socio, al quale deve essere conferita una partecipazione non inferiore al 40 per cento;
- b) e di specifici compiti operativi, connessi alla gestione del servizio.

In tali casi, il bando di gara o la lettera di invito devono contenere prescrizioni, volte a garantire che:

- i criteri di valutazione delle offerte basati su qualità e corrispettivo del servizio prevalgono di norma su quelli riferiti al prezzo delle quote societarie;
- il socio privato selezionato svolga gli specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio per l'intera durata del servizio stesso e che, ove ciò non si verifica, si proceda a un nuovo affidamento;
- siano previsti criteri e modalità di liquidazione del socio privato alla cessazione della gestione.

Inoltre, la nuova disciplina stabilisce che le società miste non sono obbligate ad applicare le disposizioni del Codice dei contratti pubblici limitatamente alla realizzazione dell'opera pubblica o alla gestione del servizio, per i quali sono state specificamente costituite quando, oltre alle condizioni previste dall'articolo 32, comma 3°, numeri 2)⁷⁵ e 3)⁷⁶, del Codice medesimo, la scelta del socio privato sia avvenuta mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, che abbia avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio⁷⁷.

L'articolo 4 si preoccupa di disciplinare il **regime delle incompatibilità**:

- Gli amministratori, i dirigenti e i responsabili degli uffici o dei servizi dell'ente locale, nonché degli altri organismi, che espletano funzioni di stazione appaltante, di regolazione, di indirizzo e di controllo di servizi pubblici locali, non possono svolgere incarichi inerenti la gestione dei servizi affidati da parte dei medesimi soggetti. Il divieto si applica anche nel caso in cui le dette funzioni sono state svolte nei tre anni precedenti il conferimento dell'incarico inerente la gestione dei servizi pubblici locali (comma 19°)⁷⁸.
- Il predetto divieto opera anche nei confronti del coniuge, dei parenti e degli affini entro il quarto grado dei soggetti indicati, nonché nei confronti di coloro che prestano, o hanno prestato nel triennio precedente, a qualsiasi titolo attività di consulenza o collaborazione in favore degli enti locali o dei soggetti che hanno affidato la gestione del servizio pubblico locale (comma 20°).
- Non possono essere nominati amministratori di società partecipate da enti locali coloro che, nei tre anni precedenti alla nomina hanno ricoperto la carica di amministratore negli enti locali, che detengono quote di partecipazione al capitale della stessa società (comma 21°).

Anche la **commissione di gara** risulta destinataria di una peculiare disciplina, così sintetizzabile:

⁷⁵ Il socio privato ha i requisiti di qualificazione previsti dal codice in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita.

⁷⁶ La società provvede in via diretta alla realizzazione dell'opera o del servizio, in misura superiore al 70% del relativo importo.

⁷⁷ Comma 16°.

⁷⁸ Alle società quotate nei mercati regolamentati si applica la disciplina definita dagli organismi di controllo competenti.

- a) I componenti della commissione di gara non devono aver svolto né svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo, relativamente alla gestione del servizio in gara.
- b) Coloro che hanno rivestito, nel biennio precedente, la carica di amministratore locale, non possono essere nominati componenti della commissione di gara relativamente a servizi pubblici locali da affidare da parte del medesimo ente locale.
- c) Sono esclusi da successivi incarichi di commissario coloro che, in qualità di componenti di commissioni di gara, abbiano concorso, con dolo o colpa grave accertati in sede giurisdizionale con sentenza non sospesa, all'approvazione di atti dichiarati illegittimi.
- d) Trovano applicazione, per i componenti delle commissioni di gara le cause di astensione previste dall'articolo 51 del codice di procedura civile.
- e) Nell'ipotesi in cui alla gara concorre una società partecipata dall'ente locale che la indice, i componenti della commissione di gara non possono essere né dipendenti né amministratori dell'ente locale stesso.

Per quanto riguarda il **regime proprietario delle reti**, il comma 28° conferma la proprietà pubblica delle reti, stabilendo che la loro gestione può essere affidata a soggetti privati. Alla scadenza della gestione del servizio pubblico locale o in caso di sua cessazione anticipata, il precedente gestore cede al gestore subentrante i beni strumentali e le loro pertinenze necessari, in quanto non duplicabili a costi socialmente sostenibili, per la prosecuzione del servizio, come individuati, ai sensi del comma 11, lettera f), dall'ente affidante, a titolo gratuito e liberi da pesi e gravami. Se, al momento della cessazione della gestione, tali beni non sono stati interamente ammortizzati, il gestore subentrante corrisponde al precedente gestore un importo pari al valore contabile originario non ancora ammortizzato, al netto di eventuali contributi pubblici direttamente riferibili ai beni stessi. Restano ferme le disposizioni contenute nelle discipline di settore, anche regionali, vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché restano salvi eventuali diversi accordi tra le parti stipulati prima dell'entrata in vigore del presente decreto. E' importante osservare che il predetto importo deve essere indicato nel bando o nella lettera di invito, relativi alla gara indetta per il successivo affidamento del servizio pubblico locale a seguito della scadenza o della cessazione anticipata della gestione.

È prevista anche, al comma 32°, un'articolata **disciplina transitoria**, relativa agli affidamenti non conformi a quanto stabilito nel decreto-legge medesimo. La disciplina transitoria è la seguente:

- a) Gli affidamenti diretti relativi a servizi, il cui valore economico sia superiore alla somma di € 900.000,00 annui, nonché gli affidamenti diretti che non rientrano nei casi di cui alle successive lettere da b) a d) cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, alla data del 31 marzo 2012. Al riguardo, l'AGCM è molto severa ed afferma quanto segue: *Per i servizi di valore inferiore a 900.000 annui vale dunque la scadenza originaria dell'affidamento. Per le stesse motivazioni esposte in precedenza, appare del tutto inconferente un valore predeterminato del servizio quale criterio per giustificare la prosecuzione degli affidamenti, effettuati in house, sino alla loro scadenza naturale. Inoltre, la norma, per come formulata, stabilisce l'esenzione dalla scadenza anticipata per tutti gli affidamenti diretti, non solamente per quelli in house, ampliando ulteriormente, rispetto a quanto previsto dal comma 13 per i nuovi affidamenti, la platea dei soggetti che possono continuare a gestire Spl senza aver vinto alcuna gara⁷⁹.*
- b) le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, le quali non abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, alla data del 30 giugno 2012;

⁷⁹ AGCM, "Atto di segnalazione al Parlamento del 26 agosto 2011".

- c) le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, le quali abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio;
- d) gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data ed a quelle da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio, a condizione che la partecipazione pubblica si riduca anche progressivamente, attraverso procedure ad evidenza pubblica ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, ad una quota non superiore al 40 per cento entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30 per cento entro il 31 dicembre 2015⁸⁰.

Restano, tuttavia, salve le procedure di affidamento già avviate all'entrata in vigore del decreto legge in esame⁸¹.

Sono esclusi dall'applicazione della nuova disciplina:

- il servizio idrico integrato (ad eccezione di quanto previsto dai commi 19° a 27°);
- il servizio di distribuzione di gas naturale;
- il servizio di distribuzione di energia elettrica;
- il servizio di trasporto ferroviario regionale;
- la gestione delle farmacie comunali⁸².

⁸⁰ Ove siffatte condizioni non si verificano, gli affidamenti cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, rispettivamente, alla data del 30 giugno 2013 o del 31 dicembre 2015.

⁸¹ Comma 35°.

⁸² Comma 34°.