

Public utilities
Convegno su
LA RIFORMA DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI
Bologna, 16 febbraio 2010-02-02

Il sistema dei controlli sulle partecipate alla luce della riforma e delle recenti modifiche
ordinamentali
di G. Farneti*

Sommario

1. Introduzione.
2. Il ruolo dei controlli nel sistema delle autonomie locali.
3. Il principio del Buon Andamento (BA) e i criteri nei quali si articola.
4. I controlli sulle partecipate, in applicazione del principio del BA.
5. I controlli sulle partecipate alla luce dell'attuale disciplina in materia di servizi, in particolare di servizi pubblici locali.
6. I controlli sulle partecipate nella nuova "carta delle autonomie".

* Giuseppe Farneti è professore ordinario di Economia aziendale nell'Università di Bologna; è esperto della Corte dei Conti

1. Introduzione.

Il tema dei controlli sulle partecipate, alla luce della normativa vigente, richiede un esame che vada oltre la considerazione delle norme che in termini specifici fanno ad esso riferimento; le norme specifiche, infatti, vanno contestualizzate nell'ambito della più generale disciplina dei controlli, cogliendone l'intima essenza, la ratio, che è di matrice economico-aziendale, ma sviluppata secondo le caratteristiche che sono proprie della pubblica amministrazione e che la differenziano dall'economia di tipo lucrativo.

La matrice economico-aziendale si coglie appieno nel collegamento del controllo alla programmazione e nella valutazione dell'attività amministrativa attraverso l'esplicito riferimento ai risultati, sia attesi sia realizzati.

L'esame così proposto porta a fare emergere la portata del principio del Buon andamento (BA), la cui presenza, anche attraverso dettagli normativi che lo rendono sempre più operativamente praticabile, si può cogliere in tutta quella parte dell'ordinamento cui possiamo riferirci. Esso, sempre di più, si manifesta come il principio che informa la legalità dei comportamenti.¹

Rendersene conto diventa importante, poiché in modo crescente dovrà essere tenuto presente per apprezzare la correttezza dei comportamenti, anche per la maggiore attenzione da parte della giurisprudenza.

La conseguenza sulle società partecipate, in sintesi, si ritrova nella constatazione che esse perseguono finalità che non sono riconducibili alla massimizzazione del risultato economico positivo dalle stesse ritraibile². Ai cittadini serve qualcosa di più, come l'entità delle tariffe e la capacità dei servizi erogati di soddisfare le loro esigenze e tutto questo va chiarito, inserendolo nella conoscenza delle finalità perseguite attraverso la gestione delle società partecipate e pertanto da verificare/controllare nella motivazione che deve accompagnare la loro costituzione e, poi, essere a fondamento della loro prosecuzione.

L'attuale disciplina dei servizi pubblici porta a considerare lo strumento societario di tipo privatistico, per la gestione di un'attività pubblica³, ma la sua operatività è fortemente disciplinata e ristretta ad un casistica e a modalità di governance che sono finalizzate al rispetto della concorrenza e del mercato, di derivazione europea, oltre che al rispetto del principio del B A, com'è voluto dal nostro legislatore.

Ne consegue che nel campo dei servizi locali, l'utilizzazione dello strumento societario è fortemente ristretta ed è riconducibile, in prospettiva, prevalentemente a due principali tipologie: I - la partecipazione totalitaria che realizzi una gestione in house, per i servizi strumentali (SS) e per i servizi pubblici locali (SPL) a rilevanza economica che siano compatibili, al verificarsi di condizioni particolari, con il libero mercato; trascurando per il momento i SPL a rilevanza non economica;

¹ Al riguardo si può leggere, nella deliberazione n. 10/2008 della Corte dei Conti, Sezione regionale di controllo per la Lombardia, con riferimento all'attività degli enti locali: "La dinamica dell'attività, valutata secondo i criteri dell'economicità, della efficienza, della efficacia e valorizzata nella dimensione data dall'art. 97 della Costituzione dalla giurisprudenza costituzionale, si presenta così come elemento costitutivo della legalità nella Pubblica amministrazione segnandone anche le condizioni di tutela."

² Una recente deliberazione della Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Lombardia, ha chiarito che i criteri di efficienza, efficacia ed economicità non coincidono con il criterio della redditività, chiarendo ulteriormente che "il tema è particolarmente rilevante perché investe la scelta di dimensione del servizio, della sua qualità, delle tariffe e dell'eventuale costo sociale e dell'accountability, elementi tutti da valutarsi al fine di assicurare gli equilibri di bilancio e la sana gestione degli enti proprietari": ci si riferisce alla n. 270 del 17 dicembre 2008, commentata da G. Farneti, La seconda deliberazione della Corte dei Conti Lombardia in tema di partecipate: alcuni contenuti significativi sotto il profilo operativo, in *Azienditalia*, 2009, n. 1.

³ La Corte di Cassazione, Sezioni Unite, con la sentenza 19 dicembre 2009, n. 26806, ha innovativamente stabilito che gli amministratori di una società pubblica non sono soggetti alle giurisdizione della Corte dei Conti, poiché ad essi si applicano le norme del diritto societario. Rimane la responsabilità erariale dei soggetti che in capo all'ente proprietario hanno omissso di fare valere l'azione sociale di responsabilità.

II – la società mista con unica gara per il socio e per il servizio, poiché è vista dalla normativa del tutto analoga, sotto il profilo della tutela della concorrenza e del mercato, alla soluzione cui normalmente si deve ricorrere per la gestione dei SPL a rilevanza economica, quella dell'affidamento tramite gara.

Ne consegue altresì che i controlli dovranno sempre fare riferimento alla complessiva gestione dei servizi, verificando costantemente l'applicazione del principio del BA e, in particolare, come la stessa si realizza allorché, nella casistica appena richiamata, si fa ricorso allo strumento societario. Quest'ultimo dovrà essere conforme alla disciplina prevista e contribuire alla realizzazione del principio del BA, sempre da motivarsi concretamente e pertanto, come si dirà, da controllarsi, dovendosi subito precisare che la motivazione suddetta non potrà assumere contenuti generici (oggi frequenti), ma dovrà al contrario fare comprendere, quantitativamente e per ogni servizio, l'utilità del ricorso allo strumento societario⁴.

Il controllo sulle società si caratterizzerà pertanto anche come verifica di quelle (probabilmente numerose) strutture societarie che, ponendosi al di fuori della tipologia richiamata e delle motivazioni che ne giustificano la convenienza, dovranno essere dismesse.

Il quadro normativo, che in modo sempre più preciso fa riferimento allo schema concettuale che si vuole qui analizzare, via via si riempie di nuovi tasselli, a fronte di una molteplicità di comportamenti che mostrano di non volerlo considerare, anzi che spesso hanno come unica finalità quello di eluderlo⁵ e a fronte anche della nota difficoltà di funzionamento espressa dal sistema dei controlli interni.

2. Il ruolo dei controlli nel sistema delle autonomie locali.

Il ragionamento che si vuole delineare, si fonda sui seguenti punti:

Il sistema dei controlli interni, nei suoi rinnovati contenuti, esprime il cuore della riforma della pubblica amministrazione. Schematicamente, va rilevato che la riforma della p.a., soprattutto dagli anni '90, nell'intendimento di rendere più competitivo il sistema paese, si è realizzata abbracciando il modello manageriale. La cultura burocratica avrebbe pertanto dovuto essere sostituita dalla cultura del risultato. Recentemente, tutta l'attività della Funzione Pubblica e la normativa che si sta producendo va nuovamente in questa direzione, cercando percorsi per realizzare quanto la riforma della p.a. non è di fatto riuscita ad affermare.

Di questa nuova cultura l'attuale quadro normativo ha previsto:

⁴ Così la Corte dei Conti – sez. regionale di controllo per la Lombardia con il parere del 24 ottobre 2009, n. 923/2009/PAR ha statuito, relativamente alla costituzione di una multiutility per la gestione di SPL, che il parere preventivo dell'AGCM va richiesto per ogni singolo servizio. In particolare in essa si legge che:

“La legittimità della costituzione di una società “multiutility” presenta vari profili.

Va innanzitutto indagato se una forma organizzativa così articolata sia rispondente ai principi di economicità, efficacia ed efficienza che debbono connotare tutta l'attività esternalizzata sia prospetticamente al momento della costituzione della società che nello svolgersi della gestione. Si tratta di una valutazione complessa che deve riguardare i costi della gestione, il reperimento delle risorse, l'ambito di erogazione dei servizi ed il grado di soddisfacimento della domanda, le forme e le modalità dei controlli. L'accertamento va, perciò, articolato sotto più profili, che possono così riassumersi:

a) Valutazione di insussistenza di intenti elusivi del rispetto del patto di stabilità nella costituzione della società nonché della attribuzione ad essa di ogni singolo servizio;

b) Valutazione per la società nel suo complesso e per ogni servizio della compatibilità con gli obiettivi posti dall'ente e con i criteri di economicità, efficienza ed efficacia tipici dell'attività della P.A. nonché con i principi pubblicistici che regolano le società pubbliche.

Il tema è particolarmente rilevante perché investe la scelta delle dimensioni del servizio, della sua qualità, delle tariffe e dell'eventuale costo sociale, dei criteri di controllo e dell'accountability, elementi tutti da prendere in considerazione al fine di assicurare gli equilibri di bilancio e la sana gestione degli enti proprietari.”

⁵ Le finalità di tipo elusivo, che esprimono, in non pochi casi, di fatto, le uniche reali motivazioni, sono annotate da tutti i commentatori e da tutti gli osservatori. La nota precedente evidenzia come vi sia la necessità di accertare che esse non abbiano influito sulla decisione di esternalizzare il servizio. Cfr. altresì la nota n. 15 e la n. 17.

- a) i processi operativi;
- b) gli strumenti contabili;
- c) la suddivisione della responsabilità politica (che è di indirizzo/controllo), da quella manageriale (relativa alla gestione).

Secondo il primo profilo s'individuano gli obiettivi strategici, da realizzare nel medio-lungo periodo, precisando i risultati cui tendere nel tempo e le risorse da reperire e destinare allo svolgimento delle diverse attività. Obiettivi e percorsi, così definiti, sono consegnati alla dirigenza, ponendo le premesse per l'individuazione della responsabilità politica e di quella manageriale e della connessa attività di controllo.

Gli strumenti contabili, allargati alla considerazione di conoscenze extra-contabili, devono essere correttamente utilizzati, sia per sviluppare gli obiettivi e i percorsi, sia per verificare la realizzazione dei risultati e la loro rispondenza ai primi.

In tutti gli aspetti considerati, va sottolineato, il quadro normativo aggiunge concretamente il rispetto dei criteri di efficienza, efficacia ed economicità, che si pongono così in una posizione trasversale, rispetto ai processi, agli strumenti e alla delimitazione delle responsabilità⁶.

Il menzionato passaggio culturale, che è scritto nelle norme, è contraddistinto dall'esercizio delle attività ricomprese nel sistema dei controlli. L'affermazione trova riscontro nei seguenti elementi:

- a) il controllo di regolarità contabile consente di acquisire le corrette conoscenze che si rendono necessarie per lo svolgimento degli altri controlli;
- b) il controllo strategico comporta la delimitazione degli obiettivi e delle politiche di mandato, da consegnare alla struttura gestionale che dovrà dare loro esecuzione, esso comporta anche la valutazione dell'idoneità dei piani e programmi a dare attuazione ai menzionati obiettivi; implica dunque un'attività di pianificazione/programmazione e di controllo;
- c) il controllo di gestione si collega al precedente, comporta che si sviluppino le attività da realizzare nei necessari dettagli operativi, in modo da costituire una sorta di "guida" alla gestione e comporta il relativo controllo dei risultati;
- d) la valutazione dei responsabili si collega alle due forme precedenti di controllo, al fine di delimitare le concrete responsabilità gestionali, che conseguono dal confronto fra obiettivi, quantificati e risultati conseguiti, anch'essi quantificati.

Va annotato che la regolarità contabile dipende dal rispetto della norma (e dunque degli schemi contabili), affinché le informazioni abbiano l'estensione ed il significato che la norma attribuisce loro, utilizzando gli strumenti contabili previsti e sviluppando, allo stesso modo, i processi gestionali. Ne deriva che l'esame dei contenuti dei controlli interni equivale a ripercorrere i nuovi contenuti dell'attività amministrativa della pubblica amministrazione locale.

Si delinea un sistema di controlli interni di tipo manageriale, tipico della migliore cultura aziendale, incardinato sulle attività di pianificazione/programmazione e di controllo, sulla responsabilizzazione degli operatori, sul corretto utilizzo della strumentazione, contabile e non, che si rende al riguardo necessaria. Il tutto nel rispetto dei principi di efficienza, efficacia ed economicità, per affermare i quali vanno svolte le complessive attività previste nel sistema dei controlli.

In questo contributo si vuole sottolineare che:

- La pianificazione ed il controllo sono reciprocamente alimentati nell'ambito del sistema del bilancio, nel senso che la prima genera gli obiettivi che il secondo dovrà quantificare nei suoi risultati; mentre il controllo ritrae i suoi schemi di riferimento dai risultati (i piani/programmi) della pianificazione/programmazione;
- I piani ed i programmi sono pertanto strumenti sia della pianificazione/programmazione, sia del controllo;

⁶ Gli aspetti menzionati, in questo punto e nei successivi, sono analiticamente esaminati, anche con riferimento a numerosi casi concreti, in G. Farneti, *Gestione e contabilità dell'ente locale*, VIII edizione, Maggioli Editore, 2006.

- Nel loro contesto gli obiettivi vanno quantificati, considerati nel tempo e riferiti alle persone. Così responsabilizzando gli operatori.
- Questo modo di procedere è l'unico che da razionalità all'attività amministrativa e che dunque delinea la correttezza dei comportamenti, consentendo di delineare le politiche che siano in grado di produrre i risultati migliori.
- I principi contabili per gli enti locali, emanati dall'Osservatorio, hanno valorizzato questo schema concettuale, in particolare attraverso il principio contabile n.1, relativo alla "programmazione nel sistema del bilancio"⁷
- Come in qualsiasi contesto aziendale, come in qualsiasi organizzazione dove si impiegano risorse scarse, la razionalità si traduce nella considerazione dei criteri di efficienza, efficacia ed economicità⁸, da realizzarsi attraverso un processo decisionale "corretto" in quanto elaborato nell'ambito delle attività di pianificazione/programmazione e di controllo.

3. Il principio del Buon Andamento (BA) e i criteri nei quali si articola.

Nel quadro di cambiamento che si è appena delineato, è però mancata, in particolare negli operatori degli enti, la percezione che, nel passaggio dalla cultura burocratica a quella manageriale, nel rinnovarsi del quadro normativo, si è altresì modificato il quadro delle conoscenze cui riferire il concetto di legalità.

La legalità, nei suoi modificati contenuti, assume diverse sfaccettature; ad esempio quella connessa alla legittimità degli atti. Non solamente infatti si è passati da un controllo essenzialmente preventivo di legittimità sugli atti, ad uno prevalentemente consuntivo di merito sui risultati, ma la stessa legittimità si è modificata nei suoi contenuti giuridici, contribuendo in tal modo al modificarsi della responsabilità dei soggetti coinvolti. Se sino agli anni ottanta, infatti, l'atto doveva essere legittimo in quanto conforme ad uno standard, da valutarsi anche in via preventiva, oggi l'atto è essenzialmente preso in considerazione in quanto momento di un'attività che è valutata per i risultati che produce. Si è così modificato lo standard cui riferire la legittimità dell'atto. In tal modo l'atto deve essere valutato, non solamente per i suoi contenuti formali, ma in quanto "momento" di un processo, dunque nella sua intrinseca capacità, per i contenuti che assume, di contribuire allo svolgimento delle attività previste dalla normativa, essenzialmente quelle di programmazione e controllo che vengono in considerazione nell'ambito del sistema dei controlli interni.

⁷ Commentato da G. Farneti, in A. Borghi, F. Delfino, G. Farneti, S. Pozzoli, G. Ravelli, F. Staderini, G. Verde, I nuovi principi contabili dell'Osservatorio, Azienditalia, inserto, 2009, n.6.

⁸ Questi criteri, che come si è già anticipato nell'Introduzione, danno contenuto al principio del BA, implicano che a parità di risultato si impieghino (o consumino) la quantità minima di risorse, che a parità di consumi si massimizzi la soddisfazione degli utenti, che si impieghino in ogni periodo annuale (nel rispetto dell'art. 119 della Costituzione circa la possibilità di indebitarsi per fare spese d'investimento) le risorse di cui si ha la disponibilità. I principi contabili emanati dall'Osservatorio chiariscono al riguardo:

- Nel documento "finalità e postulati", al punto 85, che "I documenti di programmazione e di previsione esprimono la dimensione finanziaria di fatti economici previamente valutati";
- Nel documento n.1, "programmazione nel sistema del bilancio", al punto 15, che "I risultati attesi riferiti alle finalità e agli obiettivi di gestione possono essere espressi in termini di:
 - efficacia esterna, capacità di soddisfare i bisogni attraverso risultati coerenti con le aspettative dei cittadini;
 - efficacia interna, intesa quale rapporto tra obiettivi e risultati;
 - efficienza, intesa quale rapporto tra impiego di risorse e risultati.
 I risultati in termini di efficacia possono essere letti secondo profili di qualità, di equità dei servizi e di soddisfazione dell'utenza."
- Nel documento n.3, "il rendiconto degli enti locali", al punto 69, con riferimento al "conto economico", che "La gestione comprende le operazioni attraverso le quali si vogliono realizzare le finalità dell'ente. I componenti negativi sono riferiti ai consumi dei fattori impiegati, quelli positivi consistono nei proventi e ricavi conseguiti in conseguenza dell'affluire delle risorse che rendono possibile lo svolgimento dei menzionati processi di consumo".

Il processo evolutivo cui facciamo riferimento, con le complesse valutazioni che sottende, deve necessariamente essere orientato da un principio ispiratore. Tale principio è oggi ravvisabile nell'art. 97 della Costituzione, che fa riferimento al "buon andamento e all'imparzialità dell'amministrazione".

Va ulteriormente sottolineato che l'evoluzione normativa e giurisprudenziale ha dato, negli ultimi venti anni, un preciso significato al principio del buon andamento, identificandolo nei criteri di efficienza, efficacia ed economicità⁹; conseguendone che le finalità della pubblica amministrazione sono da qualificarsi nella produzione di servizi, in condizioni di massima efficienza e dunque di minima utilizzazione delle risorse, per soddisfare al massimo i bisogni dei cittadini, con attenzione al rapporto intergenerazionale e pertanto utilizzando solamente le risorse di cui si dispone, salvo la possibilità d'indebitarsi, ex art. 119 della Costituzione, al fine di finanziare spese d'investimento.

La deliberazione della Corte dei Conti già richiamata¹⁰, si è altresì soffermata su un altro aspetto di rilievo. Partendo dalle disposizioni della Finanziaria 2008, la Corte ha sottolineato che le attività poste in capo alle partecipate devono fare riferimento ad attività strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali e che, con riferimento al previsto trasferimento di risorse umane finanziarie e strumentali, si viene a determinare un <<nesso>>, fra ente e organismo partecipato. La Corte, dopo avere richiamato le esternalizzazioni connesse ai servizi pubblici locali di rilevanza economica, che utilizzano la forma (o modello) delle società di capitali e quelle connesse ai servizi privi di rilevanza economica che utilizzano anche altre forme associative (come istituzioni, aziende speciali, consorzi e fondazioni), si sofferma proprio sul carattere di strumentalità che tutte presentano.

Le esternalizzazioni sono dunque funzionali, e in questo trovano la loro giustificazione, alla gestione dei servizi pubblici, come si può desumere dal contesto normativo e, in particolare, dall'art. 112 del Tuel e dal comma 27 e segg. della finanziaria 2008. Naturalmente questa strumentalità va intesa sia come diretta, sia come indiretta, allorché si realizza attraverso la produzione di beni e servizi intermedi e attraverso lo svolgimento di funzioni amministrative (disciplinate dal cosiddetto «decreto Bersani», art. 13 del D.L. 4 luglio 2006, n. 223). Ci sembra al riguardo di rilievo questa affermazione: «le amministrazioni pubbliche non possono costituire (né partecipare) a società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessari per il perseguimento della proprie finalità istituzionali», in conseguenza «non dovrebbe, pertanto, essere

⁹ Al riguardo si veda, oltre alla nota 1: F. Staderini, in Staderini- S. Pozzoli, *Esternalizzazioni e bilancio consolidato negli enti locali*, Azienditalia, n. 7, 2008, che chiarisce: "Dopo decenni e decenni di sostanziale disinteresse per il problema si è posta con forza all'attenzione della classe politica l'esigenza di realizzare un'amministrazione più moderna ed efficiente, riconoscendo un ruolo strategico nella politica istituzionale del paese all'art. 97 della Costituzione, fino ad allora piuttosto negletto." Si vuole anche richiamare la sentenza della Corte Costituzionale, da quest'ultimo citata, n. 277 del 15 luglio 2005, nei seguenti termini "i principi costituzionali di imparzialità e di buon andamento di cui all'art. 97 vincolano le leggi regionali ... anche nella scelta di avvalersi di una società di servizi come modalità organizzativa, che va considerata legittima soltanto se conforme ai principi di economicità e buona amministrazione; insomma la decisione di ricorrere all'esternalizzazione non è libera, ma vincolata all'esigenza di rispettare il principio del buon andamento." Ci sembra poi di assoluta importanza il collegamento di questi concetti con il principio di legalità. Inoltre, nell'Introduzione ai nuovi principi contabili, cfr. nota 7, scritta da F. Staderini, Presidente emerito della Corte dei conti e già Presidente dell'Osservatorio, si può leggere un contributo di grande valore giuridico: sia nell'osservare come la concreta realizzazione del principio di buon andamento abbia cominciato a prodursi con la legge n. 241 del '90, con successivi interventi del legislatore nella medesima direzione, statuendosi in tal modo i paradigmi (o criteri) dell'efficienza, efficacia ed economicità; sia individuando nei medesimi paradigmi i necessari contenuti di quella cultura manageriale che deve caratterizzare la nuova amministrazione; sia attraverso la considerazione che vede i principi contabili come quelle norme tecniche che sono in grado di aiutare gli enti nell'applicare i suddetti paradigmi; sia nello spiegare come il permanere tra gli amministratori e i dirigenti della tradizionale cultura giuridico-formale, costituisca un ostacolo a cogliere l'impatto innovativo dei "principi". Si veda ancora, G. Farneti, *Il buon andamento nell'amministrazione degli enti locali*, Azienditalia, n.0, 1994 e G. Farneti, *Economia d'Azienda*, FracoAngeli, 2007.

Per una recentissima, approfondita analisi del principio del BA, cfr. G. Bassi, <<Buon andamento>> e presupposti di economicità gestionale nel complesso rapporto tra ente locale e società partecipate, Azienditalia, 2009, n.12.

¹⁰ Cfr. la nota 2.

consentito all'ente locale di utilizzare organizzazione e mezzi strumentali per attività di impresa puramente lucrative e non rispondenti a un fine pubblico»

In conseguenza, anche alla luce dell'art. 23 bis del D.L. n. 112/08, convertito nella legge n. 133/08 e successive modificazioni, nel procedimento di esternalizzazione si dovrà verificare il rispetto delle norme di legge e dunque in esso dovrà affermarsi la valutazione di convenienza che attesti il contributo dell'operazione alla realizzazione del principio del buon andamento. Dando applicazione, si deve aggiungere, al più generale obbligo di motivazione che caratterizza gli atti della pubblica amministrazione

Da qui un chiaro obbligo di motivazione, con riferimento alle deliberazioni di esternalizzazione di un servizio che si risolvono in un affidamento diretto, che sia in grado, secondo il principio comunque da seguirsi della motivazione dell'atto, di esprimere un'analisi della convenienza economica della forma gestionale prescelta, poi da rivedere periodicamente, sotto il profilo dell'efficienza, dell'efficacia e dell'economicità, tutte sviluppate in termini che non siano solamente nominalistici.

4. I controlli sulle partecipate, in applicazione del principio del BA.

Il quadro che si è richiamato è confermato dal Tuel che:

- nell'art.170, comma 6, circa il contenuto della Relazione revisionale e programmatica, chiarisce che la stessa deve indicare, per gli organismi gestionali degli enti, “anche gli obiettivi che si intendono raggiungere, sia in termini di bilancio sia in termini di efficacia, efficienza ed economicità del servizio.”;
- mentre nell'art. 231, relativo alla Relazione al rendiconto della gestione, si prevede che la stessa si soffermi sulle valutazioni di efficacia dell'azione amministrativa, anche individuando gli scostamenti principali rispetto alle previsioni e motivando le cause che li hanno determinati.

Come è osservato da tutti i commentatori, l'ente locale ha visto una radicale trasformazione delle proprie attività, da soggetto gestore a soggetto regolatore, che controlla una pluralità di enti che si pongono, come si è chiarito, in un nesso di strumentalità rispetto alla realizzazione, come previste dall'art. 112 del Tuel, delle sue finalità.

In questa sua attività di regolazione l'ente deve giustificare la convenienza, in termini di realizzazione del BA, delle proprie attività, analizzando i singoli servizi e dando vita, allo scopo, ad enti strumentali (nei termini che si sono sopra delineati). Questi enti, in primis le società commerciali, debbono dunque essere contributive del BA, sia al momento della loro costituzione, sia con riferimento al loro mantenimento.

L'analisi che dovrà al riguardo essere prodotta rientra, come per tutte le attività dell'ente, ferma rimanendo la distinzione fra programmazione/controllo e gestione, in quella che l'ente deve realizzare nell'ambito dei processi di programmazione e controllo, con l'utilizzazione degli strumenti informativi che l'Ordinamento disciplina. I servizi (esternalizzati) interessati saranno posti a capo dei diversi responsabili funzionali.

Materialmente l'ente dovrà:

- prima giustificare la costituzione della società nel momento in cui decide di utilizzare per una dato servizio lo strumento societario,
- poi giustificare il mantenimento in capo alla società della gestione del servizio;
- verificare comunque che la suddetta gestione si realizzi secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità, come per qualsiasi altra attività dell'ente, ma in particolare, in queste fattispecie, verificando il rispetto dei giudizi di convenienza prima espressi, sulla base dei quali è stato deciso l'affidamento diretto in capo a una società, o lo stesso è stato mantenuto nel tempo.

Cambia dunque la governance per l'ente interessato. I servizi in discorso non sono prodotti attraverso l'organizzazione dell'ente, ma sono esternalizzati, attraverso gestioni autonome ed

elastiche, che utilizzano lo strumento privatistico della società e sono disciplinate dal diritto societario.

L'ente locale "regolatore" non potrà pertanto ignorare le suddette società. Dovrà invece attrezzarsi per indirizzarle e controllarle, poiché esse sviluppano attività che sono strumentali alla realizzazione delle sue finalità, così come fa per quelle che gestisce in economia, come fa per i servizi non esternalizzati.

I profili da considerare devono sempre considerare i criteri sottesi al BA ed in tal modo esprimersi in termini di correttezza, di rispetto della legalità e per le società partecipate si dovranno pertanto sviluppare i menzionati processi di programmazione e di controllo, che portano alla predisposizione di programmi, piani e rendiconti, da considerarsi nell'ambito delle già menzionate tipologie di controlli.

Esse dovranno inoltre far capo, in funzione delle attività sviluppate, a responsabili individuati nella struttura dell'ente, come per qualsiasi altra attività.

Come si è prima osservato il giudizio di convenienza non potrà essere di natura descrittiva, ma quantitativo e dovrà dimostrare la presenza di uno o di entrambi i seguenti criteri di convenienza, riferito ad ogni servizio e poi alla società nel suo complesso:

- sotto il profilo dell'efficienza, per i minori costi (consumo di risorse) connessi alla esternalizzazione;
- sotto il profilo dell'efficacia, per la migliore qualità del servizio a parità di costi.
- Per entrambi, tenendo conto delle risorse da impiegare, strumentali e personali, chiarire gli effetti che le medesime avranno sul bilancio dell'ente, unitamente ai risultati che conseguiranno dalle attività esternalizzate.

Tutto questo richiede un'attenta attività di pianificazione/programmazione¹¹ e di controllo, anche per le responsabilità di tipo patrimoniale che ne potrebbero conseguire.¹²

Al di fuori di essi non vi è altra possibile giustificazione e l'attività che ne conseguirebbe non sarebbe all'insegna del BA.

L'aspetto ulteriormente importante è poi nella dimostrazione, da realizzarsi nel tempo, che le ragioni della convenienza permangono e che comunque le gestioni mostrano, o meno, di confermarle.

Il tipo di attività che al riguardo dovranno porsi in essere si rivolgeranno alla gestione della governance complessiva dell'ente attraverso le società partecipate per le quali si dovrà, anche al fine di mettere in campo il controllo analogo:

- Realizzare il controllo societario, considerando i loro statuti (che devono consentire il controllo da parte degli enti proprietari) e verificando la vita dei loro organismi gestionali e di controllo, sotto diversi profili, quali: le persone che vi partecipano, le loro competenze, il loro compenso, le scadenze.
- Verificare l'efficienza dei medesimi organismi, finalizzata a controllarne i risultati economico-finanziari e il loro riflesso sui bilanci dell'ente.
- Verificare l'efficacia della loro attività, attraverso in particolare il controllo della gestione del contratto di servizio.
- Verificare per gli organismi societari oggi ancora a mercato, che è possibile vendere, il loro valore.
- Realizzando allo scopo un sistema di reportistica che, collegando le persone che operano negli organismi societari con chi all'interno dell'ente, nell'ambito degli uffici di staff e delle diverse funzioni, è chiamato a seguire queste valutazioni, riesca ad esprimere l'insieme di conoscenze

¹¹ In sostanza, in sede di affidamento diretto, la previsione di un business plan, così come ha statuito ad esempio l'AGCM per le società in house ex comma 3 e 4 dell'art. 23 bis.

¹² Le stesse sono facilmente immaginabili. Sul tema cfr. G. Astegiano, Le società partecipate dagli enti territoriali e funzioni di controllo della Corte dei conti, Azienditalia, 2008, n.11, ora da considerarsi alla luce della sentenza di cui alla nota 3.

necessarie allo svolgimento, sempre in una logica di programmazione e di controllo, di tutte le richiamate verifiche.

Si vuole rimarcare un aspetto. Il controllo sulle partecipate, come si è configurato, è un controllo sull'organismo societario, sulla sua vita, sui suoi risultati, ma, prima, è un controllo sulle attività svolte. Ognuna delle quali, in quanto esternalizzata, pone una problematica di analisi nella logica del BA, anche per la considerazione che talora è in alternativa alla gestione diretta o alla gara; ognuna delle quali, inoltre, fa capo a un responsabile (di settore, di funzione, di servizio) nell'ambito della struttura organizzativa dell'ente.

Quest'ultimo aspetto è significativamente convalidato dall'esame delle linee guida dell'Osservatorio per la predisposizione del bilancio consolidato del gruppo ente locale. In esse si afferma una sua finalizzazione e una metodologia che per diversi aspetti si discosta, o che integra, quanto specularmente è fatto con riferimento alla predisposizione del bilancio consolidato di un gruppo privato¹³. La maggiore differenza è proprio nella considerazione dei servizi che devono essere considerati nell'ambito dell'informazione integrativa¹⁴.

5. I controlli sulle partecipate alla luce dell'attuale disciplina in materia di servizi, in particolare di servizi pubblici locali.

La disciplina delle società partecipate come consegue dal novellato art 23 bis e, prima, dalla considerazione del decreto Bersani e dalla finanziaria del 2008, ci pone di fronte a un quadro profondamente innovato, seppure con zone d'ombra che dovranno essere chiarite, anche attraverso il Regolamento da emanarsi ai sensi del menzionato art. 23 bis.

La sintetica lettura che qui è espressa avrebbe l'effetto di restringere le possibilità di utilizzare lo strumento societario rispetto alla situazione attuale. E' indubbio comunque che il quadro di fondo si è modificato e che in conseguenza si chiede agli enti una doverosa analisi, in via preliminare, sulla possibilità di mantenere le partecipazioni di cui essi sono proprietari.

Preliminarmente va osservato che la finanziaria del 2008, che viene a scadenza quest'anno ai fini delle deliberazioni che al riguardo gli enti dovranno prendere, impone di verificare se le attività svolte sono strettamente necessarie per la realizzazione delle finalità dell'ente¹⁵.

¹³ Per approfondire l'argomento cfr. G. Farneti, Il bilancio consolidato nella prospettiva dell'Osservatorio, Azienditalia, n.12.

¹⁴ Nel PCEL n. 4 emanato dall'Osservatorio, si legge infatti: "42. Nel bilancio consolidato devono essere fornite le seguenti informazioni integrative, in una apposita nota integrativa:

a) un prospetto in cui risulti, per ciascuna controllata inclusa nell'area di consolidamento, la percentuale di partecipazione dell'ente locale, l'ammontare del patrimonio netto e dei debiti di finanziamento nonché l'entità dei crediti e debiti in essere tra ente locale e controllata eliminati in sede di consolidamento;

.....

g) i dati rilevanti i principali settori di attività dell'ente locale, con separata evidenza delle eventuali attività di natura meramente commerciale. Per ogni servizio pubblico locale occorre fornire i principali dati economico-finanziari, quantitativi e qualitativi ad esso relativo".

¹⁵ Per un'approfondita analisi cfr. A. Albo, La ricognizione delle partecipazioni societarie da parte degli enti locali alla luce dell'art. 3 commi 27 e ss. Della legge n. 24.12.2007 n. 244 e i provvedimenti conseguenti, Azienditalia, 2010, n.3. In esso si può leggere: "L'esito di tale ricognizione dovrà essere sorretto da una puntuale ed esaustiva motivazione della delibera, secondo il noto principio previsto dall'art. 3 della L. n. 241/90, che faccia nella fattispecie espresso riferimento alla sussistenza dei presupposti di legittimità delle partecipazioni, indicate al comma 27.

La motivazione, oltre ai presupposti legislativi e alla sussistenza dell'interesse pubblico nell'utilizzo di forme privatistiche, dovrà evidenziare tutte quelle esigenze di ordine tecnico (ad esempio, con riferimento alle caratteristiche strutturali dei servizi erogati o da erogare), o economico che depongano in favore dell'opzione societaria¹⁵ rispetto a moduli gestionali alternativi.

Oltre alla sussistenza dei presupposti di legittimità della singola partecipazione, infatti, l'organo consiliare dovrà effettuare una più complessa analisi, che sta alla base di ogni processo di esternalizzazione, mirata anche a valutare attentamente in termini di costi e benefici l'affidamento del servizio alla società, e ad evidenziare le ragioni che

Questa analisi peraltro non può certamente ignorare i vincoli che sono espressi dal decreto Bersani e quelli che conseguono dall'art. 23 bis, comma 10, poiché gli stessi condizionano i presupposti di legittimità di ogni singola partecipazione o vi influiranno nell'ambito del periodo transitorio dal medesimo articolo previsto. Conseguendone che gli enti non possono mantenere in capo alle proprie società le gestioni di servizi strumentali (SS) se le stesse non rientrano negli schemi della gestione in house e del connesso controllo analogo, o della società mista, e con i vincoli ulteriori che la norma prevede in termini di oggetto esclusivo e di necessità di operare con gli enti proprietari ed affidanti, escludendosi qualsiasi altra attività. Per i SS strumentali si dovranno verificare, pertanto, da una parte il rispetto delle condizioni che la legge prevede e dall'altra la convenienza in termini di BA.

Quanto ai SPL a rilevanza economica, notoriamente la normativa, nell'intendimento di non ostacolare la concorrenza ed il mercato, prevede l'affidamento attraverso gara, con l'eccezione, motivata, come sancito dal terzo comma, e previo parere dell'AGCM (e con l'ulteriore eccezione delle attività minori, nei termini che saranno definiti, ai sensi del comma 4-bis dall'emanando Regolamento). Per questa fattispecie l'AGCM ha già chiarito come l'istruttoria, che dovrà riguardare ogni singolo servizio, comporti uno studio articolato, comprensivo in sostanza di un business plan, cioè dell'esame economico-finanziario dei risultati futuri, attraverso la predisposizioni di piani fra loro integrati. In presenza di tali eccezioni sarà possibile dar vita a una società in house.

Per la legge attuale poi, la società mista, allorché realizzata attraverso una gara che sia contemporaneamente per il socio e per il servizio, è considerata equivalente all'affidamento tramite gara rispetto all'esigenza di tutelare la concorrenza ed il mercato.

Va notato che per l'AGCM i SPL comprendono "tutti quelli aventi ad oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali", aggiungendo, per qualificare quelli a rilevanza economica, "con esclusione dei servizi sociali privi di carattere imprenditoriale". Va notato che la definizione è speculare rispetto al contenuto del 1° comma dell'art. 112 del TUEL e che la stessa non lascia dunque spazio ad altre forme di partecipazione, oggi assai numerose, ma evidentemente da riconsiderare¹⁶.

Il "gruppo ente locale" dovrebbe dunque essere formato, superato il periodo transitorio, di progressivo adattamento alla normativa e con le eccezioni, comunque significative, che sono statuite dal primo comma dell'art. 23 bis:

- da società totalmente pubbliche, per la gestione, nella forma in house, di SS;
- da società miste, purché il partner privato sia scelto con gara, per la gestione di SS;
- da società miste (con gara per il socio e per il servizio) per la gestione di SPL a rilevanza economica;
- da società totalmente pubbliche per la gestione, nella forma in house, di SPL a rilevanza economica, ma di minore importanza;
- da società totalmente pubbliche per la gestione, nella forma in house delle reti;
- da società, infine, salvo una diversa disciplina regionale, totalmente pubbliche, per la gestione, nella forma in house, di SPL privi di rilevanza economica.

depongano per la scelta di tale modulo gestionale rispetto a forme alternative di gestione, tra cui, in particolare, la gestione in economia (cd."analisi "make or buy").

Secondo consolidato orientamento della Corte dei conti, infatti, l'esternalizzazione di un servizio, costituisce una scelta gestionale che non può in alcun modo costituire la risposta per aggirare un divieto o una sanzione legislativa, e che è giustificabile solo nella misura in cui risulti la soluzione preferibile in termini di efficienza, efficacia ed economicità rispetto alla gestione diretta del servizio, anche con riferimento alle ricadute sui cittadini in un'ottica di lungo periodo."

¹⁶ Cfr. G. Farneti, Le società partecipate: problemi d'attualità, Azienditalia, 2008, n. 9, dove questa problematica era già delineata sul fondamento della prima versione dell'art. 23 bis. Essa riguarda ad esempio le società holding, illegittime, o non opportune, sotto diversi profili, anche sulla base delle deliberazioni della Corte dei conti, come la menzionata n.270 del 2008; o quelle di puro investimento, in prospettiva da dismettere; cfr. anche sul tema G. Farneti, cit in nota 2..

A queste tipologie dovranno poi aggiungersi quelle che conseguono dalla gestione di società che nell'ambito del periodo transitorio (di durata diversa per le diverse situazioni) saranno ancora presenti, nonché quelle connesse alle eccezioni prima menzionate.

Il gruppo ente locale va dunque modificandosi e il cambiamento già in atto¹⁷ subirà una profonda accelerazione. In esso le società totalitarie nella forma dell'in house e per le quali si realizza il controllo analogo, saranno senz'altro le più numerose e le più importanti.

I problemi da risolvere, o cui pensare, riguarderanno le società da dismettere in quanto non rientranti in questa prospettiva, o ad altra cui si dovesse arrivare e poi la realizzazione dei controlli secondo lo schema già precisato, resi più agevoli e più comprensibili dal fatto che riguarderanno prevalentemente società a partecipazione totalitaria per le quali esercitare per legge il controllo "analogo". Tale controllo è comunque da realizzarsi, nella logica della continua verifica del BA, laddove la partecipazione sia di maggioranza, tipicamente con riferimento alle società miste, attraverso la strumentazione che l'Ordinamento prevede per la gestione di tutte le attività degli enti. Per le partecipazioni non maggioritarie il controllo si eserciterà in forme diverse, o attraverso le modalità/organismi eventualmente previsti allo scopo, laddove la partecipazione pubblica sia totalitaria o di maggioranza, o altrimenti in forme meno incidenti nel caso contrario.

7. I controlli sulle partecipate nella nuova "carta delle autonomie".

Il disegno di legge governativo del 13 gennaio 2010, AC n. 3118, prevede rilevanti modifiche al Tuel. In particolare si vogliono mettere in luce quelle più importanti in materia di controlli, tratte dall'art.29, in grado di incidere maggiormente.

E' naturalmente un primo esame, ma con la finalità di fare emergere gli elementi di continuità rispetto all'attuale modello, sottolineando come molto spesso le nuove disposizioni non esprimano altro che una sottolineatura di comportamenti che già oggi si rendono obbligatori, sulla base delle norme esistenti e considerate nell'analisi che qui è stata sopra proposta.

Si segue allo scopo la relazione preliminare del disegno di legge, riferendoci ad alcune sue parti. Nell'art. 147 del Tuel, comma 1, viene introdotta la garanzia del costante controllo degli equilibri finanziari, prevedendo un'assidua attività di coordinamento e di vigilanza da parte del responsabile finanziario e di controllo da parte di tutti i responsabili dei servizi; con una ricognizione dell'organo esecutivo a cadenza trimestrale.

Si noti come il coinvolgimento dei responsabili dei servizi costituisca una costante nel Tuel.

Si prevede altresì la verifica dell'efficacia, dell'efficienza e dell'economicità degli organismi gestionali esterni all'ente e, ancora, sebbene già implicita, anche la garanzia del controllo della qualità dei servizi erogati.

Nuovamente si sottolineano aree di controllo già oggi obbligatorie, seppure ampiamente trascurate; la loro considerazione inciderà sulla legalità dei comportamenti in misura sempre maggiore e ci induce a considerare come nel futuro lo schema logico che si è indicato, con specifico riferimento alle decisioni sui processi di esternalizzazione, dovrà essere seguito con cura particolare; tali aree, inoltre, sono tutte nella direzione di dare concreto contenuto al principio del BA.

Nel comma 2 si prevede che all'organizzazione dei controlli interni partecipino il segretario, il direttore generale, laddove previsto, tutti i responsabili di settore, le unità di controllo, laddove istituite. La disposizione è molto importante, sia per l'obbligatoria partecipazione di tutti i responsabili di settore, sia per la precisazione, relativamente alle unità di controllo, che possono essere istituite o meno, confermandosi in tal modo la loro natura di staff. I responsabili di settore, infatti, tutti, vi devono partecipare: è così ad essi che fa capo la realizzazione del controllo, in primis

¹⁷ E' di un certo interesse sul punto la ricerca di Legautonomie, giugno 2008. In essa si evidenziano anche marcati fenomeni di elusione della normativa, precisandosi che "in sostanza accade che le condizioni contingenti possano risultare tanto forti da determinare il reale obiettivo per la costituzione della Società (elusione del patto di stabilità) influenzando il processo costitutivo."

strategico, ma anche operativo per quanto concerne ad esempio il contratto di servizio, sugli organismi partecipati.

Il nuovo art. 147 bis disciplina il controllo di regolarità amministrativa e contabile e, in questo contesto, prevede il rilascio del parere di regolarità tecnica nella fase preventiva della formazione dell'atto da parte di ogni responsabile di servizio, da controllarsi poi secondo principi generali di revisione anche nella fase successiva. Questa disposizione va letta alla luce del fatto, convalidato nella normativa qui commentata, che le società partecipate sono poste in capo ai responsabili di servizio.

Il nuovo art. 147 quater si occupa direttamente dei controlli sulle società partecipate e questa attenzione specifica da parte del legislatore costituisce un'importante novità.

In esso si stabilisce che:

- i controlli sono esercitati dalle strutture proprie dell'ente;
- detti controlli comportano la preventiva definizione degli obiettivi gestionali;
- tali obiettivi comportano la predisposizione di un idoneo sistema informativo;
- e devono riguardare i rapporti finanziari fra ente proprietario e società, la situazione contabile, gestionale ed organizzativa delle società, i contratti di servizio, la qualità dei servizi, il rispetto delle norme di legge sui vincoli di finanza pubblica;
- la predisposizione di un bilancio consolidato, secondo il principio della competenza economica.

Si rende ulteriormente operativo, in tal modo, il controllo del BA, al cui contenuto sono riferibili tutte le disposizioni novellate, ivi compreso quella relativa al bilancio consolidato¹⁸.

L'articolo 47 quinquies disciplina il controllo sulla qualità dei servizi, sia erogati direttamente che indirettamente.

Nel nuovo testo dell'art. 151 del Tuel si stabilisce poi che il parere del responsabile dei servizi sui provvedimenti che comportano impegni di spesa, sia trasmesso al responsabile del servizio finanziario, previo rilascio del parere di congruità, che deve attestare anche il rispetto dei criteri di economicità ed efficienza. Tale parere di congruità inoltre deve essere rilasciato anche nella determinazione a contrattare, per l'attestazione relativa alla base di gara, e nella stipulazione di contratti di servizio con le aziende partecipate. Nuovamente, nella logica dell'effettività del controllo del principio del BA.

In sintesi si indicano una serie di riscontri, di attività cui sono tenuti i diversi responsabili della gestione dei servizi, sia che la gestione sia diretta, sia che si realizzi per il tramite di società partecipate, o sia comunque esternalizzata. In tutte queste attività vi è la preoccupazione di responsabilizzare gli operatori sul rispetto del principio del BA nei suoi concreti contenuti, in modo che il processo decisionale lasci una sorta di "tracciabilità", dalla quale si possa desumere l'effettivo rispetto delle norme.

¹⁸ Per apprezzare la distanza fra mondo legale (le norme attuali e, in un prossimo futuro, quelle qui richiamate) e mondo reale, basti riflettere sul fatto che gli enti non programmano/controllano e non predispongono una effettiva contabilità economica, ma si limitano invece ad utilizzare gli strumenti obbligatori come contenitori di tipo "nominale", privi dei contenuti che la norma vorrebbe nell'ambito della loro prevista utilizzazione per realizzare il principio del BA (Sul punto, cfr. G. Farneti, "Tutti fanno tutto; nessuno è responsabile di ciò che solo lui dovrebbe fare": perché e prime riflessioni su come rilanciare lo spirito propulsivo della riforma, Amministrazione in cammino, LUISS, 2008). Questo è il massimo problema che gli enti e l'intero sistema dei controlli, in primis quello esterno, dovranno affrontare. L'unico squarcio di luce, in questa prospettiva, come emerge anche da alcune note di questo lavoro, è nell'attività di controllo collaborativi sviluppata dalla Corte dei Conti.