



Struttura Territoriale Emilia-Romagna, Toscana, Umbria e Marche

CORSO

Servizi di rilevanza economica. Modifiche all'art. 23 bis del D.L. 112/08 convertito in Legge 133/2008

Massimiliano Lombardo

LA NUOVA RIFORMA DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI: Art. 23 bis L. 133/08 come modificato dall'art. 15 L. 166/09

Falconara Marittima (AN), 15 febbraio 2010

**LA NUOVA RIFORMA DEI SERVIZI
PUBBLICI LOCALI:
Art. 23 bis L. 133/08 come
modificato dall'art. 15 L. 166/09**

AVV. PROF. MASSIMILIANO LOMBARDO
SSPAL – Falconara Marittima, 15 febbraio 2010

Agenda

- **art. 113 TUEL**
- **art. 3, commi 27 - 32 L. 244/07 (L. Finanziaria 2008)**
- **art. 2, comma 461 L. 244/07 (L. Finanziaria 2008)**
- **art. 18 Legge 133/08**
- **art. 23 bis Legge 133/08 (riforma “Fitto”)**
- **art. 15 D.Lgs. 135/09, conv. in L. 166/2009**
- **Schema di regolamento attuativo dell’art. 23 bis**



Le modalità di gestione dei servizi pubblici nell'art. 113 TUEL

- **Soggetti individuati all'esito dell'espletamento di gara con procedure ad evidenza pubblica**
- **Società a capitale misto pubblico-privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica**
- **Società in house**

Art. 3 commi 27/32 “Legge Finanziaria 2008” (L. 244/07)

Le novità della Legge Finanziaria 2008 e l’impatto sulla disciplina delle società partecipate

- **Comma 27** (mod. comma 4 octies, art. 18 D.L. 185/2008):
 - a) “le amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del D.LGS. 165/2001, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società”.
 - b) “È sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e che forniscono servizi di committenza o di centrali di committenza a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art. 3, comma 25, del D.LGS. 163/2006, e l’assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni di cui all’*art. 1, comma 2, del D.LGS. 165/2001*, nell’ambito dei rispettivi livelli di competenza art. 3, comma 29: “entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, cedono a terzi le società e le partecipazioni vietate ai sensi del comma 27”

Art. 3 commi 27/32 “Legge Finanziaria 2008” (L. 244/07)

- Comma 28 (mod. dall'art. 19, comma 2, lett. a), D.L. 78/2009):

L'assunzione di nuove partecipazioni e il mantenimento delle attuali devono essere autorizzati dall'organo competente con delibera motivata in ordine alla sussistenza dei presupposti di cui al comma 27. La delibera di cui al presente comma è trasmessa alla sezione competente della Corte dei

Art. 3 commi 27/32 “Legge Finanziaria 2008” (L. 244/07)

- Comma 29 (mod. da L. 69/2009 e D.L. 78/2009)

Entro trentasei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge le amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del D.LGS. 165/2001 nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, cedono a terzi le società e le partecipazioni vietate ai sensi del comma 27. Per le società partecipate dallo Stato, restano ferme le disposizioni di legge in materia di alienazione di partecipazioni

Trasferimento delle risorse umane in caso di costituzione di società o provvedimenti di outsourcing :

- Comma 30: “Le amministrazioni che, nel rispetto del comma 27, costituiscono società o enti, comunque denominati, o assumono partecipazioni in società, consorzi o altri organismi, anche a seguito di processi di riorganizzazione, trasformazione o decentramento, adottano, sentite le organizzazioni sindacali per gli effetti derivanti sul personale, provvedimenti di trasferimento delle risorse umane, finanziarie e strumentali in misura adeguata alle funzioni esercitate mediante i soggetti di cui al presente comma e provvedono alla corrispondente rideterminazione della propria dotazione organica”. 6

Art. 3 commi 27/32 “Legge Finanziaria 2008” (L. 244/07)

- **comma 31:** “Fino al perfezionamento dei provvedimenti di rideterminazione di cui al comma 30, le dotazioni organiche sono provvisoriamente individuate in misura pari al numero dei posti coperti al 31 dicembre dell'anno precedente all'istituzione o all'assunzione di partecipazioni di cui al comma 30, tenuto anche conto dei posti per i quali alla stessa data risultino in corso di espletamento procedure di reclutamento, di mobilità o di riqualificazione del personale, diminuito delle unità di personale effettivamente trasferito”.
- **comma 32:** “I collegi dei revisori e gli organi di controllo interno delle amministrazioni e dei soggetti interessati dai processi di cui ai commi 30 e 31 asseverano il trasferimento delle risorse umane e finanziarie e trasmettono una relazione alla Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento della funzione pubblica e al Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato, segnalando eventuali inadempimenti anche alle sezioni competenti della Corte dei conti”.

Art. 2 comma 461 “Legge Finanziaria 2008” (L. 244/07)

Al fine di tutelare i diritti dei consumatori e degli utenti dei servizi pubblici locali e di garantire la qualità, l'universalità e l'economicità delle relative prestazioni, in sede di stipula dei contratti di servizio gli enti locali sono tenuti ad applicare le seguenti disposizioni:

a) previsione dell'obbligo per il soggetto gestore di emanare una "Carta della qualità dei servizi", da redigere e pubblicizzare in conformità ad intese con le associazioni di tutela dei consumatori e con le associazioni imprenditoriali interessate, recante gli standard di qualità e di quantità relativi alle prestazioni erogate così come determinati nel contratto di servizio, nonché le modalità di accesso alle informazioni garantite, quelle per proporre reclamo e quelle per adire le vie conciliative e giudiziarie nonché le modalità di ristoro dell'utenza, in forma specifica o mediante restituzione totale o parziale del corrispettivo versato, in caso di inottemperanza;

b) consultazione obbligatoria delle associazioni dei consumatori;

c) previsione che sia periodicamente verificata, con la partecipazione delle associazioni dei consumatori, l'adeguatezza dei parametri quantitativi e qualitativi del servizio erogato fissati nel contratto di servizio alle esigenze dell'utenza cui il servizio stesso si rivolge, ferma restando la possibilità per ogni singolo cittadino di presentare osservazioni e proposte in merito.

Art. 2 comma 461 “Legge Finanziaria 2008” (L. 244/07)

d) previsione di un sistema di monitoraggio permanente del rispetto dei parametri fissati nel contratto di servizio e di quanto stabilito nelle Carte della qualità dei servizi, svolto sotto la diretta responsabilità dell'ente locale o dell'ambito territoriale ottimale, con la partecipazione delle associazioni dei consumatori ed aperto alla ricezione di osservazioni e proposte da parte di ogni singolo cittadino che può rivolgersi, allo scopo, sia all'ente locale, sia ai gestori dei servizi, sia alle associazioni dei consumatori;

e) istituzione di una sessione annuale di verifica del funzionamento dei servizi tra ente locale, gestori dei servizi ed associazioni dei consumatori nella quale si dia conto dei reclami, nonché delle proposte ed osservazioni pervenute a ciascuno dei soggetti partecipanti da parte dei cittadini;

f) previsione che le attività di cui alle lettere b), c) e d) siano finanziate con un prelievo a carico dei soggetti gestori del servizio, predeterminato nel contratto di servizio per l'intera durata del contratto stesso.

Art. 18 L. 133/2008: reclutamento del personale di società pubbliche

- 1.** A decorrere dal sessantesimo giorno successivo *alla data di entrata* in vigore della legge di conversione del presente decreto-legge, le società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'art. 35 D.Lgs. 165/2001.
- 2.** Le altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità.
- 3.** Le disposizioni in oggetto non si applicano alle società quotate su mercati regolamentati

Art. 18 L. 133/2008:

reclutamento del personale di società pubbliche

■ Comma 2-bis (introdotto dall'art. 19, comma 1, D.L. 78/2009):

Le disposizioni che stabiliscono, a carico delle amministrazioni divieti o limitazioni alle assunzioni di personale si applicano, in relazione al regime previsto per l'amministrazione controllante, anche alle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali senza gara, ovvero che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale né commerciale, ovvero che svolgano attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica inserite nel conto economico consolidato della PA, come individuate dall'ISTAT ai sensi del comma 5 dell' articolo 1 L. 311/2004. Le predette società adeguano inoltre le proprie politiche di personale alle disposizioni vigenti per le amministrazioni controllanti in materia di contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitaria e per consulenze. Con D.M., da emanare entro il 30 settembre 2009, sono definite le modalità e la modulistica per l'assoggettamento al patto di stabilità interno delle suddette società.

L'art. 23bis: i principi (comma 1)

- Applicazione della disciplina comunitaria in materia di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica
- Favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi
- Garantire il diritto di tutti gli utenti alla universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni (art. 117, comma 2, lettere e) e m), Cost.), assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti
- Inapplicabilità delle disposizioni ai servizi di distribuzione del gas (art. 30, comma 26, L. 99/09), di distribuzione di energia elettrica, gestione delle farmacie comunali, trasporto ferroviario regionale
- Fissazione al 31.12.2012 del termine entro il quale dovranno essere stabiliti gli ambiti territoriali minimi per l'affidamento con gara del servizio di distribuzione di gas (*modifica apportata dalla L. di conv. n. 166/09*).

Modifiche all'art. 23bis: art.

15 L. 166/09

Conferimento gestione spl a rilevanza economica, modalità ordinaria (comma 2):

- a) in favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità;
- b) a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi (rif. aggiunto in sede di conversione) connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 %.

Modifiche all'art. 23bis: art.

15 L. 166/09

Conferimento gestione spl a rilevanza economica, la deroga "in house" (comma 3):

per situazioni eccezionali 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 a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta "in house" e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

Modifiche all'art. 23bis: art. 15 L. 166/09

Conferimento gestione spl a rilevanza economica, la deroga "in house" (comma 4):

- L'ente affidante deve dare adeguata pubblicità alla scelta di affidare "in house" il servizio, motivandola in base ad un'analisi del mercato, e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'AGCM per l'espressione di un parere preventivo, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione. Decorso il termine, il parere, se non reso, si intende espresso in senso favorevole (silenzio assenso);
- L'AGCM, in forza dell'autonomia organizzativa e funzionale attribuita dalla L. 287/90 e s.m.i., individua, con propria delibera, le soglie oltre le quali gli affidamenti di spl assumono rilevanza ai fini dell'espressione del parere.

Modifiche all'art. 23bis: art. 15 L. 166/09

Periodo transitorio (comma 8):

- gli affidamenti a società “in house”, in assenza di adeguata pubblicità, analisi di mercato e relativa relazione, nonché parere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, cessano improrogabilmente al 31.12.2011 ovvero alla scadenza del contratto di servizio a condizione che entro il 31.12.2011 le amministrazioni cedano almeno il 40% del capitale attraverso le modalità di cui all'art. 15, comma 2, lett. b, (mod. in sede di conversione);
- gli affidamenti a società miste pubblico-private, con socio privato non selezionato secondo il comma 2, lett. b, art. 15, cessano improrogabilmente al 31.12.2011;
- gli affidamenti a società miste il cui socio non sia scelto con gara e gli affidamenti in house non conformi ai principi comunitari, cessano improrogabilmente al 31.12.2010;

Modifiche all'art. 23bis: art. 15 L. 166/09

Periodo transitorio (comma 8):

- gli affidamenti a società miste pubblico-private di cui all'art. 15, comma 2, lett. b, e quelli a società "in house" coerenti con la nuova disciplina, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio;
- gli affidamenti diretti a società quotate in borsa al 01.10.2003 ed a quelle da esse controllate (ex art. 2359 c.c.) cessano alla scadenza prevista dal contratto di servizio, a condizione che la partecipazione pubblica si riduca progressivamente, attraverso procedure ad evidenza pubblica, ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, ad una quota non superiore al 40% entro il 30.06.2013, e ad una quota non superiore al 30% entro il 31.12.2015; ove dette condizioni non si verifichino, gli affidamenti cessano improrogabilmente, rispettivamente, alla data del 30.06.2013 e del 31.12.2015.

Modifiche all'art. 23bis: art.

15 L. 166/09

Divieto ex comma 9:

Le società (le loro controllanti e controllate da una medesima controllante), anche non appartenenti a Stati della U.E., che, in Italia o all'estero, che gestiscono - di fatto o per disposizione di legge, di atto amministrativo o per contratto - servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica ovvero di un partenariato pubblico-privato, nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi, non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare.

Modifiche all'art. 23bis: art.

15 L. 166/09

Comma 9, deroghe:

- Il divieto in questione non si applica alle società quotate in mercati regolamentati e al socio privato di una società mista, selezionato all'esito di una gara di cui al comma 2, lett. b), art. 15 (mod. apportata in sede di conversione).
- Pur operando il divieto “per tutta la durata della gestione”, è prevista la possibilità per gli affidatari diretti di servizi pubblici di concorrere su tutto il territorio nazionale alla prima gara successiva alla cessazione del servizio, svolta mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, avente ad oggetto i servizi da essi forniti.

Lo Schema di Regolamento attuativo dell'art. 23 bis L. 133/2008 Ambito di applicazione (art. 1)

Lo Schema di D.P.R. recante Regolamento di attuazione dell'art. 23bis D.L. 112/2008 convertito con modif. dalla L. 133/2008 e s.m.i. in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica:

- si applica ai servizi pubblici locali di rilevanza economica, denominati quali “servizi pubblici locali”;
- non si applica per espressa esclusione:
 - ✓ ai servizi strumentali all'attività o al funzionamento degli enti affidanti (art. 13 D.L. n. 233/2006);
 - ✓ ai servizi di distribuzione di gas naturale e di energia elettrica;
 - ✓ al servizio di trasporto ferroviario regionale;
 - ✓ alla gestione delle farmacie comunali.

Lo Schema di Regolamento attuativo dell'art. 23 bis L. 133/2008

Misure di liberalizzazione (art. 2):

Gli enti locali

- verificano la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei spl, circoscrivendo, nel silenzio della legge, l'attribuzione di diritti di esclusiva, ai soli casi in cui la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità;
- definiscono, ove necessario, in funzione di tutela degli utenti, gli obblighi di servizio pubblico, prevedendo le eventuali compensazioni economiche alle aziende esercenti i servizi stessi.

Lo Schema di Regolamento attuativo dell'art. 23 bis L. 133/2008

- Norme generali per l'affidamento (art. 3)
Le procedure competitive ad evidenza pubblica, di cui all'articolo 2, comma 1, lettera a), sono indette nel rispetto degli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza definiti dalla legge statale e regionale, ove esistente, dalla competente autorità di settore o, in mancanza di essa, dagli enti affidanti.
- I rapporti degli enti locali con i soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali e con i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali sono regolati da contratti di servizio, da allegare ai capitolati di gara, che devono prevedere i livelli dei servizi da garantire, adeguati strumenti di verifica del rispetto dei livelli stessi, nonché penali e misure sanzionatorie.

Lo Schema di Regolamento attuativo dell'art. 23 bis L. 133/2008

Il bando di gara o la lettera di invito:

Norme generali per l'affidamento (art. 3)

- a) esclude che la disponibilità a qualunque titolo delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali possa costituire elemento discriminante per la valutazione delle offerte dei concorrenti;
- b) assicura che i requisiti di partecipazione siano proporzionati alle caratteristiche e al valore del servizio e che la definizione dell'oggetto della gara garantisca la più ampia partecipazione e il conseguimento di eventuali economie di scala e di gamma;
- c) indica, ferme restando le discipline di settore, la durata dell'affidamento 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) può prevedere l'esclusione di forme di aggregazione o di collaborazione tra soggetti che possiedono singolarmente i requisiti qualora, in relazione alla prestazione oggetto del servizio, possano produrre effetti restrittivi della concorrenza;
- e) prevede che la valutazione delle offerte sia effettuata da una commissione nominata dall'ente affidante e composta da esperti nella specifica materia;
- f) indica i criteri e le modalità per l'individuazione dei beni strumentali (art. 10, co. 1), e per la determinazione dell'eventuale importo spettante al gestore al momento della scadenza o della cessazione anticipata della gestione (art. 10, co. 2).

Lo Schema di Regolamento attuativo dell'art. 23 bis L. 133/2008 Parere AGCM (art. 4)

- Gli affidamenti di spl assumono rilevanza ai fini dell'espressione del parere (art. 23-bis, comma 4), se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento supera la somma complessiva di 200.000,00 euro. Il detto parere è comunque richiesto, a prescindere dal valore economico del servizio, qualora la popolazione interessata sia superiore a 50.000 unità;
- Disposizioni in merito alla richiesta di parere applicabili esclusivamente ai servizi relativi al settore idrico.

Lo Schema di Regolamento attuativo dell'art. 23 bis L. 133/2008. Patto di stabilità interno (art.5)

1. Gli affidatari diretti di servizi pubblici locali, assoggettati al patto di stabilità interno, sono i seguenti:
 - a) i soggetti affidatari ai sensi dell'art. 23-bis, comma 3;
 - b) le società a capitale interamente pubblico, partecipate dall'ente locale, in possesso dei requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione in house e affidatarie ai sensi della disciplina previgente all'art. 23-bis.
2. Gli enti locali sono responsabili dell'osservanza, da parte dei soggetti indicati al comma 1 al cui capitale partecipano, dei vincoli derivanti dal patto di stabilità interno.
3. Con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con i Ministri dell'interno e per i rapporti con le Regioni, sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, da emanare entro tre mesi dall'entrata in vigore del presente regolamento, sono definite le modalità e la relativa modulistica per l'assoggettamento al patto di stabilità interno dei soggetti di cui al punto 1.



Lo Schema di Regolamento attuativo dell'art. 23 bis L. 133/2008 Acquisto di beni e servizi da parte di società in house e società miste (art. 6)

- Le società in house e le società a partecipazione mista pubblica e privata, affidatarie di servizi pubblici locali, applicano, per l'acquisto di beni e servizi, le disposizioni di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni.
- L'articolo 32, comma 3, D.LGS. 163/2006, limitatamente alla gestione del servizio per il quale le società di cui al comma 1, lett. c), del medesimo art. sono state costituite, si applica se la scelta del socio privato è avvenuta secondo quanto previsto dall'articolo 23-*bis*, comma 2, lettera b).
- Restano ferme le altre condizioni stabilite dall'articolo 32, comma 3, numeri 2) e 3), del D.LGS. 163/2006.



Lo Schema di Regolamento attuativo dell'art. 23 bis L. 133/2008 Assunzione di personale da parte delle società in house e delle società miste (art. 7)

1. Le società in house, affidatarie di servizi pubblici locali, applicano, per l'assunzione di personale, quanto previsto dall'articolo 18, comma 1, del D.L. 112/2008, convertito dalla L. n. 133/2008.
2. Le società miste a partecipazione pubblica di controllo, affidatarie di servizi pubblici locali, applicano, per l'assunzione di personale, quanto previsto dall'articolo 18, comma 2, del citato D.L. 112/2008.
3. Tali disposizioni non si applicano alle società quotate in mercati regolamentati.

Lo Schema di Regolamento attuativo dell'art. 23 bis L. 133/2008. Distinzione tra funzioni di regolazione e di gestione (art. 8)

1. 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 spl, non possono svolgere incarichi inerenti la gestione dei medesimi servizi. 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 spl e non delle società quotate per cui opera una specifica disciplina.
2. Il divieto di cui al comma 1 opera anche nei confronti del coniuge, dei parenti e degli affini entro il quarto grado dei soggetti indicati allo stesso comma, 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.
3. 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, di cui all'articolo 77 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni, negli enti locali che detengono quote di partecipazione al capitale della stessa società.
4. I componenti della commissione di gara per l'affidamento della gestione di servizi pubblici locali non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente alla gestione del servizio di cui si tratta.
5. Coloro che hanno rivestito, nel biennio precedente, la carica di amministratore locale, di cui al comma 3, non possono essere nominati componenti della commissione di gara relativamente a servizi pubblici locali da affidare da parte del medesimo ente locale.



Lo Schema di Regolamento attuativo dell'art. 23 bis L. 133/2008. Distinzione tra funzioni di regolazione e di gestione (art.8)

6. 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.
7. Si applicano ai componenti delle commissioni di gara le cause di astensione previste dall'art. 51 c.p.c..
8. 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.
9. In caso di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali ai sensi dell'art. 23-bis, commi 3 e 4, e in tutti i casi in cui il capitale sociale del soggetto gestore è partecipato dall'ente locale affidante, la verifica del rispetto del contratto di servizio nonché ogni eventuale aggiornamento e modifica dello stesso sono sottoposti, secondo modalità definite dallo statuto dell'ente locale, alla vigilanza dell'organo di revisione di cui agli articoli 234 e seguenti del D.LGS. n. 267/2000, e successive modificazioni.



Lo Schema di Regolamento attuativo dell'art. 23 bis L. 133/2008. Principio di reciprocità (art. 9)

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 servizi.



Lo Schema di Regolamento attuativo dell'art. 23 bis L. 133/2008. Cessione dei beni in caso di subentro (art. 10)

1. **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 per la prosecuzione del servizio, come individuati dall'ente affidante, a titolo gratuito e liberi da pesi e gravami.**

2. **Se, al momento della cessazione della gestione, i beni di cui al comma 1 non sono stati interamente ammortizzati, il gestore subentrante corrisponde al precedente gestore un importo pari al valore contabile non ancora ammortizzato, al netto di eventuali contributi pubblici direttamente riferibili ai beni stessi.**

- **L'importo da corrispondersi 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.**

Lo Schema di Regolamento attuativo dell'art. 23 bis L. 133/2008. Abrogazioni e disposizioni finali (art. 12)

1. **A decorrere dall'entrata in vigore del presente regolamento sono abrogati**
 1. l'articolo 113, commi 5, 5-bis, 6, 7, 8, 9, escluso il primo periodo, 11, 14 e 15-quater, TUEL,
 2. gli artt. 150 c. 1 e 202 c. 1, D.Lgs. 152/2006 (ad eccezione della parte in cui individua la competenza dell'Autorità d'ambito per l'affidamento e l'aggiudicazione)
2. **Le leggi, i regolamenti, i decreti, o altri provvedimenti, che fanno riferimento ai commi 7 e 11 dell'art. 113 del D.LGS. n. 267/2000 s.m.i. abrogati dal comma 1, lettera a), si intendono riferiti, rispettivamente, ai commi 1 e 5 dell'articolo 3 del presente regolamento**
3. **Per il trasporto pubblico locale, il presente regolamento si applica in quanto compatibile con le disposizioni del regolamento (CE) 23 ottobre 2007, n. 1370/2007**

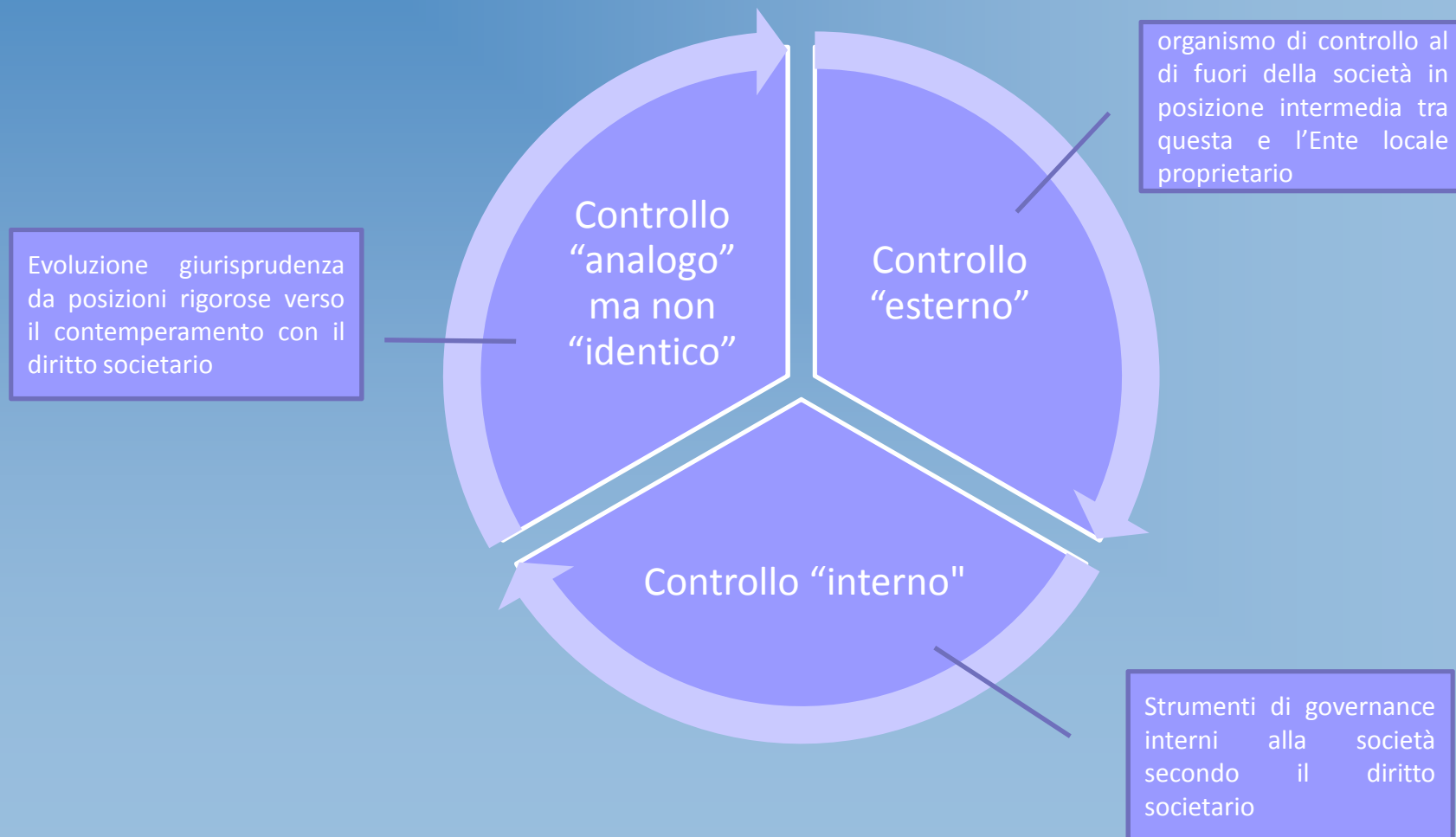
Le società in house

- Gli strumenti giuridici e gestionali da adottarsi sotto il profilo societario e pubblicistico per concretizzare il requisito del “controllo analogo”:
 - Statuto
 - Poteri dell'Assemblea
 - Nomina e poteri degli amministratori
 - Governance delle aziende partecipate alla luce del nuovo diritto societario.
- La funzione del contratto di servizio ai fini dell'esercizio del controllo analogo.


Strumenti giuridici e gestionali per il controllo analogo: *i principi*

- Compatibilità del modello pubblicistico del controllo analogo con la disciplina del diritto societario
- Rapporto più “intenso e penetrante” possibile tra ente proprietario e società partecipata
- Valorizzare la peculiarità dello strumento giuridico societario per i fini che gli sono propri pur in un contesto di finalità pubbliche
- Rispetto dell'autonomia gestionale di cui gode per legge il soggetto in forma societaria (esigenza di non snaturarne la fisionomia e limitarne le potenzialità)

Strumenti giuridici e gestionali per il controllo analogo: *i principi*



Strumenti giuridici e gestionali: *controllo “analogo” ma non “identico”*

- In house  = modello organizzativo



- la P.A. si avvale di propri organismi appartenenti all'organizzazione amministrativa che fa loro capo
- *“una sorta di amministrazione “indiretta”, nella quale la gestione del servizio, in un certo senso, resta saldamente nelle mani dell'ente concedente, attraverso un controllo assoluto sull'attività della società affidataria la quale, a sua volta, è istituzionalmente destinata in modo assorbente a operazioni in favore di questo”* (TAR Campania, Sez. I, 30/3/2005 n.2784).

Strumenti giuridici e gestionali: *controllo “analogo” ma non “identico”*

Gli orientamenti più rigorosi ...

- Consiglio di Stato, ordinanza 22.4.2004 n. 2316, V Sez.
- ❖ l'amministrazione deve esercitare sulla società controllata un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato, che non possiede alcuna autonomia decisionale in relazione ai più importanti atti di gestione e che, in concreto, costituisce parte della stessa amministrazione, con la quale deve trovarsi in una condizione di dipendenza finanziaria ed organizzativa
- ❖ la società deve essere attributaria di attività amministrative funzionalizzate alla cura di un interesse pubblico (art.1 legge n. 241/1990)

Strumenti giuridici e gestionali: *controllo “analogo” ma non “identico”*

Gli orientamenti più rigorosi ...

- CGE sentenza 11.1.2005 c. 26/03 (Stadt Halle),
 - ❖ escluso il controllo analogo qualora nella società aggiudicataria del servizio una o più imprese private detengano una partecipazione anche minoritaria insieme con l'amministrazione aggiudicatrice
- CGE sentenza 13.10.2005 c. 458/03 (Parking Brixen)
 - ❖ “non è sufficiente detenere la totalità del capitale pubblico, ma occorre che l'ente abbia a disposizione più pervasivi strumenti di controllo rispetto ai normali poteri del socio di diritto comune”
- CGE sentenza 11.5.2006 c. 330/04 (Carbotermo)
 - ❖ “possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni più importanti della società ... non conforme lo statuto che attribuisca al CdA i più ampi poteri di gestione ordinaria e straordinaria”

Strumenti giuridici e gestionali: *controllo “analogo” ma non “identico”*

Gli orientamenti più rigorosi ...

- **Commissione Europea comunicazione 26 giugno 2002**
 - ❖ “affinché tale tipo di controllo sussista non è sufficiente il semplice esercizio degli strumenti di cui dispone il socio di maggioranza secondo le regole proprie del diritto societario”
 - ❖ occorre verificare che l’amministrazione controllante eserciti “un **assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione** dell’attività del soggetto partecipato e che riguarda l’insieme dei più importanti atti di gestione del medesimo”
- **Consiglio di Stato, sez VI, n. 168/2005**
 - ❖ “un rapporto equivalente, ai fini degli effetti pratici, ad una relazione di **subordinazione gerarchica**; tale situazione si verifica quando sussiste un controllo gestionale e finanziario stringente dell’ente pubblico sull’ente societario. In detta evenienza, pertanto, l’affidamento diretto della gestione del servizio è consentito senza ricorrere alle procedure di evidenza pubblica prescritte dalle disposizioni comunitarie...”

Strumenti giuridici e gestionali: *controllo “analogo” ma non “identico”*

Gli orientamenti meno rigorosi ...

- CGE sentenza 17/07/2008 c. 371/05 (ASI Mantova)
- Il Comune ha la facoltà di incidere in modo determinante tanto sugli obiettivi strategici quanto sulle decisioni importanti dell'ASI s.p.a., tramite la nomina dei membri degli organi direttivi di tale società e di un funzionario comunale incaricato di orientare e controllare l'operato di quest'ultima
- Tale facoltà viene ritenuta sufficiente a dimostrare l'esistenza di un potere di controllo strutturale e funzionale del Comune sulla detta società, analogo a quello svolto sui propri servizi
- Particolarità: presenza di soci formalmente privati nel capitale (due società comunali, a capitale però interamente pubblico)

Strumenti giuridici e gestionali: *controllo “analogo” ma non “identico”*

Gli orientamenti meno rigorosi ...

- CGE 13.11.2008, c. 324/07 (Coditel Brabant)
- ❖ Per valutare se un'autorità pubblica concedente eserciti sull'ente concessionario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi è necessario tener conto di tutte le disposizioni normative e delle circostanze concrete pertinenti
- ❖ Il controllo sulla società deve consentire all'autorità pubblica concedente di influenzarne le decisioni (obiettivi strategici e decisioni importanti)
- ❖ Ove le decisioni relative alle attività di una società detenuta esclusivamente da autorità pubbliche sono adottate da organi statutari composti da rappresentanti delle autorità pubbliche associate, il controllo esercitato su tali decisioni dalle autorità pubbliche può essere considerato “analogo” a quello che esercitano sui propri servizi

Strumenti giuridici e gestionali: *controllo “analogo” ma non “identico”*

Gli orientamenti meno rigorosi ...

- TAR Lombardia, III, 10.12.2008 n. 5760
- ❖ La verifica del controllo analogo non può che effettuarsi sul piano dell'esistenza di previsioni che conferiscano, agli Enti partecipanti, dei poteri di controllo nell'ambito in cui si esplica l'attività decisionale della società
- ❖ Poteri che si esplichino non solo in forma propulsiva, *sub specie* di proposte da portare all'ordine del giorno di detti organi, ma anche – e principalmente – di poteri di inibizione di iniziative o decisioni che contrastino con gli interessi dell'Ente affidante il servizio, quali rappresentati dall'Ente stesso con le suindicate proposte.

Strumenti giuridici e gestionali: *controllo “analogo” ma non “identico”*

Gli orientamenti meno rigorosi ...

- Consiglio di Stato, V, 9.3.2009 n. 1365
- annulla sentenza TAR Napoli che escludeva controllo analogo poiché non esteso agli atti di ordinaria amministrazione
- ❖ *Quesito: se il “controllo analogo”, inteso nei sensi della “dottrina Teckal”, postuli necessariamente anche il “controllo”, da parte del socio pubblico, sulla società e, in via consequenziale, su tutta l’attività, sia straordinaria sia ordinaria, da essa posta in essere*
- **CONTROLLO ANALOGO “EFFETTIVO”**
- ❖ **Evoluzione giurisprudenza comunitaria, in senso “sostanzialistico” e “funzionalizzato”**

Strumenti giuridici e gestionali: *controllo “analogo” ma non “identico”*

Gli orientamenti meno rigorosi ...

- Consiglio di Stato, V, 9.3.2009 n. 1365 (segue)
- ❖ attraverso l'istituzione di un organo esterno (Assemblea dei Sindaci) i Comuni soci si sono riservati, oltre a rafforzati poteri di controllo sulla gestione, il potere, ad esercizio necessariamente congiunto (stante il metodo di voto all'unanimità), di approvare in via preventiva tutti gli atti più rilevanti della società, tra cui tutte le deliberazioni
 - ❖ da sottoporre all'assemblea straordinaria,
 - ❖ in materia di acquisti e cessioni di beni e partecipazioni,
 - ❖ relative alle modifiche dei contratti di servizio,
 - ❖ in tema di nomina degli organi
 - ❖ in ordine al piano industriale
- ❖ la mancata considerazione della sola gestione ordinaria non esclude la sussistenza di un controllo analogo **concreto e reale**, posto che gli atti di ordinaria amministrazione non potranno discostarsi dalle determinazioni preventivamente assunte dall'Assemblea dei Sindaci in ordine a tutte le questioni più rilevanti
- ✓ P.A.: scissione tra indirizzo e controllo, da un lato, e gestione dall'altro

Strumenti giuridici e gestionali: *il controllo analogo “esterno”*

TAR Friuli Venezia Giulia, 15.7.2005, n. 634

- **Assemblea di coordinamento** intercomunale (delegati di ciascun ente locale, ognuno con responsabilità e diritto di voto pari alla quota di partecipazione)
- **Funzioni e compiti:**
 - consultazione tra gli enti locali circa la gestione dei servizi pubblici svolti dalla società e circa il suo andamento generale, con audizione, almeno una volta l'anno, del Presidente e del Direttore Generale;
 - approvazione, su delega degli enti locali, del bilancio di esercizio, del piano industriale e degli altri documenti programmatici che, per Statuto, la società è tenuta a trasmettere;
 - modifica degli schemi tipo dei contratti di servizio, approvazione di nuovi eventuali schemi tipo, modifiche dello Statuto della società, previo invio ai singoli enti locali per gli adempimenti di competenza;
 - controllo, mediante una Commissione di tre membri da essa nominata, dello stato di attuazione degli obiettivi, anche sotto il profilo dell'efficacia, efficienza ed economicità, con successiva relazione all'Assemblea stessa.

Strumenti giuridici e gestionali: *il controllo analogo “esterno”*

TAR Sardegna, I, 21.12.2007 n. 2407

- **Comitato di controllo sulla gestione della Società** (composto da Sindaco o suo delegato, direttore generale, dirigente del settore finanziario o del settore competente in relazione alla materia oggetto della decisione)
- **Previsioni statutarie:**
- “Al fine di garantire un efficace controllo sulla gestione da parte del socio unico, in caso di atti di straordinaria amministrazione, almeno sette giorni lavorativi prima della seduta del C.d.A. convocata per decidere in ordine a tali atti, il Presidente, o suo delegato, dovrà redigere apposito documento scritto dal quale dovrà risultare con chiarezza:
 - l’argomento oggetto di decisione;
 - l’eventuale parere del Collegio Sindacale, se nominato (parere che dovrà essere allegato al documento affinché anche gli amministratori ne possano prendere visione)”.

Strumenti giuridici e gestionali: *il controllo analogo “interno”*

TAR Lombardia, Brescia, sentenza 6.3.2008 n. 213

- non è sufficiente un mero controllo “a posteriori” per soddisfare il requisito del controllo analogo (ciò non consente all’autorità pubblica di influenzare preventivamente le decisioni degli organismi societari)
- lo Statuto deve prevedere poteri speciali in capo all’Ente pubblico e strumenti di controllo più intensi di quelli riconosciuti dal diritto societario alla maggioranza assembleare (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 28/12/2007 n. 6736; sez. VI, 3/4/2007 n. 1514)
- clausole (statuto, patti parasociali, contratto di servizio) che attribuiscono effettive possibilità di ingerenza nella sfera decisionale del soggetto affidatario

Strumenti giuridici e gestionali: *il controllo analogo “interno”*

TAR Lombardia, Brescia, sentenza 6.3.2008 n. 213 (segue)

- penetrante azione propulsiva o propositiva sulle linee strategiche ed operative della Società
 - determinazione degli ordini del giorno degli organi sociali,
 - indicazione dei dirigenti da nominare
 - elaborazione di direttive sulla politica aziendale
- incisivi poteri suscettibili di inibire iniziative o decisioni che si pongano in contrasto con gli interessi dell'ente pubblico affidante



- effettivo potere di veto sulle deliberazioni societarie, in modo da paralizzare quelle decisioni o quelle attività ritenute non congrue o non compatibili con gli interessi della collettività e del territorio di riferimento, a favore dei quali è prestato il servizio dato in affidamento (T.A.R. Lazio Roma, sez. II ter – 16/10/2007 n. 9988)

Strumenti giuridici e gestionali: *il controllo analogo “interno”*

Statuto:

- soggezione all'attività di direzione e coordinamento da parte dell'ente proprietario ai sensi degli articoli 2497 e *2497bis* del codice civile
- obbligo che il capitale sociale sia interamente pubblico, senza possibilità di apertura ai privati
- obbligo di realizzare la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici soci
- nomina diretta degli amministratori e dei sindaci ai sensi dell'articolo 2449 del codice civile

Strumenti giuridici e gestionali: *il controllo analogo “interno”*

Obblighi del CdA:

- predisposizione annuale di una relazione previsionale contenente
 - ❖ la definizione dei piani strategici, finanziari, economici e patrimoniali e dei piani di investimento di breve e lungo periodo
 - ❖ il budget dettagliato relativo all'esercizio successivo
 - ❖ una relazione di risk management per l'anno successivo
 - ❖ una relazione annuale di valutazione complessiva curata dall'ufficio di internal auditing
- obbligo del Consiglio di Amministrazione di illustrare, in sede di relazione sulla gestione, le operazioni compiute e i provvedimenti adottati in attuazione di quanto stabilito nella relazione previsionale, motivando gli eventuali scostamenti verificatisi

Strumenti giuridici e gestionali: *il controllo analogo “interno”*

Poteri dell'Assemblea:

- autorizzazione dell'Assemblea dei soci (e di conseguenza dell'ente pubblico controllante), sulle più rilevanti operazioni di gestione, anche ordinaria (ad es. introduzione di limiti di spesa)
- il C.d.A. è tenuto ad eseguire le operazioni in conformità all'autorizzazione concessa, pena la configurazione di giusta causa per la revoca degli amministratori
- predisposizione di un sistema di reporting periodico, da inviare all'ente pubblico, che fornisce informazioni sul generale andamento della gestione economica, finanziaria e patrimoniale della società, nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per dimensione o caratteristiche, effettuate

Strumenti giuridici e gestionali: *il controllo analogo “interno”*

Corporate governance:

- adozione di un codice di *corporate governance* finalizzato alla regolamentazione dell'organizzazione interna della società e, conseguentemente, del sistema di direzione e controllo attraverso l'individuazione delle specifiche competenze attribuite agli organi societari, nonché del loro funzionamento;
- adozione di un codice di comportamento che detta le linee guida del codice etico (ai sensi del d.lgs. 231/2001) e che individua i flussi di informazione tra gli organi della società e il socio pubblico

Strumenti giuridici e gestionali: *il controllo analogo “esterno”*

Il contratto di servizio e sistema di monitoraggio

- Verifiche, ossia la richiesta di documentazione amministrativo contabile-gestionale;
- Ispezioni, da parte dell'affidante o di propri incaricati;
- Analisi dei dati gestionali pervenuti confrontabili con i dati esterni dell'affidante al fine di assumerli come elementi di gestione ove il contratto permetta tale flessibilità.



Tale sistema di controlli consente all'affidante di rilevare gli adempimenti contrattuali o gli scostamenti dai programmi per cui è nato il contratto individuandone le cause.

Ruolo dell'Ente Locale e sistema dei servizi pubblici





Riferimenti:

Avv. Prof. Massimiliano Lombardo
(Università LUMSA)

Via Taro, 56

00199 Roma

T. 06 85357586

F 06 85344749

E m.lombardo@studiolombardo.net