



SSPAL Scuola Veneto e Friuli Venezia Giulia

CORSO

La gestione dei servizi pubblici locali tra privatizzazione e decentramento

La gestione dei servizi pubblici locali tra privatizzazione e decentramento

Francesco Albo

Pasian di Prato (UD)

26 febbraio 2010

SERVIZIO PUBBLICO LOCALE

- L'art. 112 del TUEL stabilisce che
- *“1. Gli enti locali, nell’ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto **produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali.***
- 2. (abrogato dall’art. 35, comma 12, lett. c) della legge 28.12.2001, n. 448. a decorrere dal 01.01.2002).
- *3. Ai servizi locali si applica il capo III del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286, relativo alla qualità dei servizi pubblici locali e carte di servizio.”*
- Da tale nozione di carattere aperto deriva che **è compito degli amministratori, interpretando i bisogni della collettività, far assurgere a “servizio pubblico” determinate attività.**

SERVIZIO PUBBLICO LOCALE

- Mancando una puntuale definizione si può affermare che:
- ci si trova di fronte ad una serie di “*prestazioni di dare*”
- I destinatari sono i cittadini
- La prestazione è a carattere imprenditoriale con fini sociali.

Tradizionali teorie:

1) servizio pubblico **in senso soggettivo**:

Qualifica come pubblici tutti quei servizi prestati da soggetti pubblici.

2) servizio pubblico **in senso oggettivo**:

Fa riferimento a quelle attività esercitate sotto il potere direttivo di un organo pubblico, indipendentemente dal fatto che a svolgerle in concreto sia un soggetto qualificabile come pubblico ovvero privato

SERVIZIO PUBBLICO LOCALE

- Fondamento costituzionale:
- art. 41 comma 3 Cost. riserva alla legge la determinazione di programmi e controlli opportuni affinché l'attività pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali;
- Art. 43 Cost: ammette l'esistenza di servizi pubblici essenziali gestiti da imprese o categorie di imprese che possono essere riservate originariamente o trasferite allo Stato e agli enti pubblici.
- Anche le attività non autoritative di oggettivo rilievo collettivo possono essere esercitate, oltre che dalla Pubblica Amministrazione, da altri soggetti, operanti, nella loro autonomia, attraverso la predisposizione di una organizzazione economico imprenditoriale;
- In tal caso la tutela dell'interesse pubblico impone la subordinazione dello svolgimento di siffatte attività al potere autorizzatorio e di controllo del potere pubblico il cui fondamento normativo a carattere generale è rinvenibile nell'art. 41, comma 3, della Costituzione.

SERVIZIO PUBBLICO LOCALE

- il TUEL attribuisce al comune il ruolo di interprete primario dei bisogni della collettività locale, di cui cura gli interessi e promuove lo sviluppo. A questo scopo, si presenta come un ente a fini generali, cui competono tutte le funzioni amministrative che riguardano la popolazione ed il territorio comunale, precipuamente nei settori organici dei servizi alla persona e alla comunità, nonché dell'assetto ed utilizzazione del territorio e dello sviluppo economico.
- In questo particolare contesto, si collocano i servizi pubblici locali, disciplinati al titolo V, capo III del D. Lgs.n. 267/00, che hanno per oggetto, coerentemente con quanto disponeva già l'art. 22 della L. n. 142/90, la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali.
- Nel disciplinare i servizi pubblici locali, il TUEL supera i tradizionali schemi della concezione soggettiva, ritenendo non più rilevante il momento dell'assunzione e della gestione, da parte di un soggetto pubblico, di una determinata attività di interesse pubblico, bensì l'attitudine da parte di attività *lato sensu* economiche a soddisfare interessi di natura generale, rispondenti a esigenze di pubblica utilità, indipendentemente dalla natura pubblica o meno del soggetto titolare delle stesse (concezione oggettiva del servizio pubblico).
- In tale ottica, il servizio pubblico viene assunto e gestito dall'ente locale nell'ambito dei propri compiti istituzionali, in quanto propedeutico all'esigenza di benessere e sviluppo della collettività, e che, però, può essere gestito da un soggetto terzo sulla base di un apposito titolo giuridico di conferimento da parte dell'amministrazione.

SERVIZIO PUBBLICO LOCALE

- il Consiglio di Stato, Sez. V, sent. 13 dicembre 2006 n. 7369, pur ritenendo determinante la scelta politico-amministrativa dell'ente locale di assumere il servizio, al fine di soddisfare in modo continuativo obiettive esigenze della collettività, ha rilevato che la qualificazione di servizio pubblico locale spetta a quelle attività caratterizzate, sul piano oggettivo, dal perseguimento di scopi sociali e di sviluppo della società civile, selezionati in base a scelte di carattere eminentemente politico, quanto alla destinazione delle risorse economiche disponibili ed all'ambito di intervento, e, su quello soggettivo, dalla riconduzione diretta o indiretta (per effetto di rapporti concessori o di partecipazione all'assetto organizzativo dell'ente) ad una figura soggettiva di rilievo pubblico.
- Infatti, la genericità della formulazione dell'art. 112 del TUEL si spiega con la circostanza che gli enti locali, ed il comune in particolare, sono enti a fini generali dotati di autonomia organizzativa, amministrativa e finanziaria, che hanno la facoltà di determinare da sé i propri scopi e, in particolare, di decidere quali attività di produzione di beni ed attività assumere come doverose, purché genericamente rivolte a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile della comunità locale di riferimento.
- A livello europeo, i servizi pubblici vengono definiti come “prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate da disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, del capitale, delle persone”

FUNZIONE PUBBLICA

- Funzione pubblica in senso lato: attività di cura dell'interesse pubblico secondo criteri, modalità e limiti individuati in sede politica.
- Funzione pubblica in senso stretto: presuppone l'esercizio di poteri autoritativi di stampo pubblicistico, anche se impiegati da soggetti privati (esercizio privato di pubbliche funzioni).
- Vi rientrano non solo i provvedimenti direttamente incidenti sulla realtà esterna, ma anche le attività propedeutiche compiute in sede istruttoria, purché finalizzate all'esercizio di un pubblico potere.
- Secondo la dottrina, l'attività di erogazione dei servizi si contrappone all'attività funzionale in quanto:
 - Non implica l'esplicazione di poteri autoritativi;
 - Mira alla produzione non di un atto, ma di una realtà immateriale, quale il servizio;
 - Richiede un'organizzazione di tipo economico – imprenditoriale;
 - Si rivolge ad una collettività indeterminata, mentre l'attività autoritativa si rivolge generalmente a soggetti determinati;
- Prescinde generalmente dai meccanismi di partecipazione di cui alla legge n. 241/90 (ad eccezione del diritto di accesso).

LA RILEVANZA ECONOMICA

- Superata l'originaria distinzione tra servizio pubblico a rilevanza industriale e servizio pubblico privo di rilevanza industriale, introdotta dall'art. 35 della l. 488/01, l'attuale disciplina fornita dal TUEL si fonda sulla distinzione tra servizi pubblici di rilevanza economica (art. 113) e servizi pubblici privi di rilevanza economica (art 113 bis).
- Tale ultima norma, peraltro, è stata dichiarata incostituzionale dalla Consulta con sentenza 27 luglio 2004 n. 272, in quanto la disciplina ivi contenuta, non riconducibile ad esigenze di tutela della libertà di concorrenza, e dunque all'ambito di intervento del legislatore statale, dava luogo ad un'illegittima compressione dell'autonomia regionale e locale.
- La più recente formulazione adottata dal TUEL risulta sicuramente più coerente con l'ordinamento comunitario, che non conosce la nozione di servizio pubblico, ma quella di servizio di interesse economico generale e di servizio di interesse generale (art. 86 del Trattato Ce e nel Libro Verde sui servizi di interesse generale), e che associa il concetto di concorrenza ai servizi economici.

LA RILEVANZA ECONOMICA

- La rilevanza economica di un servizio è, infatti, da ricondurre alle sue caratteristiche di potenziali redditività e remuneratività, legate all'esistenza di un mercato concorrenziale, ancorché siano previste forme di finanziamento pubblico, più o meno ampie, dell'attività in questione. A *contrario*, la non rilevanza economica rileva nel caso in cui la natura stessa del servizio, o i vincoli ai quali è sottoposta la relativa gestione rendano non configurabile l'esistenza di un mercato concorrenziale.
- In altri termini, come ha ricordato il Consiglio di Stato, Sez. IV, 30 agosto 2006 n. 5072 *laddove il settore di attività è economicamente competitivo e la libertà di iniziativa economica appaia in grado di conseguire anche gli obiettivi di interesse pubblico sottesi alla disciplina di settore, al servizio dovrà riconoscersi rilevanza economica, ai sensi dell'art. 113 Tuel, mentre in via residuale, il servizio potrà qualificarsi come privo di rilevanza economica laddove sia possibile riscontrare i caratteri che connotano l'altra categoria.*
- Nel caso di attività promiscua, invece, *deve aversi comunque riguardo alla globalità dei servizi espletati dal soggetto societario stesso e, quindi, al carattere essenzialmente economico che li contraddistingue e che impedisce di porli su piani separati e non comunicanti. Non può aversi riguardo, in definitiva, in ipotesi siffatte, all'astratta natura del servizio (se di rilevanza sociale o meno), ma alla concreta natura del suo espletamento, ai suoi specifici connotati economico-organizzativi, alla natura del soggetto chiamato ad espletarlo.*
- Molto più ampia, invece, risulta essere la definizione fornita dall'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato, delibera 16 ottobre 2008, che con riferimento alle procedure di applicazione dell'art. 23-bis del D.L. n.112/2008, sembra escludere sostanzialmente dal novero dei servizi pubblici di rilevanza economica soltanto i servizi sociali che non presentano carattere imprenditoriale.
-

LA GESTIONE

- Su tale materia, la disciplina legislativa risente di una stratificazione di interventi succedutisi a breve distanza di tempo, e tutt'ora *in fieri*, non perfettamente coordinati con la disciplina previgente.
- A riprova di ciò, l'art. 23 bis prevede l'abrogazione implicita dell'art. 113 del TUEL nelle parti incompatibili con esso, demandando ad un regolamento la finalità, tra l'altro, di *armonizzare la nuova disciplina e quella di settore applicabile ai diversi servizi pubblici locali*, e di individuare le norme espressamente abrogate.
- La normativa introdotta dal DL n. 112/2008, conv. in L. n. 133/08, (modificato, da ultimo, dal D.L. 25.09.2009 n. 135 e relativa legge di conversione), che verrà completata attraverso uno o più regolamenti governativi, nell'integrare la disciplina del TUEL, conferisce sempre più all'ente locale funzioni di regolazione, da distinguere nettamente dalle attività di gestione dei servizi pubblici locali.
- Quest'ultima può essere conferita, in via ordinaria, o in favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure ad evidenza pubblica, oppure in favore di società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica che abbiano ad oggetto, al contempo, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti di gestione del servizio, e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento.
- In casi eccezionali, dovuti alla presenza di peculiarità del contesto territoriale di riferimento di ordine economico, sociale, ambientale e geomorfologico, che non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, è consentito (previa adeguata pubblicità e motivazione della scelta, e previo parere preventivo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, anche tramite silenzio assenso) l'affidamento diretto a favore di **società in house**, a capitale interamente pubblico, ferma restando la sussistenza dei requisiti del controllo analogo sulla società e la prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

IN HOUSE PROVIDING

- Nel caso di affidamento in house, la possibilità di derogare motivatamente al normale principio di affidamento del servizio tramite gara appare giustificata in quanto tali società partecipate dall'ente locale, costituendo una propaggine organizzativa dell'ente stesso secondo il modello organizzativo della delegazione interorganica, non possono ritenersi terze rispetto all'amministrazione controllante.
- Perché ricorrano i presupposti dell'affidamento *in house*, secondo i noti principi enunciati dalla sentenza della Corte di giustizia del 18 novembre 1999 in causa C-107/98 Teckal, occorre che l'ente eserciti nei confronti della persona giuridica da esso distinta un *controllo analogo* a quello dallo stesso esercitato sui propri servizi e quest'ultima *realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che la controllano*.
- Tali requisiti, costituendo un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, vanno interpretati restrittivamente (Cons. Stato, Ad. Plenaria, 3 marzo 2008, n. 1/2008; C. giust. CE, 6 aprile 2006, C-410/04 e Cons. Stato, sez. II, n. 456/2007).

Adunanza Plenaria n. 1/2008

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, decisione 3 marzo 2008, n. 1:

- Ai fini dell'in house providing, il requisito del "controllo analogo", necessario per l'affidamento diretto e senza gara di servizi pubblici, non sussiste in presenza di una compagine societaria composta anche da capitale privato, essendo **necessaria la partecipazione pubblica totalitaria** (C. Giust. CE, 6 aprile 2006, in causa C-410/04);
- Oltre alla partecipazione pubblica totalitaria, necessaria ma non sufficiente, servono maggiori strumenti di controllo da parte dell'ente rispetto a quelli previsti dal diritto civile, ed in particolare:
 - a) lo statuto della società non deve consentire che una quota del capitale sociale, anche minoritaria, possa essere alienata a soggetti privati (Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072);
 - b) il consiglio di amministrazione della società non deve avere rilevanti poteri gestionali e all'ente pubblico controllante deve essere consentito esercitare poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale (Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514);
 - c) l'impresa non deve avere acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo dell'ente pubblico e che risulterebbe, tra l'altro: dall'ampliamento dell'oggetto sociale; dall'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali; dall'espansione territoriale dell'attività della società a tutta l'Italia e all'estero (C. Giust. CE: 10 novembre 2005, C-29/04, Mödling o Commissione c. Austria; 13 ottobre 2005, C-458/03, Parking Brixen);
 - d) le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante (Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2007, n. 5)

segue

- Da ultimo (Cons. giust. amm. reg. sic. 4 settembre 2007, n. 719), sempre in aggiunta alla necessaria totale proprietà del capitale da parte del soggetto pubblico, si è ritenuto essenziale il concorso dei seguenti ulteriori fattori, tutti idonei a concretizzare una forma di controllo che sia effettiva, e non solo formale o apparente:
 - a) il controllo del bilancio;
 - b) il controllo sulla qualità della amministrazione;
 - c) la spettanza di poteri ispettivi diretti e concreti;
 - d) la totale dipendenza dell'affidatario diretto in tema di strategie e politiche aziendali.
- *L'in house*, così come costruito dalla giurisprudenza comunitaria, sembra rappresentare, più che un modello di organizzazione dell'amministrazione, un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, le quali richiedono la previa gara.

SEGUE

- A seguito delle modifiche introdotte dall'art. 15 del DL n. 135/2009, conv. in L. n. 166/2009, è prevista l'emanazione di uno o più regolamenti attuativi, al fine di:
- a) prevedere l'assoggettamento dei soggetti affidatari cosiddetti in house di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno, tenendo conto delle scadenze fissate al comma 8, e l'osservanza da parte delle società in house e delle società a partecipazione mista pubblica e privata di procedure ad evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi e l'assunzione di personale;
- b) prevedere, in attuazione dei principi di proporzionalità e di adeguatezza di cui all' [articolo 118 della Costituzione](#), che i comuni con un limitato numero di residenti possano svolgere le funzioni relative alla gestione dei servizi pubblici locali in forma associata;
- c) prevedere una netta distinzione tra le funzioni di regolazione e le funzioni di gestione dei servizi pubblici locali, anche attraverso la revisione della disciplina sulle incompatibilità;
- d) armonizzare la nuova disciplina e quella di settore applicabile ai diversi servizi pubblici locali, individuando le norme applicabili in via generale per l'affidamento di tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica in materia di rifiuti, trasporti, energia elettrica e gas, nonché in materia di acqua;
- [e) disciplinare, per i settori diversi da quello idrico, fermo restando il limite massimo stabilito dall'ordinamento di ciascun settore per la cessazione degli affidamenti effettuati con procedure diverse dall'evidenza pubblica o da quella di cui al comma 3, la fase transitoria, ai fini del progressivo allineamento delle gestioni in essere alle disposizioni di cui al presente articolo, prevedendo tempi differenziati e che gli affidamenti di retti in essere debbano cessare alla scadenza, con esclusione di ogni proroga o rinnovo;]
- f) prevedere l'applicazione del principio di reciprocità ai fini dell'ammissione alle gare di imprese estere;
- g) limitare, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale e razionalità economica, i casi di gestione in regime d'esclusiva dei servizi pubblici locali, liberalizzando le altre attività economiche di prestazione di servizi di interesse generale in ambito locale compatibili con le garanzie di universalità ed accessibilità del servizio pubblico locale;
- h) prevedere nella disciplina degli affidamenti idonee forme di ammortamento degli investimenti e una durata degli affidamenti strettamente proporzionale e mai superiore ai tempi di recupero degli investimenti;
- i) disciplinare, in ogni caso di subentro, la cessione dei beni, di proprietà del precedente gestore, necessari per la prosecuzione del servizio;
- l) prevedere adeguati strumenti di tutela non giurisdizionale anche con riguardo agli utenti dei servizi;
- m) individuare espressamente le norme abrogate.

IL REGOLAMENTO ATTUATIVO DELL'ART. 23 BIS

- Nel Consiglio dei Ministri del 17 dicembre 2009 è stato approvato in via definitiva lo schema di regolamento attuativo previsto dall'art. 23 bis del DL n. 112/2008, che si applica ai servizi pubblici locali di rilevanza economica ad eccezione di:
 - a) il servizio di distribuzione di gas naturale, di cui al decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164;
 - b) il servizio di distribuzione di energia elettrica, di cui al decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 e alla legge 23 agosto 2004, n. 239;
 - c) il servizio di trasporto ferroviario regionale, di cui al decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422;
 - d) la gestione delle farmacie comunali, di cui alla legge 2 aprile 1968, n. 475;
 - e) i servizi strumentali all'attività o al funzionamento degli enti affidanti di cui all'articolo 13, comma 1, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223

segue

- Gli enti locali devono verificare la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali, circoscrivendo l'attribuzione di diritti di esclusiva, ove non diversamente previsto dalla legge, ai soli casi in cui la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità. Tale verifica è svolta periodicamente e comunque prima di procedere al conferimento della gestione dei predetti servizi.
- Devono, inoltre, definire, ove necessario, gli obblighi di servizio pubblico, prevedendo le eventuali compensazioni economiche alle aziende esercenti i servizi stessi, tenendo conto dei proventi derivanti dalle tariffe e nei limiti della disponibilità di bilancio destinata allo scopo.
- All'attribuzione di diritti di esclusiva ad un'impresa incaricata della gestione di servizi pubblici locali consegue l'applicazione delle norme sull'autoproduzione di cui all'articolo 9 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, e successive modificazioni.
- I soggetti gestori di servizi pubblici locali, qualora intendano svolgere attività in mercati diversi da quelli in cui sono titolari di diritti di esclusiva, sono soggetti alla disciplina prevista dall'articolo 8, commi 2-bis e 2-quater, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, e successive modificazioni

segue

- Le procedure competitive ad evidenza pubblica, di cui all'articolo 23-bis, comma 2, 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 .
- Al fine di promuovere e proteggere l'assetto concorrenziale dei mercati interessati, il bando di gara o la lettera di invito:
 - a) esclude che la disponibilità a qualunque titolo delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali non duplicabili a costi socialmente sostenibili ed essenziali per l'effettuazione del servizio possa costituire elemento discriminante per la valutazione delle offerte dei concorrenti;
 - b) assicura che i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara siano proporzionati alle caratteristiche e al valore del servizio e che la definizione dell'oggetto della gara 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 tecnici ed economici di partecipazione alla gara, qualora, in relazione alla prestazione oggetto del servizio, l'aggregazione o la collaborazione sia idonea a produrre effetti restrittivi della concorrenza sulla base di un'oggettiva e motivata analisi che tenga conto di struttura, dimensione e numero degli operatori del mercato di riferimento;
 - e) prevede che la valutazione delle offerte sia effettuata da una commissione nominata dall'ente affidante e composta da soggetti esperti nella specifica materia;
 - f) indica i criteri e le modalità per l'individuazione dei beni di cui all'articolo 10, comma 1, e per la determinazione dell'eventuale importo spettante al gestore al momento della scadenza o della cessazione anticipata della gestione ai sensi dell'articolo 10, comma 2.

segue

- Fermo restando quanto sopra, nel caso di procedure aventi ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio, il bando di gara o la lettera di invito assicura che:
 - a) i criteri di valutazione delle offerte basati su qualità e corrispettivo del servizio prevalgano di norma su quelli riferiti al prezzo delle quote societarie;
 - b) il socio privato selezionato svolga gli specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio per l'intera durata del servizio stesso e che, ove ciò non si verifica, si proceda a un nuovo affidamento ai sensi dell'articolo 23-bis, comma 2;
 - c) siano previsti criteri e modalità di liquidazione del socio privato alla cessazione della gestione.

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. Restano ferme le disposizioni contenute nelle discipline di settore vigenti.

segue

- Al patto di stabilità interno sono assoggettati gli affidatari cosiddetti “in house” di servizi pubblici locali ai sensi dell’articolo 23-bis, commi 3 e 4. Le modalità e la modulistica per l’assoggettamento al patto di stabilità interno sono definite con il decreto interministeriale di cui all’articolo 18, comma 2-bis, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni

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.

Acquisto di beni e servizi da parte delle società cosiddette “in house” e delle società miste

Le società cosiddette “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 (codice dei contratti pubblici), e successive modificazioni.

L’articolo 32, comma 3, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, limitatamente alla gestione del servizio per il quale le società di cui al comma 1, lettera c), del medesimo articolo sono state specificamente 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 decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni.

Assunzione di personale da parte delle società cosiddette “in house” e delle società miste

Le società cosiddette “in house”, affidatarie di servizi pubblici locali, applicano, per l’assunzione di personale, quanto previsto dall’articolo 18, comma 1, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133.

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 decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133.

Tale articolo non si applica alle società quotate in mercati regolamentati.

SEGUE

- **(Distinzione tra funzioni di regolazione e funzioni di gestione)**
 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 servizi pubblici locali, non possono svolgere incarichi inerenti la gestione dei servizi affidati da parte dei medesimi soggetti. Il divieto si applica anche nel caso in cui le dette funzioni sono state svolte nei tre anni precedenti il conferimento dell'incarico inerente la gestione dei servizi pubblici locali. Alle società quotate nei mercati regolamentati si applica la disciplina definita dagli organismi di controllo competenti.
 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.
 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'articolo 51 del codice di procedura civile.
 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'articolo 23-bis, comma 3, 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 decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni. Restano ferme le disposizioni contenute nelle discipline di settore vigenti alla data di entrata in vigore del presente regolamento.

SEGUE

- 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, in quanto non duplicabili a costi socialmente sostenibili, 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.
- 3. L'importo di cui al comma 2 è 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.

Tutela non giurisdizionale

1. I contratti di servizio e, se emanate, le carte dei servizi concernenti la gestione di servizi pubblici locali prevedono la possibilità, per l'utente o per la categoria di utenti che lamenti la violazione di un diritto o di un interesse giuridico rilevante, di promuovere la risoluzione non giurisdizionale delle controversie, che avviene entro trenta giorni successivi al ricevimento della richiesta.
 2. La procedura conciliativa prevista al comma 1 è avviata secondo lo schema-tipo di formulario di cui all'allegato A del presente regolamento.
 3. Restano ferme le disposizioni di cui all'articolo 2, comma 461, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, nonché quelle contenute nelle discipline di settore vigenti alla data di entrata in vigore del presente regolamento.
- . Le disposizioni del presente regolamento si applicano alle regioni a statuto speciale e alle province autonome di Trento e di Bolzano, in quanto compatibili con gli statuti speciali e le relative norme di attuazione.

PARTENARIATO PUBBLICO PRIVATO

- Il fenomeno delle società miste rientra nel concetto di partenariato pubblico privato (PPP), la cui codificazione risale al "libro verde" della Commissione CE relativo al PPP e al diritto comunitario degli appalti e delle concessioni. Nel "libro verde", presentato il 30 aprile 2004, la Commissione ha affermato che il termine PPP si riferisce in generale a "forme di cooperazione tra le autorità pubbliche e il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio".
- La Commissione, nel citato "libro verde", ha ritenuto di potere individuare due tipi di partenariato pubblico-privato; e precisamente il tipo "puramente contrattuale" e quello "istituzionalizzato".
- La *ratio* dell'istituto va rinvenuta nella difficoltà dell'amministrazione di reperire risorse necessarie ad assicurare la fornitura di un'opera o di un servizio alla collettività. In un quadro di questo tipo, il ricorso a capitali ed energie private diventa momento quasi ineludibile nel difficile compito di garantire un'azione amministrativa efficiente ed efficace, fortemente improntata a criteri di economicità. L'acquisizione del patrimonio cognitivo, composto di conoscenze tecniche e scientifiche, maturato dal privato nelle singole aree strategiche di affari, costituisce un arricchimento del *know-how* pubblico oltre che un possibile alleggerimento degli oneri economico-finanziari, che le pubbliche amministrazioni devono sopportare in sede di erogazione di servizi o di realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità.
- Sia la Commissione che il Parlamento europeo concordano nel ritenere che le forme di PPP non costituiscono "l'anticamera" di un processo di privatizzazione delle funzioni pubbliche, dal momento che le sinergie tra pubblica amministrazione e soggetti privati possono generare effetti positivi per la collettività, atteggiandosi a strumento alternativo alla stessa privatizzazione. Per questo motivo l'assemblea di Strasburgo ha qualificato, senza mezzi termini, il PPP, in tutte le sue manifestazioni, come un possibile strumento di organizzazione e gestione delle funzioni pubbliche, riconoscendo alle amministrazioni la più ampia facoltà di stabilire se avvalersi o meno di soggetti privati terzi, oppure di imprese interamente controllate oppure, in ultimo, di esercitare direttamente i propri compiti istituzionali.

segue

- Il PPP di tipo "puramente contrattuale" è quello "basato esclusivamente su legami contrattuali tra i vari soggetti. Esso definisce vari tipi di operazioni, nei quali uno o più compiti più o meno ampi – tra cui la progettazione, il finanziamento, la realizzazione, il rinnovamento o lo sfruttamento di un lavoro o di un servizio – vengono affidati al partner privato".
- I modelli di partenariato di tipo puramente contrattuale più conosciuti sono l'appalto e la concessione.
- I partenariati pubblico privato di tipo istituzionalizzato sono, secondo la Commissione europea (si veda il citato "libro verde"), quelli che implicano una cooperazione tra il settore pubblico e il settore privato in seno a un'entità distinta; che implicano, cioè, la creazione di un'entità detenuta congiuntamente dal partner pubblico e dal partner privato, la quale ha la "missione" di assicurare la fornitura di un'opera o di un servizio a favore del pubblico.
- Il modello di partenariato di tipo istituzionalizzato più conosciuto è quello della società mista.
- La Commissione europea tende ad assimilare il partenariato pubblico-privato di tipo "istituzionalizzato" a quello di tipo "puramente contrattuale" e, perciò, a considerare applicabile anche al primo tipo di partenariato il "diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni". Ciò ha delle ovvie ricadute sulle modalità di scelta del *partner* privato, essendo chiaro che anche in tal caso, pur in assenza di norme specifiche, devono applicarsi, come avviene per l'affidamento a terzi di servizi mediante concessioni, le norme del Trattato sulla libera prestazione dei servizi e sulla libertà di stabilimento, nonché i principi di trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e reciproco riconoscimento.
- La necessità di ricorrere a procedure selettive per la scelta del partner privato con il quale costituire società miste costituisce una regola ormai acquisita nell'ordinamento interno. E comunque l'unico limite posto dal Parlamento europeo consiste nel rispetto dei principi di concorrenza, trasparenza, parità di trattamento, proporzionalità; principi, tutti, che trovano cittadinanza all'interno del Trattato dell'U.E.. Anche perché lo stesso "libro verde" precisa che la partnership pubblico-privato va senz'altro favorita ma non può rappresentare un modo per eludere la disciplina della concorrenza.
- Al riguardo il d.lgs. n. 163/2006 si limita, all'art. 1, comma 2, a prescrivere che, "Nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica o di un servizio, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica". La norma ha così inteso solo codificare il principio secondo cui, in questi casi, la scelta del socio deve comunque avvenire "con procedure di evidenza pubblica" (Cons. Stato, sez. II, n. 456/2007).

L'ART. 3 COMMI 27 E SS. L. N. 244/2007

- Con la legge finanziaria per l'anno 2008, il legislatore ha inteso regolamentare le partecipazioni societarie delle pubbliche amministrazioni, al fine di evitare che il ricorso indiscriminato a tali strumenti privatistici, se privo di collegamento con le finalità istituzionali degli enti di appartenenza, si rivelasse elusivo del rischio d'impresa e delle discipline pubblicistiche in materia contrattuale, nonché lesivo della concorrenza e del mercato.
- L'art. 3 c. 27 e ss. ha infatti stabilito il divieto per le pubbliche amministrazioni di cui all'art. [1, c. 2](#), D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165 di costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, nonché di assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società.
- Resta sempre ammessa, invece, la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e che forniscono servizi di committenza o di centrali di committenza a livello regionale
L'assunzione di nuove partecipazioni o il mantenimento delle attuali è subordinata ad una delibera autorizzativa dell'organo consiliare (per le amministrazioni centrali l'autorizzazione è concessa con D.P.C.M. su proposta del Ministro competente per materia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze) che motivi in ordine alla sussistenza dei presupposti di stretta necessità o di ammissibilità delle partecipazioni, e che deve essere trasmessa alla competente Sezione di controllo della Corte dei conti.
- In caso di diniego delle autorizzazioni, gli enti sono tenuti a dismettere le partecipazioni vietate tramite procedure ad evidenza pubblica entro il 1° gennaio 2011

SEGUE

- Le amministrazioni che, nel rispetto dei presupposti di legittimità anzidetti, costituiscono società o enti, comunque denominati, o assumono partecipazioni in società, consorzi o altri organismi sono comunque tenute a trasferire a questi ultimi, previa consultazione con le organizzazioni sindacali, le risorse umane, finanziarie e strumentali necessarie all'espletamento delle funzioni da esercitare.
- Al termine di tale processo di trasferimento dovranno rideterminare conseguentemente le proprie dotazioni organiche, che in via provvisoria sono individuate in misura pari al numero dei posti coperti al 31 dicembre dell'anno precedente all'istituzione o all'assunzione di partecipazioni, 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.
- Gli organi di revisione contabile e gli organi di controllo interno delle amministrazioni e dei soggetti interessati da tali processi di esternalizzazione sono tenuti ad asseverare l'avvenuto trasferimento delle risorse umane e finanziarie e a trasmettere una relazione al Dipartimento della funzione pubblica e alla Ragioneria generale dello Stato, segnalando eventuali inadempienze anche alle competenti Sezioni di controllo della Corte dei conti.

L'individuazione delle finalità istituzionali

- Nel nuovo assetto istituzionale, l'art.118 Cost. ha stabilito che le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni, salvo che il legislatore intervenga, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza, per conferirle ad altro livello di governo (provincia, città metropolitana, regione o Stato), al fine di assicurarne l'esercizio unitario.
- Sul punto, può essere utile richiamare l'art. 2, legge 5 giugno 2003, n. 131 (cd "legge La Loggia"), che considera funzioni fondamentali quelle *essenziali* sia per il funzionamento di comuni, province e città metropolitane, sia "per il soddisfacimento di bisogni primari delle comunità di riferimento".
- «il ruolo centrale dell'amministrazione locale quale interprete primario dei bisogni della collettività locale, riconosciuto anche a livello costituzionale, non può essere messo in discussione dalla mancanza di un organico quadro legislativo che individui le funzioni comunali perché, semmai, il legislatore può solo specificare quali siano gli ambiti che non rientrano nella competenza comunale. Spetta, quindi, al singolo ente valutare quali siano le necessità della comunità locale e, nell'ambito delle compatibilità finanziarie e gestionali, avviare le "politiche" necessarie per soddisfarle» (Sezione regionale di controllo per la Lombardia, delibera 23/2008/PAR) .

segue

- L'individuazione delle finalità istituzionali non può comunque prescindere dalle funzioni istituzionali:
- In attesa del Codice delle Autonomie locali, il TUEL attribuisce genericamente al Comune, nel suo ruolo di interprete primario dei bisogni della collettività locale, di cui rappresenta gli interessi e promuove lo sviluppo, tutte le funzioni amministrative che riguardano la popolazione ed il territorio, con particolare riferimento ai settori organici dei servizi alla persona e alla comunità, dell'assetto ed utilizzazione del territorio e dello sviluppo economico, salvo quanto non sia espressamente attribuito ad altri soggetti dalla legge statale o regionale. Alle province, invece, il Tuel assegna una serie di funzioni amministrative di interesse sovracomunale, elencate all'art. 19.
- Utili indizi per delineare l'attività istituzionale degli enti, infine, possono provenire dalla stessa struttura del bilancio dell'ente, e precisamente dalle funzioni, - che individuano in modo articolato le spese in relazione alla tipologia delle attività espletate e cioè all'oggettivo esercizio di operazioni da parte delle articolazioni organizzative dell'ente -, e dai servizi, - che individuano le attività che fanno capo alle varie compagini organizzative dell'ente -.
- Ruolo fondamentale va sicuramente riconosciuto alla fonte statutaria, che caratterizza l'autonomia degli enti locali, tutelata dall'art. 114, c. 2, Cost., e che, nel rispetto del quadro normativo vigente, delinea i contorni dell'attività istituzionale dell'ente, ed indica le finalità dell'azione amministrativa, oltre che i fini istituzionali "tipici" che si sottintendono.
- Questi ultimi sono specificati ed attuati in ciascuna amministrazione anche dalle linee programmatiche di mandato, che segnano, sin dall'insediamento dell'amministrazione, le direttrici entro cui tale attività dovrà svilupparsi, e che orientano, anche tramite il piano generale di sviluppo, le linee strategiche della programmazione di bilancio nel corso del mandato.

SERVIZI DI INTERESSE GENERALE

- L'espressione "servizi di interesse economico generale" è utilizzata negli artt. 16 e 86, par. 2, del trattato, che peraltro non ne detta una definizione, così come non la si ritrova nella normativa derivata.
- Nella prassi comunitaria, l'espressione (utilizzata anche nel Libro bianco) si riferisce a servizi di natura economica che, in virtù di un criterio di interesse generale, gli Stati membri o la Comunità assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico.
- Secondo questa accezione, l'espressione "servizi di interesse generale", più ampia di quella relativa ai servizi di interesse economico generale, includerebbe sia i servizi di mercato che quelli non di mercato che le autorità pubbliche considerano di interesse generale e assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico.
- Rientrerebbero, pertanto, in tale categoria i servizi offerti dalle grandi industrie di rete quali energia, servizi postali, trasporti e telecomunicazioni, nonché la sanità, l'istruzione e i servizi sociali, nonché qualsiasi altra attività economica soggetta ad obblighi di servizio pubblico.
- L'espressione servizi di interesse generale è usata dall'art. 23 bis, c. 1, D.L. n. 112/2008 con riferimento ai servizi pubblici locali di rilevanza economica.

SEGUE

- la possibilità di costituire o mantenere una partecipazione societaria deve essere verificata in ragione delle finalità che l'ente intenda con essa realizzare, nell'ambito delle proprie competenze istituzionali, nonché della particolare natura del servizio da erogare, e richiede come necessario presupposto la “funzionalizzazione” dell'attività di carattere imprenditoriale alla cura di interessi generali, giuridicamente organizzati in funzioni o servizi pubblici attribuiti ad una pubblica amministrazione (Sezione regionale di controllo per il Veneto, delibera 5/2009/PAR).
- La ricognizione compete all'organo consiliare, nella sua qualità di supremo organo di indirizzo e controllo politico amministrativo, cui competono anche (art. 42, c. 2, lett. e), D.Lgs. n. 267/2000) le decisioni relative alla partecipazione dell'ente a società di capitali e all'organizzazione dei pubblici servizi.
- Tale organo è chiamato a svolgere, con riferimento a ciascuna partecipazione, un'attività ricognitiva mirante a verificare caso per caso, attraverso un raffronto tra l'attività che costituisce l'oggetto sociale e le attività riconosciute di competenza dell'ente, la sussistenza o meno delle condizioni di compatibilità e di inerenza rispetto alle finalità istituzionali, attenendosi ad una valutazione di stretta necessità, ovvero la sussistenza di servizi espressamente consentiti dalla legge.
- L'esito di tale ricognizione dovrà essere sorretto da una puntuale ed esaustiva motivazione della delibera.
-

SEGUE

- 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 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 (Sezione regionale di controllo per il Veneto, delibera 52/2009/PAR), 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.
- L'esito positivo di tali valutazioni indurrà il consiglio comunale ad autorizzare l'assunzione di nuove partecipazioni o il mantenimento delle attuali, mentre l'eventuale accertamento di condizioni ostative ai sensi del c. 27 darà luogo all'alienazione delle partecipazioni non consentite, nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica.
- La formulazione della norma contenuta nel c. 29 non chiarisce, però, se tale termine si riferisca all'attivazione oppure al perfezionamento della procedura di dismissione degli *asset* vietati.
- A favore della prima soluzione si è espressa la Sezione regionale di controllo per la Lombardia (delibera 48/2008/PAR), al fine di evitare svendite o speculazioni dei soggetti privati nella determinazione del prezzo di acquisto della partecipazione o della società in mano pubblica.
- L'asimmetria della posizione delle pubbliche amministrazioni alienanti rispetto a quella dei terzi concorrenti alla gara, non vincolati, al contrario delle prime, ad un termine legale ed obbligatorio di alienazione, infatti, se non correttamente intesa, produrrebbe una debolezza strutturale delle ragioni di parte pubblica la quale, per ciò solo, vedrebbe notevolmente ridotte le possibilità di svolgere una gara effettiva ad un congruo prezzo di dismissione.
-

LA TRASMISSIONE DELLA DELIBERA ALLA CORTE DEI CONTI

- Le Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, nel caso di decisioni su *asset* societari non coerenti con i canoni previsti dal c. 27, dovrebbero adottare una specifica pronuncia, consistente sostanzialmente in una richiesta di riesame delle delibere alla luce delle irregolarità riscontrate, nonché vigilare, successivamente, sull'adozione da parte dell'ente locale delle necessarie misure correttive.
- In questa prospettiva, l'inoltro della delibera esecutiva - o eventualmente dichiarata immediatamente eseguibile ai sensi dell'art. 134 c. 4 del Tuel - alla Sezione dovrebbe avvenire entro un termine abbastanza ravvicinato dalla sua adozione, che alla luce della comune natura collaborativa e del simile iter procedurale, potrebbe ritenersi individuato per analogia nel termine di trenta giorni dall'adozione previsto dall'art. 3, c. 57, legge n. 244/2007 con riferimento al controllo sui regolamenti in materia di incarichi esterni.
- La Sezione regionale di controllo per la Lombardia (delibere 436/2009/PRSE e n. 877/2009/PRSE) nella fattispecie introdotta dall'art. 19, c. 2, lett. a), legge 3 agosto 2009, n. 102 di conversione del D.L. 1° luglio 2009, n. 78, il controllo della Corte dei conti è ascrivibile alla categoria del riesame di legalità e regolarità, che assume a parametro dei criteri individuati dal Consiglio comunale nella delibera ricognitiva, i limiti normativi di settore ed, in particolare, quelli delineati dall'art. 3, c. da 27 a 33, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, e che, in caso di irregolarità riscontrate, può sfociare in una pronuncia specifica.
- Tali delibere fanno riferimento al caso di una società unipersonale che gestiva il servizio di produzione e cessione di energia elettrica, nonché impianti idro-elettrici. La Sezione aveva rilevato già in sede istruttoria che la delibera di costituzione della società era priva di riferimenti a ponderate valutazioni di fattibilità dell'iniziativa economica, e che risultava un'oggettiva, perdurante, sottocapitalizzazione della società sin dalla sua genesi. L'atto costitutivo, pur prevedendo un oggetto sociale assai ampio ed iniziative imprenditoriali nel campo della produzione e distribuzione di energia elettrica che presupponeva notevoli investimenti, aveva stabilito l'ammontare iniziale del capitale sociale in soli 10.000 euro, interamente versati dall'unico socio. La società, inoltre, come dimostrato dalle voci indicate nel bilancio d'esercizio 2007, sin dalla sua costituzione non aveva mai iniziato la sua attività.

L'esternalizzazione

Il fenomeno sempre crescente delle esternalizzazioni, e della correlata crisi della gestione diretta dei servizi, può essere attribuibile a molteplici fattori.

- Progressivo ampliamento delle funzioni da essi svolte;
- Crescente autonomia amministrativa, finanziaria, organizzativa, contabile e patrimoniale, derivante dalla riforma del titolo V della Costituzione, ha indotto sempre di più a snellire la propria organizzazione interna attraverso la creazione di strutture gestionali più agili, ispirate a canoni privatistici ed aziendali, e a ridimensionare, conseguentemente la propria attività istituzionale al cd. "*core business*".
- Evoluzione legislativa degli ultimi anni, che ha sempre più finalizzato l'attività amministrativa degli enti locali allo svolgimento di funzioni ed all'erogazione di servizi pubblici sempre più complessi per far fronte a nuovi e più articolati bisogni della collettività amministrata.
- Diffusione delle logiche di *new public management*, orientate a sistemi gestionali improntati a logiche di efficienza, efficacia ed economicità, che avevano determinato nel decennio precedente il definitivo superamento della logica dell'adempimento, ed il recepimento della logica del risultato, connaturata alla scelta di modelli aziendalistici, e alla privatizzazione del pubblico impiego.

segue

- Fase patologica:esternalizzazione non come risultante di scelte organizzative e gestionali a fronte di una revisione delle strategie sull'assetto generale dei servizi, bensì come una risposta ad estemporanee necessità derivanti da criticità di bilancio, oppure come uno strumento di elusione dei sempre crescenti vincoli generali di finanza pubblica, con particolare riferimento al patto di stabilità interno ed ai limiti di spesa del personale delle pubbliche amministrazioni.
- Sul punto, la Sezione Veneto (cfr. parere n. 52/2009/PAR) ha ricordato che “l'esternalizzazione non può in alcun modo costituire la risposta per aggirare un divieto o una sanzione legislativa, in quanto costituisce una scelta gestionale subordinata al preventivo accertamento da parte dell'ente dei costi e i benefici da essa derivanti, e giustificabile solo nella misura in cui risulti la soluzione preferibile in termini di efficienza, efficacia ed economicità rispetto alla gestione diretta del servizio (cd. analisi “*make or buy*”), anche con riferimento alle ricadute sui cittadini in un'ottica di lungo periodo”.
- Inoltre, con riferimento ai presupposti per l'esternalizzazione, la medesima Sezione ha (cfr. delibera n. 5/2009/PAR) ricordato che “nella gestione di un servizio pubblico locale (che ha per oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali), oltre al rapporto di stretta necessità e/o alla sussistenza di servizi di interesse generale, dovranno comunque emergere esigenze di ordine tecnico (ad esempio, con riferimento a beni e servizi non altrimenti reperibili nel libero mercato, o strutturalmente non erogabili direttamente dall'ente) o economico (per es., legate alla maggiore convenienza economica dell'autoproduzione del bene o servizio rispetto all'acquisizione di esso sul mercato) che depongano in favore dell'opzione societaria.
- La valutazione in ordine all'attività sviluppabile dalla società partecipata dovrà essere risultato di un processo complesso, nel quale l'ente dovrà attentamente valutare **i costi e i benefici** dell'affidamento del servizio alla società, in termini di efficienza, efficacia ed economicità di gestione in un'ottica di lungo periodo, nonché le ricadute sui cittadini e sulla responsabilità dell'amministrazione stessa

segue

- 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 i vantaggi e i costi dell'affidamento del servizio ad una società partecipata in termini di efficienza dell'attività e di economicità della gestione nonché delle ricadute sulle comunità locale e sulla responsabilità dell'ente.
- Tali valutazioni sono necessarie per tutta la durata di tali organismi, e, in caso di perduranti risultati negativi, richiedono imprescindibilmente l'adozione di misure correttive, o la ricerca di soluzioni alternative.
- Infatti, poiché una delle finalità perseguibili con l'esternalizzazione dei servizi è il conseguimento della riduzione dei costi, derivante dalla realizzazione di condizioni di economicità nell'erogazione dei servizi, l'andamento costantemente negativo dei risultati gestionali dovrebbe condurre l'Amministrazione a percorrere prima di tutto la strada del risanamento societario, sollecitando operazioni di *due diligence* societaria, contabile o finanziaria, e comunque dovrebbe indurre l'ente a verificare la sussistenza del pubblico interesse a detenere partecipazioni in società che producono con costanza perdite strutturali, cioè legate alla gestione operativa caratteristica, e non legate ad eventi straordinari, rivedendo, se necessario, le scelte fatte originariamente, e le relative strategie gestionali.
- La *governance* dei processi di esternalizzazione richiede necessariamente un'attenta attività di programmazione basata su studi ed analisi preventivi in grado di illuminare l'ente sulle ricadute dell'operazione in termini finanziari, economici, patrimoniali ed organizzativi, a seguito della **ridefinizione del complessivo assetto dei servizi**.

LA CORPORATE GOVERNANCE

- le valutazioni di efficacia e di economicità del servizio devono riguardare non solo la fase genetica, relativa alla costituzione o alla conferma della partecipazione, ma anche l'intera fase gestionale dell'organismo partecipato, e la fase finale (es. scioglimento, trasformazione).
- Questo comporta l'adozione e il perfezionamento di una serie di strumenti di *corporate governance* - ossia di istituzioni e di regole giuridiche e tecniche finalizzate al governo dell'organismo secondo criteri di economicità, efficienza ed efficacia -, in grado di consentire all'ente, non più gestore diretto del servizio, ma responsabile politico del sistema dei servizi pubblici locali, di esercitare una corretta funzione di indirizzo e controllo.
- Tale funzione è finalizzata ad assicurare il rispetto di standard qualitativi e di fruibilità dei servizi già predeterminati, nonché ad attuare una visione strategica unitaria tra l'ente e le sue partecipazioni, che consenta il conseguimento di livelli di economicità complessiva della gestione, ritenuti dall'ente soddisfacenti.

I VARI MOMENTI DELLA C.G.

Tre fasi di controllo:

- Preventiva
- Concomitante
- Successiva.

LA FASE PREVENTIVA

Con riferimento alla fase preventiva, grande importanza ai fini di un utile esercizio della funzione di indirizzo assumono:

- **il regolamento sulle partecipazioni societarie**: predeterminazione di un impianto normativo che delinei chiaramente i principi e gli strumenti attraverso cui verrà esercitata la *governance* sui vari organismi, nonché l'attività di regolazione del servizio pubblico locale. In questo senso, grande importanza assume lo strumento regolamentare (regolamento sulle partecipazioni dell'ente), deputato a disciplinare tutti gli aspetti inerenti al rapporto tra l'ente ed i vari organismi, con particolare riferimento agli aspetti procedurali ed organizzativi.
- **Lo statuto della società**: le norme sul funzionamento della società ivi contenute, e, soprattutto, le scelte dei modelli di *governance* (sistema tradizionale, sistema monistico, artt. 2409 sexiesdecies/ 2409 noviesdecies c.c., e sistema dualistico, art. 2409 octies/ 2409 quinquiesdecies c.c.) scaturenti dalla riforma del diritto societario di cui al D.Lgs. 17.1.2003 n. 6 e s.m.i. Tale scelta, auspicabilmente, dovrebbe orientarsi verso quei modelli che, anche attraverso l'attività di indirizzo dei membri nominati in rappresentanza dell'ente locale, consentano meglio l'esercizio di quei poteri di vigilanza sull'osservanza della legge e dello statuto, nonché sul rispetto dei principi di corretta gestione.
- **Il contratto di servizio**: disciplina i rapporti tra ente e soggetto gestore, grande attenzione richiede la redazione dei contratti di servizio, che regolano, tra l'altro, gli obblighi delle parti, le modalità di determinazione delle tariffe, i livelli qualitativi dei servizi e gli obiettivi annuali di miglioramento, l'attività di controllo e vigilanza da parte dell'ente, nonché l'attività sanzionatoria.
- **La carta dei servizi**, rende noti con riferimento all'utenza gli impegni e gli standard di qualità garantiti dal soggetto gestore (nei termini convenuti con l'ente di riferimento), le modalità di verifica del livello di soddisfazione (*customer satisfaction*) di coloro che usufruiscono dei servizi, le scadenze periodiche delle rilevazioni, i rimedi per i disservizi (anche sotto forma di indennizzo), nonché la gestione della reclamistica.

LA FASE CONCOMITANTE

Valorizzazione del controllo sulla gestione dei vari organismi.

- Predisposizione di un sistema informativo in grado di assicurare per ciascun organismo partecipato **reports periodici** per il monitoraggio di:

a) qualità del servizio;

b) economicità della gestione;

c) rispetto degli obblighi negoziali assunti nel contratto di servizio;

d) conseguimento degli obiettivi gestionali conferiti per via negoziale, regolamentare, o attraverso gli indirizzi da parte del consiglio comunale ai sensi dell'art. 42 comma 2 lett. g) del D.lgs. n. 267/00.

segue

- Modifiche organizzative:
 - a) **Struttura specializzata**: modifica dell'organigramma dell'ente ed individuazione all'interno di una struttura tecnica (ad es., **ufficio di controllo sulle partecipate**) dotata delle necessarie professionalità, da reperirsi attraverso la valorizzazione delle professionalità interne, che funga da valida interfaccia con tali organismi, ai fini della trasmissione degli indirizzi e delle direttive espresse dagli organi (in primis, l'organo consiliare) a ciò preposti, nonché della predisposizione ed attuazione delle strategie di governance, nonché, soprattutto, per il monitoraggio. Tale ufficio potrebbe essere collocato all'interno del servizio deputato al controllo di gestione, preferibilmente in posizione di staff rispetto alla direzione generale.

segue

- b) Referente politico della struttura: per es. un assessore con specifica delega, che presidi le politiche di settore, curi i rapporti politici con gli organi societari, e che, soprattutto, curi il necessario supporto informativo agli organi di governo dell'ente, ai fini del corretto esercizio dell'attività di direzione strategica;
- c) Ruolo dell'organo di revisione: ha pieno diritto di accesso alle informazioni relative alle partecipazioni dell'ente, e che è chiamato, fra l'altro, a collaborare con l'organo consiliare, a vigilare sulla regolarità contabile, finanziaria ed economica delle gestioni, e a formulare rilievi, considerazioni e proposte tendenti a conseguire efficienza, produttività ed economicità di gestione. Le funzioni svolte da tale organo, peraltro implementabili attraverso le modifiche allo statuto dell'ente, sono state sempre più valorizzate dal legislatore, e richiedono probabilmente, come risulta anche da modifiche legislative in itinere, una specifica attenzione anche in questo specifico ambito. A questo proposito, il DDL 19 novembre 2009 sulla Carta delle Autonomie locali prevede che sulle modalità di gestione dei servizi e sulle proposte di costituzione o di partecipazione ad organismi esterni sarà chiamato ad esprimere un parere l'organo di revisione contabile.

I REPORTS SULLA GESTIONE (concomitanti e successivi)

Un'efficace flusso informativo tra ente ed organismo partecipato richiede:

- *reports* periodici sull'andamento gestionale, con le cadenze temporali ed i contenuti indicati nel contratto di servizio, in attuazione della disciplina regolamentare dell'ente;
- analisi dei bilanci d'esercizio (quello del penultimo anno antecedente va allegato ex art. 172 c. 1 lett. c del TUEL al bilancio di previsione);
- Analisi dei report annuali sulla gestione, che riassumono le risultanze finali dell'andamento societario. Occorre scegliere di una valida batteria di indicatori, nonché di significativi indici di bilancio in grado di rappresentare in dettaglio la situazione economica, la situazione patrimoniale e la situazione finanziaria della società. A questo proposito, a titolo esemplificativo, possono citarsi il **ROE**, *Return on Equity*, ossia il rapporto percentuale tra risultato d'esercizio e patrimonio netto, che misura il grado di redditività del patrimonio netto, il **ROA** *Return on Asset*, ossia il rapporto percentuale tra l'utile netto e il totale dell'attivo, che misura il grado di redditività del capitale investito, oppure il **ROI**, *Return on Investment*, ossia il rapporto tra margine operativo netto + proventi finanziari +/- altri utili e perdite di natura finanziaria e diversi e capitale, che misura il grado di redditività degli investimenti, ecc.

IL BILANCIO CONSOLIDATO

- In un'ottica di controllo gestionale, grande importanza assume la rappresentazione unitaria dei risultati gestionali dei vari organismi partecipati, da aggregare a quelli ottenuti dall'ente, attraverso lo strumento del bilancio consolidato.
- L'art. 230 comma 6 del D.Lgs. n. 267/00 prevede la sola facoltà per gli enti locali, attraverso la propria potestà regolamentare, di dotarsi di un conto consolidato patrimoniale per tutte le passività interne ed esterne.
- Tale aggregazione costituisce uno strumento necessario ai fini di una rappresentazione veritiera e corretta degli andamenti economici, finanziari e patrimoniali del Gruppo Ente Locale, ossia dell'insieme di aziende comprendenti l'ente locale controllante e qualsiasi eventuale controllata.
- Il consolidamento dovrebbe comprendere tutti gli organismi controllati dall'ente locale, quale che sia la loro forma giuridica, e quindi non solo le società di capitale, ma anche le aziende speciali e gli altri organismi di cui si detenga il controllo e viene predisposto dietro la responsabilità diretta dell'ente locale controllante, in coerenza con quanto stabilito in sede di programmazione di gruppo.
- Grazie alla redazione del bilancio consolidato, che dovrebbe essere approvato dall'organo consiliare contestualmente all'approvazione del rendiconto di gestione, l'ente locale dovrebbe essere in grado di aggregare i bilanci della controllante e delle sue controllate voce per voce, sommando tra loro i corrispondenti valori dell'attivo, del passivo, dell'attivo netto/patrimonio netto, dei proventi e degli oneri.
- Principio contabile n. 4 dell'Osservatorio per la finanza e la contabilità degli enti locali.
- Sia la legge 5.5.2009 n. 42 in materia di federalismo fiscale, sia la recentissima legge 31.12.2009 n. 196 (legge di contabilità e finanza pubblica) prevedono, sia pur attraverso l'emanazione di appositi decreti legislativi, l'introduzione di tale importante strumento di *governance*.

IL DDL SULLA CARTA DELLE AUTONOMIE LOCALI

- Anche il D.D.L. sul Codice delle Autonomie, approvato in via definitiva dal Consiglio dei Ministri del 29.11.2009, ha previsto l'obbligo di rilevare i risultati complessivi della gestione dell'ente locale e delle aziende partecipate mediante bilancio consolidato, redatto secondo competenza economica.
- Tale rilevazione consente all'ente di avere utili informazioni anche sulle passività potenziali derivanti da risultati negativi di questi, sulla necessità di ricapitalizzazioni e sulla dipendenza della gestione di questi da contributi in conto esercizio ed in conto capitale da parte dell'ente titolare o controllante.
- Tali passività patrimoniali, infatti, se non correttamente rilevate, creerebbero situazioni di debito occulto in grado di compromettere, sul versante finanziario, gli equilibri di bilancio, dietro un'apparente situazione di sana gestione finanziaria.

SEGUE

- Il D.D.L. 19 novembre 2009 sulla Carta delle Autonomie prevede il potenziamento dei controlli interni dell'ente, che includano un controllo gestionale sugli organismi partecipati, da esercitarsi attraverso le specifiche strutture a ciò adibite, definite nell'ambito dell'autonomia organizzativa di ciascun ente.
- Tale controllo si estende alla qualità dei servizi erogati, sia direttamente, sia mediante organismi gestionali esterni, con l'impiego di metodologie dirette a misurare la soddisfazione degli utenti esterni ed interni dell'ente, la gestione dei reclami e il rapporto di comunicazione con i cittadini.
- Coerentemente con i tradizionali processi di programmazione e controllo, tale tipologia di *audit* interno dovrebbe esercitarsi attraverso:
 - A) la definizione preventiva da parte dell'amministrazione degli obiettivi gestionali a cui deve tendere la società partecipata, secondo standard qualitativi e quantitativi;
 - B) l'organizzazione di un idoneo sistema informativo finalizzato a rilevare i rapporti finanziari tra ente proprietario e società, la situazione contabile, gestionale e organizzativa delle società, i contratti di servizio, la qualità dei servizi, il rispetto delle norme di legge sui vincoli di finanza pubblica.
 - C) Sulla base di tali informazioni, l'ente locale dovrebbe effettuare il monitoraggio periodico sull'andamento delle società partecipate, analizzare gli scostamenti rispetto agli obiettivi assegnati e individuare le opportune azioni correttive, anche in riferimento a quei possibili squilibri economico-finanziari rilevanti per il bilancio dell'ente, cui prima si è fatto riferimento.