

**Relazione sulle esternalizzazioni dei servizi pubblici
negli enti locali della Regione Lombardia**
(Anno 2007)

INDICE

Premessa	3
Parte prima	4
1. L'ambito dell'indagine	4
2. I modelli organizzativi delle esternalizzazioni: il carattere della strumentalità ..	4
3. Libertà e limiti nell'uso degli strumenti organizzativi	6
4. I consorzi e l'art. 2, comma 28, della legge finanziaria 2008	7
5. I profili di contabilità pubblica	10
6. I servizi pubblici a rilevanza economica: le forme imprenditoriali	11
7. La nozione di amministrazione pubblica nel diritto comunitario.....	12
8. Le società e il diritto interno.....	13
9. La gestione dei servizi attraverso società <i>in house</i> : problemi di diritto comunitario e di diritto pubblico interno	14
10. Le scelte delle strutture organizzative in funzione della resa ottimale del servizio. L'art. 23 bis del D.L. 112/2008	17
11. Gli effetti sulla nozione del principio di legalità	18
12. Gli effetti della più recente legislazione sulle regole civilistiche delle società	19
13. Gli effetti della più recente legislazione sulle regole di contabilità pubblica ..	20
14. La più recente disciplina pubblicistica: l'art. 13 del D.L. 223/2006.....	21
15. I commi 27, 28 e 30 dell'art. 3 della legge finanziaria 2008	23
16. L'art. 23 bis del D.L. 112/2008	24
17. Esame prospettico di taluni punti della normativa	25
18. Conclusioni	27
Parte seconda	29
Generalità.....	29
Commento delle tabelle allegate.....	30
Considerazioni conclusive	33

Allegati:

- Tabelle

- Elenco Società partecipate dagli Enti locali della Lombardia

PREMESSA

La Sezione, proseguendo nell'indagine sulle società partecipate, ha nel 2008 rivolto l'attenzione a tutte le forme di esternalizzazione compiute dagli enti locali superiori ai 5.000 abitanti che investono i servizi pubblici.

In proposito è da rilevare che l'esito della ricerca è influenzato dal fatto che non esiste una definizione di servizio pubblico locale, ma solo una nozione flessibile, nel dettaglio è la scelta rimessa a ciascun ente che ne determina ambiti e finalità con riferimento agli interessi emergenti di ciascuna collettività.

Il presente referto, come la precedente relazione, si compone di due parti. Nella prima vengono illustrate le forme, ed i problemi giuridici che da esse conseguono, di esternalizzazione dei servizi e vengono esposti ed approfonditi gli adempimenti ed i problemi connessi agli obblighi imposti agli enti locali dalla più recente legislazione a partire dal c.d. decreto Bersani alla finanziaria per il 2009 in tema di costituzione e mantenimento di società partecipate e di altri organismi.

Nella seconda parte vengono esposti gli elementi conoscitivi desunti da appositi questionari inviati ai revisori dei conti degli enti locali e da questi redatti. Sono anche posti in luce i limiti conoscitivi emersi ed essenzialmente dovuti a difetti di collegamento tra ente locale ed organismo partecipato in ordine agli elementi rilevanti della gestione. Sul punto occorrono urgenti interventi di natura organizzativa da parte degli enti locali.

PARTE PRIMA

1. L'ambito dell'indagine

La diffusione del fenomeno delle esternalizzazioni richiede una riflessione sull'assetto organizzativo degli enti territoriali. Va in proposito ricordato che ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. n. 267/2000 "spettano al Comune tutte le funzioni amministrative che riguardano la popolazione ed il territorio comunale, precipuamente nei settori organici dei servizi alla persona ed alla comunità, dell'assetto ed utilizzazione del territorio e dello sviluppo economico".

In quest'ambito il Comune è ente a carattere generale, in quanto le sue attribuzioni non sono nominate ma sono lasciate alla sua scelta discrezionale.

L'ente, oltre ai compiti direttamente intestatigli dalla legge, cura essenzialmente la resa di servizi pubblici e tutela l'assetto del territorio. Il ruolo centrale che riveste nell'attività dell'ente l'istituzione e la gestione dei servizi pubblici è reso evidente dall'inserimento nel T.U.E.L. di un intero titolo (il V°) riguardante la materia.

Le forme organizzative attraverso le quali vengono svolti i servizi si articolano diversamente secondo l'oggetto dell'attività, qualificabile o meno come a rilevanza economica. Nella precedente relazione di questa Sezione sulle società partecipate la riflessione è caduta soprattutto sui limiti di diritto comunitario all'esternalizzazione dei servizi nelle forme societarie. La presente relazione ha un ambito di indagine più ampio prendendo in esame tutte le forme di esternalizzazione, mirando a dare un quadro d'insieme degli effetti sui servizi pubblici e sugli equilibri di bilancio degli enti territoriali. Peraltro il tema richiede la ricostruzione degli strumenti utilizzati alla luce della disciplina comunitaria e della legislazione nazionale, sempre più puntuale ed invasiva.

2. I modelli organizzativi delle esternalizzazioni: il carattere della strumentalità

Nella ricostruzione del quadro complessivo della esternalizzazione dei servizi pubblici vanno esaminati i modelli organizzativi attraverso i quali essi vengono svolti.

Le forme organizzative per la prestazione dei servizi pubblici locali, quali indicati dall'art. 112, primo comma del T.U.E.L., sono definite, ove i servizi non vengano resi direttamente dall'ente locale, dagli artt. 113 e seguenti del T.U.E.L. secondo la fondamentale distinzione della esistenza o della mancanza della rilevanza economica, che determina la struttura organizzativa dell'organismo esterno.

Invero la erogazione di servizi pubblici locali di rilevanza economica deve avvenire nella forma di società di capitali (comma 5 dell'art. 113 T.U.E.L.), mentre la gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica può essere effettuata attraverso le forme associative o societarie previste dall'ordinamento .

In una analisi delle esternalizzazioni appare opportuno accertare, al di là delle forme attraverso le quali vengono svolti i servizi pubblici, se esistono tratti comuni caratterizzanti tutte le esternalizzazioni.

La prima affermazione a farsi è che tutte le esternalizzazioni hanno carattere strumentale rispetto all'attività degli enti locali, e cioè sono una delle possibili modalità organizzative di resa del servizio pubblico.

Il carattere della strumentalità è espressamente sancito dall'art. 114 del T.U.E.L. per le aziende speciali e per le istituzioni, ma è desumibile dal tessuto normativo anche per le altre forme di esternalizzazione. Da ultimo il carattere della strumentalità è evidente nel testo dell'art. 3 della legge finanziaria 2008: le amministrazioni pubbliche non possono costituire (né partecipare a) società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessari per il perseguimento della proprie finalità istituzionali.

Altro sicuro indice della strumentalità è costituita dal principio del controllo analogo stabilito in sede comunitaria per l'affidamento in house di un servizio ma testualmente prevista anche dalla legislazione nazionale per la gestione dei servizi pubblici locali attraverso società a capitale interamente pubblico (cfr. art. 113 bis, primo comma. T.U.E.L.). Al fine di chiarire la nozione di controllo analogo vale la pena di richiamare il disposto dell'art. 5, secondo comma, lett a) del regolamento CE n. 1370/2007 del 23 ottobre 2007, in materia di trasporto pubblico locale, secondo il quale per determinare se l'autorità competente a livello locale esercita tale controllo sono presi in considerazione elementi come il livello della sua rappresentanza in seno agli organi di amministrazione, di direzione o vigilanza, le relative disposizioni negli statuti, l'assetto proprietario, l'influenza e il controllo

effettivi sulle decisioni strategiche e sulle singole decisioni di gestione. Una tale ingerenza nell'attività gestionale implica che l'organismo è un altro modo diretto di rendere un servizio pubblico ed è perciò immediatamente uno strumento per la gestione del servizio.

Peraltro dopo la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 113 bis del T.U.E.L. si debbono ritenere consentite per la gestione di servizi pubblici non economici, tutte le forme organizzative sottostanti al riconoscimento della soggettività giuridica e tutte le forme di imputazione giuridica dell'attività consentite dall'ordinamento, naturalmente secondo la disciplina propria di ciascuna di esse.

3. Libertà e limiti nell'uso degli strumenti organizzativi

Sotto quest'ultimo profilo la prima considerazione a farsi è che gli enti pubblici non incontrano ostacoli nell'ordinamento a svolgere la propria attività con strumenti di diritto privato, anzi la più recente legislazione tende a privilegiare questa scelta. Il punto è però se nello svolgimento dell'attività l'ente pubblico può essere totalmente parificato ad un soggetto privato e se per esso valga il principio di libertà dell'iniziativa economica fissato dall'art. 41 Cost. In proposito non può ritenersi che dall'uso di strumenti privatistici da parte delle pubbliche amministrazioni consegua l'applicazione generalizzata nei loro confronti del principio di libertà di iniziativa economica canonizzato dal primo comma dell'art. 41 Cost.

Infatti, per quanti interessa in questa sede, l'organizzazione degli enti locali e l'uso dei mezzi finanziari e dei beni pubblici deve essere finalizzata al soddisfacimento di interessi pubblici secondo i principi che regolano l'attività della pubblica Amministrazione, che può invece essere oggetto di interventi legislativi, ai sensi del terzo comma dell'art. 41 cost., di indirizzo e coordinamento a fini sociali, e cioè della comunità amministrata. Non dovrebbe, pertanto, essere consentito all'ente locale di utilizzare organizzazione e mezzi strumentali per attività di impresa puramente lucrative e non rispondenti ad un fine pubblico.

Il tema va valutato anche alla luce degli effetti delle novazioni normative sulle strutture organizzative degli enti.

Va ricordato che dopo la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 113 bis T.U.E.L. i servizi pubblici locali non commerciali possono essere svolti dall'ente locale con qualsiasi tipo di "esternalizzazione" prevista dall'ordinamento.

In proposito va intanto affermato che le strutture organizzative di diritto comune sono da questo regolate salvo deroghe fissate dal diritto pubblico.

In particolare per la gestione di un servizio pubblico l'ente locale può costituire o partecipare a figure soggettive pluripersonali¹ o a fondazioni. Naturalmente la società di persone presuppone una partecipazione di più soggetti con interessi quantomeno omogenei, interessi che possono far capo sia ad enti territoriali (fatto che incide sulla dimensione territoriale del servizio) sia ad altri enti pubblici allocati sul territorio e portatori di specifici interessi sia di privati.

4. I consorzi e l'art. 2, comma 28, della legge finanziaria 2008

Il tema si connette con quello dei consorzi. Il termine "consorzio" ha trovato un largo uso anche da parte del legislatore a partire dalla fine dell'800 per indicare fenomeni giuridici disomogenei caratterizzati dall'unione di figure soggettive. Taluni di questi consorzi, previsti dal diritto pubblico, corrispondono alla nozione di consorzio del diritto privato, fondata sull'attribuzione ad una organizzazione comune della cura di un interesse oggettivamente definibile sotto l'aspetto giuridico comune.

Il tratto fondamentale del consorzio di questo tipo (che, si dice, rende comune un interesse che è già proprio di ciascun consortista, mentre nella società l'interesse diviene comune per effetto della sua costituzione) è che ciascun consortista assume delle obbligazioni positive nei confronti degli altri consortisti, assoggettandosi a limitazioni della propria iniziativa, in quanto l'autorità consortile ha un proprio potere deliberativo in ordine all'attività del consorzio (cfr. art. 31 del T.U.E.L.).

A questa categoria di consorzi sicuramente si possono ascrivere quelli che comunemente vengono denominati "consorzi di servizio".

Più variegata è la realtà di altre figure associative, che pur vengono denominate consorzi e rispetto alle quali occorre un'indagine di diritto positivo sul loro oggetto e sulla dislocazione dei poteri e degli interessi per darne più compiuta collocazione giuridica.

¹ Gli enti utilizzano essenzialmente solo quelle di diritto pubblico

Va a questo punto posto in evidenza che gli enti locali possono svolgere in comune non solo attività di servizi pubblici o per opera pubblica, ma anche attività amministrativa. Vengono così in rilievo le unioni dei comuni e le convenzioni tra comuni. Le prime trovano una piena collocazione giuridica nell'ordinamento (art. 32 T.U.E.L.), mentre le seconde trovano fondamento e disciplina su base pattizia (art. 30 T.U.E.L.) di diritto pubblico (art. 33 T.U.E.L.).

In materia è intervenuto il comma 28 dell'art. 2 della legge n. 244/2007 (legge finanziaria 2008), stabilendo che ad ogni amministrazione comunale è consentita la partecipazione ad un'unica forma associativa per ciascuna di quelle previste dagli artt. 31, 32 e 33 del T.U.E.L. 267/2000, salve nominate deroghe. La sanzione per il mancato rispetto della norma è sicuramente incisiva perché viene comminata la nullità di tutti gli atti attinenti all'adesione e allo svolgimento del servizio da parte dell'amministrazione interessata nonché ad ogni atto adottato dall'associazione.

La disposizione desta non poche perplessità in ordine alla sua compatibilità con gli artt. 117, quarto comma, e 118, secondo comma, della Costituzione.

In proposito va intanto ricordato che dopo la riforma del titolo V° della Costituzione è lasciata alla discrezionalità di ciascun ente la scelta delle forme di gestione del servizio, salvo i limiti fissati dal diritto comune o dal diritto pubblico, purchè questi ultimi trovino fondamento in attribuzioni intestate allo Stato (leggi statali) od alle Regioni (leggi regionali) dall'art. 117 cost. ovvero derivino dal diritto comunitario.

In particolare per quanto riguarda la gestione di servizi privi di rilevanza economica l'art. 113 bis del T.U.E.L. è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte Costituzionale con sentenza 27 luglio 2004 n. 272.

Nella sentenza viene affermato che le norme statali non possono stabilire in via generale modalità organizzative per lo svolgimento dei servizi dal momento che la materia dell'organizzazione degli enti locali non rientra tra quelle riservate allo Stato od a legislazione concorrente.

Su di esse lo Stato può intervenire solo nell'ambito di disposizioni di diritto civile o per adempimenti di obblighi comunitari oltreché a fini di coordinamento della finanza pubblica.

In forza dei principi costituzionali, messi in luce dalla citata sentenza n. 272/2004 sembra potersi affermare che le forme organizzative previste dal capo V

del tit. II della parte I del T.U.E.L. nonché le strutture previste dall'art. 114 del T.U.E.L. costituiscono figure soggettive di diritto pubblico, che ne detta la disciplina giuridica sotto i profili soggettivi, oggettivi, procedurali necessari per ottenere un riconoscimento giuridico secondo modalità difformi da quelle delle persone giuridiche private.

Ora il comma 28 dell'art. 2 della legge finanziaria 2008, che è espressamente dettato ai fini della semplificazione delle varietà e delle diversità delle forme associative comunali e del processo di riorganizzazione sovracomunale dei servizi, delle funzioni e delle strutture, non interviene per diminuire le tipologie di figure soggettive pubbliche o per modificarne gli elementi costitutivi, ma limita solo ad uno il numero delle adesioni possibili per ciascuna tipologia di figura soggettiva prevista dagli artt. 31, 32, 33 del T.U.E.L..

In tal modo limita fortemente la possibilità di scelte organizzative degli enti, attraverso per altro disposizioni che nella loro assoluta coerenza e generalità non tengono conto delle realtà territoriali.

Se il fine da raggiungere è il contenimento della spesa pubblica o quella di evitare l'elusione degli obiettivi del patto di stabilità, le forme di intervento dovrebbero essere diverse ed investire appunto le modalità di calcolo delle grandezze finanziarie prese in esame per il raggiungimento degli obiettivi, come viene messo in evidenza in appresso.

Anche sul piano degli effetti la norma desta non poche perplessità, sostanzialmente trasformando in gestioni di fatto quelle operate da associazioni non in regola, con dislocazioni non facilmente prevedibili.

Per quanto riguarda la Regione Lombardia va ricordato che la legge regionale 27 giugno 2008, n. 19 e perciò successiva alla legge finanziaria 2008, ha previsto (art. 17 c. 4), per quanto riguarda le unioni di comuni, che per ogni funzione o servizio il comune può partecipare ad una sola forma associativa.

La norma, che rientra nell'ambito della competenza legislativa regionale, detta un criterio di concentrazione organizzativa di carattere funzionale e perciò diverso da quello meramente numerico del comma 28 dell'art. 2 della legge finanziaria 2008, investendo peraltro solo le unioni dei comuni, per le quali già era prevista la limitazione dall'art. 33 T.U.E.L.

5. I profili di contabilità pubblica

Se passiamo dal piano dei profili organizzativi a quello della contabilità pubblica gli effetti si dislocano in più direzioni.

La partecipazione alle figure soggettive pluripersonali può comportare il pagamento di quote, contributi ecc., che naturalmente debbono trovare allocazione nella spesa corrente del bilancio dell'ente partecipante relativo all'anno nel quale sorge l'obbligo giuridico di pagamento se relativi alla gestione ordinaria. Più complesso è il tema del ripiano dei disavanzi e dell'indebitamento ovvero degli aumenti di capitale, elementi che in qualche modo debbono riflettersi sui bilanci degli enti partecipanti alla figura soggettiva. Va in particolare valutato se la quota parte di interessi per indebitamento debba essere considerata ai fini del livello massimo stabilito dall'art. 204 del T.U.E.L.

Altro tema importante è quello della valutazione della spesa per il personale, in special modo nei momenti di costituzione e di scioglimento (o del recesso da) della figura soggettiva. In questi contesti, anche ai fini dell'accertamento del rispetto degli obiettivi del patto di stabilità e degli altri obiettivi di finanza pubblica, vanno considerati i trasferimenti e la riassunzione del personale dell'ente²

Il tema si inserisce anche nella valutazione dei costi del servizio sia per la costruzione di un patto di stabilità su base regionale sia ancora per la determinazione dei trasferimenti statali da effettuare non più sulla base della spesa storica ma del costo medio del servizio.

Un diverso discorso può farsi per le fondazioni che, se utilizzate nello schema codicistico, costituiscono patrimoni destinati ad uno scopo. Queste, fermo restando l'accertamento della coerenza dello scopo con un interesse pubblico perseguito dall'ente, dovrebbero avere effetti solo sulle poste patrimoniali dell'ente³.

Naturalmente anche i servizi pubblici non commerciali possono essere gestiti attraverso società di capitali, ponendosi in questo caso problemi non dissimili da quelli che verranno affrontati per le società commerciali.

² cfr. delibere di questa sezione n. 79 e 81 del 22 ottobre 2008, n. 68 del 18 settembre 2008

³ Sul punto Cfr l'analisi nel referto sulle società partecipate dalla Regione nella relazione sull'esternalizzazione dei servizi, con particolare riguardo alle società partecipate della Regione Lombardia, approvata nella stessa adunanza del presente referto

Va in ogni caso ricordato che anche alle figure soggettive di cui parliamo va applicato l'art. 3 comma 30 della legge finanziaria 2008.

La norma è particolarmente significativa perché obbliga le amministrazioni che costituiscono o partecipano ad organizzazioni di qualsiasi tipo ad adottare provvedimenti di trasferimento di risorse umane, finanziarie e strumentali in misura adeguata alle funzioni esercitate dall'organismo nonché a rideterminare la propria pianta organica.

Viene così stabilito ai fini della contabilità pubblica uno stretto nesso tra ente costituente ed organismo partecipato che si riflette in via immediata sulla organizzazione, sul patrimonio e sulle risorse finanziarie del primo e che deve trovare adeguata rappresentazione nei documenti di bilancio.

Va peraltro sottolineato che la disciplina dettata dall'art. 23 bis del D.L. n. 122/2008 prevede per la costituzione di società di capitale partecipate non solo una ponderazione contenutistica ma anche un'articolazione procedimentale ben precisa. E' perciò da indagare se sia consentita la iscrizione al registro delle imprese e perciò la acquisizione della personalità giuridica a società partecipate che siano state costituite senza il percorso procedimentale scandito dagli atti rilevanti indicati dalla legge o ancora il cui statuto non sia conforme alla disciplina speciale dettata per le società pubbliche. Per converso l'uso strumentale di associazioni, fondazioni o altre istituzioni per la gestione di servizi pubblici di rilevanza economica potrebbe e dovrebbe essere accertata in sede di procedimento per l'acquisto della personalità giuridica.

6. I servizi pubblici a rilevanza economica: le forme imprenditoriali

Per quanto riguarda i servizi pubblici a rilevanza economica va ricordata l'evoluzione normativa e dottrinale susseguitasi all'abolizione del codice di commercio, attraverso la quale è stato posto in luce che l'attività imprenditoriale della P.A. può avvenire sia attraverso organi-imprese che società-impresa e che ambedue le formule organizzative presentano problemi analoghi. D'altro canto le caratteristiche dell'organo impresa di avere, in quanto organo, limitati poteri decisionali, dovendo sottostare alle direttive ed alla programmazione dell'amministrazione cui appartiene, non sembra sostanzialmente diversificarsi dai tratti che caratterizzano le società in house. Per altro verso non essendo più, almeno per la prevalente dottrina e giurisprudenza, il fine di lucro caratterizzante

l'impresa che va invece ritenuto esercizio di un diritto soggettivo, la società costituita dall'ente pubblico sembra avere due presupposti, uno positivo cioè l'esistenza di un interesse pubblico che lo consiglia, ed uno negativo e cioè la mancanza di divieti normativi anche impliciti.

Conclusivamente sembra potersi affermare che l'ente pubblico può svolgere attività imprenditoriale direttamente affidatigli dalla legge; per organizzare servizi pubblici che rientrano nelle sue attribuzioni e sempre che non siano disciplinati autoritativamente; per meglio organizzare proprie attività patrimoniali. Queste affermazioni generali vanno ora raffrontate con i principi di derivazione comunitaria e con la legislazione nazionale.

7. La nozione di amministrazione pubblica nel diritto comunitario

Sotto il primo profilo vanno richiamati tutti i limiti posti all'affidamento diretto senza gara di servizi pubblici e l'estensione dell'obbligo della gara anche ad appalti pubblici di organismi esterni all'ente a tutela dei principi di concorrenza e di parità di trattamento. In proposito dopo aver richiamate le considerazioni sulle società partecipate contenute nella deliberazione di questa Sezione n. 10/2008, va delimitato l'ambito entro il quale assume rilievo in sede comunitaria la nozione di amministrazione pubblica. In tema va ricordata, nell'ambito della disciplina del sistema europeo dei conti nazionali e regionali nella Comunità (SEC 95), la nozione ivi (SEC 95, punto 2.68) contenuta di amministrazioni pubbliche, definite come "tutte le unità istituzionali che agiscono da produttori di beni e servizi non destinati alla vendita, la cui produzione è destinata a consumi collettivi ed individuali ed è finanziata in prevalenza da versamenti obbligatori effettuati da unità appartenenti ad altri settori e/o tutte le unità istituzionali la cui funzione principale consiste nella redistribuzione del reddito e della ricchezza del paese". Il SEC 95 opera sul piano delle grandezze finanziarie prese in considerazione al fine di accertare il rispetto dei vincoli posti, piano sul quale la definizione di amministrazione pubblica può lasciare spazi di ambiguità ove non si considerino le società in house diretta emanazione dell'amministrazione

Sempre in ambito comunitario viene in rilievo, ai diversi fini del rispetto dei principi della concorrenza e della non discriminazione, la nozione di organismi di diritto pubblico. Questa è fondata, seguendo il pragmatismo dell'ordinamento

comunitario, su una concezione sostanziale e non formale di amministrazione aggiudicatrice degli appalti dei servizi, opere, forniture⁴.

La nozione di organismi di diritto pubblico poggia su tre elementi tutti necessari: deve trattarsi di persone giuridiche (non importa se pubbliche o private) che perseguono fini di interesse generale, con esclusione di fini di carattere industriale o commerciale per le quali vigono le regole di diritto societario, e devono essere collegati sotto il profilo organizzativo, funzionale o finanziario con lo Stato, gli enti territoriali o altri organismi di diritto pubblico.

Se si prende in esame il fenomeno sotto l'aspetto del diritto interno, va intanto notato che le esternalizzazioni avvengono sia utilizzando strumenti di diritto pubblico, sia soprattutto strumenti di diritto comune.

In quest'ultimo ambito occorre distinguere il profilo organizzativo da quello funzionale, con l'avvertenza che in ogni caso si tratta di scelte di diritto positivo.

8. Le società e il diritto interno

Nella vigente disciplina legislativa le società sia di persone che di capitale alle quali partecipano gli enti territoriali rientrano, in linea generale, nello schema organizzativo proprio delle persone giuridiche e del diritto societario. Queste proposizioni hanno effetto sulla nascita, sulla vita, sulla estinzione delle società. In particolare va posto in luce che la legislazione positiva delinea limiti di diritto pubblico alla possibilità di costituire società, alla loro conformazione, alla causa di estinzione, ma non pone limiti alla capacità giuridica né alla capacità di agire dell'ente costituente. Così, ricorrendo i presupposti previsti in genere dalla legge, gli organismi su base personale o capitalistica costituiti dagli enti pubblici acquistano la personalità giuridica secondo i principi ed i criteri fissati dal diritto comune. Limitate e nominate sono, poi, le norme che incidono direttamente sugli atti giuridici posti in essere dalle persone giuridiche pubbliche, salvo quelle comuni a tutti gli operatori.

Profondamente diversa è, invece, la realtà se si riguarda dal punto di vista del diritto pubblico. Richiamando principi a carattere generale va ricordato che

⁴ In sede comunitaria vengono, pertanto, considerati soggetti pubblici i soggetti istituiti per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, dotati di personalità giuridica e la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti locali e da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione è sottoposta a controllo di questi ultimi, oppure i cui organi di amministrazione, di direzione e di vigilanza sono costituiti da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico.

l'ente per essere pubblico deve svolgere innanzi tutto attività amministrativa, non importa se questa si espliciti nelle forma di diritto pubblico o in quelle del diritto privato, e perciò attività funzionale in quanto esercitata nell'adempimento di un dovere ed al fine della cura di un interesse collettivo.

9. La gestione dei servizi attraverso società *in house*: problemi di diritto comunitario e di diritto pubblico interno

Il nucleo centrale della disciplina dell'attività dell'ente pubblico va così focalizzandosi sui principi di adeguamento della struttura organizzativa alla resa ottimale dei servizi pubblici.

In quest' ambito va presa in considerazione la peculiare struttura delle società *in house*. In proposito va messo in luce che sempre più emerge la consapevolezza della differenza di fondo tra la scelta dei soggetti pubblici di fornire i servizi pubblici con una organizzazione propria (cosiddetto *in house providing*) od affidarne la gestione e la fornitura ad imprese terze.

La forma di gestione *in house* è caratterizzata dall'affidamento diretto dei servizi ad una società che, pur formalmente esterna rispetto all'amministrazione controllante, è da questa strettamente indirizzata e controllata in ragione del requisito del "controllo analogo" e della destinazione prevalente (se non esclusiva) all'amministrazione controllante dell'attività svolta dalla controllata.

D'altro canto le essenziali ragioni per le quali la giurisprudenza comunitaria ritiene l'organizzazione *in house* sottratta alla disciplina della concorrenza nella scelta del gestore (cfr da ultimo Corte di giustizia CE 17 luglio 2008 in causa C 371/05, commissione CE Repubblica Italiana) è che essa è parte dell'organizzazione della controllante e che può svolgere attività per il mercato in modo residuale e non in via prevalente, ed è perciò sottratta al mercato.

Queste osservazioni non sono prive di rilievo nell'ambito del diritto pubblico. L'applicazione delle regole di diritto comune conseguenti alla forma societaria dell'organizzazione deve ritenersi infatti recessiva rispetto alle norme ed ai principi anche derogatori fissati dal diritto pubblico. In proposito si deve infatti considerare che la società *in house* gode di esclusività nella resa del servizio pubblico (non si può parlare di monopolio trattandosi di attività al di fuori del mercato), che l'indirizzo "politico" della gestione compete all'ente controllante mentre agli organi della società partecipata spettano solo i poteri gestionali, che

l'attività gestionale va valutata e controllata in modo "analogo" a quello degli organi dell'ente controllante. In sostanza anche nell'attività della società in house si opera la separazione, propria dell'organizzazione controllante, tra attività di indirizzo e programmazione di spettanza degli organi politici, rimasti in capo all'ente controllante, ed attività gestionale di pertinenza degli organi della controllata.

Sulla base di queste premesse vanno valutati gli interventi legislativi sulla composizione e sui compensi del Consiglio di Amministrazione. Se pure la legislazione intervenuta negli ultimi anni è criticabile per non aver stabilito differenze tra le società controllate in ragione della dimensione, dell'oggetto o di altri parametri di diversificazione, non può dimenticarsi che al Consiglio di Amministrazione spettano in sostanza solo scelte operative attuative degli indirizzi e della programmazione dell'ente controllante. Ciò che viene in rilievo è invece l'attività gestionale di spettanza in linea di principio del direttore generale (o in ipotesi di un consigliere delegato che ne svolga la funzione) e dell'organizzazione gestionale. Questa poi deve essere valutata sotto il profilo del raggiungimento degli obiettivi posti dalla controllante e dei principi di economicità, efficienza ed efficacia tipici dell'attività della P.A.

Le affermazioni sin qui fatte fanno dubitare della compatibilità della organizzazione in holding delle società controllate con il sistema dell' "in house providing". Il controllo indiretto che avviene attraverso la holding non sembra infatti che possa realizzare le forme di controllo analogo previste dall'ordinamento comunitario per sottrarre l'attività al mercato ed ai principi della concorrenza. Le stesse affermazioni possono valere anche per le partecipazioni indirette e possono perciò essere criteri interpretativi della più recente legislazione. Anche sul piano del diritto interno va in ogni caso indagato come con forme di ingerenza indiretta nella gestione l'ente possa accertare (ed eventualmente sanzionare) l'economicità, l'efficienza, l'efficacia della gestione.

I dubbi prospettati vengono rafforzati dalla sentenza della Corte di Giustizia Europea di cui in appresso.

Più articolati problemi presentano le società in house partecipate da una pluralità di enti pubblici. In proposito va innanzitutto posta in evidenza la scelta del legislatore di incoraggiare forme associative tra comuni ed altri enti territoriali per attuare una dimensione ottimale dell'attività e dei servizi pubblici, attraverso forme organizzative di diritto pubblico e di diritto privato.

In quest'ottica la forma di gestione "in house providing" trova ragione in quell'interpretazione della giurisprudenza comunitaria che ha introdotto un'ulteriore ipotesi di organizzazione a fianco dell'organismo di diritto pubblico, anch'essa sottoposta alla disciplina prevista per lo Stato e gli altri enti pubblici territoriali (artt. 86 e 87 del trattato).

In ambito comunitario la questione ha trovato adeguati approfondimenti nella recentissima sentenza della Corte di giustizia europea, Sez. III 13 novembre 2008 n. C 324/07 in una causa introdotta, con domanda di pronuncia pregiudiziale, dal Consiglio di Stato del Belgio in ordine alla interpretazione degli artt. 43 CE e 49 CE relativamente ad una controversia tra una società di capitali ed un comune per la gestione di una rete di teledistribuzione⁵.

La Corte di giustizia, seguendo una ormai consolidata giurisprudenza, ha ribadito che 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 pertinenti in modo di accertare che l'ente concessionario è soggetto a un controllo che consente all'autorità pubblica concedente d'influenzarne le decisioni. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di detto ente.

Va sottolineato che secondo la sentenza in esame:

le decisioni relative ad una società in house debbono essere adottate da organi statutari composti da rappresentanti delle autorità pubbliche associate (ma deve ritenersi anche dell'unica autorità nelle partecipate al 100%) in modo di consentire loro di esercitare sulla società un controllo analogo a quello che esercitano sui propri servizi.

La nozione di controllo analogo non va limitata a forme di controllo sulla gestione ma va ampliata a poteri di indirizzo concreto dell'attività implicando le decisioni sulle scelte più rilevanti.

Il requisito del controllo analogo, necessario per la partecipazione di una autorità pubblica ad una società i cui soci sono tutti autorità pubbliche al fine di

⁵ In linea di fatto il Comune belga, dopo aver indetto una gara per la concessione dello sfruttamento di una rete di teledistribuzione nel proprio territorio, decideva invece di associarsi ad una società cooperativa incorcomunale, i cui soci sono costituiti da Comuni e da una associazione di comuni, alla quale ha affidato la gestione della rete di teledistribuzione.

trasferire la gestione di un servizio pubblico, può essere soddisfatto tenendo conto del controllo esercitato congiuntamente sull'ente concessionario delle autorità pubbliche che lo detengono. E' infatti importante che il controllo sia effettivo, mentre non è indispensabile che sia individuale e può essere esercitato congiuntamente dalle autorità associate, deliberando, eventualmente, a maggioranza.

D'altro canto richiedere un controllo individuale di ciascuna autorità pubblica avrebbe la conseguenza di obbligare in pratica a ricorrere all'appalto del servizio.

Un tale risultato però non sarebbe conforme alle norme comunitarie in materia di appalto pubblico, dal momento che queste riconoscono alle autorità pubbliche di adempiere ai propri compiti di interesse pubblico scegliendo tra propri strumenti amministrativi, tecnici e d'altro tipo ovvero facendo ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi, senza però esserne obbligate⁶.

10. Le scelte delle strutture organizzative in funzione della resa ottimale del servizio. L'art. 23 bis del D.L. 112/2008

La ricostruzione aveva trovato nella citata delibera di questa Sezione n. 10/2008 una applicazione particolarmente impegnativa per quanto riguarda le società miste pubblico-private. Per queste la sezione aveva prospettato la necessità che la gara per la scelta del socio privato abbia ad oggetto anche il servizio da affidare e conseguentemente aveva affermato che il soggetto esterno risulta incardinato nell'ente e partecipa alla sua organizzazione complessiva.

L'affermazione trova ora una importante conferma legislativa sotto un duplice profilo. Il primo è che in base all'art. 23 bis del D.L. 112/2008 la stessa concessione di pubblici servizi a soggetto esterno deve avvenire secondo i criteri di economicità, efficienza, efficacia ai quali deve rapportarsi l'attività della P.A.. Detti criteri, diversi da quelli privatistici del lucro, dovrebbero evidentemente essere osservati non solo al momento della gara, ma anche nel corso della gestione e potrebbero dar luogo anche ad una risoluzione anticipata del rapporto ove nella sua gestione concreta non venissero raggiunti gli obiettivi di dimensione-diffusione del

⁶ Le considerazioni espone sul punto nella delibera di questa Sezione n. 10/2008 appaiono coerenti con il più recente indirizzo giurisprudenziale

servizio e di modalità di resa, elementi questi che debbono costituire requisiti ineliminabili espressi sia nel bando di gara che nel successivo contratto di servizio. Il secondo elemento è costituito dai principi cui, secondo il disposto dell'art. 23 bis, comma 10, del D.L. 25 giugno 2008 n. 112, convertito nella legge 6 agosto 2008 n. 133, debbono conformarsi i regolamenti governativi da emanare entro il 18 febbraio 2009 in materia di procedura per l'acquisto di beni e servizi e per l'assunzione di personale anche da parte delle società a partecipazione mista. La legislazione di questi anni è, peraltro, caratterizzata da un intervento sempre più penetrante del legislatore statale sull'ambito delle società partecipate e sulla struttura stessa delle società.

11. Gli effetti sulla nozione del principio di legalità

Partendo da queste premesse va ricordato che nella precedente relazione questa Sezione ha ritenuto di dare un contenuto ampio ed innovativo al principio di legalità. La Sezione ha sottolineato che negli Stati democratici il principio di legalità va assumendo un più ampio significato nel quale il potere ed il suo esercizio concreto sempre più si confronta con la tutela degli interessi diffusi o adespoti, dal momento che il soddisfacimento dei bisogni della collettività realizza il livello del tenore di vita dei cittadini connotando sul piano economico sociale il rapporto potere dell'autorità - libertà dei cittadini in termini nuovi nel quale il potere viene valutato non come sacrificante gli spazi di libertà, ma come strumento per migliorare le condizioni di vita dei cittadini ed in questo senso il loro ambito di libertà.

Nei termini proposti il nucleo essenziale del principio di legalità si allarga dalle vecchie nozioni di attribuzione del potere e di legittimità degli atti all'intera attività dell'ente nel quale il potere si esprime per accertarne la rispondenza alla maggior possibile realizzazione degli interessi della collettività in vista dei quali il potere è conferito. La dinamica dell'attività, valutata secondo i criteri dell'economicità, della efficienza, della efficacia e valorizzata nella dimensione data all'art. 97 della Costituzione dalla giurisprudenza costituzionale, si presenta così come elemento costitutivo della legalità nella pubblica amministrazione segnandone anche le condizioni di tutela. Questa, se è rapportata ad interessi diffusi o adespoti, si realizza attraverso le forme di controllo, sia interne che esterne, intese ad accertare che il potere venga esercitato per il fine per il quale è stato attribuito,

misurare la rispondenza dell'attività alla cura concreta dell'interesse, migliorare i parametri di resa del servizio, non disperdere risorse pubbliche, reprimere deviazioni ed inefficienze.

Nella resa dei servizi pubblici i contenuti del principio di legalità assumono pieno valore, proprio perché detti servizi sono essenziali per la vita dei cittadini e la loro tutela non è affidata tanto a forme giustiziali di impugnazione di atti puntuali, quanto al controllo continuativo dell'attività propedeutico al miglioramento della gestione, che si attua attraverso forme di controllo collaborativo.

12. Gli effetti della più recente legislazione sulle regole civilistiche delle società

I recenti interventi legislativi hanno la caratteristica di investire solo raramente in modo diretto istituti civilistici, stabilendo invece nominati obblighi in capo agli enti costitutori ed ai loro amministratori, ai quali impongono precisi comportamenti sanzionati da responsabilità. Va messo in luce, partendo dall'analisi fatta da questa Sezione in più occasioni, l'obbligo degli amministratori dell'ente di apportare modifiche allo statuto delle società partecipate per adeguarlo alle prescrizioni normative nonché di intervenire attraverso direttive ai componenti del Consiglio di Amministrazione della società per adeguarne i comportamenti alle disposizioni normative, a partire da quelle limitative dei componenti del Consiglio e dei loro compensi. In proposito si ricordano le deliberazioni della Sez. controllo regione Toscana n. 13 del 11 settembre 2007 condivisa da questa Sezione, in materia di calcolo dei compensi agli amministratori; di questa Sezione n. 46 del 18 ottobre 2007 in ordine alla composizione dei consigli di amministrazione e da ultimo la deliberazione di questa Sezione n. 220 del 5 novembre 2008 in ordine ai compensi degli amministratori investiti di particolari cariche. Sul punto la Sezione ha ritenuto che la normativa introdotta con le ultime leggi finanziarie sia a carattere cogente e, pertanto, fissi precisi limiti al potere del consiglio di amministrazione di stabilire il compenso degli amministratori di cui all'ultimo comma dell'art. 2389 c.c.⁷.

⁷ nella delibera n. 220/2008 sono state messe in luce le diversità tra società statali e degli enti territoriali nonché la mancanza di necessarie differenziazioni in relazione alla tipologia della società

13. Gli effetti della più recente legislazione sulle regole di contabilità pubblica

Molto più impegnativa è la definizione dell'ambito entro il quale a partire dal c.d. decreto Bersani sino alla ultima legge finanziaria è consentita la costituzione e la permanenza di società partecipate. Se sul piano strutturale poche cose sono da aggiungere alla ricostruzione effettuata nella precedente relazione, va in questa occasione posta l'attenzione su taluni problemi di contabilità pubblica. In primo luogo la prospettata diversa modalità di costruzione degli obiettivi del patto di stabilità a livello regionale e di determinazione dei trasferimenti statali che abbiano come punto di riferimento non più la spesa storica ma il costo medio per servizio hanno effetti sulla costruzione dei bilanci pubblici e sulle sue componenti. Gli economisti hanno posto in luce che oggi gli enti territoriali si presentano spesso come *holdings* alle quali fanno capo una pluralità di figure soggettive ed in particolare di società. La conseguenza è la necessità di un bilancio consolidato riassuntivo dei documenti contabili di tutte le figure soggettive. Altra conseguenza è che vanno individuati i costi medi di riferimento di ciascuno dei servizi presi in considerazione ai fini della costruzione degli obiettivi del patto di stabilità e dei trasferimenti statali o regionali indipendentemente dalle modalità di resa del servizio. Altra conseguenza ancora è che comparazioni tra enti territoriali quanto alle spese per il personale, a livello di indebitamento, all'avanzo o al disavanzo di amministrazione debbano avvenire a livello aggregato per non perdere di significatività. Necessaria in proposito si appalesa l'obbligatorietà di strumenti rappresentativi della situazione finanziaria e patrimoniale complessiva costruiti secondo regole comuni a tutti gli enti.

In questa ottica vengono anche in rilievo gli oneri finanziari per sostenere i costi sociali dei servizi e le compensazioni finanziarie per oneri di servizio pubblico. Si tratta di oneri finanziari che fanno capo direttamente alla comunità che ha deciso di sostenerli e che debbono, pertanto, trovare esposizione nel bilancio dell'ente sia nelle ipotesi nelle quali il servizio venga reso attraverso concessione o società miste che nelle ipotesi che venga effettuato tramite società *in house* (almeno sino a quando non vi sarà un sistema con effetti giuridico contabili cogenti di bilancio consolidato). Invero attraverso il trasferimento di oneri di tal genere a società partecipate o ad altre figure soggettive si creano le premesse per i disavanzi di queste società, per il ricorso ad indebitamento per spesa corrente, al differimento

nel tempo di ripiani di disavanzi che alterano, e talvolta alterano profondamente, gli equilibri di bilancio degli enti territoriali. D'altro canto, ove si operi in un mercato aperto, gli oneri di servizio pubblico debbono essere consentiti dalla comunità europea per non costituire aiuto di Stato e/o per non alterare la concorrenza, ove gli oneri si riflettano sulla esclusività del servizio. Egualmente le compensazioni per gli oneri di servizio pubblico debbono essere indicati espressamente nei bandi di gara nelle ipotesi di concessione o di società miste.

Strettamente connesso alle affermazioni di cui sopra è il principio che l'attività degli organismi partecipati va valutata, anche per le società di capitali, secondo i criteri dell'efficienza, efficacia ed economicità della gestione e non secondo il criterio della redditività proprio delle società di lucro. Il tema è particolarmente rilevante perché investe la scelta di dimensione del servizio, della sua qualità, delle tariffe e dell'eventuale costo sociale, dei criteri di controllo e dell'*accountability*, elementi tutti da prendere in considerazione al fine di assicurare gli equilibri di bilancio e la sana gestione degli enti proprietari.

Va peraltro ricordato che attualmente gli enti locali, come altre amministrazioni pubbliche, sono proprietari od hanno partecipazioni in società di lucro che non sono strumentali alla resa di un servizio pubblico.

14. La più recente disciplina pubblicistica: l'art. 13 del D.L. 223/2006

In un tale contesto va ricostruita la disciplina pubblicistica che si è susseguita dalla legge Bersani sino alla finanziaria 2009. L'art. 13 del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223 impone alcuni limiti alle società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, E' stabilito, in particolare, che esse operino esclusivamente con gli enti costituenti ed affidanti, non svolgano prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, non partecipino ad altre società o enti e abbiano oggetto sociale esclusivo. La norma contiene anche una disciplina transitoria, che definisce i termini e le modalità della cessazione delle attività non consentite, e commina la nullità dei contratti conclusi in violazione delle nuove norme.

Il legislatore statale ha inteso evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e assicurare la parità degli operatori, impedendo che soggetti destinatari dei cosiddetti "obblighi di servizio pubblico", solo formalmente privatizzati ma soggetti a un'influenza dominante dei pubblici poteri possano operare anche sul libero mercato, traendo vantaggio dal regime speciale di cui godono.

Come ha messo in luce la Corte Costituzionale nella sentenza n. 326/2008, le disposizioni definiscono il proprio ambito di applicazione non secondo il titolo giuridico in base al quale le società operano, ma in relazione all'oggetto sociale di queste ultime. Tali disposizioni sono fondate sulla distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica e attività d'impresa di enti pubblici. L'una e l'altra possono essere svolte attraverso società di capitali, ma le condizioni di svolgimento sono diverse. Nel primo caso vi è attività amministrativa, di natura finale o strumentale, posta in essere da società di capitali che operano per conto di una pubblica amministrazione. Nel secondo caso, vi è erogazione di servizi rivolta al pubblico (consumatori o utenti), in regime di concorrenza.

La disciplina, sempre secondo la citata sentenza della Corte Costituzionale, non rientra nella materia dell'organizzazione amministrativa perché non è rivolta a regolare una forma di svolgimento dell'attività amministrativa, ma nella materia – definita prevalentemente in base all'oggetto – "ordinamento civile", perché mira a definire il regime giuridico di soggetti di diritto privato e a tracciare il confine tra attività amministrativa e attività di persone giuridiche private.

Quanto alla finalità, l'obiettivo delle disposizioni è quello di evitare che soggetti dotati di privilegi operino in mercati concorrenziali. Dunque, la disciplina delle società con partecipazione pubblica dettata dalla norma statale è rivolta ad impedire che dette società costituiscano fattori di distorsione della concorrenza. Essa rientra, quindi, nella materia – definita prevalentemente in base al fine – della "tutela della concorrenza".

La disposizione fissa un termine per la cessazione delle attività non consentite comminando in caso di inosservanza sanzioni.

La sanzione prevista è particolarmente incisiva in quanto la norma interviene direttamente nei rapporti giuridici tra le parti dei contratti relativi alla attività non consentita, facendo venir meno l'efficacia dei contratti già stipulati e comminando la nullità dei contratti stipulati successivamente al termine.

15. I commi 27, 28 e 30 dell'art. 3 della legge finanziaria 2008

Di rilievo sono poi i limiti alla costituzione ed alla partecipazione in società delle amministrazioni pubbliche posti del c. 27 dall'art. 3 della legge finanziaria 2008. La norma fa divieto infatti alle amministrazioni pubbliche di costituire società e di assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni in società non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali.

La disposizione è ulteriormente restrittiva dei limiti posti dall'art. 13 D.L. n. 223/2006

Ambedue le disposizioni hanno la espressa finalità di tutelare la concorrenza ed il mercato, finalità che soddisfa due esigenze di natura diversa: la prima, di carattere interno, di "liberalizzare" i servizi pubblici; la seconda, di carattere comunitario, di assicurare le regole di concorrenza e di non discriminazione.

Dal complesso delle regole che nelle leggi finanziarie 2007 e 2008 hanno inteso disciplinare in modo restrittivo le società partecipate delle amministrazioni pubbliche emergono, però, altre finalità.

La più evidente è quella di evitare che la esternalizzazione in società di servizi pubblici sia solo strumentale alla elusione degli obiettivi del patto di stabilità, ma non meno importante è lo stabilire condizioni per indirizzare la società a criteri di economicità. Si tratta di finalità che non hanno ancora trovato espressione compiuta, ma che pure hanno dato luogo a disposizioni di rilievo.

Passando all'esame delle singole norme appare necessario individuare la nozione di "beni e servizi strettamente necessari per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali", fatto legittimamente ai sensi del c. 27 dell'art. 3 della legge finanziaria 2008 la costituzione di società partecipate ovvero l'assunzione o il mantenimento delle partecipazioni. In proposito sembra opportuno ricorrere, tralasciando l'ambito dei "beni" per il loro carattere strumentale alla resa di una attività o di un servizio rispetto al quale si connota la loro destinazione, alla nozione di "servizi pubblici locali".

Come è stato innanzi precisato la nozione "di servizi pubblici locali" contenuta nell'art. 112 T.U. della legge sull'ordinamento degli enti locali ha carattere aperto in quanto comprende tutte quelle attività che sono "rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità

locali". Di conseguenza è compito degli amministratori, interpretando i bisogni della collettività, far assurgere a "servizio pubblico" determinate attività.

Le nuove norme non intervengono sui rapporti giuridici tra società ed utenti del servizio, ma stabiliscono soltanto un obbligo di provvedere in capo agli amministratori dell'ente entro termini prefissati⁸

Le disposizioni peraltro prevedono un procedimento assai significativo: il comma 28 dell'art. 3 della legge n. 244/2007 stabilisce infatti che l'assunzione di nuove partecipazioni e il mantenimento di quelle in essere devono essere autorizzati dall'organo competente con delibera motivata in ordine ai presupposti di cui al precedente comma 27.

Viene poi al comma 30 stabilito l'obbligo di trasferire agli organismi partecipati risorse umane, finanziarie e strumentali adeguate alla funzione esercitata.

La norma è impegnativa: l'accertata insufficienza delle risorse trasferite in relazione alla funzione da esercitare specialmente se in limiti temporali brevi potrebbe dar luogo anche a responsabilità degli amministratori sotto il profilo del danno derivante all'ente per l'impiego delle risorse necessarie a ripianare i disavanzi dell'organismo partecipato ove il fatto sia stato causato da una analisi gravemente carente delle necessità dell'organismo ed ancor più ove sia stato finalizzato a mantenere risorse finanziarie e/o personale presso l'ente.

Si tratta in ogni caso di regole intese ad assicurare l'efficacia del servizio reso e l'economicità complessiva della struttura organizzativa dell'ente.

16. L'art. 23 bis del D.L. 112/2008

Il quadro delle esternalizzazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica sembra dover subire una radicale mutazione con la introduzione della disciplina prevista dall'art. 23 bis del D.L. 25 giugno 2008, n. 112 convertito nella legge

La filosofia di fondo delle norme è l'affidamento al mercato della gestione di tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica salva la deroga nei casi di cui al

⁸ sul punto cfr. Sez. controllo Lombardia n. 46/pareri del 12 giugno 2008.....

comma 3, e cioè per situazioni che non permettono il ricorso efficace ed utile al mercato in ragione di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale.

Peraltro il ricorso alla deroga di cui all'art. 3 non è lasciato a scelte discrezionali dell'ente, ma è subordinato ad una precisa motivazione adeguatamente pubblicizzata e vagliata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato ed alla eventuale autorità di regolazione del settore.

Va ricordato in proposito che l'Autorità garante della concorrenza con deliberazione del 16 ottobre 2008 ha dettato le linee guida per esprimere il proprio parere previsto dalla citata norma.

In particolare l'Autorità ha prescritto che la richiesta di parere deve essere accompagnata da almeno i seguenti elementi:

- una relazione contenente gli esiti dell'indagine di mercato dai quali risulti, in termini comparativi, la convenienza dell'affidamento diretto rispetto all'esperimento di una procedura ed evidenza pubblica;
- informazioni circa le modalità con le quali sono resi pubblici gli elementi di cui al punto sub a);
- tutte le indicazioni soggettive relative all'impresa/e interessata/e;
- dati relativi al tipo ed al valore dei servizi in questione;
- l'atto costitutivo, lo statuto e le informazioni relative al campo di attività della società affidataria;
- informazioni concernenti le caratteristiche economiche del settore o del mercato tali da giustificare l'affidamento in-house;
- indicazioni in merito ai principali concorrenti;
- indicazioni in merito alle eventuali forme di finanziamento o di sussidio dell'attività oggetto di affidamento e delle attività a questa connesse.

17. Esame prospettico di taluni punti della normativa

Vale la pena di mettere in evidenza taluni punti della nuova normativa.

In primo luogo l'affidamento del servizio secondo la disciplina comunitaria della concorrenza deve, però, garantire il diritto di tutti gli utenti alla universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale della prestazione, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lett. e) ed m) della Cost. assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti.

In particolare di assoluto rilievo sono i principi regolatori dei servizi pubblici locali desumibili dai primi due commi dell'art. 23 bis del D.L. 112/2008 e cioè:

- applicazione dei principi comunitari;
- garanzia del diritto di tutti gli utenti alla universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni, a tutela di diritti costituzionalmente garantiti nonché forme di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarietà proporzionalità e leale collaborazione;
- affidamento e gestione dei servizi pubblici nel rispetto dei principi che regolano l'attività delle amministrazioni pubbliche ed in particolare dei principi di economicità, efficacia, imparzialità. Come è stato già detto, per quanto riguarda questi ultimi principi, se pure la norma li riferisce direttamente alla procedura competitiva per il conferimento della gestione, si deve ritenere che essi debbono essere estesi alla gestione del servizio.

In divenire va posto in rilievo che la disciplina recata dall'art. 23 bis del D.L. n. 112/2008 si applica a tutti i servizi pubblici locali prevalendo sulle discipline di settore con essa incompatibili.

Verranno così meno alcune specifiche discipline dei trasporti, dei rifiuti, del gas, dell'energia, dei bacini idrici integrati. Per questi infatti il regolamento da emanarsi ai sensi del comma 10 lett. d) del art. 23 bis dovrà armonizzare la nuova disciplina con quella applicabile a ciascun servizio individuando le norme ad essi applicabili in via generale.

Si prospettano problemi per la compatibilità delle società miste pubblico-private con il disposto del comma 2 dell'art. 23 bis pur dovendosi procedere alla scelta del partner privato attraverso procedure competitive ad evidenza pubblica.

Sembrerebbe preferibile ritenere che la scelta di una tale forma di gestione debba avvenire, anche in forza del disposto del comma 27 della art. 3 della legge finanziaria 2008, nelle sole ipotesi nelle quali una partecipazione alle società dell'ente locale sia indispensabile per garantire il raggiungimento di un interesse pubblico da idoneamente specificare.

Peraltro la normativa ha dato luogo a reazioni da parte di talune Regioni, che ne contestano in legittimità costituzionale ritenendola invasiva della riserva legislativa regionale. La tesi evidenziata è che lo Stato non può stabilire la regola tendenziale del ricorso al mercato, e quindi all'appalto pubblico, per tutti i servizi pubblici, salvo deroghe da motivare espressamente e con procedura aggravata.

La tesi afferma che, osservata la disciplina sulla concorrenza stabilita in sede comunitaria e sul cui ambito ci si è innanzi soffermati esaminando la sentenza della Corte di giustizia 13/11/2008 n. C-324/07, l'opzione tra modalità di gestione del servizio pubblico locale tra esse alternative è una tipica scelta d'organizzazione, in particolare di buon andamento del servizio pubblico (art. 97, co. I, Cost.), che proprio in quanto organizzazione locale e non nazionale dei servizi oggetto della disciplina dell'art. 23 bis, d.l. 112 del 2008, cit. non può riconoscersi alla legislazione statale, ma spetta alla legislazione regionale ai sensi dell'art. 117, co. IV, Cost. seppure nel rispetto di una eventuale specifica disciplina degli enti territoriali minori (art. 117, co. VI, Cost.), con conseguente illegittimità costituzionale dell'art. 23 bis, d.l. n. 112 del 2008, cit. ove – esprimendo una prevalenza o preferenza ordinaria dell'affidamento ad imprese terze (co. II e III) – pone norme sull'organizzazione della gestione dei servizi pubblici locali.

18. Conclusioni

Conclusivamente, nella evoluzione delle norme restrittive in materia societaria, va intanto notato che l'ambito di applicazione dell'art. 13 del D.L. 233/2006 riguarda le società partecipate che hanno ad oggetto la produzione di beni o servizi strumentali all'attività dell'ente, con esclusione però dei servizi pubblici locali.

L'art. 3, commi 27 e 28, della legge finanziaria 2008 ha ridotto l'ambito di costituzione di nuove società o di mantenimento di partecipazioni alle società aventi ad oggetto la produzione di beni o servizi strettamente necessari per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, richiedendo una specifica delibera motivata su tale necessità.

L'art. 23 bis della legge finanziaria 2009 riforma complessivamente il quadro stabilendo che il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene in via ordinaria ad imprenditori o società individuali mediante procedura competitiva a evidenza pubblica, salvo deroghe specifiche.

Una volta stabilita la strumentalità delle società che rendono servizi pubblici locali, il c.d. decreto Bersani si caratterizza per la loro esclusione dal contesto normativo. Più articolato è il discorso per quanto riguarda la legge finanziaria 2008, dal momento che dall'area del divieto di partecipazione sono escluse non solo le società strettamente necessarie per il perseguimento dei fini

istituzionali dell'ente ma anche quelle che producono servizi di interesse generale. In quest'ambito sembrano ricadere almeno gran parte dei servizi pubblici locali.

PARTE SECONDA

Generalità

Va premesso che l'indagine effettuata dalla Sezione, attraverso l'invio di appositi questionari agli enti, riguarda gli organismi attraverso i quali sono stati esternalizzati servizi pubblici. Di conseguenza l'analisi non si estende agli organismi, ed in particolare alla società, che hanno altre finalità

Nella seconda parte della relazione vengono espone, nella forma grafica delle tabelle, analisi che mettono in luce i dati numerici di ciascuna forma giuridica di esternalizzazione, suddivisi per province, per classi di enti, per percentuali di partecipazioni degli enti agli organismi. Attraverso altre tabelle vengono analizzate le tipologie di servizi esternalizzati. Anche questi dati sono esposti sia per province che per classi di enti.

Vengono ancora messi in luce i dati numerici relativi agli enti locali per i quali è variata la spesa del personale a seguito di esternalizzazioni successive al 2005.

Di interesse sono i dati relativi ai trasferimenti operati negli anni 2006 e 2007 (secondo i dati di consuntivo) e 2008 (secondo i dati di preventivo) dagli enti locali agli organismi partecipati nonché alla perdita subita (anche a livelli di patrimonio netto) dagli organismi partecipati. Vengono ancora riuniti in tabelle numeriche gli enti locali che hanno effettuato nel 2006 e nel 2007 operazioni di aumento di capitale, ricapitalizzazione, finanziamento soci.

In appendice vengono infine resi ostensivi per ciascun ente locale elementi rilevanti riguardanti le partecipazioni in organismi esterni.

Non si è ritenuto opportuno aggregare dati relativi al numero ed al compenso degli amministratori ed al risultato di esercizio degli organismi partecipati, in quanto i dati esposti nelle risposte ai questionari inviati agli enti appaiono disomogenei e danno luogo a molti dubbi sulla interpretazione data dai revisori dei conti alle domande avanzate ad ancor più alla completezza degli elementi in possesso degli enti. Vengono in proposito forniti dati, desunti dal questionario generale sul consuntivo 2007 inviato agli enti che si limitano però all'accertamento effettuati dai revisori dei conti sul rispetto dei limiti posti dall'art. commi 718 e da 725 a 729 della legge finanziaria 2007.

Sembra opportuno a questo punto suggerire agli enti locali di obbligare gli organismi partecipati avvalendosi dei poteri di controllo che loro spettano nelle

società *in house* o comunque di poteri di controllo quali comproprietari o azionisti, a trasmettere appositi documenti nei quali vengono esposti almeno il risultato di amministrazione, il costo dei servizi, l'aumento o la diminuzione del personale ed il suo costo, le variazioni del patrimonio, l'indebitamento.

Detto documento dovrebbe poi essere allegato al consuntivo dell'ente in modo da consentire le opportune valutazioni del Consiglio comunale e l'esercizio del controllo democratico dei cittadini.

D'altro canto gli obblighi posti dalla legge finanziaria 2008, illustrati nella prima parte della relazione, implicano valutazioni periodiche ma ineludibili di economicità ed efficienza dei servizi da parte dell'ente locale sulle partecipate.

L'esame delle forme di esternalizzazione e dei suoi effetti è oggetto quest'anno di analisi approfondite e riassunte in tabelle numeriche attraverso le quali viene data una rappresentazione sufficientemente analitica del fenomeno.

Commento delle tabelle allegate

Nella tabella n. 1 viene esposto il numero di organismi partecipati suddivisi per forma giuridica e provincia.

Il numero totale di organismi partecipati è di 513; di questi 28 e cioè 22 società di capitali e 6 consorzi sono partecipati da enti di più province. In totale le società di capitali sono ben 334. Nella voce "altro" che riguarda forme giuridiche diverse da quelle espressamente indicate sono raggruppati ben 85 organismi, costituiti soprattutto da aziende speciali ed istituzioni e cioè da organismi che rendono servizi privi di rilevanza economica (art. 114 T.U.E.L.). Va rilevato che il numero complessivo degli organismi partecipati è inferiore a quello delle sole società partecipate nella precedente relazione (584). Ciò è dimostrazione che un numero rilevante di società partecipate non gestisce servizi pubblici locali. La diversa ottica della ricerca ha reso così evidente i problemi che deriveranno dall'applicazione delle due ultime leggi finanziarie.

Dall'esame della tabella n. 2 emerge il numero di società partecipate dagli enti di ciascuna provincia suddiviso tra partecipazione totalitaria od in percentuale superiore od inferiore al 50 per cento nonché per ciascuna provincia il rapporto percentuale tra numero di comuni ed organismi partecipati.

Nella tabella n. 3 gli organismi partecipati sono differenziati per il tipo di partecipazione degli enti.

Nella tabella n. 4 viene indicato il numero dei servizi esternalizzati da ciascun comune ripartito per province.

In assoluto il maggior numero di esternalizzazioni riguarda il ciclo delle acque (in totale 254, di cui 78 nella provincia di Milano 49 nella provincia di Bergamo, 28 nella provincia di Varese, 27 nella provincia di Brescia, 26 nella provincia di Como), seguiti dallo smaltimento dei rifiuti (in totale 177, di cui 68 nella provincia di Milano e 29 sia nella provincia di Bergamo che in quella di Brescia), 134 riguardano l'assistenza alla persona, 45 il trasporto pubblico (peraltro concentrato nella provincia di Milano e cioè ben 32).

La stessa indagine per tipologia di esternalizzazione è stata effettuata per classe di ente nella tabella n.5

La tabella n. 6 riporta per ogni organismo il tipo di servizio reso, consentendo l'analisi delle esternalizzazioni.

Nella tabella n. 7 viene indicato , ripartito per provincia, il numero degli organismi in perdita o di disavanzo nel 2006 e nel 2007. Questi sono 117 nel 2006, 112 nel 2007 e 53 in perdita o disavanzo sia nel 2006 che nel 2007, di cui 26 nel 2007 hanno registrato una perdita o un disavanzo superiore a quello del 2006.

52 sono gli organismi che hanno registrato utili nel 2006 e perdite nel 2007, mentre 8 organismi hanno avuto patrimonio netto negativo nel 2007.-

Nella tabella n. 8 viene indicato il numero di enti locali che hanno effettuato aumenti di capitale, ricapitalizzazioni o finanziamenti soci nel 2006 e nel 2007. Di ciascuna operazione viene data anche una percentuale riferita al numero di enti della provincia.

Nella tabella n. 9 viene rappresentato l'entità del flusso dei trasferimenti e delle erogazioni degli enti locali a favore di organismi partecipati nel 2006, nel 2007 e secondo i dati del bilancio preventivo 2008. Il totale dei flussi finanziari è di circa 1 miliardo di euro nel triennio con picchi nel 2007. Dell'importo complessivo circa la metà ha riguardato la provincia di Milano (470 mila euro); di rilievo anche i dati della provincia di Varese (112 mila euro) in relazione alla dimensione ed al numero di enti della provincia.

Gli stessi dati sono stati riclassificati nella tabella n. 10 per classi di comuni e per l'ente provincia.

In proposito va rilevato che una indagine complessiva sugli effetti economici della esternalizzazione richiede una pluralità di dati (trasferimenti iniziali

finanziari e patrimoniali, fonti di entrata, importi e modalità di spese) che eccedono la presente indagine. Dati rilevanti saranno desumibili dalla delibera che gli enti locali dovranno adottare ai sensi del **comma della legge finanziaria 2009**.

Nella tabella n. 11 sono stati riportati, per provincia, il numero degli enti locali, che hanno registrato variazioni di spesa del personale a seguito di esternalizzazioni effettuate successivamente al 2005.

Nella tabella numero 12 viene riportato il numero di enti, peraltro esiguo, per i quali i revisori dei conti hanno attestato di non aver effettuato le verifiche sui compensi e sul numero degli amministratori. Questi saranno oggetto di apposita istruttoria.

Nella tabella numero 13 viene indicato il numero di comuni che hanno pluripartecipazioni.

Viene allegato anche l'elenco già inserito nella precedente relazione delle società partecipate ai fini di un eventuale raffronto con la tabella n. 6.-

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

L'indagine effettuata dalla Sezione nel 2008 ha riguardato tutte le forme di esternalizzazione dei servizi pubblici effettuati dagli enti locali superiori ai 5.000 abitanti. Il referto si compone di due parti: nella prima vengono illustrate le forme, ed i problemi giuridici che da esse conseguono di esternalizzazione dei servizi; nella seconda parte vengono esposti gli elementi conoscitivi desunti da appositi questionari inviati ai revisori dei conti e da questi redatti.

La relazione prende in esame le forme organizzative attraverso le quali vengono assolti i servizi pubblici, distinti se a rilevanza economica o meno e ne sottolinea la strumentalità rispetto all'attività degli enti locali.

Tra le forme di organizzazione dei servizi pubblici locali non commerciali liberamente adottabili dai comuni dopo la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 113 bis T.U.E.L., la relazione prende in particolare esame i consorzi. Vengono poi illustrati gli effetti del comma 28 dell'art. 2 della legge finanziaria 2008 limitativa ad un'unica forma associativa per ciascun di quelle previste dagli artt. 31, 32, 33 del T.U.E.L. e ne viene messa in luce la dubbia costituzionalità e comunque la rigidità.

Sul piano della contabilità pubblica vengono messi in luce gli effetti sul bilancio dell'ente di pagamenti di quote, di contributi, ripiani di disavanzo, per indebitamento, per aumenti di capitale. Si mettono in luce poi i problemi che nascono dalla applicazione dell'art. 3 comma 30 della legge finanziaria 2008 e dell'art. 23 bis del d.l. 122/2008.

Viene messo in luce che il punto focale della disciplina dell'attività dell'ente pubblico è costituito dall'adeguamento della struttura organizzativa alla resa ottimale dei servizi pubblici. Vengono presi in esame le caratteristiche della forma di gestione in house ed attraverso società miste e viene messa in evidenza la difficile compatibilità della holding o della partecipazione indiretta con la forma di controllo analogo e con la verifica del rispetto dei principi di buon andamento.

Vengono messi in luce i problemi derivanti dalla più recente legislazione. Viene sottolineata la generale linea di tendenza di fissare sugli amministratori dell'ente locale l'obbligo di apportare modifiche allo statuto della società partecipata per adeguarlo alle prescrizioni normali nonché di intervenire attraverso direttive ai componenti dei Consigli di Amministrazione per adeguarne i comportamenti.

Vengono prese in esame, per ciascuna disposizione, gli effetti e le ricadute dell'art. 13 del d.l. 233/2006, dei commi 27, 28 e 30 della legge finanziaria 2008 e dell'art. 23 bis del d.l. 112/2008.

Nella seconda parte della relazione vengono espone, nella forma grafica delle tabelle, analisi che mettono in luce i dati numerici di ciascuna forma giuridica di esternalizzazione, suddivisi per province, per classi di enti, per percentuali di partecipazioni degli enti agli organismi. Attraverso altre tabelle vengono analizzate le tipologie di servizi esternalizzati. Anche questi dati sono esposti sia per province che per classi di enti.

Vengono ancora messi in luce i dati numerici relativi agli enti locali per i quali è variata la spesa del personale a seguito di esternalizzazioni successive al 2005.

Di interesse sono i dati relativi ai trasferimenti operati negli anni 2006 e 2007 (secondo i dati di consuntivo) e 2008 (secondo i dati di preventivo) dagli enti locali agli organismi partecipati nonché alla perdita subita (anche a livelli di patrimonio netto) dagli organismi partecipati. Vengono ancora riuniti in tabelle numerica gli enti locali che hanno effettuato nel 2006 e nel 2007 operazioni di aumento di capitale, ricapitalizzazione, finanziamento soci.

In appendice vengono infine resi ostensivi, per ciascun ente locale elemento rilevanti riguardanti le partecipazioni in organismi esterni.