

XIII LEGISLATURA - DISEGNI DI LEGGE E RELAZIONI - DOCUMENTI

	art. 19	art. 20	art. 22	art. 23	art. 24	art. 25	art. 26	art. 28	art. 29	art. 35 c. 5
RUBRICA	Competenza dei responsabili dei servizi	Fasi dell'entrata	Modi di accertamento delle entrate	Disciplina dell'accertamento	Riscossione	Versamento	Fasi della spesa	Liquidazione della spesa	Ordinazione e pagamento	Regole per l'assunzione di impegni e per l'effettuazione di spese
CATANZARO							Prevista fase della spesa ulteriore assegnazione delle dotazioni finanziarie da parte della Giunta	a) Liquidazione e ordinazione coincidono quando si tratta di spese fisse per legge o a scadenza determinata b) c. 3 impeditivo del riscontro per mancanza estremi imp e copertura fin		
RAGUSA		Inserisce fase dell'ordinativo di incasso						a) Liquidazione suddivisa in tecnica, contabile e amm.va b) Restituzione fatture senza impegno. controllo impeditivo per mancanza rapporto sottostante e allargamento poteri Ser. fin		
ASSEMINI	Termine periodico per modifiche PEG			Disciplina per tipologia di entrate	Entrate riscosse in denaro liquido; disciplina più analitica			a) Allarga controlli sul bene o servizio istituendo collaudi anche esterni; b) Controllo preventivo del Serv. fin. sugli atti di liquid. per conseguenti adempimenti si intende anche restituzione dell'atto di liquid. Ordine del Sindaco di dar corso non vale nel caso di pag oltre il limite del capitolo		
PROV. ALESSANDRIA	Variazioni al bilancio e al PEG richieste dai Resp. dei Servizi secondo gli obiettivi della Giunta						Visto di regolarità compete esclusiv. per controllo finanziario	a) Determinazioni esecutive dall'inizio b) Liquidazione per fatture provvisorie b) solo per copertura controlli Serv. fin.		Divieto impegni per servizi non previsti quando sussista in ultimo rendiconto disav o emerga debito fuori bil e non sia adottato art 36
PROV. MATERA	Costante monitoraggio per variazione dotazione. Comp. della Giunta sostituita in alcuni casi dal Sindaco							Liquidazione sottoscritta dal Resp. del Settore e del Centro di costo		

	art. 40	art. 41	art. 42	art. 45	art. 47	art. 49	art. 55	art. 56	art. 57
RUBRICA	Modalità del controllo di gestione	Referto del controllo di gestione	Fonti di finanziamento	Attivazione delle fonti di finanziamento derivanti dal ricorso all'indebit.	Attivazione di prestiti obbligazionari	Fidelizzazione	Gestione informatizzata del servizio di tesoreria	Operazioni di riscossione	Riscossione delle entrate patrimoniali ed assimilate, nonché di contributi di spettanza dell'ente
TORINO	Controllo Internal Auditing								
MANTOVA	Processo di controllo, periodica trasmiss. dei dati in rapporto alle esig. dei destinatari ed allo sviluppo del sistema informativo								
SAVONA	a) Con riguardo a verifiche: Dir. Fin. e Giunta b) Nucleo di val. con riguardo al Reg. degli uff. e servizi	Creazione Servizio contr. di gestione							
COPPARO	Controllo budgetario	Istituzione di apposito Servizio di controllo							
LUCCA	Modalità demandate ad apposito regolamento	Nucleo di val. verifica attività dirigenziale							
PERUGIA		a) Istituzione Servizio di controllo gestionale organo di reporting e collaborazione con i dirigenti. b) Nucleo di val. verifica intera attività ammin. va	Attivazione di fonti di finanziamento derivanti dall'indebitamento mediante leasing o pagamento rateale superiore a cinque anni						
URBINO	Il Collegio dei Revisori svolge verifiche di efficienza, efficacia ed econom. secondo un piano triennale						Predeterminato da regolamento il contenuto della convenzione	Riscossione di crediti per i quali sono state esperite procedure d'incasso	
L'AQUILA	Distinzione tra controllo fin. e controllo di gestione	Apposita disciplina inserita nel regolamento di contabilità per struttura controllo di gestione							
CIAMPINO	a) Il controllo verifica solo lo stato di attuazione dei prog. b) Dir. Gen. determina le modalità del controllo						Delega interamente a convenzione (vedi collegamento diretto)		
ISERNIA	Controllo tramite verifiche del Resp. del serv. che presenta relazione al Coll. dei Rev. ed al Servizio controllo di gestione		Ignora priorità primo comma				Delega alla convenzione per la gestione informatizzata		Abroga la norma precedente (che prevedeva la possibilità)
POTENZA	a) Delega ad apposito Reg. per disciplina del controllo di gestione b) Dir. gen. pianifica controllo di gestione come 2 art. 40	a) Il Reg. uff. e servizi prevede il Nucleo di Valutaz. b) Composta da membri esterni la struttura operativa di contr. fornisce supporto al Coll. dei Rev.							
RAGUSA		a) Il Nucleo di Valutazione dovrebbe essere contenuto nel regolamento degli uffici e dei servizi e invece richiama il Regolamento di contabilità b) Deroga art. 20 decreto 29/93							
ASSEMmini	a) Controllo distinto in economico e finanziario b) Modalità di controllo budgetario a campione c) È svolto dal servizio finanziario quando non è svolto dal Nucleo di Valutazione posto alle dipendenze del Sindaco	Collegio dei revisori partecipa al controllo di gestione, rispetto alla norma manca referto ai dirigenti dei Servizi							
PROV. ALESSANDRIA	Controllo budgetario	Incarichi conferiti ai dirigenti sono revocabili per fenomeni gestori negativi							Non più possibile a meno di modifica regolamentare
PROV. MATERA	Monitoraggio costante risorse-interventi tramite servizi controllo di gestione	Referti trimestrali da inviare a date prestabilite dell'anno successivo							

	art. 65	art. 66	art. 100	art. 104	art. 107	art. 112	art. 114	art. 115	art. 117
RUBRICA	Verifiche straordinarie di cassa	Obblighi di documentaz. e conservazione	Organo di revisione economico-finanziaria	Limiti all'affidamento di incarichi	Compense dei revisori	Obbligo di rendiconto per contributi straordinari	Approvazione di modelli	Tempi di applicazione	Gradualità di ammortamento dei beni
VICENZA	Verifiche di cassa in qualsiasi momento		Revisori iscritti nel registro dei revisori contabili			Rendiconto dei contributi straordinari solo a richiesta			
SAVONA	Verifiche in qualunque momento			Deroghe limiti esterni					
MELDOLA						Rendicontazione solo a richiesta		Deroga entrata in vigore contabilità economica	
LUCCA	Il contenuto di questa norma è utilizzato per derogare una norma inderogabile								
PERUGIA	Il Serv. fin. effettua verifiche autonome e saltuarie anche in sostituzione del Collegio dei Revisori							Rinvio al 2000 della contabilità economica	
URBINO				Solo limite massimo di sei incarichi			Variazioni rispetto ai modelli elencati		
L'AQUILA						Esplícita richiesta di rendiconto per contributi straordinari			Diversa gradazione per l'iscrizione di importi di ammortamento dei beni
CIAMPINO	Verifiche di cassa effettuabili in qualsiasi momento dal Resp. del serv. fin.								
ISERNIA	Verifiche straord. di cassa effettuabili in qualsiasi momento			Limitazione incarichi					
POTENZA		Disciplina convenzionale obbligo di documentazione			Derogato dalla convenzione senza esplicito richiamo				
BISCEGLIE								Decorrenza struttura bil. di prev. dal 1997	
CATANZARO	Scambio organi preposti a verifiche di cassa ordinarie e straordinarie								
ASSEMINI	Verifiche di cassa straordinarie in qualsiasi momento disposte dal Sindaco								

8 Gestione dei servizi pubblici: aziende speciali e società miste

Questa Sezione, già nelle relazioni per gli esercizi precedenti, ha avuto modo di occuparsi di tematiche inerenti i servizi pubblici locali.

Peraltro, stante l'attenzione continua e particolare che la materia sta ricevendo da parte di organi istituzionali, di organizzazioni imprenditoriali e della stampa specializzata, si è ritenuto di dover ritornare sull'argomento.

D'altra parte, l'ambito è davvero significativo: nel novembre u.s. un attrezzato quotidiano economico nazionale, con riferimento ad una recente ricerca operata da Enea - Nomisma nel comparto dei servizi pubblici locali, indicava in oltre 152.000 gli addetti e in quasi 30 mila miliardi di lire il fatturato annuo. Emergeva, tra l'altro, dalla ricerca un interessante dato relativo al rapporto tra tipi di gestione e mercato: su un campione di 923 aziende aderenti alla Cispel, solo l'11% era rappresentato da S.p.a. (maggioritarie e minoritarie), il 43% aveva ancora la veste di azienda speciale, mentre per il 22% si trattava di gestioni in economia e, addirittura, per l'11% di gestioni in forma non adeguata alla legge n. 142 del 1990 (le c.d. aziende municipalizzate). Appena l'1% riguardava gestioni in concessione a terzi.

8.1 I servizi pubblici locali

Gli enti territoriali sono interpreti primari dei bisogni e delle esigenze delle rispettive comunità.

L'assunzione dei servizi pubblici locali è rimessa ad autonome valutazioni di comuni e province in relazione ai differenti contesti socio-economici e territoriali. Ovviamente, affinché possa essere assunta come servizio pubblico, dovrà trattarsi di una attività incidente in via diretta sulla comunità, perché rispondente ad esigenze essenziali o diffuse di una determinata collettività locale.

Ci si trova, dunque, di fronte ad un'area di autonomia assai vasta, delimitata solo per i servizi obbligatori (che il legislatore statale ha ritenuto debbano essere comunque presenti) e per quelli di preminente interesse generale per i quali il legislatore prevede un regime di riserva-monopolio.

In questa prospettiva, l'art. 22 comma 1° della legge 8 giugno 1990 n. 142 può essere letto come lo sviluppo, in senso ulteriormente autonomistico, della disposizione di cui all'art. 1 del T.U. 15 ottobre 1925 n. 2578 sulla municipalizzazione. È noto che l'elenco di servizi contenuto nell'articolo di apertura del testo unico doveva essere ritenuto di carattere esemplificativo e non tassativo; tuttavia la scelta di non ribadire, a livello legislativo, la prequalificazione di determinate attività come servizio pubblico, sembra rafforzare il momento discrezionale della scelta dell'ente locale.

In via generale, dunque, salve le specifiche previsioni legislative di una riserva di attività, le iniziative degli enti locali nel campo dei servizi pubblici non escludono analoghe, concorrenziali iniziative private.

Il fondamento costituzionale dell'assunzione dei servizi pubblici, a carattere economico ed imprenditoriale, da parte degli enti locali è l'art. 41 della Costituzione, nella parte in cui riconosce l'iniziativa economica pubblica; l'art. 43 della medesima viene certamente in questione anche in questa materia, ma solamente per i servizi il cui espletamento venga riservato agli enti locali dalla legge qualora ricorrano i presupposti che legittimano tale scelta sulla scorta del precetto costituzionale, letto alla luce dei vincoli della disciplina comunitaria.

Peraltro, qualora la riserva effettivamente sussista, occorre notare come ciò non comporti un vincolo circa la scelta della forma di gestione: il servizio riservato a comuni e province potrà essere organizzato tanto nella forma della c.d. assunzione diretta (gestione in economia o mediante azienda speciale) quanto mediante concessione a terzi o affidamento a società.

Infatti, la riserva riguarda la situazione soggettiva di impresa e non anche la sua forma di gestione.

8.2 L'azienda speciale

L'art. 22 della legge 8 giugno 1990, n. 142 nella sua formulazione originaria, dopo aver precisato, al primo comma, che i comuni e le province provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali, indica al successivo terzo comma le forme della gestione dei servizi pubblici, precisando che questa può essere realizzata:

- a) in economia, quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio non sia opportuno costituire una istituzione o una azienda;
- b) in concessione a terzi, quando sussistano ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale;
- c) a mezzo di azienda speciale, anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale;
- d) a mezzo di istituzione, per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale;
- e) a mezzo di società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, qualora si renda opportuna, in relazione alla natura del servizio da erogare, la partecipazione di altri soggetti pubblici o privati".

Nell'ordinamento italiano, l'introduzione del modello dell'azienda speciale operato dalla legge 29 marzo 1903 n. 103 ha rappresentato un momento di innovazione estremamente significativo.

Il concetto di impresa pubblica è nato con le aziende speciali - comunemente dette municipalizzate - per mezzo delle quali si sono realizzate le prime forme di intervento diretto nell'economia da parte dei pubblici poteri.

Solo in seguito si sono aggiunte sia la figura dell'ente pubblico economico direttamente imprenditore o holding a livello nazionale, sia le ipotesi di partecipazione azionaria pubblica.

Con la legge n. 142 si assiste alla rivalutazione di questo modello, cui viene attribuito un ruolo centrale nel campo dei servizi pubblici locali.

Nell'individuare le forme gestorie dei servizi pubblici locali di carattere industriale e commerciale, l'art. 22 3° comma delinea infatti l'azienda speciale come il sistema normale ed ordinario di gestione, mentre gli altri modelli sono tutti connotati da presupposti e da tratti di opportunità che devono ricorrere perché sia possibile farvi luogo.

In questo senso, i servizi possono essere gestiti in economia quando non sia opportuno costituire un'azienda speciale per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio; la concessione a terzi si può attivare quando sussistano ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale, la società per azioni a prevalente capitale pubblico locale si può costituire quando sia opportuna la partecipazione di altri soggetti pubblici o privati in relazione alla natura del servizio da erogare.

Per le aziende speciali, invece, non si pone alcuna condizione specifica: è sufficiente la circostanza concreta dell'assunzione di un servizio che si caratterizzi come imprenditoriale, senza ulteriori elementi o situazioni particolari.

Ciò non significa che l'azienda possa essere scelta senza una ponderazione e valutazione comparativa in relazione ai singoli contesti, tra le varie alternative di gestione. È peraltro innegabile che il legislatore del 1990 abbia voluto segnalare la centralità del modello azienda speciale.

Vediamo, ora, alcune caratteristiche proprie della nuova azienda speciale:

a) L'autonomia imprenditoriale⁸⁵

La novità più significativa, nel regime giuridico dell'azienda speciale introdotta dalla legge n. 142, riguarda la nuova configurazione della stessa come "ente strumentale dell'ente locale dotato di personalità, di autonomia imprenditoriale e di proprio statuto, approvato dal consiglio comunale o provinciale" (art. 23 comma 1°).

L'espressione "autonomia imprenditoriale" sta a significare che alle aziende deve integralmente applicarsi lo "statuto" dell'impresa, con la conseguenza che alle stesse deve riconoscersi piena autonomia nella gestione del servizio, mentre all'ente locale non devono restare che le funzioni di indirizzo e di vigilanza (art. 23 comma 6° della legge n. 142). Le posizioni dei due soggetti devono essere ben separate: l'ente locale non può calarsi nelle scelte di gestione concrete, così come l'azienda non può autoindirizzarsi ed essere esente da una vigilanza. Come esempio di questa rafforzata autonomia, può menzionarsi il caso dei regolamenti di utenza per i rapporti relativi all'erogazione dei servizi.

Tali regolamenti erano prevalentemente approvati dal consiglio dell'ente locale; ora, essendo il regolamento di utenza definibile come un insieme di condizioni generali di contratto, spetterà all'imprenditore - cioè all'azienda - decidere al riguardo.

In sostanza, l'azienda non deve essere una struttura meramente servente dell'ente locale, né un organo di esecuzione pedissequa delle sue determinazioni.

Ma vi sono conseguenze ulteriori: l'autonomia imprenditoriale delle aziende, oltre ad impedire l'ingerenza dell'ente locale nella gestione del servizio, costituisce un vincolo all'esercizio, da parte del medesimo, del potere di indirizzo e vigilanza, il quale dovrà essere rispettoso del criterio di economicità. In altre parole, l'ente locale non può imporre alle aziende il conseguimento di obiettivi antieconomici, e, qualora intende farlo per motivi politici o sociali, deve assicurare la copertura di eventuali costi sociali (art. 23 comma 6° della legge n. 142).

In definitiva, appare chiara l'intenzione del legislatore di accogliere il principio, già sostenuto in dottrina, secondo cui il "modulo aziendale", inteso in senso economico quale principio dell'equilibrio finanziario, è connaturato all'erogazione di un servizio pubblico come il principio di legalità all'emanazione dell'atto amministrativo⁸⁶;

b) La personalità giuridica

Secondo una tesi nota ed autorevole, comunque minoritaria, le aziende già in passato avevano personalità giuridica in base alla legislazione previgente⁸⁷; in ogni caso una spiccata soggettività giuridica delle aziende derivava dalla capacità di compiere tutti i negozi giuridici necessari per il raggiungimento del loro fine e di stare in giudizio per le azioni che ne conseguono (art. 2 comma 3 del T.U. 2578 del 1925) e dall'ampia autonomia operativa già riconosciuta alle aziende stesse.

Comunque, oggi la piena personalità giuridica è stata attribuita dall'art. 23 comma 1° della legge n. 142;

c) Il patrimonio aziendale

In passato, in ragione della mancanza in capo all'azienda di una propria personalità, il patrimonio della stessa era, di massima, in titolarità dell'ente locale, esclusi i beni acquistati dall'azienda con mezzi propri.

La titolarità dell'ente locale era, tuttavia, solo formale, perché l'insieme dei beni configurava un patrimonio di scopo che l'ente locale non poteva distogliere dalla finalità specifica del servizio pubblico di destinazione e di cui l'azienda aveva piena disponibilità.

⁸⁵ Per la trattazione di altri aspetti vedasi la relazione della Sezione per l'anno 1996, pag. 77 e segg.

⁸⁶ F. Merusi "Servizi pubblici instabili".

⁸⁷ F. Bassi "Natura giuridica dell'azienda municipalizzata".

Data la situazione preesistente, il trasferimento dei beni dall'ente locale all'azienda fornita di personalità giuridica appare oggi un atto per molti versi del tutto formale. In pratica ne potevano, tuttavia, sortire onerose conseguenze fiscali, ma il problema è stato risolto in radice dall'art. 13 bis del d.l. 12 gennaio 1991, n. 6 convertito, con modificazioni, in legge 5 marzo 1991, n. 80, che ha esentato da ogni imposta, spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie o natura, senza limiti di valore i trasferimenti di beni mobili e immobili effettuati dai comuni, dalle province e dai consorzi fra tali enti a favore delle aziende speciali.

8.3 Società miste

8.3.1 La S.p.a. a partecipazione pubblica maggioritaria

L'art. 22, della legge n. 142 del 1990 nell'inserire la forma societaria della S.p.a. tra le possibili modalità di gestione dei servizi pubblici locali pone i seguenti punti fermi:

- a) legittima definitivamente il ricorso alla S.p.a. da parte degli enti locali, opzione sicuramente rientrando nella capacità giuridica di diritto privato dell'Ente ma spesso negata o limitata dalla giurisprudenza;
- b) esclude qualsiasi ipotesi di S.p.a. unipersonale, ed anzi eleva l'opportunità della partecipazione di altri soggetti pubblici o privati a ragione necessaria del ricorso a tale modulo⁴;
- c) dispone l'affidamento del servizio senza ricorrere alla concessione e alle relative pertinenti procedure concorsuali⁵;
- d) richiede che nel capitale sociale le quote dell'Ente siano prevalenti, assicurando al medesimo la maggioranza nella società.

Quest'ultimo elemento è il cardine della "ratio" dell'istituto e del suo regime.

Infatti, è evidente che il legislatore del 1990 non aveva affatto come obiettivo la dismissione di servizi pubblici locali ma, limitatamente ai casi in cui ciò fosse opportuno e conveniente, la c.d. "privatizzazione formale" delle relative modalità di gestione.

Dunque, non passare la mano al privato, ma una gestione con forme privatistiche e però saldamente in mano pubblica, che permettesse:

1. maggiore distinzione di responsabilità tra politici e gestori con annesse responsabilità fino alla sanzione estrema del fallimento essendo pacifica l'inapplicabilità dell'art. 2221 c.c. (sottrazione degli enti pubblici economici in caso di dissesto);
2. riduzione al minimo delle fasi disciplinate dal diritto amministrativo e, dunque, maggiore flessibilità decisionale e operativa;
3. possibilità di acquisire all'esterno, da parte di altri soci pubblici o privati, ulteriori risorse finanziarie e tecniche.

La S.p.a. a maggioranza pubblica si affiancava in tal modo all'azienda speciale, nel frattempo rivista, condividendone il fatto di rappresentare una modalità di gestione in mano pubblica del servizio e distaccandosene invece per gli altri aspetti appena evidenziati.

Anzi, sotto questo profilo, la si sarebbe potuta definire, più che una variante, la naturale e definitiva evoluzione dell'azienda⁶.

Il sistema non trascurava neppure il lato delle garanzie: nei confronti dell'ente di riferimento queste erano assicurate (senza necessità di deroga all'ordinamento societario) dal fatto di costituire come parte pubblica l'azionista di maggioranza; nei confronti delle eventuali posizioni di privilegio del socio privato nei rapporti contrattuali tra S.p.a. e terzi, interveniva la direttiva comunitaria (52 del 1990) sugli appalti pubblici di servizi che equiparava una siffatta

⁴ vedi, peraltro, la nota n. 6.

⁵ L'alternatività tra S.p.a. e concessione è stata confermata dalla Corte di Cassazione, Sez. Un. n.4989 del 1995).

⁶ La conferma è rappresentata dall'art. 17, comma 51 della l. n. 127 del 1997, di cui si dirà nel prosieguo del testo, che consente agli enti locali di trasformare le aziende speciali in S.p.a. con atto unilaterale potendo restare azionisti unici per un periodo non superiore a due anni.

S.p.a. all'amministrazione di riferimento imponendole nei rapporti contrattuali con i terzi le medesime modalità richieste alla P.A.

È stata considerata delicatissima questione quella dei criteri che l'ente locale deve osservare nella scelta dei "partners" privati di una società a prevalente capitale pubblico.

Questione che, a differenza di quella concernente le modalità di selezione del socio in una struttura a partecipazione pubblica minoritaria espressamente disciplinata (vedasi prosieguo) non è oggetto di specifici e puntuali riferimenti normativi.

Sulla problematica è, ora, intervenuta una interessante sentenza del Consiglio di Stato (Sez. V, 19 febbraio 1998, n. 192) che ha dettato la seguente massima: "I principi di buona amministrazione e di trasparenza amministrativa, nonché quello di concorrenzialità, da considerare ormai immanente nell'ordinamento tutte le volte in cui debba effettuarsi la scelta di un operatore privato chiamato a svolgere attività per conto e nell'interesse della P.A., impongono l'espletamento delle procedure di evidenza pubblica, in sede di selezione del partner privato di minoranza di una società a partecipazione pubblica maggioritaria"⁷.

8.3.2 La S.p.a. a partecipazione pubblica minoritaria

L'art. 12, 1° comma, della legge 23 dicembre 1992 n. 498 dispone che: "le Province e i Comuni possono, per l'esercizio di servizi pubblici e per la realizzazione delle opere necessarie al corretto svolgimento del servizio.....costituire apposite società per azioni anche mediante gli accordi di programma di cui al nono comma, senza il vincolo della proprietà maggioritaria di cui al terzo comma lett. e) dell'art. 22 della legge 8 giugno 1990 n. 142".

La legge pone espressamente alcune regole concernenti la scelta del socio privato e la eventuale collocazione sul mercato delle azioni, il ricorso all'azionariato diffuso e la nomina di amministratori e sindaci.

L'art. 12 secondo comma affida poi ad un apposito atto di legislazione delegata il completamento sia della disciplina concernente il regime societario (art. 12, secondo comma, lett. a), sia di quella preposta alla scelta del socio privato (lett. b). Il d.lgs. avrebbe dovuto, altresì, disciplinare "la natura del rapporto intercorrente fra l'ente locale ed il privato (lett. c) e "forme adeguate di controllo dell'efficienza e della economicità dei servizi (lett. d).

È noto che la norma di cui all'art. 12 secondo comma non ha avuto attuazione, sicché con l'art. 4 del d.l. 31 gennaio 1995 n. 26, convertito con legge 29 marzo 1995 n. 95, è stato previsto che "al fine di favorire l'immediato avvio di operatività delle disposizioni di cui alla legge 23 dicembre 1992, n. 498, concernente la costituzione delle società miste con la partecipazione non maggioritaria degli enti locali per l'esercizio dei servizi pubblici e la realizzazione di opere pubbliche, si provvede con regolamento da adottarsi ai sensi dell'art. 17 secondo comma della legge 23 agosto 1988, n. 400, sulla base dei principi e dei criteri di cui al secondo comma del medesimo art. 12 entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, nel rispetto della normativa comunitaria".

In virtù della disposizione contenuta nell'art. 4 del d.l. 31 gennaio 1995, n. 26, l'integrazione della disciplina della società a prevalente capitale privato per l'esercizio dei servizi pubblici locali (sia con riferimento alla procedura concorsuale del "partner" privato che in relazione alla disciplina stessa della società) è avvenuta ad opera del regolamento governativo d.P.R. 16 settembre 1996, n. 533.

Fin qui la storia della normativa.

Alcune osservazioni, peraltro, sono subito indispensabili.

Mentre nel 1990 ci si era posti esclusivamente il problema di aggiornare gli strumenti della gestione in mano pubblica (riforma sulle aziende, S.p.a. a maggioranza pubblica) lasciando inalterato sia il confine che la separava da quella privata sia il modulo organizzativo

⁷ A opposte conclusioni era giunta la Corte di appello di Milano nel decreto di accoglimento di reclamo 19 febbraio 1998 proposto dall' A.E.M. S.p.a.

(concessione), nel periodo successivo la grave crisi della finanza pubblica non ha potuto non interessare anche questo versante (vedasi la legge 30 luglio 1994 n. 474, contenente norme per l'accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e di Enti pubblici in S.p.a.).

Con ciò non si vuol dire che sul piano concettuale e istituzionale sia possibile un perfetto parallelismo tra imprese pubbliche nazionali e imprese pubbliche locali per quanto riguarda il processo di privatizzazione, ma il dato sul piano dell'indirizzo legislativo è innegabile, per cui esiste un non facile problema del reciproco rapporto dei due corpi normativi.

È vero infatti che l'art. 2 comma 3° del d.l. 31 maggio 1994 n. 332 convertito con legge n. 474 del 1994, nel disciplinare i poteri speciali riservati all'ente pubblico in sede di atti di disposizione che comportano la perdita del controllo della società partecipata, utilizza una formula assai ampia, affermando che tali disposizioni "si applicano anche alle società controllate, direttamente o indirettamente da enti pubblici, anche territoriali ed economici, operanti nel settore dei trasporti e degli altri servizi pubblici e individuate con provvedimento dell'ente pubblico partecipante...".

A parte, quindi, la necessità di una pregiudiziale, specifica individuazione di tali società da parte dell'ente territoriale, a cui applicare le predette norme, appare arduo poter ritenere che l'applicazione stessa possa riguardare tutte le S.p.a. di gestione dei servizi pubblici locali, per il rilievo determinante che le dismissioni ai sensi dell'art. 1 bis, sono subordinate "alla creazione di organismi indipendenti per la regolarizzazione delle tariffe e il controllo della qualità dei servizi di rilevante interesse pubblico" - vale a dire alla c.d. authority - che appunto giustificano i poteri speciali.

Quale che sia l'interpretazione da assumere, in ogni caso, ferma la predetta individuazione, resta il fatto che quantomeno i servizi di trasporto e quelli del settore energetico sono destinati a ricadere sotto la disciplina delle dismissioni ponendo, di conseguenza, il problema del rapporto con le altre fonti.

Si pongono subito due questioni: le conseguenze che derivano dalla dismissione della maggioranza delle azioni successiva alla costituzione della S.p.a. maggioritaria, con particolare riguardo all'affidamento senza concessione del servizio pubblico locale, e la compatibilità tra la disciplina delle dismissioni del 1994 e quella per la costituzione della S.p.a. minoritaria del 1995.

Sul primo punto, va ricordato che prima della normativa del 1995 non vi erano dubbi nell'assoggettare la S.p.a. di gestione del servizio locale, una volta che l'ente avesse ceduto la maggioranza delle azioni, al regime della concessione. La dismissione, in sostanza, comportava la modifica del regime dettato per la S.p.a. maggioritaria e il conseguente passaggio dalla lettera e) alla lettera b) del terzo comma dell'art. 22 della legge n. 142.

Con le innovazioni apportate dall'art. 12 della legge n. 498 e all'art. 4 della legge n. 95, la risposta sembra essere più articolata:

1. se l'ente locale intende trasformare in minoritaria "speciale" (disciplina del 1992 e 1995) la S.p.a. maggioritaria, troverà applicazione appunto la disciplina speciale (leggi nn. 498 e 95): costituzione di nuova S.p.a., selezione dei soci privati, ecc;
2. se l'ente locale, invece, vuole recidere ogni collegamento si aprono due possibilità:
 - a) o si ritiene che la dismissione di S.p.a. operanti nel campo dei servizi pubblici non sia concepibile se non con il mantenimento del titolo in base al quale era affidata la gestione del servizio, come sembra ragionevole;
 - b) o invece la società stessa (con i soci residui) ottiene il servizio a titolo di concessione con le relative procedure concorsuali, rifluendo per intero nella normativa ordinaria della lett. b) del comma 3 dell'art. 22 della legge n. 142.

È chiaro che a seguito di esito negativo della selezione si avrebbe cessazione della società per impossibilità di conseguire lo scopo sociale (art. 2448 c.c.)

Nell'ipotesi sub a), accanto alla riserva ex lege a S.p.a. maggioritaria ai sensi dell'art. 22, della legge n. 142 o minoritaria ai sensi dell'art. 4, della legge n. 95, si aggiungerebbe una terza ipotesi di gestione di servizi pubblici locali tramite S.p.a. senza concessione: quella appunto della S.p.a. esclusivamente privata derivante dalla dismissione della partecipazione pubblica di controllo.

Ciò detto ritorniamo alle leggi n. 498 del 1992 e n. 95 del 1995. Che l'intento della prima, poi ripreso dalla seconda, sia quello di varare la S.p.a. a partecipazione pubblica minoritaria, dettandone un apposito regime è fuori di dubbio. Basti pensare all'obbligo di prevedere nell'atto costitutivo amministratori e sindaci di nomina dell'ente o alla disciplina della entità minima di capitale tale da rendere praticabili le garanzie previste dal Codice Civile. D'altra parte ne è conferma proprio l'art. 4 della legge n. 95, che riferisce alla sola S.p.a. minoritaria la prevista disciplina regolamentare.

Non dimenticando che la disciplina della legge n. 142 del 1990 non aveva certamente posto in discussione la possibilità dell'ente pubblico di assumere partecipazioni minoritarie in S.p.a. che gestissero a titolo di concessione il servizio, le disposizioni del 1992 e del 1995 affrontano il problema non solo per definire lo statuto delle partecipazioni minoritarie pubbliche in questo settore, ma anche per forzare l'affidamento senza concessione.

Ci si è chiesti il perché dell'affidamento del servizio alla S.p.a. minoritaria al di fuori della concessione.

Si è osservato che manca la ragione generale propria della scelta organizzativa pubblicistica, che assimilava la S.p.a. maggioritaria all'azienda, nonché la ragione specifica di agevolare la trasformazione dell'impresa pubblica locale da una veste giuridica (azienda) ad un'altra (S.p.a.) il cui presupposto è, almeno nel breve periodo, la prevalenza pubblica.

Si è osservato, ancora, che manca ogni coerenza con l'indirizzo legislativo da cui la norma trae origine, perché è assai singolare l'avvio di un processo di dismissioni e di trasferimento dei servizi pubblici all'esterno abbandonando la strada maestra della concessione del servizio pubblico locale e delle relative procedure concorsuali.

Comunque, per bilanciare a fini interni e comunitari la deroga all'affidamento del servizio pubblico previa concessione, il legislatore si è trovato nella necessità di introdurre una sul versante del diritto societario e cioè la scelta dei soci privati con procedure concorsuali.

Quanto l' "escamotage" potrà garantire dalle obiezioni in sede comunitaria, sarà tutto da verificare.

Resta in ogni caso la questione delle relazioni S.p.a. - terzi.

8.3.3 L'attività contrattuale della S.p.a. a partecipazione pubblica nella materia dei servizi, lavori e forniture

La normativa degli appalti nei settori esclusi ha incidenza sulle S.p.a. miste con riferimento ai contratti d'appalto che verranno conclusi dalle S.p.a. per procurarsi servizi, lavori, forniture.

La S.p.a. a partecipazione pubblica operante nei settori c.d. esclusi, rientrando nel concetto di "impresa pubblica" è tra i soggetti (ex art. 2 2° comma del d.l.gs. n. 158 del 1995) tenuti ad applicare le procedure indicate dal decreto, ogni qual volta debba procedere ad aggiudicare appalti di servizi, lavori, forniture, a meno che non si tratti di appalti di servizi ad una impresa collegata (art. 8 3° comma del d.l.gs. n. 158 del 1995).

Più complessa appare la questione con riferimento ad una S.p.a. a partecipazione pubblica, affidataria di un servizio pubblico che non rientra nei settori c.d. esclusi (acqua, energia, trasporto e telecomunicazioni). Potrà questa S.p.a. agire liberamente nel procedere ad appaltare, oppure dovrà anch'essa, come la "gemella" che opera nei settori esclusi, rispettare le procedure imposte dalla normativa comunitaria sugli appalti?

- 1) Per gli appalti dei servizi pubblici è da notare che non rilevano la direttiva sui servizi e il d.lgs. n. 157 del 1995: non rientrando tale S.p.a. nel concetto di "amministrazione aggiudicatrice" fornito dalla direttiva, i principi ivi stabiliti non sono ad essa diretti.

L'aspetto da approfondire è tuttavia quali servizi una tale S.p.a., costituita dall'ente locale e da altri soci pubblici o privati, per la gestione di un determinato servizio pubblico, possa appaltare ad altri soggetti.

Il servizio oggetto principale della S.p.a., per il quale essa è stata costituita ottenendone l'affidamento diretto e per il quale sono stati scelti i soci, non può che essere svolto dalla società stessa. Sembra questa infatti l'applicazione logica e conseguente di un principio generale che vale nell'organizzazione pubblica, il principio di "azione diretta".

Tale principio comporta, più semplicemente, che i compiti per il cui svolgimento è stato creato un soggetto non possono essere svolti da altri: così operando, si rischierebbe di alterare il sistema di garanzie pubbliche sotteso a quella scelta organizzatoria, scelta che l'art. 97 Cost. rimette alla legge.

La formula societaria con le caratteristiche indicate dagli artt. 22 della legge n. 142 del 1990 e 12 della legge n. 498 1992, è un mezzo che il legislatore ha valutato idoneo per svolgere un compito proprio degli enti locali, vale a dire un servizio pubblico legittimamente assunto secondo un programma anche in base alla forma di gestione scelta. È evidente che fare di tale società "una scatola vuota", trasferendo ad altri la gestione del servizio, è non rispettare una valutazione operata dal legislatore in via generale e rimessa nel caso concreto alla decisione dell'ente locale, in particolare ad una delibera del consiglio comunale o provinciale.

Se invece, i servizi sono diversi da quello oggetto principale della S.p.a., bisogna valutare se tale società possa svolgerli: è un problema che attiene alla capacità della società stessa (oggetto sociale), ma che tuttavia non riguarda le attività accessorie, strumentali, di natura squisitamente tecnica.⁸⁸

- 2) Per gli appalti di lavori, la disciplina è oggi dettata dalla legge quadro in materia di lavori pubblici (legge 11 febbraio 1994, n. 109 nel testo modificato dal decreto legge 3 aprile 1995, n. 101 convertito in legge 2 giugno 1995, n. 216) così come integrata e modificata dalla legge 18 novembre 1998, n. 415 (c.d. Merloni ter). Ed in specifico dall'art. 2 commi 2, 3, 5, 5 bis della legge 109 novellata.

Testualmente l'art. 2, comma 2 dispone: "Le norme della presente legge e del regolamento di cui all'art. 3, comma 2 si applicano: a).....b)alle aziende speciali ed ai consorzi di cui agli articoli 23 e 25 della legge 8 giugno 1990, n. 142, e successive modificazioni, alle società di cui all'art. 22 della legge 8 giugno 1990, n. 142, e successive modificazioni, ed all'art. 12 della legge 23 dicembre 1992, n. 498, e successive modificazioni, alle società con capitale pubblico, in misura anche non prevalente, che abbiano a oggetto della propria attività la produzione di beni o servizi non destinati a essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza nonché ai concessionari di servizi pubblici e ai soggetti di cui al d.lgs. 17 marzo 1995, n. 158, qualora operino in virtù di diritti speciali o esclusivi, per lo svolgimento di attività che riguardino lavori di qualsiasi importo, individuati con il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri di cui all'art. 8, comma 6, del d.lgs. 17 marzo 1995, n. 158, e comunque i lavori riguardanti i rilevati aeroportuali e ferroviari, sempre che non si tratti di lavorazioni che non possono essere progettate separatamente e appaltate separatamente in quanto strettamente connesse e funzionali alla esecuzione di opere comprese nella disciplina del d.lgs. 17 marzo 1995, n. 158.....".

⁸⁸ Consiglio di Stato, Sez. II parere 28 febbraio 1996 con riferimento al quesito se l'Agenzia romana per la preparazione per il Giubileo S.p.a. debba seguire le procedure in materia di appalti pubblici di servizi stabilite dalla direttiva 92/50 CEE.

La complessità della norma che precede impone alcune precisazioni in merito ai soggetti che operano nei cosiddetti settori speciali (una volta detti settori esclusi) e cioè i settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni.

Per questi settori, i commi 1° e 6° dell'art. 8 del d.lgs. n. 158 del 1995 già prevedevano che i lavori affidati per conseguire scopi diversi dall'esercizio delle proprie specifiche attività non ricadessero nelle regole del 158 del 1995 ma soggiacessero a quelle generali della legge quadro sui lavori pubblici.

Il problema si poneva, invece, con riferimento agli appalti di lavori correlati agli scopi istituzionali dell'ente il cui contenuto specialistico e tecnico non fosse direttamente condizionato dalle specificità proprie dei settori. Per questi lavori ne era prevista l'individuazione con successivo provvedimento del Presidente del Consiglio dei Ministri, operata poi, per l'appunto, col d.p.c.m. 5 agosto 1997 n. 517 richiamato dall'art. 2 comma 2 della legge quadro.

In definitiva, dalla combinazione del d.p.c.m. n. 517 con il testo novellato dell'art. 2 comma 2 della legge quadro discende che saranno appaltabili seguendo le regole del d.lgs. 158, e non quelle della legge quadro n. 109, soltanto le opere di ingegneria civile che non sono progettabili separatamente e appaltabili separatamente da lavorazioni proprie dei settori.

- 3) Per i contratti di fornitura, la norma di riferimento è il d.lgs. 24 luglio 1992, n. 358 e successive modifiche.

La S.p.a. mista, di cui ci si occupa, non rientra tra le "amministrazioni aggiudicatrici" (art. 1 3° comma) pertanto non è tenuta ad applicare le procedure di evidenza pubblica previste da tale normativa.

Interessante è, invece, la previsione che il concessionario del servizio pubblico "è comunque tenuto ad osservare, per le forniture concluse con i terzi nell'ambito di tale attività, il principio di non discriminazione in base alla nazionalità" (art. 1 5° comma).

Come peraltro è stato detto inizialmente, il riferimento all' "impresa pubblica" nelle direttive sui settori esclusi porta all'obbligo, in questo ambito, di seguire le procedure di evidenza pubblica nella contrattazione anche per procurarsi forniture.

Un cenno a parte meritano i c.d. contratti misti: quei contratti a duplice causa negoziale in cui coabitano lavori, forniture e servizi.

La fattispecie è stata di recente ridisciplinata dalla "Merloni ter" che con l'art. 1 comma 1 ha modificato l'art. 2 della legge n. 109/216. Ora, il tratto distintivo, che fa propendere per l'applicazione di una normativa o dell'altra, è rappresentato dalla prevalenza economica dei lavori (più del 50% dell'importo totale del contratto da affidare) che, laddove presente, impone alla stazione appaltante di applicare la legge quadro e non la normativa sulle forniture (o sui servizi).

8.4 Le innovazioni in materia di Società di capitali a partecipazione pubblica locale introdotte dalla legge 15 maggio 1997, n. 127

La legge n. 127 del 1997, nella sua generalizzata opera di semplificazione e di perfezionamento dell'efficienza dell'azione amministrativa, contiene anche alcune interessanti disposizioni in materia di società per azioni a partecipazione locale.

a) Art. 17 comma 58. La società a responsabilità limitata

Sino all'emanazione della legge n. 127 del 1997 il dibattito sulle tipologie societarie cui gli enti locali potevano far ricorso per la gestione dei servizi pubblici, si era sviluppato attorno al testo, ora modificato, dell'art. 22 della legge n. 142 del 1990, che prevedeva esclusivamente la società per azioni.

Nonostante l'avviso espresso dal Consiglio di Stato (parere n. 2685 del 2.12.1992 Sez. I) e da alcuni studiosi, la giurisprudenza si era orientata nel senso di escludere la ammissibilità del ricorso alla società a responsabilità limitata.

Il richiamo alla generale capacità di diritto privato delle persone giuridiche pubbliche, quale emerge dall'art. 11 c.c., deve in effetti, accompagnarsi a precisazioni, poiché la norma codicistica afferma chiaramente la prevalenza del regime di diritto pubblico e non può negarsi che il legislatore ben può circoscrivere l'ambito degli strumenti negoziali utilizzabili dall'ente pubblico.

Il legislatore è intervenuto per dirimere ogni controversia, consentendo la costituzione o la partecipazione dell'ente locale a società a responsabilità limitata, purché a prevalente capitale pubblico locale.

La disposizione contenuta nel novellato art. 22 legge 142 del 1990 è innovativa anche per altri aspetti.

Per intanto, essa consente ai Comuni e alle Province di partecipare a società, pur non avendone promosso la costituzione.

In secondo luogo, amplia il novero dei criteri che possono legittimare tale costituzione o partecipazione con l'espresso riferimento, oltre che alla natura del servizio, anche al suo ambito territoriale dissipando ogni dubbio sulla possibilità per l'ente locale di gestire servizi anche al di fuori del territorio che ne costituisce elemento costitutivo.

b) Art. 17 comma 51 e seguenti. La trasformazione delle aziende speciali

L'art. 17 comma 51 della legge n. 127 del 1997 prevede che i comuni e le province possano, per atto unilaterale, trasformare le aziende speciali di cui all'art. 22 comma 3 lett. c) della legge n. 142 del 1990 in S.p.a., di cui possono restare azionisti unici per un periodo non superiore a due anni dalla trasformazione.

La disposizione aggiunge all'ordinamento un'altra ipotesi di costituzione di S.p.a.: per atto unilaterale, precisando, tuttavia che l'eventuale partecipazione totalitaria dell'ente pubblico dovrà essere temporalmente limitata.

È evidente la finalità della norma, che mira a raggiungere al più presto una privatizzazione formale in attesa di realizzare, probabilmente, quella sostanziale. In questa prospettiva di celere attuazione della riforma si comprende la esenzione, prevista dall'art. 17 comma 56, per il conferimento e l'assegnazione dei beni degli enti locali e delle aziende speciali alle società di cui al comma 51, da ogni imposizione fiscale diretta ed indiretta, statale e regionale.

L'obiettivo è reso palese anche dall'espresso riferimento, nel comma 54, alla finalità di cui alla legge n. 474 del 1994 (c.d. legge sulle dismissioni).

Il legislatore in definitiva accetta, in vista di quel risultato, il rischio che l'ente pubblico rimanga coinvolto ex art. 2362 c.c. nel dissesto della costituita società, sicuramente sottratta nelle sue scelte imprenditoriali ai controlli pubblici.

Non sono chiare, tuttavia, le conseguenze della inosservanza del termine biennale, per la quale non è prevista alcuna disciplina.

Allo stato, può ipotizzarsi in tal caso anche una responsabilità patrimoniale degli amministratori nei confronti del proprio ente investito dalle conseguenze del dissesto.

Ferma restando la regola della successione universale delle S.p.a. nei rapporti facenti capo alle aziende speciali, per quanto concerne le modalità di costituzione delle società, l'art. 17 comma 51 prevede che il capitale iniziale è determinato dalla delibera di trasformazione in misura non inferiore all'ultimo bilancio di esercizio approvato e comunque in misura non inferiore all'importo minimo richiesto per la costituzione della società.

Pertanto, vertendosi in tema di gestione di servizi pubblici sembrerebbe applicabile, quantomeno nei limiti in cui la nuova società rientri nello schema dell'art. 12 della legge n. 498 del 1992, l'art. 1 comma 2 del d.P.R. n. 533 del 1996, che stabilisce il limite minimo di lire un miliardo di capitale sociale.

A completamento di quanto fin qui detto, si segnala un recente decreto della Corte di appello di Ancona in materia di omologazione di una società (Decreto n. 37 del 23 aprile - 29

maggio 1998) che detta la seguente massima: "è conforme ai principi fissati dalla legge n. 127 del 1997 la trasformazione di un'azienda speciale per la gestione dei servizi pubblici di un Comune in società a responsabilità limitata. Appare infatti illogico radicare una diversificazione dei poteri dell'Ente locale, nella scelta del tipo di società, a seconda che l'assunzione della gestione societaria sia fatta tramite un atto di costituzione della società o di partecipazione al capitale di una società già costituita oppure tramite la trasformazione dell'azienda speciale".

Naturalmente, ciò è condivisibile col vincolo della permanenza della partecipazione pubblica maggioritaria ex art. 17 comma 58 della legge n. 127 del 1997.

Deve sottolinearsi infine che l'art. 17 comma 55 prevede la possibilità di alienare la partecipazione nelle società di cui al comma 51, ai fini di cui all'art. 12 della legge n. 498 del 1994.

8.5 Prospettive di evoluzione normativa

Non c'è chi non veda l'importanza del settore, ed il perché delle difficoltà del conciliare, in una nuova normativa da tempo e da più parti richiesta, tutti gli interessi in gioco. I protagonisti sono sotto gli occhi di tutti: il Governo, gli enti locali, le associazioni di imprese locali, la Confindustria.

Il Parlamento farà da "stanza di compensazione".

Non mancano però i vincoli.

L'autorità per la tutela del mercato (Antitrust), a fine ottobre dell'anno scorso, ha inviato un parere alle massime cariche istituzionali dello Stato in cui si consigliava l'abolizione di tutti quegli strumenti (concessioni) capaci di "causare distorsioni del mercato gravi non sempre giustificate da esigenze di interesse generale".

L'Antitrust spiega che la concessione si giustificava in virtù della riserva d'impresa dei pubblici poteri fondata sull'art. 43 della Costituzione, riserva che però non ha più ragion d'essere laddove può procedersi alla liberalizzazione.

L'alternativa proposta è la stipula dei contratti di appalto per fornitura di servizi che farebbe cadere il carattere esclusivo e restrittivo tipico della concessione, con la conseguente apertura a nuovi operatori.

Nei casi per i quali le concessioni dovessero o potessero restare in vita occorrerebbe attenuare i "tratti della loro disciplina che provocano eccessive alterazioni del mercato", ridurre "la discrezionalità amministrativa nella scelta dei concessionari", far sì che le procedure di "gara o di evidenza pubblica costituiscano la regola", e in ogni caso "eliminare i casi di rinnovo automatico delle concessioni".

È chiaro che i vincoli non discendono dall'autorevolezza dell' "Authority" ma dal fatto che l'Italia ha aderito al Trattato istitutivo della C.E.E.

Presso la competente Autorità europea è infatti, in avanzato stadio di predisposizione una direttiva in proposito.

Sono note le vicissitudini (riscritture) del vecchio d.d.l. n. 1138 ter, nato dallo stralcio delle norme sui servizi pubblici dalla riforma più generale degli enti locali.

Al momento, risulta presentato dal Governo un nuovo disegno di legge i cui tratti più significativi possono essere così sintetizzati:

- Si introduce, nell'ambito dei servizi pubblici locali, la distinzione tra servizi a rilevanza industriale (erogazione di energia, con esclusione di quella elettrica, erogazione del gas, gestione del ciclo dell'acqua, gestione dei rifiuti solidi urbani e trasporto collettivo) e gli altri servizi pubblici non aventi una tale rilevanza.
- Per i servizi a rilevanza industriale il disegno di legge stabilisce una serie di principi non derogabili e finalizzati ad attivare meccanismi di "concorrenza per il mercato"; affidamento solo mediante gara, cui possono partecipare solo società di capitali, senza vincoli territoriali, con limiti predefiniti di durata massima degli affidamenti. Per ogni tipo di servizio tale limite di durata è stabilito in modo da risultare non inferiore al periodo necessario alla realizzazione

di un coerente piano di investimenti e non superiore al periodo di completamento dell'ammortamento. In particolare, il limite di durata è stabilito in modo che il valore residuo degli ammortamenti sia sufficientemente contenuto da non costituire una "barriera all'entrata" che ostacoli la presentazione da parte di nuovi gestori delle loro offerte in sede di gara.

- Per i servizi a contenuto non industriale viene lasciata all'ente locale la scelta tra l'affidamento tramite gara e l'affidamento diretto a una società controllata; si consente inoltre la gestione a mezzo di istituzione per i servizi a contenuto sociale, nonché, eccezionalmente, la gestione in economia.
- Sia in caso di affidamento dei servizi pubblici locali tramite gara, sia in caso di affidamento diretto, i rapporti tra gli enti locali e i gestori sono regolati da contratti di servizio, il cui contenuto essenziale - in termini di indicatori di qualità e di condizioni economiche - è definito da un regolamento governativo.
- Anche nel caso di servizi a rilevanza industriale, vengono offerte agli enti locali diverse opzioni di affidamento a gara al fine di corrispondere meglio alle specificità locali: affidamento congiunto di rete e servizio; affidamento separato di rete e servizio; in quest'ultimo caso, anche la possibilità per gli enti locali associati di trasferire la proprietà della rete a una società da loro controllata che ne curi la progettazione.
- Il disegno di legge favorisce l'aggregazione degli enti locali per ambiti territoriali che garantiscano la migliore erogazione del servizio.
- Per quanto riguarda i dipendenti dei gestori uscenti, vengono introdotte forme di tutela che, senza irrigidire le modalità di organizzazione del lavoro per il nuovo gestore, affermano la centralità della contrattazione nel governo della flessibilità.
- La disciplina transitoria prevista dal disegno di legge si propone di individuare, attraverso un complesso e articolato meccanismo di proroghe, il necessario equilibrio tra l'esigenza di attivare in tempi ragionevoli il confronto concorrenziale e la contrapposta esigenza di dare il tempo ai gestori oggi operanti per attrezzarsi e irrobustirsi in vista dell'apertura del mercato.

9 Rapporti tra Regioni e Comuni

9.1 L'attuazione del nuovo decentramento (l. n. 59 del 1997; d.lgs. n. 112 del 1998)

Il processo normativo avviato con la legge n. 59 del 1997 di delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della pubblica amministrazione e per la semplificazione amministrativa, è stato definito anche come il terzo grande decentramento, dopo quello avviato con le leggi n. 281 del 1970 e n. 382 del 1975.

In realtà, non di semplice decentramento si è trattato, ma della prima, effettiva esperienza normativa di policentrismo autonomistico, ove si rifletta che la legge conferisce agli enti locali, oltre che alle regioni, nell'osservanza del principio di sussidiarietà, tutte le funzioni ed i compiti relativi alla cura degli interessi ed alla promozione dello sviluppo delle proprie comunità, nonché tutte le funzioni localizzabili nel territorio, indipendentemente dall'organo o dall'ente dal quale siano esercitate, salve quelle riservate allo Stato dalla legge sopra citata e quelle che richiedono, a giudizio delle singole regioni, l'unitario esercizio a livello regionale.

Per una sorta di nemesi della storia organizzativa, politica e amministrativa italiana,⁸⁹ è dal potenziamento delle attribuzioni agli enti territoriali e locali che ci si attende ora il mantenimento della coesione tra cittadini e amministrazione.

Quest'ultima, s'attuerebbe, attraverso le riforme, cercando di uniformare la dimensione più adatta per gli interessi dei cittadini stessi che, per ragioni politiche e finanziarie strettamente intrecciate fra di loro, è ormai quella più vicina, più raggiungibile e più direttamente controllabile da parte delle comunità.

Con riguardo al disegno normativo di delimitazione degli ambiti fra enti locali e Stato, quale risulta dalla legge n.59 del 1997, per quanto concerne le funzioni ed i compiti loro spettanti, dovrebbe avere più senso interrogarsi su quali siano quelli che residuano a quest'ultimo, che non inventariare quelli che compongono l'ambito locale.

Se è vero, infatti, che sin dalla legge n.142 del 1990 il comune e la provincia erano già qualificati come enti a fini generali (art.2 secondo comma), il fatto che subito dopo il legislatore si sia affrettato ad aggiungere che gli enti locali suindicati avevano sì funzioni proprie, ma accanto a quelle loro attribuite o delegate dallo Stato e dalla regione, che mantenevano intatte le proprie, induceva alla conclusione che il loro ambito funzionale era, in ogni caso, astretto da quello altrui e, per certi aspetti, a questi subordinato e complementare.

Inoltre, la riserva di legge in tema di finanza locale e la delimitazione dell'ambito normativo degli enti per il coordinamento della finanza pubblica (in disparte le indiscutibili ragioni di contenimento per il perseguimento di un obiettivo di portata storica) ha per il passato condotto da una parte ad un mancato utilizzo dell'autonomia e dall'altra una sua omologazione attraverso una normativa spesso minuta, talvolta formalmente surrogatoria ma sostanzialmente revocatoria.

Con l'art.1 della legge n. 59 del 1997, regioni ed enti locali sono titolari di tutte le funzioni e dei compiti che si svolgono nel territorio, identificabili in relazione all'interesse e allo sviluppo delle comunità.

L'affermazione di principio spiega perché, contrariamente a quanto avvenuto in passato, l'elencazione all'art.1 delle funzioni riservate e dei compiti esclusi dall'attribuzione agli enti locali e alle regioni, rivesta carattere puntuale e tassativo essendosi, nelle norme precedenti, conferita una competenza generale (tutte le funzioni ed i compiti).

Il problema sotteso dall'attribuzione congiunta delle medesime competenze a regioni ed enti locali, è risolto dall'art.2, che provvede a delinearne i rispettivi confini.

In questo caso, il legislatore si serve di due strumenti per distinguerli: quello del tipo di disciplina e quello della materia.

La potestà legislativa, infatti, spetta alla regione, nelle materie costituzionalmente attribuitele, mentre la disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni e dei compiti amministrativi spetta ad entrambi secondo i rispettivi ambiti, delimitati dalle comunità e dai territori d'appartenenza.

Tuttavia, nel successivo art. 3, la legge fa apparire ancor più nettamente la differente prospettiva con la quale è disegnato l'ambito normativo locale.

⁸⁹ Marco Minghetti il 13 marzo 1861 presentò quattro disegni di legge: il primo sulla ripartizione territoriale del regno e sulle autorità governative, il secondo sulle amministrazioni ed elezioni comunali e Provinciali, il terzo sui consorzi tra privati ed amministrazioni degli enti locali per cause di pubblica utilità; il quarto sull'amministrazione regionale.

L'allora Ministro degli interni sosteneva che «se in alcune parti d'Europa gli ordini costituzionali non fecero buona prova, egli è da attribuirsi principalmente a ciò, che il comune e la Provincia non vi erano bene ordinati né abbastanza liberi, per la qualcosa, trovandosi l'individuo isolato di fronte alla oltrepotenza dello Stato, si corre alla dittatura e al dispotismo.»

Ma fu proprio la prevista istituzione delle regioni e, soprattutto, la mancanza di libertà municipali negli stati preesistenti, a determinare il ritiro da parte del subentrante Ministro Farini dei progetti di Marco Minghetti, prevalendo il timore, allora particolarmente forte, di regionalismi e municipalismi che mettessero in forse l'unificazione dello Stato italiano.