



## Il federalismo alla prova dei fatti

VIII appuntamento annuale sulla finanza territoriale

**Viareggio**

1 e 2 ottobre 2009

Centro congressi

**Principe di Piemonte**

Viale Marconi, 130

DOCUMENTAZIONE Convegno 1 ottobre – pomeriggio

*La Carta delle autonomie, la riforma dell'ordinamento e le  
funzioni fondamentali*

---

*“Liberalizzazioni, tra carta delle autonomie e riforma dei servizi pubblici”*

*Relazione di*

**GIUNIO FAUSTINI**

*Fondazione Logos PA*



**legautonomie**  
associazione autonomie locali

Il 25 settembre scorso è stato approvato il decreto legge n. 135 pubblicato in G.U. n. 223. Il decreto, tra l'altro, all'art. 15, adegua la disciplina dei servizi pubblici di rilevanza economica alla normativa comunitaria e modifica l'art. 23-bis della legge 133 del 2008 che a sua volta abrogava, nelle parti incompatibili l'art. 113, sulle modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali.

Pertanto un'analisi ed un commento della materia non può che avere come fondamento, il testo unico degli enti locali, oggetto dei successivi provvedimenti di modifica, e la futura carta delle autonomie.

Il nuovo art. 113 del Tuel, spingendo di nuovo sulle liberalizzazioni e sul ridimensionamento dell'in-house, prevede sostanzialmente che, per l'affidamento di servizi pubblici di rilevanza economica, la regola è quella del ricorso al mercato o a società miste pubblico-private purché il socio privato sia scelto con una gara a doppio oggetto (qualità del socio e attribuzione di compiti operativi) e abbia almeno il 40% del capitale. In casi eccezionali, ove non c'è mercato, si può derogare affidando direttamente a società con capitale pubblico che abbiano i requisiti dell'in-house e previo parere preventivo dell'Antitrust.

Pertanto, il nuovo contesto di riferimento per i prossimi anni è quello del privato "gestore" con una partecipazione al capitale che va dal 40% al 100% dell'impresa, a cui viene riconosciuto il suo specifico Know out e, quindi, un ruolo operativo. All'ente pubblico, invece, viene affidato il ruolo di "regolatore" con una partecipazione al capitale, eventuale, e non superiore al 60%, a cui viene demandata l'attività di controllo attraverso gli strumenti negoziali, tra cui il contratto di servizio, la carta dei servizi e le consultazioni periodiche con le associazioni di categoria.

Dall'altra parte il DDL Calderoli al capo X definisce il nuovo sistema dei controlli e all'art. 147 quater (controllo strategico) e quinquies (controllo sulla qualità dei servizi) tratta il sistema dei controlli sulle società partecipate stabilendo che l'amministrazione:

1. definisca preventivamente gli obiettivi gestionali a cui deve tendere la società partecipata, secondo standard qualitativi e quantitativi;
2. effettui il monitoraggio periodico sull'andamento delle società partecipate;
3. analizzi gli scostamenti rispetto agli obiettivi assegnati e individui le opportune azioni correttive, anche in riferimento a possibili squilibri economico-finanziari rilevanti per il bilancio dell'ente.

Inoltre, l'ente partecipante al capitale della società, deve organizzare un idoneo sistema informativo finalizzato a rilevare i rapporti finanziari tra ente proprietario e società, la situazione contabile, gestionale ed organizzativa delle società, i contratti di servizio, la qualità dei servizi, il rispetto delle norme di legge sui vincoli di finanza pubblica. I risultati complessivi della gestione dell'ente locale e delle aziende partecipate sono poi rilevati mediante bilancio consolidato, secondo competenza economica (si veda Principio contabile n. 4, Osservatorio sulla finanza e la contabilità degli enti locali).

Questo significa che l'ente deve svolgere, sulla società partecipata, un ruolo operativo sul processo decisionale intervenendo sia nella fase di programmazione sia in quella del controllo tale che la stessa sia parte integrante del sistema di programmazione e controllo dell'ente stesso (cd. controllo integrato interno-esterno). Se quindi si rispettano i dettati della nuova Carta delle Autonomie in materia di controllo sulle società partecipate ed è possibile integrare i due ambiti di controllo (interno-esterno), ottenendo anche informazioni sugli equilibri finanziari e sul rispetto dei vincoli di finanza pubblica,

diventa realmente possibile considerare la società partecipata una delegazione interorganica (in house-providing) e quindi assoggettata al controllo analogo.

Come conferma il Consiglio di Stato con la sentenza del 26 agosto 2009 n. 5082, il controllo analogo postula un rapporto che lega gli organi della società con l'ente pubblico affidante in modo che quest'ultimo sia in grado di indirizzare tutta l'attività sociale. Deve quindi trattarsi di una relazione equivalente, agli effetti pratici, ad una subordinazione gerarchica, che si verifica di fatto quando sussiste un controllo gestionale e finanziario stringente dell'ente pubblico sul soggetto societario. Per dare concreta attuazione a questa modalità relazionale è necessario che l'organo esecutivo della società non abbia rilevanti poteri gestionali e che l'ente partecipante eserciti un potere di ingerenza e di condizionamento superiori a quelli tipici del diritto societario, caratterizzati da un margine rilevante di autonomia della *governance* pubblica rispetto alle quote azionarie.

La conclusione è quindi che la concreta attuazione dei nuovi articoli del DDL Calderoli (Carta delle Autonomie), sul sistema di controllo sulle partecipate, si riferisce solo ai casi straordinari e temporanei di affidamento a società pubbliche in quanto la sua applicazione non può attuarsi nelle gestioni ordinarie ed in particolare nei confronti di una società partecipata pubblico-privata in cui, per decreto legge Brunetta, la *governance* deve essere in mano al socio privato.

In altre parole, sembra che il testo dell'articolo 147 del DDL Calderoli non preveda forme di controllo sulle società partecipate che otterranno affidamenti diretti in modo ordinario previsti dal punto 2) del decreto Brunetta. Infatti se il socio pubblico deve essere non operativo non può certo al contempo pensare di incidere sulla gestione del servizio (attraverso un regime gerarchico proprio della delegazione interorganica e quindi dell'in-house providing, come definito dal Consiglio di Stato, fissando obiettivi gestionali ed operativi, imponendo sistemi di controllo economico e finanziario stringente, ma dovrà limitarsi, invece, a far valere il proprio ruolo di socio ordinario in assemblea poiché se sconfinava non è più il socio "muto" previsto dall'art. 23-bis della L. 133/08.

Quindi, la domanda sorge spontanea: perché definire, nella nuova carta delle Autonomie, un sistema di programmazione e controllo in modo così stringente solo per le partecipazioni in società che funzioneranno in modalità residuale, quando e fino a quando non esisterà un mercato? E perché invece non prevedere forme di controllo sulle società, affidatarie in via ordinaria di servizi pubblici, in un percorso di nuove liberalizzazioni e privatizzazioni, stabilendo un principio cardine per cui l'ente, al di là della qualità e quantità della partecipazione, deve, "finalmente e stabilmente", attuare il suo naturale ruolo di Agenzia, garante del diritto di tutti gli utenti alla universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali, "regolatore" del mercato, con un controllo non "gestionale" ma "strategico" basato sul controllo dei prezzi, sulla libera concorrenza tra operatori nazionali ed internazionali e sulla qualità dei servizi erogati?

Altro elemento, che emerge dall'analisi della disciplina normativa in corso di approvazione, è la constatazione che, a ben vedere, con la riforma dei servizi pubblici locali il legislatore nazionale ha derogato a quanto stabilito dalla Corte di Giustizia comunitaria la quale aveva sancito la piena equivalenza e sostituibilità tra i modelli di *governance* rappresentati dall'esternalizzazione a terzi con gara e quelli in house providing. Anzi, con l'art. 23 bis il legislatore ha stabilito la regola opposta ovvero che si può derogare al principio dell'affidamento con gara solo per situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato.

Una soluzione tanto radicale come quella italiana non trova riscontro neppure in Paesi tradizionalmente vicini alle teorie/istanze di liberalizzazione: nella stessa Inghilterra la scelta tra in-house e

esternalizzazione si basa prevalentemente sul principio di economicità ovvero sulla convenienza di una soluzione rispetto all'altra.

In Francia, invece, il ricorso all'in-house providing è assolutamente favorito e agevolato dalla presenza di aziende municipalizzate sotto forma di enti pubblici.

Da questa nostra *interpretazione* della norma emerge una *disfunzione* del mercato perché l'ordinamento italiano, favorendo l'aumento del numero di gare, garantisce alle imprese degli Stati membri maggiori possibilità di penetrare nel nostro mercato. Al contrario, il maggior ricorso all'in-house prospettato dalla legislazione europea appartiene ad una filosofia economica protezionistica ma certamente anche in grado di tutelare maggiormente il proprio tessuto imprenditoriale. In generale, comunque, la disomogenea apertura dei mercati nazionali si è tradotta in uno svantaggio competitivo ai danni degli operatori di quegli Stati ove è stata realizzata una significativa liberalizzazione.

La governance dei servizi pubblici locali è uno dei settori che fa riscontrare i maggiori casi di asimmetrie – in termini di modelli normativi e applicativi - tra un Paese europeo e l'altro.

In generale basta una rapida analisi delle modalità organizzative dei servizi pubblici locali nei diversi paesi comunitari a rivelare differenze importanti sia dal punto di vista legislativo che organizzativo.

A tal proposito merita una considerazione a parte l'esperienza tedesca la cui situazione è abbastanza diversa da quella degli altri Paesi europei: la Germania, infatti, ha un sistema federalista; ne consegue che le leggi atte a regolamentare i servizi pubblici sono leggi emanate a livello regionale o addirittura comunale<sup>1</sup>.

Di fronte a una così marcata diversificazione come è quella che emerge dal contesto europeo è importante tener conto che si sta parlando di servizi di interesse generale in relazione ai quali il ruolo degli enti locali è fondamentale sebbene essi non si configurino quali soggetti principali del mercato.

Certamente l'Unione Europea propone il modello di mercato concorrenziale che però richiede, nel caso dei servizi di interesse pubblico a rilevanza economica, un plus di regolazione; il contesto europeo è caratterizzato dallo sviluppo di diversi mercati e dalla crescita di forme autonome e specializzate di regolazione: diverse sono infatti le tradizioni istituzionali e organizzative dei servizi locali in ciascun paese e ciò non può che richiedere, a sua volta, la scelta di un diverso e graduale percorso di riforma verso una reale liberalizzazione del mercato nel nostro Paese nella considerazione di fondo che il mercato da solo non genera solidarietà.

---

<sup>1</sup> Il sistema federale tedesco si basa su una complessa struttura nella quale i Bund e i Länder rappresentano due diversi livelli operativi indispensabili al fine di garantire equilibrio tra centro e periferia.. I Länder sono considerati veri e propri Stati ovvero hanno un potere di governo e insieme ai Bund sono i pilastri del "doppio livello di statalità" del sistema politico-istituzionale tedesco. L'evoluzione del sistema federale in questo Paese è strettamente legata alla piena affermazione e realizzazione dello Stato sociale alla cui organizzazione contribuiscono tutti i livelli istituzionali: Bund, Länder e autorità locali. Un esempio del sistema suddetto è dato dall'organizzazione dei musei che sono quasi tutti pubblici e dipendono dalle amministrazioni locali. E' come se esistessero 16 ministeri della cultura ovvero tanti quanti sono gli stati federati e i musei vengono ripartiti in base all'organismo amministrativo dal quale dipendono: stato federale, Länder e città. Fonte "Sistema federale e welfare. L'esempio della Germania" di Marica Tolomelli

Fonti:

"Casi di trattamento differenziato tra stati nella disciplina dell'intervento pubblico dell'economia" di Giampaolo Rossi

"La posizione delle aziende europee di servizio pubblico e il quadro dei principali paesi dell'Unione" di Rainer Plassmann 2003