

# I processi di pubblicizzazione delle società partecipate dalle Regioni e dagli enti locali

*Annamaria De Michele*

## *Sommario*

*1. Premessa – 2. Il reclutamento del personale nelle società pubbliche – 3. Le politiche per il personale – 4. L'assoggettamento delle società partecipate da Regioni ed enti locali al patto di stabilità – 5. Le procedure per l'acquisto di beni e di servizi da parte delle società in house e delle società miste.*

## **1. Premessa**

Negli ultimi anni le società partecipate dalle Regioni e dagli enti locali sono state investite da interventi normativi di ampio respiro, tesi a estendere ad esse il regime giuridico che caratterizza i loro enti di riferimento<sup>1</sup>.

A partire dagli anni novanta, dopo le privatizzazioni degli enti pubblici economici e delle aziende speciali, si è assistito ad una massiccia diffusione di società commerciali per lo svolgimento di funzioni amministrative e per la erogazione di servizi pubblici. Tale fenomeno scaturisce in larga misura dall'esigenza di perseguire una maggiore efficienza nello svolgimento di funzioni e servizi pubblici, sul presupposto che questa possa essere meglio garantita da strumenti di diritto privato; ma può essere anche interpretato quale reazione degli enti territoriali alla stretta economica imposta dalle leggi finanziarie degli

---

(1) F. CINTIOLI, *Disciplina pubblicistica e corporate governance delle società partecipate da enti pubblici*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2010, 6; G. PIPERATA, *L'attualità a proposito delle recenti disposizioni in materia di personale delle società pubbliche: anatomia di una riforma e patologia*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2009, 3-4, p. 629 ss.; D. FLORENZANO, *Le società delle amministrazioni regionali e locali. L'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223*, Padova, CEDAM, 2008, p. 9 ss.; G. NAPOLITANO, *Soggetti privati "enti pubblici"?*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 801 ss.

ultimi anni, che ha spinto gli amministratori pubblici ad esternalizzare molte attività, alleggerendo i bilanci dei relativi oneri, e trasferendo alle società cui tali attività sono state affidate il relativo personale<sup>2</sup>.

Di recente, spinto dalla necessità di reagire all'uso, non di rado, piuttosto disinvolto che è stato fatto di questi strumenti, il legislatore ha avviato un complesso percorso di pubblicizzazione della disciplina giuridica applicabile alle società commerciali partecipate da Regioni ed enti locali<sup>3</sup>.

I problemi e le possibili distorsioni connessi alla gestione in forma privatistica di funzioni e servizi sono stati avvertiti dalla giurisprudenza, che si è sforzata di qualificare in senso pubblicistico soggetti costituiti nelle forme delle società commerciali, che utilizzano lo schermo del diritto privato per sottrarsi agli obblighi altrimenti incombenti sugli enti pubblici<sup>4</sup>. La reazione è stata più decisa in quei settori nei quali

---

(2) Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Toscana, 10 ottobre 2011, n. 208.

(3) Alla base del percorso di ripubblicizzazione della società partecipate sta, innanzi tutto, un'esigenza di contenimento della spesa pubblica. Nell'indagine conoscitiva sulla finanza locale – documento conclusivo approvato dalla Commissione Bilancio della Camera dei deputati in data 28 settembre 2010 si legge che “una delle principali ragioni che hanno contribuito a determinare l'attuale situazione di scarsa trasparenza in ordine agli andamenti della finanza pubblica, non solo a livello locale, è infatti stata individuata, come accennato, nel crescente ricorso per la gestione di risorse pubbliche ad enti strumentali, che in molti casi assumono la veste giuridica di soggetti di diritto privato e, con particolare riferimento agli enti coinvolti nella gestione di servizi, di società”.

Noti, e ampiamente denunciati, sono inoltre i fenomeni di clientelismo nelle assunzioni del personale che si sono accompagnati talvolta alla gestione delle predette società. M. CLARICH, *Società di mercato e quasi amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009, 2, p. 261; F. CARINCI, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del Terzo Governo Berlusconi, dalla legge n. 133/2008 alla legge n. 15/2009*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2008, p. 959 ss.

(4) Cfr. Corte cost. 28 dicembre 1993, n. 466, con riferimento alla legittimità della sottoposizione al controllo della Corte dei conti degli enti pubblici trasformati in società per azioni a capitale totalmente pubblico; Corte cost. 1° febbraio 2006, n. 29, con riferimento alla possibilità di assimilare una società a capitale totalmente pubblico ad un ente pubblico in relazione al regime giuridico applicabile, giudicando non in contrasto con la Costituzione una norma di legge regionale che imponeva l'esperimento di concorsi pubblici per l'assunzione del personale.

È stato osservato che la natura pubblica o privata di un soggetto non dipende tanto dalla forma rivestita (ente o società), bensì dalla natura pubblicistica dello scopo perseguito e delle risorse utilizzate nello svolgimento delle attività, con la conseguenza

entrano in gioco interessi di rilievo comunitario (la libera concorrenza nel mercato dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture), e ha condotto all'elaborazione da parte della Corte di Giustizia della figura giuridica dell'*organismo di diritto pubblico comunitario* – transitata dalle direttive dell'Unione europea in materia di appalti pubblici nella legislazione statale (art. 3, comma 26, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163<sup>5</sup>) – che è amministrazione aggiudicatrice obbligata a conformarsi alle procedure ad evidenza pubblica nella scelta del proprio contraente, a prescindere dalla natura pubblica o privata.

In un primo tempo, il legislatore statale è intervenuto sul regime giuridico delle attività delle società partecipate, imponendo, con riferimento alle funzioni amministrative da esse svolte, dapprima il rispetto di specifici obblighi pubblicistici (ad es. in tema di accesso agli atti e ai documenti amministrativi<sup>6</sup>) e, successivamente, dell'intera disci-

---

che, in presenza di tali requisiti, un ente, anche ove assunta la forma societaria, debba considerarsi pubblico, con effetti sulla finalizzazione dell'attività e sul regime delle responsabilità. Sul punto Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Lombardia, 18 ottobre 2007, n. 46.

(5) È organismo di diritto pubblico comunitario “qualsiasi organismo, anche in forma societaria: – istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; – dotato di personalità giuridica; – la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico”.

Sulla nozione comunitaria si vedano: Corte Giust., sez. I, sentenza 10 novembre 1998, resa nella causa C-360/96, *BFI Holding BV*; Corte Giust., sez. VI, sentenza 15 maggio 2003, resa nella causa C-214/00, *Commissione/Spagna*.

In dottrina si vedano *ex multis*: M. LIBERTINI, *Organismo di diritto pubblico, rischio d'impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, in *Contratto e impresa*, 2008, 6, p. 1201 ss.; G. LA ROSA, *L'organismo di diritto pubblico. La non industrialità nella giurisprudenza*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2007, 2, p. 293 ss.; M. ROBLES, *Alla strenua ricerca dell'organismo di diritto pubblico: ragioni (antiche) di (attuale) incertezza*, in *Riv. trim. app.*, 2006, 1, p. 150 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *Le nozioni comunitarie di amministrazione: organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, società in house*, in *Sevizi pubblici e appalti*, 2006, 1, p. 27 ss.

(6) Gli artt. 22 e 23 della legge 7 agosto 1990, n. 241 prevedono che il diritto di accesso sia esercitabile “non solo nei confronti della pubblica amministrazione in senso stretto, ma anche di tutti i soggetti di diritto pubblico e dei soggetti di diritto privato

plina sull'attività amministrativa contenuta nella legge 7 agosto 1990, n. 241<sup>7</sup>.

Di recente, però, sembrerebbe deciso a portare ulteriormente avanti il percorso di pubblicizzazione cui si è fatto sommariamente cenno, dettando norme che assoggettano le società pubbliche (non solo quelle che esercitano pubbliche funzioni, ma anche quelle titolari di pubblici servizi) al regime delle pubbliche amministrazioni non solo per profili che attengono all'attività (è il caso dell'approvvigionamento di beni e servizi), ma anche per profili che attengono all'organizzazione (in tema ad es. di reclutamento, di politiche per il personale, ecc.).

## ***2. Il reclutamento del personale nelle società pubbliche***

In passato, si riteneva pacifico che la selezione del personale da parte delle società a partecipazione pubblica fosse attività di organizzazione di stampo privatistico, essendo preordinata alla provvista delle risorse umane attraverso cui queste esercitano la loro attività d'impresa<sup>8</sup>.

Non di meno, la Corte costituzionale ha ritenuto legittime quelle nor-

---

limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario, essendo tale diritto riferito non soltanto all'attività di diritto amministrativo, ma anche a quella di diritto privato posta in essere dai soggetti gestori di pubblici servizi che, pur non costituendo direttamente gestione del servizio stesso, sia collegata a quest'ultima da un nesso di strumentalità". Si veda sul punto Cons. St., sez. VI, 20 ottobre 2009, n. 5987; TAR Sardegna, sez. I, 30 dicembre 2009, n. 2691.

(7) In questo senso si è mosso l'art. 29, come modificato dall'art. 10, comma 1, lett. b) della legge 18 giugno 2009, n. 69 che ha previsto che le norme della legge sul procedimento amministrativo – non solo i principi o le singole disposizioni – si applichino anche alle società con totale o prevalente capitale pubblico, limitatamente all'esercizio di funzioni amministrative. Tali sono le società a capitale interamente pubblico o a capitale misto pubblico-privato con prevalenza del primo sul secondo, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche per lo svolgimento externalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, di cui all'art. 13 del d.l. 223/2006 e succ. mod. e integr. G. MORBIDELLI, *In tema di art. 29 legge 241/1990 e di principi generali del diritto amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), pubblicato il 2 marzo 2010.

(8) Cons. St., sez. VI, 20 gennaio 2009, n. 269. In questa pronuncia, afferente ad una controversia insorta prima dell'entrata in vigore dell'art. 18 del d.l. 112/2008, veniva infatti rilevato che la normativa statale (art. 5 del d.lgs. 141/1999 di trasformazione dell'Ente Autonomo Acquedotto Pugliese in s.p.a.) aveva espressamente stabilito che il rapporto di lavoro del personale dipendente dalla società fosse disciplinato dalle norme di diritto privato e dalla contrattazione collettiva.

me regionali che hanno introdotto in capo alle società a capitale interamente pubblico, affidatarie di servizi pubblici, l'obbligo di rispettare le procedure di evidenza pubblica imposte agli enti locali per l'assunzione di personale dipendente. Nella sentenza 1° febbraio 2006, n. 29 questa ha precisato che tali norme non sono volte a porre limitazioni alla capacità di agire delle persone giuridiche private, bensì a fare applicazione del principio costituzionale di cui all'art. 97 Cost. rispetto a società che, per essere a capitale interamente pubblico, ancorché formalmente private, possono essere assimilate, in relazione al regime giuridico, a enti pubblici<sup>9</sup>.

Soltanto di recente il legislatore statale ha imposto anche alle società pubbliche di esperire procedure concorsuali o para-concorsuali per l'assunzione di personale.

Le ragioni che stanno alla base della svolta legislativa sono efficacemente illustrate nel parere del Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli atti normativi, del 24 maggio 2010, n. 2415, sullo schema di d.P.R. recante regolamento di attuazione dell'art. 23-*bis* del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito in legge 6 agosto 2008, n. 133<sup>10</sup>. In quella sede, è stato osservato che, nella logica dell'amministrazione "di risultato", che non distingue più tra erogazioni di atti e di servizi, in quanto agisce sempre e comunque al servizio del cittadino e, con accenti tipici della società moderna, per la soddisfazione dell'utente, le società controllate dall'ente pubblico che erogano servizi pubblici devono impiegare selezioni imparziali, trasparenti, pubbliche, ancorate a sistemi oggettivi e predeterminati, a garanzia non solo di chi vi partecipa, ma anche dei terzi, destinatari dell'attività societaria. In

---

(9) Con il commento di C. BUZZACCHI, *Servizi pubblici locali e tutela della concorrenza nel sindacato della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, 2006, p. 797 ss.

(10) La norma è stata modificata dall'art. 15, comma 1, lett. a) del d.l. 25 settembre 2009, n. 135, convertito in legge 20 novembre 2009, n. 166 e successivamente abrogata con *referendum* del 12-13 giugno 2011. L'abrogazione è stata disposta con d.P.R. 18 luglio 2011, n. 113, recante "Abrogazione, a seguito di *referendum* popolare, dell'art. 23-*bis* del d.l. 112/2008, conv., con mod., dalla legge 133/2008, e succ. mod., nel testo risultante a seguito della sentenza della Corte costituzionale 325/2010".

Sugli effetti del *referendum* si veda il commento di G. ROSSI, *Ricomporre il quadro normativo delle società di gestione dei servizi pubblici locali. Alla ricerca del filo di Arianna*, Federutility, 28 giugno 2011, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it).

sostanza anche per le società a partecipazione pubblica che erogano servizi d'interesse generale si pone l'esigenza di adottare procedure di assunzione idonee a selezionare secondo criteri di merito e di trasparenza i soggetti chiamati allo svolgimento dei compiti loro affidati. L'obbligo sopra richiamato è stato formalmente introdotto dall'art. 18 del d.l. 112/2008, in seguito integrato dall'art. 19, comma 1, del d.l. 1° luglio 2009, n. 78 convertito in legge 3 agosto 2009, n. 102<sup>11</sup>. La norma ha previsto che, a far data dal 21 ottobre 2008, le società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica adottino, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'art. 35 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (art. 18, comma 1). Ha inoltre previsto che le altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo<sup>12</sup> fissino, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi, anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità (art. 18, comma 2).

La norma ha posto diverse problematiche, la più immediata delle quali concerne la definizione del suo esatto ambito di applicazione. Quanto al comma 1, la norma non chiarisce se essa si applichi soltanto alle società che gestiscono servizi pubblici a rilevanza economica o anche a quelli privi di tale rilevanza, dovendosi pertanto applicare a entrambe le tipologie. È dubbio, inoltre, se i gestori debbano necessariamente avere i requisiti dell'*in house providing*, per cui dovrebbe ritenersi sufficiente che essi siano totalmente controllati da enti locali o – non essendovi limitazioni in proposito – anche da altri soggetti

---

(11) C. TESSAROLO, *Le assunzioni del personale da parte delle società a partecipazione pubblica*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it). Altre indicazioni sono nella circolare di Confservizi del 19 settembre 2008, prot. n. 324/08/AL/CS/gg.

(12) Il requisito della partecipazione pubblica totalitaria o di controllo dovrebbe ragionevolmente interpretato secondo quanto è previsto dall'art. 2359 c.c. sulle società controllate e collegate. Si segnala l'osservazione di G. PIPERATA che evidenzia la possibilità di intendere il controllo anche in senso pubblicistico come "controllo analogo", in *L'attualità a proposito delle recenti disposizioni in materia di personale delle società pubbliche: anatomia di una riforma e patologia*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2009, 3-4, p. 633.

pubblici (ad es. da altre società pubbliche). Quanto al comma 2, esso dovrebbe ritenersi applicabile, innanzi tutto, alle società a totale capitale pubblico che non gestiscono servizi pubblici locali (che invece rientrano nel campo di applicazione del comma 1). Tali sono ad es. le società strumentali *ex art.* 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223 e dall'art. 3, comma 27 ss., legge 24 dicembre 2007, n. 244. La norma dovrebbe applicarsi anche alle società miste, sia che gestiscano servizi pubblici locali (a rilevanza economica o meno), sia che operino come società strumentali degli enti locali, in mercati liberalizzati o non liberalizzati. Ai sensi del comma 3, sono invece sottratte all'applicazione dei commi 1 e 2, le società quotate su mercati regolamentati e, secondo un'interpretazione estensiva della norma, anche le società da esse controllate.

Le società menzionate al comma 1 sono perciò tenute a dare adeguata pubblicità alla selezione del personale; a prevedere modalità di svolgimento che garantiscano l'imparzialità e assicurino economicità e celerità di espletamento, ricorrendo, ove è opportuno, all'ausilio di sistemi automatizzati, diretti anche a realizzare forme di preselezione; ad adottare meccanismi oggettivi e trasparenti, idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire; a rispettare le pari opportunità tra lavoratrici e lavoratori; a prevedere una composizione delle commissioni esclusivamente con esperti di provata competenza nelle materie di concorso, scelti tra funzionari delle amministrazioni, docenti ed estranei alle medesime che non siano componenti dell'organo di direzione politica dell'amministrazione, che non ricoprano cariche politiche e che non siano rappresentanti sindacali o designati dalle confederazioni ed organizzazioni sindacali o dalle associazioni professionali.

Quelle menzionate al comma 2 devono conformarsi a principi, anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità. Tali principi, non meglio precisati, dovranno presumibilmente trovare svolgimento nelle clausole dei singoli bandi di concorso.

Le norme in esame contengono principi vincolanti anche per la legislazione regionale. In questo senso, si è espressa la Corte costituzionale nella sentenza 3 marzo 2011, n. 68, che ha censurato l'art. 30 della l.r. Puglia 25 febbraio 2010, n. 4 in quanto consentirebbe un

illegittimo inquadramento, all'interno di società, aziende o organismi della Regione, di soggetti provenienti da imprese o società cooperative, in palese violazione del principio del concorso pubblico di cui all'art. 97 Cost. e della normativa statale – in particolare dell'art. 18 del d.l. 112/2008 e dell'art. 19 del d.l. 78/2009 – che impongono “il rispetto di forme di selezione pubblica del personale anche alle società pubbliche affidatarie di servizi, nonché l'adeguamento, da parte di queste, alle misure di contenimento della spesa di personale fissate per le amministrazioni controllanti”. Secondo la Corte costituzionale, la legge regionale contrasterebbe con le norme sopra richiamate sia per l'assenza di criteri di trasparenza, pubblicità e imparzialità per il reclutamento del personale delle società a partecipazione pubblica totale o di controllo, sia perché il maggior onere derivante dall'obbligo posto all'affidatario di assumere “a tempo indeterminato” il personale già utilizzato si riflette sui principi di legalità e di buon andamento della pubblica amministrazione, in termini di minore apertura dei servizi alla concorrenza e di maggiori costi, considerato che l'obbligo di assunzione eccede anche i limiti temporali di affidamento del servizio.

Sul tema del reclutamento del personale nelle società pubbliche, era intervenuto anche l'art. 23-*bis*, comma 10, lett. *a*), del d.l. 112/2008. La norma aveva imposto alle società *in house* (nel testo anteriore al d.l. 135/2009, società titolari di affidamenti diretti) e alle società partecipazione mista che gestiscono servizi pubblici locali a rilevanza economica l'obbligo di esperire procedure a evidenza pubblica per l'assunzione di personale.

Il coordinamento tra le due norme era apparso subito di difficile ricostruzione. Poiché l'entrata in vigore dell'art. 23-*bis* è successiva a quella dell'art. 18, essendo stato introdotto soltanto dalla legge di conversione 133/2008, era stato osservato che le società contemplate dalla prima norma siano sottratte all'ambito di applicazione della seconda<sup>13</sup>. In altri termini, fintanto che l'art. 23-*bis* è rimasto in vigore, l'art. 18, comma 1, avrebbe dovuto riferirsi alle società a totale

---

(13) C. TESSAROLO, *Le assunzioni del personale da parte delle società a partecipazione pubblica*, cit.

capitale pubblico che gestiscono servizi pubblici locali a rilevanza economica che non possiedono i requisiti per essere considerate *in house*, e alle società a totale capitale pubblico che gestiscono servizi privi di rilevanza economica. Invece l'art. 18, comma 2, avrebbe dovuto riferirsi alle società miste diverse da quelle che gestiscono servizi pubblici a rilevanza economica.

Le difficoltà non riguardavano soltanto l'individuazione dei destinatari delle norme richiamate, ma anche la definizione del contenuto degli obblighi ad essi imposti. A tale proposito, si evidenzia che l'art. 23-*bis* faceva obbligo di selezionare il personale mediante "procedure a evidenza pubblica", che non sembravano automaticamente assimilabili alle "procedure concorsuali", previste invece per il reclutamento del personale delle società a partecipazione pubblica contemplate dall'art. 18, che richiama l'art. 35, comma 3, del d.lgs. 165/2001.

Senonché la concreta applicazione dell'art. 23-*bis*, comma 10, lett. *a*) era stata comunque differita all'entrata in vigore del regolamento governativo di attuazione, con la conseguenza che, fino a quel momento, ha continuato ad applicarsi l'art. 18.

I problemi sembravano essersi attenuati con l'art. 7 del citato regolamento, emanato con d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168<sup>14</sup>. Nel recepire le indicazioni formulate dal Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli atti normativi, nel parere del 24 maggio 2010, n. 2415 sopra menzionato<sup>15</sup>, questo ha previsto che le società a partecipazione pub-

---

(14) Per un commento si vedano: G. GUZZO, *La disciplina dei servizi pubblici locali dopo il varo del regolamento di attuazione*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 2010, 10; C. RAPICAVOLI, *L'affidamento dei servizi pubblici locali. Il regolamento attuativo - d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168. La gara a doppio oggetto*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 2010, 10.

(15) Il testo inizialmente approvato dal Consiglio dei Ministri in data 17 novembre 2009 aveva assoggettato le società *in house* alle disposizioni del comma 1 dell'art. 18, e le società miste a quelle del successivo comma 2 del d.l. 112/2008. A ciò conseguiva che le prime avrebbero dovuto adottare, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'art. 35 del d.lgs. 165/2001; le seconde avrebbero dovuto, per i medesimi incumbenti, soltanto attenersi a principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità ed imparzialità.

Nel parere, il Consiglio di Stato aveva formulato un'osservazione di metodo rilevando che il regolamento si limitava, di fatto, a rinviare alla stessa fonte primaria cui appar-

blica<sup>16</sup> che gestiscono servizi pubblici locali (a rilevanza economica) adottino, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale nel rispetto dei principi di cui all'art. 35, comma 3, del d.lgs. 165/2001. Erano ancora una volta escluse le società quotate che operano in mercati regolamentati.

La soluzione contenuta nel regolamento è stata confermata dall'art. 4, comma 17, del d.l. 13 agosto 2011, n. 138 convertito con modificazioni dalla legge 14 settembre 2011, n. 148 che ha rimpiazzato l'art. 23-*bis* abrogato dal *referendum* del 12-13 giugno 2011<sup>17</sup>. La norma in commento ha stabilito che, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 18, comma 2-*bis*, primo e secondo periodo, del d.l. 112/2008, recanti norme sulle politiche per il personale, le società a partecipazione pubblica (società *in house* e miste) che gestiscono servizi pubblici locali a rilevanza economica adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di pubblicità, imparzialità, eco-

---

teneva la norma che avrebbe in effetti dovuto attuare. Così facendo non sarebbe stata garantita la coerenza del sistema, poiché la norma finiva “per duplicare le fonti, assegnando a quella di rango regolamentare la stessa funzione di quella primaria, come se il legislatore fosse intervenuto due volte (artt. 18 e 23-*bis*) nella stessa materia”. Accanto a questa, vi erano altre osservazioni di merito: la disposizione, utilizzando la tecnica del rinvio all'art. 18 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, commi 1 e 2, ne recepiva il contenuto, che differenziava – come si è sopra detto – la disciplina delle società a capitale pubblico totale che gestiscono servizi dalle altre società partecipate a maggioranza da enti pubblici. Tale distinzione non risultava automaticamente riproducibile nel contesto delle società per la gestione di servizi pubblici: l'art. 18 attiene, infatti, a società il cui elemento comune non è la gestione di servizi pubblici come nel caso dell'art. 23-*bis*, ma la partecipazione al capitale di enti pubblici. A questo si aggiungeva inoltre che l'art. 23, comma 10, lett. *a*) non prevede affatto la possibilità di differenziare le società *in house* e le società miste, stabilendo l'applicabilità ad entrambe delle procedure di evidenza pubblica per l'assunzione di personale.

(16) Stante il carattere esecutivo-attuativo del regolamento rispetto all'art. 23-*bis*, le società a partecipazione pubblica menzionate nell'art. 7 dovrebbero essere le società *in house providing* o miste pubblico-privato.

(17) Sulla disciplina dei servizi pubblici locali a rilevanza economica introdotta dall'art. 4 del d.l. 138/2011 si rinvia ai commenti a prima lettura di F. SCURA, *La “nuova” disciplina dei servizi pubblici locali nella “manovra di ferragosto”*, in [www.tessarolo.it](http://www.tessarolo.it); G. GUZZO, *I spl di rilevanza economica dopo il restyling del d.l. n. 138/2011: “nuove” regole e vecchie questioni*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 7-8, 2011; A. VIGNERI, *La disciplina dei servizi pubblici locali nel nuovo quadro normativo*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), 15 ottobre 2011.

nomicità e celerità di espletamento delle procedure, pari opportunità (rinviando al comma 3 dell'art. 35 del d.lgs. 165/2001). È confermata l'esclusione in favore delle società quotate in mercati regolamentati.

Costituisce invece una novità di grande impatto, almeno nella fase di prima applicazione della norma, il divieto per le medesime società di procedere al reclutamento di personale, fino all'adozione dei provvedimenti che definiscono i criteri e le modalità per il reclutamento del personale.

Le norme in commento si applicano alle assunzioni di personale con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato (o con contratti di apprendistato), mentre è dubbio se esse siano applicabili anche a contratti di lavoro subordinato a tempo determinato. Potrebbe osservarsi che il rispetto di procedure concorsuali o para-concorsuali si giustifichi nel caso di inserimento di personale in modo stabile e duraturo nell'organico delle società, e non per fare fronte a esigenze di carattere temporaneo. In senso contrario depone invece il fatto che sia l'art. 18, sia l'art. 23-*bis*, comma 10, lett. *a*), del d.l. 112/2008 e ora anche l'art. 4, comma 17, non operano alcuna distinzione in proposito, con la conseguenza che le relative norme dovrebbe applicarsi tanto nel caso di personale da assumere a tempo determinato quanto a tempo indeterminato.

Una considerazione a parte merita il tema del "conferimento degli incarichi". L'espressione utilizzata dal legislatore nell'art. 18, commi 1 e 2, sembra potersi prestare ad equivoci. Non sembra condivisibile l'interpretazione fornita dalla circolare di Confservizi del 19 settembre 2008 (prot. n. 324/08/AL/CS/gg), secondo la quale la norma riguarderebbe l'attribuzione degli incarichi al personale neoassunto. Appare invece preferibile una diversa interpretazione secondo la quale la norma dovrebbe applicarsi agli incarichi di collaborazione e professionali conferiti a lavoratori e professionisti esterni. È stato, infatti, evidenziato che

l'intento della disposizione sembra essere proprio quello di evitare che soggetti sostanzialmente pubblici utilizzino indiscriminatamente dinamiche di esternalizzazione di compiti e di attività lavorative, con conseguente detrimento per le finanze pubbliche. Del resto anche con riferimento agli incarichi esterni delle pubbliche amministrazioni il legislatore nel limitare le condizioni

di ammissibilità e di procedimentalizzare le modalità di conferimento si è posto due obiettivi: evitare percorsi di accesso alla pubblica amministrazione al di fuori dei canali concorsuali di reclutamento imposti dall'art. 97 Cost., e salvaguardare più che possibile le finanze pubbliche<sup>18</sup>.

Valgono perciò osservazioni analoghe a quelle relative al reclutamento del personale: mentre le società menzionate all'art. 18, comma 1, sono tenute a conformarsi ai principi di cui all'art. 35, comma 3, del d.lgs. 165/2001, invece quelle di cui al comma 2 operano nel rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità.

Una disciplina *ad hoc* era contenuta nell'art. 7 del regolamento che prevedeva che le società a partecipazione pubblica (totale o mista) che gestiscono servizi pubblici locali a rilevanza economica conferiscono gli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'art. 35 del d.lgs. 165/2001. Tale soluzione è stata confermata dall'art. 4, comma 17, del d.l. 138/2011, che ha esteso anche agli incarichi il divieto di conferimento fino all'adozione dei predetti provvedimenti che definiscono i relativi criteri e le modalità

Non sembrerebbe direttamente applicabile alle società pubbliche, non essendo espressamente richiamato<sup>19</sup>, quanto previsto dall'art. 7, comma 6, del d.lgs. 165/2001<sup>20</sup> che, con riferimento alle pubbliche

---

(18) G. PIPERATA, *L'attualità a proposito delle recenti disposizioni in materia di personale delle società pubbliche: anatomia di una riforma e patologia*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2009, 3-4, p. 647.

(19) L'art. 18 non modifica la natura del rapporto di lavoro con le società pubbliche, che non si trasforma per questo da "privato" in "pubblico". Ne consegue che, in linea di principio, le norme del d.lgs. 165/2001 si applicano solo se espressamente richiamate.

(20) La norma richiamata prevede che "per esigenze cui non possono far fronte con personale in servizio, le amministrazioni pubbliche possono conferire incarichi individuali, con contratti di lavoro autonomo, di natura occasionale o coordinata e continuativa, ad esperti di particolare e comprovata specializzazione anche universitaria, in presenza dei seguenti presupposti di legittimità: a) l'oggetto della prestazione deve corrispondere alle competenze attribuite dall'ordinamento all'amministrazione conferente, ad obiettivi e progetti specifici e determinati e deve risultare coerente con le esigenze di funzionalità dell'amministrazione conferente; b) l'amministrazione deve avere preliminarmente accertato l'impossibilità oggettiva di utilizzare le risorse umane disponibili al suo interno; c) la prestazione deve essere di natura temporanea e altamente qualifi-

amministrazioni, definisce i “presupposti di legittimità” per conferire incarichi individuali, con contratti di lavoro autonomo, di natura occasionale o coordinata e continuativa. Ovviamente nulla vieta alle società pubbliche, ed in particolare a quelle contemplate al comma 2 dell’art. 18, di autovincolarsi in tal senso<sup>21</sup>.

Sul piano processuale, le norme richiamate avrebbero complessivamente l’effetto di radicare la giurisdizione del giudice amministrativo con riferimento a tutte le procedure di reclutamento (comprese quelle di incarichi di “assistenza e pareri di consulenza del lavoro” al di sotto della soglia di rilevanza comunitaria) bandite dalle società indicate ai commi 1 e 2 dell’art. 18 del d.l. 112/2008<sup>22</sup>.

Nel loro complesso, tutte sono state oggetto di critiche anche piuttosto aspre: incerto è l’ambito di applicazione, incerti sono i principi e i criteri ai quali le società pubbliche devono attenersi, ma ancora più difficile da decifrare è la logica che le sottende. Obbligando soggetti operanti secondo logiche societarie a utilizzare i rigidi meccanismi di selezione del personale adoperati dagli enti locali, danno luogo a una pericolosa commistione di regole pubblicistiche e privatistiche. Il rischio è che producano un inevitabile appesantimento nella gestione di moduli organizzativi ai quali invece viene chiesto di agire in termini di efficienza, efficacia ed economicità nell’offerta dei loro servizi.

### ***3. Le politiche per il personale***

L’art. 19, comma 1, del d.l. 78/2009, che ha aggiunto il comma 2-*bis* all’art. 18 del d.l. 112/2008, ha statuito che le disposizioni che stabiliscono, a carico delle amministrazioni di cui al d.lgs. 165/2001, divieti

---

cata; d) devono essere preventivamente determinati durata, luogo, oggetto e compenso della collaborazione”.

(21) La Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Lombardia, delibera 37/2009, nel pronunciarsi sui regolamenti adottati dagli enti locali in materia di affidamento di incarichi di collaborazione autonoma, ha affermato che questi devono espressamente prevedere che le società *in house* osservino i principi e gli obblighi fissati in materia per gli enti di riferimento, imponendo altresì di disciplinare i criteri per il controllo sull’osservanza di essi da parte delle società partecipate.

(22) TAR Basilicata, sez. II, 20 aprile 2011, n. 218; TAR Campania, Napoli, sez. II, 17 febbraio 2010, n. 956.

o limitazioni alle assunzioni di personale si applichino, in relazione al regime previsto per l'amministrazione controllante, anche alle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo, che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali senza gara, o che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale né commerciale, o che svolgano attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica, inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT). Ha previsto inoltre che le predette società adeguino le proprie politiche di personale alle disposizioni vigenti per le amministrazioni controllanti in materia di contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitaria e per consulenze. La norma ha statuito infine che, con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con i Ministri dell'interno e per i rapporti con le Regioni, sentita la Conferenza unificata, da emanare entro il 30 settembre 2009, vengano definite le modalità e la modulistica per l'assoggettamento al patto di stabilità interno delle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali senza gara, ovvero che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale né commerciale, ovvero che svolgano attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica.

La norma, di non agevole lettura, introduce sostanzialmente tre ordini di previsioni: il primo assoggetta alcune società pubbliche agli stessi divieti e limitazioni per l'assunzione del personale che si applicano alle pubbliche amministrazioni di riferimento; il secondo obbliga le medesime società pubbliche ad adeguare le proprie politiche del personale alle disposizioni che si applicano alle amministrazioni di riferimento, in particolare per ciò che concerne il contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitaria del personale, e per gli incarichi di consulenza; il terzo (che verrà esaminato nel par. successivo) rinvia ad un decreto del Ministro dell'economia e delle finanze la definizione delle modalità e la modulistica per l'assoggettamento al patto di stabilità interno delle società a partecipazione pubblica locale.

Il principale problema che la prima parte della norma pone concerne, ancora una volta, l'ambito di applicazione. Destinatari dell'obbligo di rispettare divieti o limitazioni alle assunzioni di personale applicabili alle amministrazioni di riferimento sono le società a partecipazione pubblica totale e le società a partecipazione di controllo che siano titolari di affidamenti di servizi pubblici locali (a rilevanza economica e non) senza gara (non anche le società che abbiano ricevuto affidamenti a seguito di gara pubblica), le società che svolgono funzioni che soddisfino interessi di carattere generale aventi carattere non industriale o commerciale, le società strumentali *ex art.* 13 del d.l. 223/2006 e *ex art.* 3, comma 27, della legge 244/2007<sup>23</sup>.

Due interpretazioni si sono affacciate circa la nozione di controllo. Secondo una prima interpretazione, essa dovrebbe riferirsi alle società a totale partecipazione pubblica o con una percentuale uguale o superiore al 50% del capitale sociale, sul presupposto che l'espressione "di controllo" parrebbe direttamente riferibile alla "partecipazione" più che ad un concetto allargato di controllo. Tale interpretazione rispecchia la finalità restrittiva della norma ritenendola applicabile a quelle partecipazioni in cui l'ente locale detiene un controllo di diritto (maggioranza del capitale), e non un controllo di fatto (influenza dominante) o contrattuale (derivante da vincoli contrattuali), che potrebbe risultare di difficile identificazione e prestarsi, tra l'altro, a pratiche elusive della norma. Secondo un'altra interpretazione, si farebbe invece riferimento ad una nozione di controllo non strettamente legato

---

(23) Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Lombardia, 20 settembre 2011, n. 479, ha precisato che "rientrano nel perimetro del consolidamento dell'art. 76 comma 7 del d.l. 112/2008 e del contenimento della spesa di personale *ex art.* 18 comma 2-bis del medesimo d.l. 112/2008 (quest'ultimo espressamente fatto salvo dall'art. 4, comma 17, del d.l. 138/2011) tutte le società controllate da enti locali che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali a rilevanza economica, oppure che svolgano servizi pubblici locali privi di rilevanza economica (a prescindere dall'affidamento diretto), oppure che svolgano attività strumentali (anch'esse a prescindere dall'affidamento diretto). Sono, al contrario, escluse le società – seppur controllate da enti locali – quotate, nonché quelle titolari di affidamenti di servizi pubblici locali a rilevanza economica mediante procedura ad evidenza pubblica. I limiti *ex art.* 18 comma 2-bis trovano applicazione alle società a capitale locale inserite nell'elenco ISTAT che, secondo la prevalente giurisprudenza contabile, riveste peraltro natura ricognitiva".

al *quantum* della partecipazione sociale, mutuando la nozione dalla regolamentazione in tema di bilancio consolidato dettata dai principi contabili dell'Osservatorio per la finanza e la contabilità degli enti locali che si riferisce alle ipotesi in cui: *a*) l'ente locale ha, direttamente o indirettamente attraverso le entità controllate, il possesso della maggioranza dei voti esercitabili nell'altra entità; *b*) l'ente locale ha il potere, assegnato o esercitato all'interno della normativa di riferimento, di nominare o rimuovere la maggioranza dei membri del consiglio di gestione o di altro organo direttivo equivalente dell'altra entità economica ed il controllo dell'altra entità è detenuto da tale consiglio o organo; *c*) l'ente locale ha il potere di esercitare la maggioranza dei diritti di voto nelle sedute del consiglio di gestione o dell'organo direttivo equivalente ed il controllo dell'altra entità è detenuto da quel consiglio o organo<sup>24</sup>.

La Corte dei conti, sez. Autonomie, nella recente deliberazione n. 14/AUT/2011/QMIG del 29 dicembre 2011, ha chiarito che il concetto di "partecipazione totalitaria o controllo" debba essere riferito alle società partecipate al 100% da un ente pubblico o da più enti pubblici congiuntamente, nonché alle società che presentano le caratteristiche di cui all'art. 2359, comma 1, nn. 1 e 2, c.c. Secondo la Corte, ai fini dell'applicazione della norma in esame, vanno ritenute "controllate" le società nelle quali l'ente locale possiede azioni che gli assicurano la maggioranza dei voti nelle assemblee ordinarie, oppure voti sufficienti ad esercitare un'influenza dominante, con esclusione di quelle sulle quali tale influenza è esercitata attraverso altra società, in base a particolari vincoli contrattuali (pur considerate controllate in base all'art. 2359, comma 1, n. 3, c.c.). Ne esce valorizzato il requisito della partecipazione diretta dell'ente nelle società. Ne consegue che si dovrà tener conto anche delle società partecipate che hanno natura di *holding*, in quanto destinatarie di affidamento diretto, mentre non rilevano gli altri affidamenti (di natura indiretta) posti in essere dalla *holding* rispetto alle società del gruppo.

Le società sopra menzionate devono inoltre risultare inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione (l'ultimo

---

(24) Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Toscana, 10 ottobre 2011, n. 208.

elenco disponibile è stato pubblicato sulla G.U. n. 228 del 30 settembre 2011<sup>25</sup>). Scorrendo il documento in questione, si nota però che in esso non è contemplata la “categoria” delle società partecipate dalle Regioni e dagli enti locali per la gestione di servizi pubblici locali o per lo svolgimento di funzioni strumentali. La conseguenza che potrebbe derivarne è, nel caso si interpreti come tassativo il requisito dell’inserimento in elenco, la sostanziale inapplicabilità della norma così come formulata, salva una verifica caso per caso circa l’inserimento di una determinata società nel predetto elenco. Ne deriva, in ogni caso, un rilevante margine di incertezza in ordine all’effettiva portata innovativa di questa previsione.

La giurisprudenza contabile ha evidenziato le incertezze che il riferimento all’inserimento nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione pone in ordine alla concreta individuazione dei soggetti che siano tenuti all’applicazione delle misure di contenimento della spesa. In proposito, è stato scritto che

[...] si pongono problemi sulla completezza dei dati in possesso dell’Istituto. Dell’elenco redatto dall’Istituto dovrebbero far parte tutti gli enti che rispondono ai requisiti richiesti dai regolamenti comunitari ed in particolare quello che ha approvato il SEC 95 (n. 2223 del 1996). Rischiano di sfuggire alla conoscenza dell’Istituto, e quindi all’inserimento nell’elenco, taluni organismi pubblici soprattutto a livello locale (società pubbliche, fondazioni, consorzi e simili) che potrebbero avere le caratteristiche per essere considerati amministrazioni pubbliche. Viene, così, alterato il raggiungimento degli obiettivi posti dalla legge di contabilità e di finanza pubblica, con effetti anche sul conto consolidato della pubblica amministrazione e quindi sulla reale rappresentazione della situazione economica del Paese<sup>26</sup>.

Ulteriore problema è quello della natura ricognitiva o costitutiva della natura pubblica dell’elenco ISTAT, che parrebbe doversi risolvere a fa-

---

(25) L’art. 10, comma 16, del d.l. 6 luglio 2011, n. 98 recante “Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria”, convertito dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, ha disposto che la lista sia pubblicata entro il 30 settembre di ogni anno.

(26) Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Lombardia, 20 agosto 2011, n. 479.

vore della prima delle due opzioni. La Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Lombardia, 20 settembre 2011, n. 479, ha evidenziato che l'esigenza di una estensione della platea dei destinatari dei vincoli posti ai fini di contenimento della spesa pubblica potrebbe essere vanificata da una lettura esclusivamente letterale delle norme che prevedono detto rinvio, ovvero dall'applicazione delle stesse alle sole amministrazioni incluse nell'ultimo elenco pubblicato dall'ISTAT. Al riguardo basti rilevare come l'inserimento nell'elenco ISTAT dipende anche dall'adempimento, da parte dei soggetti interessati, dell'obbligo di fornire tutti i dati richiesti per le rilevazioni previste dal programma statistico nazionale. Inoltre, un'interpretazione strettamente letterale indurrebbe a non applicare gli obblighi di contenimento della spesa per un esercizio finanziario, ai soggetti costituiti dopo il censimento da parte dell'ISTAT, o comunque dopo la pubblicazione dell'elenco di cui alla legge n. 196 del 2009.

Secondo la Corte dovrebbe ritenersi perciò che, ai fini dell'individuazione dei soggetti coinvolti dalle previsioni vincolistiche che indicano come destinatari le amministrazioni di cui al comma 3 dell'art. 1 della legge 31 dicembre 2009, n. 196, non debba farsi riferimento esclusivo alle sole amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'ISTAT, bensì a tutte le "unità istituzionali" per le quali sussista il possesso dei requisiti richiesti dagli specifici regolamenti comunitari. Ne consegue che l'elenco dell'ISTAT, come rilevabile anche dalla lettera della previsione di cui alla stessa legge n. 196 del 2009, ha più propriamente valore ricognitivo e non costitutivo dei requisiti che determinano l'inclusione di determinati soggetti nel settore Amministrazioni pubbliche.

Dubbio è anche come la norma debba essere applicata nel caso di società pluripartecipate, con partecipazioni frammentate. La Corte dei conti, sez. autonomie, delibera n. 14/SEZAUT/2010/FRG del 22 giugno 2010, non ha mancato di evidenziare se, ad esempio, appare chiaro che in presenza di una società totalmente partecipata da più enti locali si debba far riferimento ai vincoli alle assunzioni previste per il socio pubblico che detiene la partecipazione di controllo, non è altrettanto chiaro quale sia il socio di riferimento quando, in presenza

di quote paritarie o molto frammentate, si sia in presenza di un controllo congiunto esercitato da enti che possono essere destinatari di differenti vincoli assunzionali.

La seconda parte dell'art. 18, comma 2-*bis* obbliga le società pubbliche richiamate nella prima parte ad adeguare le proprie politiche di personale alle disposizioni vigenti per le amministrazioni controllanti in materia di contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitaria e per consulenze.

Le disposizioni in esame sono sparse in una pluralità di fonti normative. Senza alcuna pretesa di esaustività, sono richiamate soltanto le più recenti.

Un riferimento va fatto, innanzi tutto alle norme del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito in legge 30 luglio 2010, n. 122 contenente, tra le altre, misure per il contenimento della spesa in tema di personale pubblico.

L'art. 9, comma 29, prevede che le società non quotate controllate direttamente o indirettamente dalle amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione (in relazione al quale valgono le considerazioni formulate sopra), sono tenute ad adeguare le loro politiche assunzionali alle disposizioni dell'art. 9 medesimo. Tra le altre misure, tali norme prevedono il "congelamento" dei trattamenti economici per gli anni 2011, 2012 e 2013, stabilendo che il trattamento economico complessivo (comprensivo del trattamento accessorio) dei singoli dipendenti, non possa superare il trattamento in godimento nell'anno 2010; impongono per due anni (2011 e 2012) tagli in percentuale (5% sulla parte eccedente i 90.000 euro lordi; 10% sulla parte eccedente i 150.000 euro lordi) sui trattamenti economici complessivi dei dipendenti; fissano un tetto del 3,2% degli aumenti retributivi previsti per il biennio 2008-2009 per il personale pubblico; bloccano i rinnovi contrattuali e le procedure negoziali per il triennio 2010-2012 per tutto il personale pubblico, ecc.<sup>27</sup>.

---

(27) Si vedano le indicazioni applicative contenute nella circolare 23 dicembre 2010, n. 40 (prot. n. 109849) del Ministero delle economia e delle finanze, Dipartimento della ragioneria generale dello Stato.

L'art. 6, comma 11, del d.l. 31 maggio 2010, n. 78 prevede altresì che le società inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione si conformino anche al principio di riduzione di spesa per studi e consulenze, per relazioni pubbliche, convegni, mostre e pubblicità, nonché per sponsorizzazioni, desumibile dai precedenti commi 7, 8 e 9, relativi alle pubbliche amministrazioni<sup>28</sup>.

Ulteriori vincoli discendono anche dall'art. 76 del d.l. 112/2008, che detta una disciplina fortemente restrittiva per la spesa per il personale degli enti locali, con riflessi anche sul personale delle società pubbliche, basata sul principio del consolidamento.

L'art. 76, comma 7, nel testo originario, faceva espresso divieto agli enti locali nei quali l'incidenza delle spese di personale fosse superiore ad una certa percentuale delle spese correnti (nella versione originaria, al 50%) di procedere ad assunzioni di personale a qualsiasi titolo e con qualsivoglia tipologia contrattuali. Il comma 1, aggiungendo il comma 557 nel testo dell'art. 1 della legge 296/2006, precisava altresì che costituivano spese di personale anche quelle sostenute per i rapporti di collaborazione continuata e continuativa, per la somministrazione di lavoro, per il personale di cui all'art. 110 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, nonché per tutti i soggetti a vario titolo utilizzati, senza estinzione del rapporto di pubblico impiego, in strutture e organismi variamente denominati partecipati o comunque facenti capo all'ente.

Della norma ha avuto occasione di occuparsi anche la Corte dei conti. Nella delibera n. 14/SEZAUT/2010/FRG del 22 giugno 2010 questa ha osservato che tale disposizione dovesse essere interpretata nel senso che la disciplina vincolistica in materia di personale debba essere intesa come riferibile anche a tutte le forme di cooperazione interlocale oltre che di esternalizzazione in senso stretto. Pertanto, la considerazione unitaria dell'ente territoriale e degli organismi *in house* ai fini

---

(28) Tale obbligo era già previsto anche dall'art. 61, comma 7, del d.l. 112/2008 relativo al dovere per le società inserite nel conto economico della pubblica amministrazione, come individuate dall'ISTAT, di conformarsi al principio di riduzione della spesa per studi e consulenze, per relazioni pubbliche, convegni, mostre, pubblicità e sponsorizzazioni.

della verifica del rispetto dei limiti di spesa per il personale implica necessariamente che vadano considerate come sostenute direttamente dall'ente locale anche le spese di personale iscritte nel bilancio della società pubblica *in house*, tanto nel caso di partecipazione unica totalitaria, quanto nel caso di compartecipazione plurisoggettiva intercorsa fra vari enti pubblici locali in misura proporzionale alla partecipazione detenuta<sup>29</sup>.

I commi 1 e 7 dell'art. 76 sopra richiamati sono stati modificati dal d.l. 31 maggio 2010, n. 78 convertito in legge 30 luglio 2010, n. 122. Più nel dettaglio, l'art. 14, comma 7, del d.l. 78/2010 ha sostituito l'art. 1, comma 557, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, introdotto dall'art. 76, comma 1, del d.l. 112/2008. Il successivo comma 8 ha invece abrogato direttamente il comma 1 dell'art. 76 del d.l. 112/2008. L'art. 1, comma 557, nel testo oggi in vigore, prevede che gli enti sottoposti al patto di stabilità interno assicurino la riduzione delle spese di personale, al lordo degli oneri riflessi a carico delle amministrazioni e dell'IRAP, con esclusione degli oneri relativi ai rinnovi contrattuali, garantendo il contenimento delle dinamiche retributive e occupazionali. La norma dovrebbe ritenersi applicabile anche alle società *in house* affidatarie dirette di servizi pubblici locali, se e in quanto dovessero, in futuro, essere assoggettate al patto di stabilità interno. L'art. 14, comma 9, ha modificato anche il comma 7 dell'art. 76 del d.l. 112/2008<sup>30</sup>, ponendo per gli enti locali nei quali l'incidenza delle

---

(29) La Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Sardegna, 31 maggio 2010, n. 24, ha recentemente osservato che "le società *in house*, pur non essendo ancora assoggettate alle regole del patto di stabilità interno, non possono rappresentare per l'ente locale uno strumento da utilizzare per eludere le norme di finanza pubblica e, in particolare, la disciplina vincolistica in materia di spesa per il personale. [...] Ne consegue, quindi, che la disciplina vincolistica di contenimento della spesa per il personale applicabile al Comune di Olbia – di cui all'art. 1, comma 557, legge 296/2006, così come modificato ed integrato dall'art. 3, comma 120, della legge 244/2007 e dall'art. 76 del d.l. 112/2008 convertito in legge 133/2008 – si estende anche alle sue società *in house*. Ciò, ovviamente, con riferimento ai limiti – primo fra tutti il divieto di superamento della spesa per il personale sostenuta l'anno precedente – e alle eventuali deroghe".

(30) Il comma in esame è stato modificato dalla legge di conversione 6 agosto 2008, n. 133 e sostituito dall'art. 14, comma 9, d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122.

spese di personale sia pari o superiore al 40% delle spese correnti il divieto di procedere ad assunzioni di personale a qualsiasi titolo e con qualsivoglia tipologia contrattuale; i restanti enti possono procedere ad assunzioni di personale nel limite del 20% della spesa corrispondente alle cessazioni dell'anno precedente.

La norma richiamata può ritenersi espressione di una più generale tendenza normativa al contenimento delle spese per il personale, dalla quale la Corte dei conti ha ritenuto di poter affermare un principio di "non elusione", applicabile a tutto il personale delle società partecipate. In questo senso, è stata evidenziata la necessità che la base di calcolo relativa alla spesa per il personale sostenuta da ciascun ente locale deve tenere conto dei vari sistemi organizzativi nei quali si articola l'amministrazione pubblica, [cosicché] sono da considerarsi direttamente sostenute dall'ente locale le spese di personale iscritte nel bilancio della società pubblica *in house*, tanto nel caso di partecipazione unica totalitaria, quanto nel caso di compartecipazione plurisoggettiva, [in quanto] lo strumento dell'affidamento di servizi ad enti partecipati non può comunque venire utilizzato per eludere le normative pubblicistiche in tema di finanza pubblica o attività contrattuale che disciplinano l'attività della pubblica amministrazione; in particolare, la disciplina vincolistica in materia di personale deve essere intesa come riferibile non soltanto all'ente stesso, ma anche a tutte le forme di cooperazione interlocale oltre che di esternalizzazione in senso stretto<sup>31</sup>.

Tale principio conduce inoltre a non potersi ravvisare alcuna differenziazione sostanziale nella materia del contenimento della spesa per il personale dipendente dalla diversa tipologia di attività svolta dalle società partecipate<sup>32</sup>.

L'art. 76, comma 7, è stato di recente modificato dall'art. 20, comma 9, d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111. Aderendo alle indicazioni provenienti dalla Corte

---

(31) Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Campania, 8 febbraio 2011, n. 98; Corte dei conti, sez. riun., parere n. 27/CONTR/11 del 12 maggio 2011.

(32) Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Campania, 98/2011, cit.

dei conti, la norma ha precisato che, salva l'esclusione delle società quotate su mercati regolamentati, ai fini del computo della percentuale del 40% si calcolino anche le spese sostenute dalle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo che sono titolari di affidamento diretto di servizi pubblici locali senza gara, ovvero che svolgono funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale, né commerciale, ovvero che svolgono attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica.

La norma in questione avvalorerebbe l'interpretazione già avanzata da diverse sezioni regionali in riferimento a svariati soggetti partecipati (unioni, comunità montane, consorzi e società partecipate) e avallata dalle Sezioni riunite della Corte dei conti che, nella deliberazione n. 3/2011, hanno sostenuto che sussiste nell'ordinamento "un tendenziale principio inteso a rilevare unitariamente le voci contabili riferite alla spesa per personale tra ente locale e soggetto a vario titolo partecipato al fine di rendere più trasparente la gestione delle risorse", precisando, altresì, che tale principio deve fungere da canone di riferimento affinché sia data rigorosa ed effettiva attuazione alle diverse disposizioni di contenimento della spesa e sia scongiurato il rischio di elusioni delle stesse<sup>33</sup>.

---

(33) È stato correttamente osservato che "è necessario un vero e proprio processo di consolidamento dei conti fra ente locale e società che presuppone una riforma della contabilità degli enti locali in senso economico-patrimoniale, in modo da arrivare ad avere dati determinati con criteri analoghi e, per questo, consolidabili, evitando inutili riconciliazioni che storicamente hanno implicato molto lavoro e risultati poco attendibili" (A. MANETTI, *Sul personale enti locali e partecipate parlano due lingue diverse*, in *Italia Oggi*, 10 giugno 2011).

Per un commento alla norma si veda ancora S. POZZOLI, *Manovra finanziaria (d.l. 98/2011) e società partecipate dagli enti locali*, in *Azienditalia*, 2011, 8, il quale osserva che "il legislatore parla di spese e non di costi. Questo da un lato ha il pregio di rendere omogeneo il confronto, dall'altro implica un problema di rielaborazione dei valori che riguardano le società. Andranno quindi presi in considerazione, non potendo che fare riferimento al conto economico delle società (o al loro conto consolidato, ove queste siano tenute a redigerlo), solo quei costi che hanno una contropartita finanziaria, ad esclusione quindi di ammortamenti, svalutazioni ed accantonamenti a fondi. Per passare da costi a spese, quindi, il conto economico andrà rettificato, depurandolo di quei costi che non hanno contropartita finanziaria".

La norma non spiega invece come le spese di personale debbano essere conteggiate nel caso di società partecipate da una pluralità di enti locali (in proporzione alla partecipazione detenuta, nel loro valore assoluto, ecc.). Né, stante l'esigenza sopra segnalata di avere un quadro corretto della situazione contabile complessiva dell'ente e delle sue partecipate attraverso un bilancio consolidato, chiarisce come debba procedersi al conteggio tanto nel caso di società strumentali (o comunque le partecipate che vivano esclusivamente di risorse provenienti dall'ente locale), quanto nel caso di quelle non strumentali – che non vivono esclusivamente di risorse provenienti dall'ente (ma anche da altri enti pubblici)<sup>34</sup>.

Ne derivano rilevanti problemi applicativi, sui quali è di recente intervenuta la Corte dei conti, sez. Autonomie, con la deliberazione n. 14/AUT/2011/QMIG del 29 dicembre 2011. La Corte dei conti ha statuito che, ai fini della determinazione della spesa del comparto personale dell'ente locale e delle società partecipate o controllate, si assumono i dati che derivano dai documenti contabili delle società (bilancio di esercizio) e dai questionari allegati alle relazioni dei revisori degli enti locali al rendiconto degli enti, ai sensi dell'art. 1, comma 166 ss., legge 266/2005, senza alcuna detrazione o rettifica, in assenza di specifiche norme che definiscono modalità e termini per il consolidamento dei conti, che risultano attualmente in fase di sperimentazione.

Questa ha inoltre provveduto ad elaborare un metodo sintetico per calcolare la quota delle spese di personale della società partecipata da sommare alle spese di personale degli enti proprietari.

Il metodo di calcolo si basa sulla seguente semplice proporzione: il valore della produzione della società sta alle spese totali del personale della stessa come il corrispettivo sta alla quota del costo di personale attribuibile all'ente, che è l'incognita da calcolare [...] Per il calcolo dell'incidenza previsto dall'art. 76, comma 7, d.l. 112/2008, la quota di spese del personale della società partecipata, così individuata, va a sommarsi alle spese di personale dell'ente, e il

---

(34) Le questioni sopra richiamate, per la loro particolare complessità e rilevanza, sono state deferite alle sezioni riunite della Corte dei conti dalla sezione regionale di controllo per la Toscana, con deliberazione 10 ottobre 2011, n. 208.

totale si divide per le spese correnti dell'ente. In tal modo si agisce soltanto sul numeratore, come proposto dalla Sezione remittente [Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Toscana, con deliberazione 10 ottobre 2011, n. 208, *N.d.R.*] per l'ipotesi della società partecipata da unico ente pubblico, sicché il metodo ne rappresenta uno sviluppo, in quanto consente di evitare eventuali imprecisioni dovute alla semplice somma di tutte le spese di personale delle società partecipate a quelle dell'ente. Questo calcolo va effettuato per ciascun organismo partecipato, che si tratti di società posseduta da uno o più enti (punto 3, lett. *a*, della presente delibera), ovvero di società miste pubblico privato, controllate dall'ente a norma dell'art. 2359, comma 1, nn. 1 e 2, del codice civile (punto 3, lett. *b*).

#### ***4. L'assoggettamento delle società partecipate da Regioni ed enti locali al patto di stabilità***

Già prima del 2008, la Corte dei conti aveva evidenziato che la peculiare relazione di “forte correlazione” o addirittura di “sostanziale assimilazione”<sup>35</sup> esistente tra enti locali e società miste e *in house* giustificasse un loro concorso al rispetto degli obblighi di finanza pubblica. In questo senso si era espressa ad es. Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Lombardia, deliberazione 17 gennaio 2007, n. 2, che aveva osservato che considerata la natura di ente pubblico della società a partecipazione pubblica totalitaria o maggioritaria, costituita da un ente territoriale per lo svolgimento di compiti e funzioni di propria competenza con uso prevalente di risorse pubbliche, a nulla rileva, ai fini del rispetto del patto di stabilità interno, la mera distinzione formale della società affidataria rispetto al Comune del quale assumerebbe la veste di ente strumentale allo stesso assimilato; pertanto, le spese sostenute per la società partecipata, pur in assenza di una specifica disciplina che preveda il consolidamento dei risultati gestionali delle predette società di quelli dell'ente costituente, vanno considerate ai fini della verifica del rispetto del patto di stabilità interno<sup>36</sup>.

---

(35) Le espressioni sono in Corte dei conti, sez. autonomie, delibera n. 14/SE-ZAUT/2010/FRG del 22 giugno 2010, 37.

(36) Su questo tema si sofferma diffusamente la Corte dei conti, delibera 18 settembre 2008, n. 13, relazione sullo stato dei controlli della Corte dei conti sugli organismi partecipati dagli enti locali. Ancora si può citare Corte dei conti, sez. regionale di controllo

Tale principio è stato, soltanto di recente, trasfuso in una complessa disciplina normativa che fatica ancora ad essere concretamente applicata.

È intervenuto l'ultimo capoverso dell'art. 19, comma 1, del d.l. 78/2009, che ha aggiunto il comma *2-bis* all'art. 18 del d.l. 112/2008, il quale ha previsto che, con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, vengano definite le modalità procedurali e la modulistica per l'assoggettamento al patto di stabilità interno delle società pubbliche a partecipazione totalitaria (non necessariamente *in house*) e delle società controllate (presumibilmente *ex art.* 2359 c.c.) dagli enti locali, affidatarie dirette di servizi pubblici locali (a rilevanza economica o meno), delle società che svolgono funzioni amministrative che soddisfano esigenze di interesse generale non industriali né commerciali, e delle società strumentali degli enti locali.

È interessante osservare che l'ambito di applicazione della medesima norma sembrerebbe anche più ampio di quello previsto dai due precedenti capoversi del medesimo art. 18, comma *2-bis*, mancando il problematico riferimento alle società pubbliche inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT)<sup>37</sup>.

---

per la Puglia, delibera n. 15/PAR/2008, secondo cui "i risultati economici delle società a partecipazione pubblica non possono non avere ripercussioni sul bilancio dell'ente locale che può essere considerato anche alla stregua di un'azienda capogruppo (*holding*) che, sulla base della rielaborazione dei dati di bilancio di ciascuna partecipata, è in grado di pervenire alla redazione del bilancio consolidato. Peraltro lo stesso art. 152 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (TUEL) stabilisce che il regolamento di contabilità degli enti locali "assicura, di norma, la conoscenza consolidata dei risultati globali delle gestioni relative ad enti od organismi costituiti per l'esercizio di funzioni e servizi", mentre l'art. 172, comma 1, lett. *b*), dello stesso testo unico, prevede tra gli allegati obbligatori del bilancio di previsione dell'ente locale, anche le risultanze dei rendiconti o conti consolidati delle aziende speciali, consorzi, istituzioni, società di capitali, costituite per l'esercizio di servizi pubblici, relativi al penultimo esercizio antecedente quello cui il bilancio si riferisce. Si richiama ancora, il successivo art. 230 del TUEL, ove si legge che il regolamento di contabilità possa prevedere la compilazione del conto consolidato patrimoniale per tutte le attività e passività interne ed esterne".

La Corte rimarca, dunque, l'esigenza di un monitoraggio sui soggetti partecipati, funzionale ad un'attenta azione di direzione, coordinamento e supervisione delle attività delle società partecipate, da parte dell'ente locale.

(37) In questo senso, si veda Corte dei conti, sez. regionale di controllo per l'Emilia-Romagna, deliberazione n. 17/2010/PAR del 26 gennaio 2010.

La norma richiamata, nel rinviare ad un decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, è stata ritenuta comunque non immediatamente applicabile. In questo senso si era espressa la Corte dei conti, sez. regionale di controllo per il Piemonte, che ha osservato che le norme citate prevedano un assoggettamento al patto di stabilità delle società ivi definite, condizionata alla definizione delle modalità e della relativa modulistica. Conseguentemente, non può farsi derivare, dalle stesse norme, l'obbligo, in capo agli enti controllanti, di valutare il rispetto del patto di stabilità attraverso un bilancio consolidato funzionale ad un'analisi della situazione finanziaria della società unitamente a quella dell'ente locale<sup>38</sup>.

Questa non è però l'unica disposizione che si è occupata del tema. L'art. 23-*bis*, comma 10, lett. *a*) del d.l. 112/2008, come modificato dall'art. 15, comma 1, lett. *a*) del d.l. 135/2009 convertito in legge 166/2009, aveva previsto l'assoggettamento degli affidatari *in house* di servizi pubblici locali a rilevanza economica, alle regole del patto di stabilità interno.

L'ambito di applicazione delle due norme richiamate non era però coincidente. Mentre l'art. 23-*bis*, comma 10, lett. *a*) si riferiva soltanto alle società *in house* che gestiscono servizi pubblici locali a rilevanza economica, l'art. 18, comma 2-*bis*, si riferisce anche alle altre società partecipate dagli enti locali anche in modo non totalitario affidatarie dirette della gestione di pubblici servizi e dello svolgimento di pubbliche funzioni, creando delicati problemi di coordinamento<sup>39</sup>.

---

(38) Si veda Corte dei conti, sez. regionale di controllo per il Piemonte, delibera n. 14/2010/SRCPIE/PAR. Nella medesima delibera, questa ha evidenziato comunque che permane l'esigenza di effettuare un monitoraggio sui soggetti partecipati. Il decreto avrebbe dovuto chiarire anche altri profili problematici quali quelli che si ponevano nel caso di società pluripartecipate da enti locali, titolari di quote azionarie anche assai disomogenee.

(39) La Corte dei conti, delibera n. 14/SEZAUT/2010/FRG del 22 giugno 2010, ha osservato che "al di là della mancanza di allineamento tra il comma 10, lett. *a*) dell'art. 23-*bis* e l'art. 18 citati e della loro non sovrapponibilità, sembra piuttosto chiaro come il legislatore non appaia preoccupato di mantenere un'adeguata coerenza delle disposizioni normative con le caratteristiche ontologiche del modello societario, quanto piuttosto di scongiurare, almeno teoricamente, il rischio che utilizzando strumentalmente specifici modelli organizzativi il socio pubblico possa porre in essere manovre elusive

L'art. 23-*bis*, comma 10, lett. *a*), rinviava, a sua volta, ad un regolamento governativo, con il compito di disciplinare le modalità secondo cui gli enti locali avrebbero dovuto procedere ad assoggettare le società da essi partecipate alle regole del patto di stabilità interno. Conseguentemente, anche la norma richiamata, analogamente all'art. 18, comma 2-*bis*, non era immediatamente applicabile, essendo la sua operatività rimessa all'adozione del predetto regolamento governativo. L'art. 5 del regolamento 168/2010 confermava l'assoggettamento al patto di stabilità degli affidatari *in house* di servizi pubblici locali rilevanza economica<sup>40</sup>, incaricando gli enti locali di vigilare sull'osservanza del patto di stabilità interno. La nuova formulazione appariva meno rigorosa della precedente, che faceva ricadere direttamente sugli enti locali soci la responsabilità del rispetto dei vincoli che da esso discendono<sup>41</sup>.

Anche questa norma risultava, a sua volta, non immediatamente applicabile, poiché rinviava a quanto previsto in sede di attuazione dell'art. 2, comma 2, lett. *b*), della legge 5 maggio 2009, n. 42 in materia di

---

dei vincoli di finanza pubblica o violare principi giuridici fondamentali, anche di ordine costituzionale, tutelati da precise norme di garanzia", p. 37.

Nella medesima delibera, l'art. 23-*bis*, comma 10, lett. *a*) era stato criticato, oltre che per ragioni di metodo, anche per ragioni di merito. Si era infatti rilevato che il legislatore "ha proceduto senza valutare del tutto né la reale applicabilità né gli effetti su soggetti e attività di diritto comune di norme conformate a pubbliche amministrazioni [...] appare arduo estendere la disciplina relativa al rispetto del patto di stabilità a soggetti societari, senza prevedere modalità comuni di rilevazione quanto meno delle voci contabili che assumono valenza ai fini del patto stesso. In più, nel caso di mancato rispetto del patto di stabilità da parte dell'amministrazione controllante, l'applicazione automatica ad una società di servizi del divieto di assunzioni e verosimile che determini ricadute negative sulla collettività in termini di livello e qualità delle prestazioni [...] Forse, agli automatismi normativi di difficile applicabilità ed agli specifici obblighi di carattere procedurale ed informativo (*ex art. 3, comma 30 LF 2008*), sarebbe stato probabilmente opportuno affiancare anche effettive e autonome forme di responsabilità delle amministrazioni di controllo sulla gestione societaria delle risorse umane e finanziarie, a garanzia sia del contenimento della spesa che dell'efficacia ed efficienza del servizio reso", p. 38.

(40) Restavano perciò i dubbi circa l'ambito di applicabilità, non coincidente con quello dell'art. 19, comma 1, del d.l. 78/2009. Nella prima versione compariva invece un riferimento a tutti i soggetti individuati con il decreto interministeriale di cui all'art. 18, comma 2-*bis*, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112.

(41) Nonostante ciò, la precedente formulazione non aveva ricevuto osservazioni nel parere della Conferenza unificata del 29 aprile 2010.

bilanci consolidati, per la definizione delle modalità e della modulistica per l'assoggettamento al patto di stabilità interno dei soggetti sopra detti<sup>42</sup>.

L'art. 23-*bis*, comma 10, lett. *a*) è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte costituzionale con la sentenza 17 novembre 2010, n. 325. La Corte, accogliendo le obiezioni sollevate dalle Regioni Emilia-Romagna e Piemonte, ha ritenuto fondata la questione di legittimità costituzionale della norma sul presupposto che l'ambito di applicazione del patto di stabilità interno attenga alla materia del coordinamento della finanza pubblica (come peraltro era stato affermato nelle precedenti sentenze 284/2009, 237/2009 e 267/2006), di competenza legislativa concorrente, e non a materie di competenza legislativa esclusiva statale (tutela della concorrenza), nella quali soltanto l'art. 117, sesto comma, Cost. conferisce allo Stato la potestà regolamentare. La dichiarazione di illegittimità costituzionale ha travolto anche l'art. 5 del regolamento 168/2010, di attuazione del comma 10, lett. *a*) dell'art. 23-*bis*.

Il vuoto determinato dalla sentenza della Corte costituzionale, e dalla successiva abrogazione dell'art. 23-*bis* per effetto del *referendum* del 12-13 giugno 2011, è stato colmato dall'art. 4, comma 14, del d.l. 138/2011. Richiamando la formulazione del comma 10, lett. *a*), la norma ha precisato che le società *in house* affidatarie dirette della gestione di servizi pubblici locali sono assoggettate al patto di stabilità interno secondo le modalità definite da un decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto del Ministro per le riforme

---

(42) La legge 42/2009 ha previsto, tra i criteri della delega, quello di stabilire il principio dell'adozione di regole contabili uniformi, imponendo agli enti locali la redazione di un bilancio consolidato con le proprie aziende, società o altri organismi controllati (art. 2, comma 2, lett. *b*), come modificato dalla citata legge 196/2009).

La norma è stata criticata da G. GUZZO, *La disciplina dei servizi pubblici locali*, cit., secondo cui "il riferimento al bilancio consolidato esprime plasticamente l'errore in cui è incorso il legislatore delegato. Infatti, com'è stato attentamente osservato, il bilancio consolidato segue una logica completamente diversa da quella del patto di stabilità ed ha un'estensione tale da investire non solo le aziende controllate ma anche le società. Ne consegue che il riferimento contenuto nell'art. 5 avrà un'estensione longitudinale ben più ampia non solo della previsione contenuta nell'art. 23-*bis* ma anche di quella rinvenibile nell'art. 18".

per il federalismo, previo parere della Conferenza unificata, adottato in sede di attuazione dell'art. 18, comma 2-*bis* del d.l. 112/2008. La norma ribadisce l'obbligo gravante sugli enti locali di vigilare sull'osservanza da parte dei soggetti dei vincoli derivanti dal patto di stabilità interno, già contenuto nell'art. 5 del regolamento.

Valgano in proposito due considerazioni. La norma non è immediatamente applicabile, dal momento che dovrà attendersi il decreto ministeriale attuativo, che non è stato ad oggi ancora emanato<sup>43</sup>.

Inoltre, affidando la definizione delle modalità di assoggettamento delle società *in house* al patto di stabilità ad un decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, la norma rinvia ancora una volta ad una fonte statale di rango secondario la disciplina della materia, e parrebbe perciò esporsi alle medesime obiezioni che avevano già determinato la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 23-*bis*, comma 10, lett. a)<sup>44</sup>. Né la previsione del parere della Conferenza unificata è stata evidentemente giudicata una garanzia sufficiente a compensare il sostanziale esproprio della potestà legislativa concorrente delle Regioni in materia di coordinamento della finanza pubblica<sup>45</sup>.

### ***5. Le procedure per l'acquisto di beni e di servizi da parte delle società in house e delle società miste***

L'art. 23-*bis*, comma 10, lett. a), del d.l. 112/2008 aveva stabilito che il regolamento governativo di attuazione prevedesse l'assoggettamento delle società *in house* e delle società miste pubblico-privato che gestiscono servizi pubblici locali a rilevanza economica alle procedure ad evidenza pubblica per l'acquisto di beni o di servizi<sup>46</sup>.

---

(43) A. BARBIERO, *Le problematiche inerenti l'assoggettamento delle Società partecipate al patto di stabilità interno in rapporto al reclutamento di risorse umane*, in [www.tessarolo.it](http://www.tessarolo.it), 20 gennaio 2011.

(44) G. GUZZO, *I spl di rilevanza economica*, cit., osserva che "l'attuale formulazione del comma 14 dell'art. 4 del d.l. 138/2011, nel far riferimento alla definizione delle modalità di assoggettamento al patto di stabilità alla concertazione, sembra escludere ancora una volta le Regioni, con conseguente sospetto di illegittimità costituzionale della norma".

(45) La norma è stata impugnata con ricorso alla Corte costituzionale dalla Regione Emilia-Romagna.

(46) La norma è stata ritenuta costituzionalmente legittima dalla Corte costituzionale

La norma doveva essere applicata tenendo conto di quanto stabilito dall'art. 32, comma 1, lett. c), del d.lgs. 163/2006, che prevede che le società con capitale pubblico, anche non maggioritario, che non sono organismi di diritto pubblico, che hanno a oggetto della loro attività la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni o servizi non destinati a essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza, ivi comprese le società che gestiscono servizi pubblici locali a rilevanza economica, siano sottoposte alla disciplina del Codice per gli appalti di lavori, servizi e forniture da esse affidati<sup>47</sup>. Alla regola generale segue, al comma 3, una deroga a favore delle società miste limitatamente alla realizzazione delle opere o del servizio per i quali le stesse sono state appositamente costituite a condizione che: 1) il socio sia stato scelto in gara; 2) il socio abbia i requisiti di qualificazione previsti dal codice in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita; 3) la società provveda in via diretta alla realizzazione dell'opera o del servizio in misura superiore al 70% del relativo importo.

Sul problema del coordinamento tra le due disposizioni era stato os-

---

nella sentenza 325/2010 cit. secondo cui "tale disposizione, infatti, attiene, in primo luogo, alla materia della tutela della concorrenza, perché è finalizzata ad evitare che, nel caso di affidamenti diretti, si possano determinare distorsioni dell'assetto concorrenziale del mercato nella fase, successiva all'affidamento del servizio, dell'acquisizione degli strumenti necessari alla concreta gestione del servizio stesso. In secondo luogo, essa attiene anche alla materia dell'ordinamento civile, anch'essa di competenza esclusiva dello Stato, in quanto impone alla particolare categoria di società cui è affidata in via diretta la gestione di servizi pubblici locali una specifica modalità di conclusione dei contratti per l'acquisto di beni e servizi e per l'assunzione di personale (sulla riconduzione delle modalità di conclusione dei contratti alla materia dell'ordinamento civile, *ex plurimis*, sentenza 295/2009). Ne consegue che la previsione del semplice parere della 'Conferenza unificata di cui all'art. 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni', anziché dell'intesa, non lede alcuna competenza regionale".

(47) Alle stesse conclusioni era pervenuto anche Cons. St., sez. V, 30 aprile 2009, n. 2765, con commento di L. DE PAULI, *Gli enti in house e l'evidenza pubblica a valle*, in *Urb. e App.*, 2009, 9, p. 1104 ss. Nella sentenza in esame il Consiglio di Stato segue un percorso che lo conduce ad assimilare, non senza forzature, le società *in house* agli organismi di diritto pubblico e, in virtù di ciò, ad affermare la regola che obbliga tutti questi soggetti a osservare, per i propri affidamenti "a valle", i principi e le norme dell'evidenza pubblica (art. 3, commi 25 e 26, e 32 del d.lgs. 163/2006).

servato che, con riferimento alle società miste che gestiscono servizi pubblici locali,

la previsione della lett. *a*) del comma 10 dell'art. 23-*bis* dovrebbe [...] riferirsi alle società già esistenti il cui socio non è stato scelto in gara o non è socio operativo, ovvero agli affidamenti che non riguardano lo scopo fondamentale in vista del quale è stata costituita la società mista. Per lo svolgimento delle attività ulteriori, come ha precisato la Commissione Europea, il socio non può giovare della propria posizione privilegiata per ottenere l'affidamento di compiti aggiuntivi senza gara<sup>48</sup>.

Il problema del coordinamento era stato in parte risolto dall'art. 6 del regolamento. La norma ribadiva la regola generale contenuta nel comma 10, lett. *a*), prevedendo contestualmente un'eccezione a favore delle società a capitale pubblico anche maggioritario individuate dall'art. 32, comma 1, lett. *c*) del d.lgs. 163/2006, ove, accanto alle condizioni di cui ai nn. 1) e 2), ricorresse anche una terza condizione, ovvero che il socio privato fosse stato scelto, nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità, con gara ad oggetto unico ai sensi dell'art. 23-*bis*, comma 2, lett. *b*).

Dopo l'abrogazione dell'art. 23-*bis*, il nuovo art. 4 del d.l. 138/2011 ha ripreso le disposizioni contenute nella norma abrogata e nell'art. 6 del regolamento di attuazione.

Il comma 14 riafferma la regola generale secondo cui le società *in house* e le società a partecipazione mista pubblica e privata, affidatarie di servizi pubblici locali, sono soggette, per l'acquisto di beni e servizi, alle disposizioni di cui al codice dei contratti pubblici, con conseguente obbligo di esperire procedure ad evidenza pubblica.

Il comma 15 prevede invece che l'esenzione di cui all'art. 32, comma 3, del medesimo codice, limitatamente alla gestione dei servizi per i

---

(48) G. Guzzo, *La nuova disciplina "dualistica" dei s.p.l. di rilevanza economica e il nodo gordiano delle società miste alla luce della comunicazione dell'Acqm del 16 ottobre 2008 e dell'art. 2 della bozza dell'emanando regolamento di attuazione*, in [www.tessarolo.it](http://www.tessarolo.it), 31 marzo 2009.

quali le società indicate al comma 1, lett. c) sono state specificamente costituite, si applichi ove, accanto alle condizioni previste ai nn. 2 e 3, ricorra anche una terza condizione, ovvero che la selezione del socio privato sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento<sup>49</sup>.

Tale condizione pare più restrittiva, e quindi derogatoria, rispetto a quella indicata dall'art. 32, comma 3, n. 1, del d.lgs. 163/2006. Mentre quest'ultima norma parrebbe prevedere che l'eccezione si applichi alle società miste costituite sia con gara a doppio oggetto, secondo la disciplina prevista allora dall'art. 113 del d.lgs. 267/2000, sia con gara ad oggetto unico, la norma in esame parrebbe avere come destinatarie esclusivamente le società miste costituite con gara ad oggetto unico. In questo senso, essa sembrerebbe motivata da un intento spiccatamente pro-concorrenziale, circoscrivendo la deroga ad un numero più ristretto di soggetti in grado di soddisfare le condizioni ivi previste.

---

(49) A. AVINO, *Quale destino per le società miste alla luce dell'art. 4 del d.l. 138/2011?*, in [www.tessarolo.it](http://www.tessarolo.it), 9 settembre 2011. L'autore osserva che "dal che deriva che, nell'ipotesi in cui la gara abbia avuto per oggetto solamente la qualità di socio e, quindi, non anche l'attribuzione al socio privato di specifici compiti operativi, la società mista sarà pur sempre legittimamente costituita, ma non andrà esente dall'applicazione del codice dei contratti pubblici".

