

INCOMPATIBILITÀ E DIVIETI NEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI – AMBITO DI APPLICAZIONE DELL'ART. 8 D.P.R. 168/2010

dell'Avv. Gianluca Piccinni

Sommario: 1. Premessa. 2. Il nuovo regime dei divieti e delle incompatibilità stabilito dall'art. 8 d.P.R. n. 168/2010: ambito applicativo. I servizi pubblici strumentali distinzione con i servizi pubblici generali. 3. Considerazioni finali

1. Premessa e quadro generale d.P.R. 168/10.

L'odierno articolo vuole rappresentare una rapida sintesi dell'attuale disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica a seguito dell'approvazione del regolamento di attuazione n. 168/2010 previsto dall'art. 23 bis, co. 10, del d.l. n. 112/2008, conv. in l. n. 133/2008, con particolare riferimento alle nuove ipotesi di incompatibilità per gli amministratori, i dirigenti e i responsabili degli uffici e dei servizi degli enti locali.¹

Va innanzitutto segnalato che, nonostante i vari emendamenti, diverse sono state le critiche mosse al testo, soprattutto dal Consiglio di Stato in sede di parere preventivo ed in seguito anche da parte della C. cost., con riguardo all'art. 5 d.P.R. cit..

La Corte, infatti, con sentenza n. 325/10, ha di fatto abrogato l'art. 5 del regolamento nella parte in cui prevedeva l'applicazione delle norme sul patto di stabilità interno dei comuni anche nei confronti delle società affidatarie *in house* dei servizi pubblici locali.²

L'intento del legislatore, dunque, di fornire un quadro completo, certo e unitario della materia dei servizi pubblici locali, proprio in ragione delle ovvie ricadute che questa genera sulle dinamiche economiche e sociali, sembra solo in parte riuscito, come dimostra il fatto che si è già reso necessario un primo

¹ Com'è noto, il regolamento di attuazione è stato pubblicato sulla G.U. in data 12.10.2010.

² C. cost., n. 325/2010 è stata dichiarata la parziale illegittimità costituzionale della lettera a), dell'art. 23 bis, co. 10, del d.l. n. 112/2008 s.m.i..

intervento correttivo, con l'emanazione dell'art. 14, co. 32 del d.l. n. 78/10, conv. con modificazioni in l. 122/10.

In particolare, con tale disposizione è stato introdotto il divieto di costituire società aventi ad oggetto lo svolgimento di servizi pubblici per i comuni con popolazione inferiore ai 30.000 abitanti.

In particolare, il co. 32 dell'art. 14 prevede che «fermo quanto previsto dall'art. 3, co. 27, 28 e 29, della l. n. 24.12.2007, n. 244, i Comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti non possono costituire società» e che *entro il 31.12.2011 gli enti mettano in liquidazione le società già costituite alla data di entrata in vigore del decreto, ovvero ne cedano le partecipazioni*”.

La norma precisa che il divieto non si applica ai Comuni che costituiscano società con «partecipazione paritaria ovvero con partecipazione proporzionale al numero degli abitanti, costituite da più comuni la cui popolazione complessiva superi i 30.000 abitanti» e che i comuni con popolazione compresa tra 30.000 e 50.000 abitanti possono detenere la partecipazione di una sola società, anche in questo caso stabilendo l'onere di mettere in liquidazione le altre società costituite in precedenza, sempre entro il 31.12.2011.

In sede di conversione, inoltre, il Parlamento ha stabilito che «Con decreto del Ministro per i rapporti con le regioni e per la coesione territoriale, di concerto con i Ministri dell'economia e delle finanze e per le riforme per il federalismo, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sono determinate le modalità attuative del presente comma nonché ulteriori ipotesi di

esclusione dal relativo ambito di applicazione». In relazione alla norma citata possono sorgere dubbi interpretativi sia a causa del tenore letterale della disposizione nella quale l'inciso iniziale «fermo quanto previsto dall'art. 3, coo 27, 28 e 29, della l. 24.12.2007, n. 244» sembra prestarsi a letture divergenti ed opposte che in ragione dei molteplici interventi legislativi che negli ultimi anni hanno introdotto alcune regole dirette a disciplinare le possibili modalità di partecipazione degli enti locali nelle società di capitali.

In sostanza, il co. 32 dell'art. 14 potrebbe essere oggetto di letture contrastanti, come peraltro è accaduto già nel breve periodo di vigenza della disposizione, destinate ad incidere profondamente sulla portata della norma e che, in linea di massima sono sintetizzabili nei termini che seguono. Secondo una prima tesi avallata da numerosi commentatori, la norma in questione limiterebbe ma non vieterebbe la possibilità per gli enti locali, anche con popolazione inferiore ai 30.000 abitanti, di costituire società di capitali e di detenere partecipazioni azionarie. Infatti, siccome la norma fa salva la previsione contenuta nell'art. 3, co. 27 della l. n. 244 del 2007 che dispone che «è sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e l'assunzione di partecipazioni in tali società» ne conseguirebbe che tali società potrebbero ancora essere costituite dagli enti locali e che il nuovo divieto opererebbe solo in relazione a partecipazioni di natura diversa. Al contrario, in base ad una lettura letterale e restrittiva della norma è stato ritenuto che i comuni e le province con meno di 30.000 abitanti non possono detenere più alcuna nuova partecipazione azionaria e debbono dismettere, sia pure nei tempi previsti dalla norma, quelle che possiedono attualmente.

A sostegno di questa posizione è stato richiamato il tenore letterale della disposizione in base al quale «i comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti non possono costituire società», fatta salva la possibilità prevista dalla stessa norma (partecipazione di più enti con popolazione complessiva superiore ai 30.000 abitanti). Invero, sia l'una che l'altra tesi sollevano non poche perplessità e dubbi

perché sembrano trascurare, la prima, la finalità che ha animato il legislatore in questi anni di addivenire ad una progressiva limitazione dell'utilizzo dello strumento societario e, la seconda, il fatto che lo stesso legislatore nazionale e regionale, in questi anni, ha previsto che in alcuni casi servizi od attività di pertinenza degli enti locali debbano essere svolti per il tramite di società di capitali.

Ciò che appare indubitabile, invece, è, da un lato, che la norma in questione ha carattere generale ed è diretta a disciplinare la partecipazione dei comuni nelle società di capitali e, dall'altro, che il legislatore non ha inteso abrogare la precedente normativa di carattere generale contenuta nell'art. 3, co. 27, ma, al contrario, ha inteso mantenere entrambe le discipline prevedendo che da una loro lettura coordinata possa ricavarsi la regola che dovrà essere seguita dai comuni.

Le due disposizioni, infatti, operano su piani distinti: l'art. 3, co. 27 su quello della finalità e degli scopi che l'ente può raggiungere con la partecipazione societaria e l'art. 14, co. 32 sul piano numerico ed operativo, con la previsione che, in ogni caso, ciascun ente non potrà detenere un numero di partecipazioni superiore a quello previsto dalla norma.

Con l'ovvia conseguenza che l'inciso «fermo quanto previsto dall'art. 3, coo. 27, 28 e 29, della l. 24.12.2007, n. 244» non può che significare che nei limiti numerici delle partecipazioni che ciascun ente può detenere in base alla previsione contenuta nell'art. 14, co. 32 le stesse dovranno, comunque, essere conformi ai canoni previsti dall'art. 3, co. 27 della l. finanziaria per il 2008.

2. Il nuovo regime dei divieti e delle incompatibilità stabilito dall'art. 8 d.P.R. 168/2010: ambito applicativo.

Venendo all'esame delle novità introdotte dal d.P.R. n. 168/10, quella che più interessa ai fini del nostro discorso riguarda i divieti e le incompatibilità stabilite all'art. 8.

Per inquadrare correttamente la questione occorre innanzitutto precisare che detta disposizione (come l'intero regolamento) non trova applicazione (ai sensi dell'art. 1, co. 3) nei confronti delle società che svolgono i ser-

vizi strumentali all'attività o al funzionamento degli enti affidanti di cui all'art. 13, co. 1 del d.l. n. 223/06 convertito, con modificazioni, dalla l. 248/06. La definizione di società “strumentali” viene fornita dall'art. 13 d.l. 223/2006 n. 223 conv. in l. 248/2006 (cd. decreto Bersani)³.

La norma limita l'attività delle società costituite dagli enti locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività dei medesimi enti, che possono svolgere l'attività solo a beneficio dell'ente costituente e affidante.

Detta disposizione è diretta, nella logica di tutela del libero mercato, a evitare qualunque forma di vantaggio in capo a tali società.

Dal divieto di svolgere prestazioni per soggetti diversi sono invece escluse le società affidatarie di servizi pubblici locali.

La giurisprudenza amministrativa ha definito strumentali all'attività dei detti enti, con esclusione, come ricordato, dei servizi pubblici locali, tutti quei beni e servizi erogati da società a supporto di funzioni di cui resta titolare l'ente di riferimento e con i quali lo stesso ente provvede al perseguimento dei suoi fini istituzionali.

Le società strumentali sono, infatti, strutturate costituite per svolgere attività rivolte essenzialmente alla pubblica amministrazione e non al pubblico. Si distinguono, pertanto, da quelle costituite per l'erogazione dei servizi pubblici locali, che mirano a soddisfare direttamente e in via immediata esigenze generali della collettività⁴.

Il legislatore ha evidentemente inteso evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e assicurare condizioni di parità tra gli operatori, impedendo che società formalmente privatizzate, ma soggette ad influenza dominante dei pubblici poteri, possano operare liberamente sul mercato traendo vantaggio dal

³ l'art. 13 l.cit. “*al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali (...)*”

⁴ cfr. CdS, 12.6.2009 n. 3766; idem, 14.4.2008, n. 1600;

regime speciale di cui godono⁵.

Fatta questa debita premessa, l'art. 8 del regolamento attuativo fissa alcuni divieti ed incompatibilità che colpiscono taluni soggetti. In particolare, il co. 1 dell'art. 8 prevede che “*(...) Gli amministratori, i dirigenti e i responsabili degli uffici o dei servizi dell'ente locale, nonché degli altri organismi che espletano funzioni di stazione appaltante, di regolazione, di indirizzo e di controllo di servizi pubblici locali, non possono svolgere incarichi inerenti la gestione dei servizi affidati da parte dei medesimi soggetti. Il divieto si applica anche nel caso in cui le dette funzioni sono state svolte nei tre anni precedenti il conferimento dell'incarico inerente la gestione dei servizi pubblici locali. Alle società quotate nei mercati regolamentati si applica la disciplina definita dagli organismi di controllo competenti (...)*”.

Il successivo co. 2 chiarisce che *tale divieto opera anche nei confronti del coniuge, dei parenti e degli affini entro il quarto grado dei soggetti indicati nel precedente comma 1, nonché nei confronti di coloro che prestano, o hanno prestato nel triennio precedente, a qualsiasi titolo attività di consulenza o collaborazione in favore degli enti locali o dei soggetti che hanno affidato la gestione del servizio pubblico locale (...)*”.

I coo. da 3 a 5 cristallizzano alcune cause di incompatibilità. In particolare, viene stabilito che non possono essere nominati amministratori di società partecipate da enti locali coloro che nei tre anni precedenti alla nomina hanno ricoperto la carica di amministratore, di cui all'art. 77 TUEL, negli enti locali che detengono quote di partecipazione al capitale della stessa società.

Inoltre, i componenti della commissione di gara per l'affidamento della gestione di servizi pubblici locali non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente alla gestione del servizio di cui si tratta.

Parimenti, coloro che hanno rivestito, nel biennio precedente, la carica di amministratore locale, di cui al co. 3, non possono essere nominati componenti della commissione di

⁵ cfr. C. conti, Veneto, parere 19.6.2009, n. 106

gara relativamente a servizi pubblici locali da affidare da parte del medesimo ente locale.

I coo. da 6 a 8, sempre riguardo la composizione della commissione giudicatrice, prevedono una serie di ulteriori prescrizioni interdittive.

Infatti, viene stabilita l'esclusione da futuri incarichi di commissario a carico di quegli amministratori di società partecipate da enti locali che nei tre anni precedenti alla nomina hanno ricoperto la carica di amministratore, di cui all'art. 77 TUEL, negli enti locali che detengono quote di partecipazione al capitale della stessa società.

A questo si aggiunga che i componenti della commissione di gara per l'affidamento della gestione di servizi pubblici locali non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente alla gestione del servizio di cui si tratta.

Infine, per coloro che hanno rivestito, nel biennio precedente, la carica di amministratore locale, scatta il divieto di nomina a componenti della commissione di gara relativamente a servizi pubblici locali da affidare da parte del medesimo ente locale.

Tuttavia, le disposizioni contenute nell'art. 8 troveranno applicazione soltanto nei confronti delle nomine e degli incarichi da conferire dopo il varo del regolamento di attuazione facendo salve tutte le posizioni pregresse.

Al riguardo, per completezza va segnalato che il Consiglio di Stato, in sede di parere preventivo sullo schema di d.P.R.⁶, ha chiesto l'eliminazione del co. 8 dell'art. 8 nella parte in cui stabiliva la deroga al divieto di far parte della commissione di gara per i dipendenti dell'ente locale che la indice nell'ipotesi in cui alla gara concorre una società partecipata dall'ente locale stesso per violazione del principio di imparzialità.

L'invito del Consiglio di Stato è stato, come abbiamo poc'anzi rilevato, prontamente recepito, tant'è che nella stesura definitiva del decreto non vi è traccia di detta deroga.

3. Considerazioni finali.

⁶ CdS, 24.5.2010, n. 2415, parere sez. cons. Atti normativi

La nuova riforma dei servizi pubblici locali non sembra aver sciolto tutti i nodi relativi alla gestione dei servizi pubblici locali e, segnatamente, alle società miste e alle società *in house*. Come giustamente osservato dal Consiglio di Stato in sede di parere preventivo, il regolamento presta il fianco a numerose critiche. In particolare, è sufficiente pensare alla soglia dei duecentomila euro annui che rappresenta il parametro di riferimento al di sotto del quale non è richiesto il parere dell'Agcom.

Invero, il Consiglio di Stato suggeriva di modificare la norma nel senso di rendere obbligatorio il parere dell'Agcom per quei servizi di importo superiore ai 200.000,00 euro annui, qualora la popolazione non sia superiore a 50.000 abitanti e a 50.000 euro annui qualora la popolazione interessata non sia superiore a 50.000 unità. La soluzione scelta dal regolamento, non è delle migliori e sarà foriera di non pochi danni all'attività di vigilanza che dovrà svolgere l'Autorità: quest'ultima, infatti, si troverà "costretta" a fornire una moltitudine di pareri, anche per affidamenti di servizi di modesta entità, da parte dei piccoli comuni tanto da vanificarne il compito di controllo con conseguente eliminazione dei c.d. affidamenti *in house*.

Non solo, stando all'interpretazione prevalente, detto parere dell'Autorità sarebbe «obbligatorio, ma non vincolante»; ciò significa che l'ente affidante, anche in caso di parere sfavorevole dell'antitrust, potrebbe comunque procedere all'affidamento *in house*, motivando adeguatamente la propria scelta (soggetta naturalmente al sindacato del giudice amministrativo). Altra questione non risolta, come abbiamo visto al precedente punto 1, resta quella della possibilità o meno per i comuni con meno di trentamila abitanti di poter costituire delle società pubbliche, a seguito dell'articolo 14, co. 32, della l. n. 122/2010.

Come anticipato nel precedente paragrafo 1, l'espresso richiamo all'art. 3, coo. 27, 28 e 29 della l. n. 244/2007, dovrebbe escludere l'applicabilità del divieto in merito alla costituzione di quei moduli societari chiamati a gestire servizi pubblici locali che, per loro stessa natura, sono finalizzati a soddisfare interessi generali.



Il problema rimane, invece, per quei soggetti che gestiscono servizi strumentali al raggiungimento dei fini istituzionali dell'ente

che, tuttavia, non appaiono né necessari, né soddisfano interessi generali, la cui costituzione dovrebbe essere, pertanto, vietata.

«.....GA.....»