

LA GOVERNANCE COME UNICA POSSIBILITÀ PER LA SOPRAVVIVENZA DEL GRUPPO LOCALE

della Dott.ssa Marzia Capitanio, dirigente del Comune di Jesolo

Negli ultimi dieci anni le questioni collegate al crescente ricorso, da parte degli enti pubblici, agli strumenti di tipo privatistico per la gestione di servizi, hanno animato il dibattito dottrinario e, soprattutto, la giurisprudenza comunitaria e nazionale.

La decisione di gestire i servizi pubblici affidandoli a società di diritto privato, spesso appositamente create, è stata spesso una scelta obbligata causata dalla difficoltà di conciliare le esigenze di efficienza ed efficacia dei servizi con le sempre più limitate risorse ed i vincoli di finanza pubblica degli Enti.

Considerato, però, che nelle società pubbliche l'interesse sociale è strettamente correlato a quello pubblico, è diventato di centrale importanza risolvere il problema delle modalità attraverso le quali, pur affidando la gestione all'esterno, l'ente affidante può mantenere il controllo su tale soggetto.

Come noto il legislatore nazionale ha lasciato ampia discrezionalità circa la scelta dei modelli societari cui affidarsi per la gestione di tali servizi, tuttavia, a prescindere dal modello scelto, numerosi sono i problemi che si incontrano nel momento in cui una gestione giuridica di tipo formale si inserisce nel fenomeno economico sottostante.¹

Da subito, infatti, si è evidenziato il fatto che non è possibile ipotizzare che nel rapporto tra ente pubblico e società controllata/partecipata sussista un rapporto equiparabile a quello esistente, in ambito civilistico, tra società capogruppo e sue controllate. Questo, innanzitutto, perché manca tra i due soggetti una base culturale comune: come è stato giustamente rilevato, l'ente locale non gestisce "rischi aziendali" ma "rischi politici".

Nondimeno, la necessità di adottare logiche aziendalistiche, più che politiche, si è resa sempre più cogente in considerazione del fatto che una gestione deficitaria ed irregolare, comporta danni alla cosiddetta "finanza pubblica allargata" in violazione degli obiettivi costituzionali e comunitari.

*"La differenza tra una società privata ed una pubblica risiede, difatti, nella circostanza che l'imprenditore non è un privato (sempre libero di disporre delle proprie sostanze a proprio piacimento...), bensì una persona che gestisce risorse della collettività da destinarsi al perseguimento di specifici interessi pubblici. Quando una pubblica amministrazione decide di costituire o partecipare ad una società per perseguire fini di interesse pubblico si determina una scelta che incide sul denaro della collettività dei cittadini e delle imprese perché la PA pone in essere atti dispositivi di risorse finanziarie"*²

¹ Cass. SSUU 26806/2009

² Corte dei Conti, sez. Campania n. 359, 16/3/2011

Un'altra criticità, correlata a quella dell'adeguata gestione di tali soggetti giuridici, ed evidenziata da numerose sentenze ed analisi delle Corti dei Conti, è il frequente ricorso alle società partecipate per forzare le regole poste a tutela della concorrenza e per eludere i vincoli di finanza pubblici imposti agli enti locali, specie in materia di personale.³

Per questo motivo la public governance, cioè l'insieme di regole che l'ente pubblico deve condividere con gli organi di gestione delle società in partecipazione, per allineare le proprie necessità di controllo alle necessità di gestione societaria, va a braccetto - pur essendo concettualmente diverso - con il problema del controllo analogo cui sono tenuti tutti gli enti che affidano, in via diretta, la gestione di servizi a società partecipate dell'ente.

La nozione di controllo analogo è di derivazione giurisprudenziale e rimonta alla celebre sentenza Teckal nella causa che vide, nel 1999, il comune di Aviano contrapposto alla Teckal srl per l'affidamento di un appalto pubblico ad una società partecipata. La Corte di Giustizia Europea, individuò due criteri (cosiddetti criteri Teckal) in forza dei quali si può derogare all'obbligo della gara per l'affidamento di un servizio pubblico da parte di un ente, il primo di questi criteri è la sussistenza, in capo alla società cui si affida il servizio, di un controllo - da parte dell'ente affidante - analogo a quello esercitato nei confronti dei propri servizi.⁴

Una successiva nota della Commissione europea del giugno 2002 al Governo Italiano ha, poi, specificato la portata di tale controllo affermando che: *"non è sufficiente il semplice esercizio degli strumenti di cui dispone il socio di maggioranza secondo le regole del diritto societario. Il controllo contemplato nella sentenza Teckal fa, infatti, riferimento ad un rapporto che determina, da parte dell'amministrazione controllante, un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato e che riguarda l'insieme dei più importanti atti di gestione del medesimo"*.

La nota portò alla modifica dell'art. 113 del D.Lgs.vo 267/2000 ad opera del decreto legge 269/2003, convertito nella legge 326/2003, ma la giurisprudenza degli anni successivi - chiamata a verificare le concrete modalità attraverso le quali veniva garantito tale controllo - ne ha ulteriormente specificato la portata. E' stato, pertanto, precisato che ci deve essere una "subordinazione gerarchica" tra amministrazione e società, per cui il controllo non può limitarsi ad una verifica successiva della gestione attuata con l'approvazione del bilancio, né ridursi al mero esercizio del diritto di nomina da parte dell'ente dei rappresentanti in seno al consiglio di amministrazione. Si è affermato quindi che ci deve essere un controllo attuale, puntuale e concomitante all'attività gestionale della società da effettuarsi anche con l'ausilio di appositi poteri ispettivi.⁵

³ Corte dei Conti, sez autonomie 22/6/2010 n. 14

⁴ Il secondo "criterio Teckal" è che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti che la controllano

⁵ Vedasi Cons di Stato, sez IV, n. 168 del 25/01/2001, Cons di Stato, sez V, n. 4440 del 13/07/2006, Tar Friuli Venezia Giulia 6634/2005, Tar Campania, sez I, n. 2784 del 30/3/2005, Cons di Stato, sez v, n. 5 del 08/01/2007, Corte dei Conti, sez Toscana, sentenza n. 267/2009

La copiosa giurisprudenza ha, così, consolidato un punto ormai incontrovertibile: *“l’affidamento da parte di un ente pubblico ad un soggetto esterno, da esso controllato, della gestione di un servizio pubblico, integra una relazione funzionale incentrata sull’inserimento del soggetto medesimo nell’organizzazione funzionale dell’ente pubblico”*.⁶

Correttamente la dottrina si distingue tra controllo analogo ed controllo sulle partecipate. Sono in effetti, fattispecie distinte giacché, mentre il controllo analogo è un controllo “subito” dalle società, che serve a dimostrare che vi è una immedesimazione tra l’ente e l’azienda che viene gestita come fosse un ufficio interno della PA (e con ciò rende legittimo l’affidamento diretto), la governance, attenendo all’insieme di regole che i due soggetti si danno per un’efficiente collaborazione volta al raggiungimento degli obiettivi comuni, non si configura come un controllo vero e proprio ma, appunto, come un’attività condivisa e non subita.

Peraltro, il dato di fatto è che non si può attuare una governance efficace, né operare un adeguato controllo analogo, se l’ente e la società non organizzano un sistema di reportistica che consenta alla Pubblica Amministrazione di conoscere la realtà gestionale della società. Nella sostanza, quindi, i due concetti si compenetrano.

La necessità di una stretta interrelazione tra società ed enti danti causa emerge, poi, nell’accentuata tendenza del legislatore ad estendere la disciplina dettata per gli enti locali alle società, tanto che è stata anche tentata l’estensione a tutte le società partecipate delle regole del patto di stabilità, ipotesi per ora bloccata dalla Corte Cost con la sent 325/2010, ma non ancora del tutto abbandonata.

Se l’assoggettamento al patto di stabilità interno non è ancora completamente operativo per tutti gli organismi societari, la manovra estiva attuata con il decreto legge 98/2011, convertito con modificazioni con la legge 111/2011, costringe, definitivamente, Enti pubblici e società partecipate a condividere strategie ed informazioni, quindi ad adottare efficaci sistemi di governance.

L’art. 20, comma 9, infatti, stabilisce l’obbligo di computare - ai fini del calcolo del limite del 40% della spesa di personale previsto dal comma 7 dell’art. 76 del decreto legge 78/2008, convertito nella legge 133/2008 - anche il costo del personale delle società a partecipazione pubblica totale o di controllo, titolari di affidamento diretto di servizi pubblici locali senza gara o che svolgono funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale.

La norma, quindi, pone su un unico piano l’ente pubblico e le società partecipate che il legislatore ormai concepisce come un’unica entità (del resto, non a caso, si parla di “gruppo locale”) a prescindere dalla diversa forma giuridica di riferimento.

Tale disposizione non avrebbe dovuto essere una novità, dato che, già in precedenza, c’erano state sentenze, delibere e pareri delle Corti dei Conti, che avevano affermato che *“vanno considerate come sostenute direttamente dall’ente locale anche le spese di personale di società pubbliche in house tanto nel caso di partecipazione unica*

⁶ Corte dei Conti, sez. Campania sentenza n. 359 del 16/03/2011

*totalitaria, quanto nel caso di compartecipazione plurisoggettiva intercorsa tra vari enti pubblici locali in misura proporzionale alla partecipazione*⁷, ciononostante, l'entrata in vigore della norma ha avuto portata dirompente nei rapporti tra enti e società. Le Amministrazioni infatti, sono state costrette –in via preventiva - a segnalare alle società la necessità di bloccare immediatamente qualsiasi assunzione fosse stata programmata o, addirittura, in corso di perfezionamento, fino a che non fosse stato effettuato il nuovo calcolo del limite di spesa.

Se in un primo momento, infatti, il dibattito era incentrato sulle modalità di calcolo di tale limite, quindi sulla natura (commerciale o meno) dei servizi svolti e sulle poste economiche da considerare ai fini del calcolo, è stato quando si è passati ad analizzare le conseguenze (per i soli Enti) dello sfioramento della soglia, che è scattato l'allarme nei confronti delle società partecipate.

Una spesa di personale al di sopra del limite del 40%, infatti, impone all'Ente locale, non solo –e non tanto – il blocco delle assunzioni, ma anche l'immediata adozione delle misure correttive prescritte dagli artt. 40 e 40 bis del D.Lgs.vo 165/2011, che disciplina la formazione del fondo per l'erogazione del salario accessorio dei dipendenti pubblici.

Ai sensi dell'art. 40, comma 3 bis del D.Lgs.vo 267/2001, infatti, le pubbliche amministrazioni attivano livelli autonomi di contrattazione collettiva integrativa *"nel rispetto dei vincoli di bilancio risultanti dagli strumenti di programmazione annuale e pluriennale di ciascuna amministrazione. La contrattazione collettiva integrativa assicura adeguati livelli di efficienza e produttività dei servizi pubblici, incentivando l'impegno e la qualità della performance"*.

L'erogazione del salario accessorio ai dipendenti (cosiddetta produttività) costituisce per le Amministrazioni una delle leve attraverso le quali incentiva il personale a migliorare l'efficienza dei servizi erogati.

Una parte del fondo di produttività viene destinata, infatti, per remunerare attività aggiuntive con le quali le Amministrazioni puntano ad offrire maggiori e/o migliori servizi alla cittadinanza: si pensi, ad esempio, al turno notturno di servizio per la polizia locale, alle squadre di lavoro per la pulizia delle strade in caso di nevicate, all'attività al di fuori dal normale orario di servizio degli operai addetti alle manutenzioni.

Queste risorse aggiuntive (definite risorse variabili del fondo di produttività) possono essere destinate dalle Amministrazioni alla contrattazione integrativa solo nei limiti del rispetto dei *"parametri di virtuosità fissati per la spesa di personale dalle vigenti disposizioni, in ogni caso nel rispetto dei vincoli di bilancio e del patto di stabilità e di analoghi strumenti del contenimento della spesa"*.

Nel caso di sfioramento dei vincoli finanziari, c'è il divieto di inserire nel fondo tali risorse aggiuntive che, qualora comunque erogate, ai sensi dell'art. 40 quinquies, sesto periodo del D.lgs.vo 165/2001, devono essere recuperate nella sessione

⁷ Corte dei Conti, sez. Lombardia delibera n. 99/2008

negoziale successiva; il che significa, in concreto, che gli enti sarebbero costretti a recuperare dai dipendenti le somme indebitamente erogate e relative a prestazioni da questi già svolte.

Considerate, quindi, le pesanti conseguenze (principalmente a carico degli enti) derivanti dallo sfioramento del limite di spesa, è evidente la necessità di un monitoraggio congiunto della spesa di personale di tutti i soggetti componenti il gruppo locale, così come è evidente la necessità di una continua, effettiva, concertazione tra i predetti soggetti per valutare, caso per caso, il reale fabbisogno di personale.

In sostanza la governance del gruppo deve divenire effettiva ed articolata considerato che ci si potrebbe trovare ad esser costretti a dover scegliere, ad esempio, tra retribuire le attività aggiuntive dei dipendenti -sulle quali l'Amministrazione punta la propria immagine di efficienza- o assumere personale (anche solo a tempo determinato) per la società che magari gestisce servizi turistici di tipo stagionale o che aveva programmato per l'anno in corso l'implementazione dei servizi erogati.

La condivisione di programmi ed obiettivi, quindi è una scelta obbligata, ma è anche necessario che gli obiettivi, una volta individuati, vengano, comunque, costantemente monitorati con un adeguato flusso di informazioni, report, riscontri finanziari.

Le regole della public governance del gruppo locale, quindi, non possono più essere utilizzate sporadicamente, in occasione, ad esempio, della stesura del bilancio di previsione o in occasione delle elezioni di una nuova amministrazione, ma devono diventare un'attività costante cui tutti i soggetti coinvolti dedicano risorse umane e finanziarie.

Nel 2010 la Sezione di controllo della Corte dei Conti per il Veneto ha avviato un'indagine conoscitiva volta ad analizzare i rapporti tra enti ed organismi partecipati, l'obiettivo era verificare: *"se gli enti veneti prescelti abbiano definito preventivamente gli obiettivi gestionali cui devono tendere le società partecipate ed organizzato sistemi informativi adeguati a rilevare l'intera attività finanziaria, organizzativa, gestionale e contabile della società che consentano il monitoraggio periodico del loro andamento"*⁸. La Corte ha rilevato che i rapporti tra enti e società presentano varie criticità e ciò a prescindere dalle dimensioni dell'ente analizzato o dalla consistenza delle partecipazioni. L'indagine, infatti, ha evidenziato che nessun ente esaminato ha adibito esclusivamente nessun ufficio o servizio alla gestione delle attività quali: la gestione dei flussi informativi con le società per la verifica del rispetto dei programmi, il monitoraggio della spesa, gli indicatori di efficienza dei servizi resi. Al massimo, nei casi migliori, è stato creato un ufficio di coordinamento che vi provvede rapportandosi con più uffici nei settori di attività e sottoposto alla supervisione del segretario/direttore generale.

Là dove vi è una presenza di rappresentanti degli enti negli organi di amministrazione delle partecipate, è risultato che gli enti non predispongono, in modo stabile, direttive ed indirizzi per i propri rappresentanti, e nel caso in cui tali direttive vengano

⁸ Corte dei Conti Veneto, sez. controllo, delibera n. 10/2010/INPR del 14/01/2010

impartite, manca, poi, una verifica sistematica circa la corrispondenza tra le direttive impartite e le decisioni prese da questi. Si procede, infatti, a tale verifica solo se ritenuta necessaria.

Solo il 38% degli enti analizzati, infine, elabora analisi e valutazioni sulla gestione, sui bilanci e sugli andamenti economico finanziari degli organismi partecipati, il 13% lo attua solo saltuariamente quando ritenuto, di volta in volta, necessario, mentre il la gran parte degli enti, il 49%, non lo fa mai.

Queste carenze probabilmente siano da ricercare, principalmente, nella mancanza di una cultura comune tra società ed enti locali che trova origine nella diversa normativa di riferimento, tuttavia, è ormai evidente che il legislatore (e la giurisprudenza contabile) considerano, a tutti gli effetti, gli enti e le loro società partecipate come un unico organismo, di conseguenza o si individua un sistema condiviso di interazioni o il sistema del gruppo locale è destinato a fallire con gravi ripercussioni non solo sulla finanza pubblica allargata.