

**RELAZIONE EX ART.34, CC.20 E 21 DL 179 / 2013**

**Premessa**

La presente relazione è elaborata ai sensi dell'art 34 cc 20 e 21 DL 179 / 2012 relativamente all'individuazione della forma di gestione delle infrastrutture e dei correlati servizi / attività di cui ai punti 1) e 2) della deliberazione di Consiglio Comunale di Dossena cui la presente relazione è allegata.

Nella presente relazione ex art 34 c 20 DL 179 / 2012, da pubblicare sul sito internet del COMUNE, si sviluppa l'analisi multidisciplinare relativa alle alternative forme di gestione di cui ai punti 3) e 4) della citata deliberazione consiliare, *al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, ... [dando] conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando altresì le compensazioni economiche se previste [Aiuti di Stato].*

La presente relazione, come da successive analisi ed approfondimenti, individua quale forma di gestione più opportuna per la gestione delle infrastrutture e dei servizi di cui sopra l'azienda speciale ex art 114 D.lgs. 267 / 2000 (*Testo Unico degli Enti Locali*), nonché ex DPR 902 / 1986 (*regolamento delle aziende di servizi dipendenti dagli enti locali - aziende speciali*) ancorché trattisi di provvedimento remoto.

**A)**

Per completezza si richiamano anticipatamente alcune previsioni delle due normative sopra citate.

Ex art 114 D.lgs. 267 / 2000 (*Aziende speciali*):

*1. L'azienda speciale è ente strumentale dell'ente locale dotato di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e di proprio statuto, approvato dal consiglio comunale ....*

*L'azienda speciale conforma la propria gestione ai principi contabili generali contenuti nell'allegato n. 1 al decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118, e successive modificazioni, ed ai principi del codice civile.*

*3. Organi dell'azienda ... sono il consiglio di amministrazione, il presidente e il direttore, al quale compete la responsabilità gestionale. Le modalità di nomina e revoca degli amministratori sono stabilite dallo statuto dell'ente locale.*

*4. L'azienda ... conforma la [propria] attività a criteri di efficacia, efficienza ed economicità ed hanno l'obbligo dell'equilibrio economico, considerando anche i proventi derivanti dai trasferimenti ...*

*5. Nell'ambito della legge, l'ordinamento ed il funzionamento delle aziende speciali sono disciplinati dal proprio statuto e dai regolamenti...*

*5-bis. Le aziende speciali ... si iscrivono e depositano i propri bilanci al registro delle imprese o nel repertorio delle notizie economico-amministrative della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura del proprio territorio entro il 31 maggio di ciascun anno.*

*6. L'ente locale conferisce il capitale di dotazione; determina le finalità e gli indirizzi; approva gli atti fondamentali; esercita la vigilanza; verifica i risultati della gestione; provvede alla copertura degli eventuali costi sociali.*

7. ... *Lo statuto dell'azienda speciale prevede un apposito organo, di revisione, nonché forme autonome di verifica della gestione.*

8. *Ai fini di cui al comma 6 sono fondamentali i seguenti atti dell'azienda da sottoporre all'approvazione del consiglio comunale: a) il piano-programma, comprendente un contratto di servizio che disciplini i rapporti tra ente locale ed azienda speciale; b) il budget economico almeno triennale; c) il bilancio di esercizio; d) il piano degli indicatori di bilancio.*

L'azienda speciale è legalmente rappresentata dal Presidente della stessa (come anche da statuto proposto nel caso di specie), ferma l'obbligatorietà della nomina del Direttore quale responsabile gestionale, e ciò tenuto conto del vigente e sopra riportato art 114 c 3 D.lgs. 267 / 2000, anche a superamento delle previsioni ex art 33 lettera a), 29 e 30 DPR 902 / 1986.

Per il Direttore si vedano anche gli artt. da 32 a 37 DPR 902 / 1986.

Per il Consiglio di Amministrazione si rinvia a quanto previsto dagli artt. da 15 a 28 DPR 902 / 1986.

Per il Presidente del Consiglio di Amministrazione si veda anche quanto prescritto dagli artt. 29 e 30 DPR 902 / 1986.

Per il Collegio dei Revisori dei Conti si veda quanto indicato dagli artt. da 52 a 55 DPR 902 / 1986.

In materia di capitale di dotazione e fonti di finanziamento dell'azienda speciale si vedano anche le previsioni ex artt. 45 e 46 DPR 902 / 1986.

In tema di pianificazione, programmazione e bilancio ex art 114 c 8 D.lgs. 267 / 2000 (di cui sopra) meritano osservazione i contenuti, le procedure ed i tempi di approvazione degli artt. da 38 a 42 DPR 902 / 1986.

L'azienda speciale dunque:

- ha propria autonomia imprenditoriale, personalità giuridica e propria partita IVA;
- svolge la propria contabilità secondo la logica economico – patrimoniale;
- è soggetto ad IRES ed IRAP in materia di imposizione sui redditi dallo stesso prodotti.

Nello schema di statuto aziendale (cui si rinvia per il dettaglio), approvato con la medesima deliberazione consiliare con cui è approvata la presente relazione, trovano concreta attuazione le previsioni ex art 114 D.lgs. 267 / 2000 e DPR 902 / 1986 di cui sopra; il piano programma ed il contratto di servizio saranno informati ai medesimi principi.

## **B)**

Ex art 112 c 1 D.lgs. 267 / 2000 (*Servizi pubblici locali*), *Gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali*; le gestioni sopra richiamate, con particolare riferimento alla riattivazione delle miniere in Comune di Dossena unitamente alla realizzazione e gestione di un ponte tibetano, configurano lo sviluppo di servizi assai rilevanti a fini ricreativo – culturali, per la promozione economico – sociale dell'area territoriale specifica, nonché dal punto di vista dell'attrattività turistica ed auspicabilmente del benessere economico della comunità locale; le gestioni in questione configurano dunque *servizi pubblici locali*.

Circa la *rilevanza economica* dei servizi in questione, può essere evidenziato quanto espresso (tra altri provvedimenti) dalla sentenza Consiglio di Stato, Sez. V, 23/10/2012 n 5409, in base alla quale *la distinzione tra [servizi ed] attività economiche e non economiche ha carattere dinamico ed evolutivo, cosicché non è possibile fissare a priori un elenco definitivo dei servizi di interesse*

*generale di natura economica (... [è necessario] valutare circostanze e condizioni in cui il servizio viene prestato, tenendo conto, in particolare, dell'assenza di uno scopo precipuamente lucrativo, della mancata assunzione dei rischi connessi a tale attività ed anche dell'eventuale finanziamento pubblico dell'attività in questione. In sostanza, per qualificare un servizio pubblico come avente rilevanza economica o meno si deve prendere in considerazione non solo la tipologia o caratteristica merceologica del servizio (vi sono attività meramente erogative come l'assistenza agli indigenti), ma anche la soluzione organizzativa che l'ente locale, quando può scegliere, sente più appropriata per rispondere alle esigenze dei cittadini (ad esempio servizi della cultura e del tempo libero da erogare, a seconda della scelta dell'ente pubblico, con o senza copertura dei costi). Dunque, la distinzione può anzitutto derivare da due presupposti, in quanto non solo vi può essere un servizio che ha rilevanza economica o meno in astratto ma anche uno specifico servizio che, per il modo in cui è organizzato, presenta o non presenta tale rilevanza economica. Saranno, quindi, privi di rilevanza economica i servizi che sono resi agli utenti in chiave meramente erogativa e che, inoltre, non richiedono una organizzazione di impresa in senso obiettivo ... La qualificazione di un servizio pubblico a rilevanza economica è [inoltre] correlata alla astratta potenzialità di produrre un utile di gestione e, quindi, di riflettersi sull'assetto concorrenziale del mercato di settore ...; nel caso di specie, come da Allegati (cui si rinvia) alla sopra citata deliberazione consiliare, l'organizzazione della gestione richiede necessariamente un complesso articolato di risorse umane e materiali volte al raggiungimento di un fine (ossia la costruzione di un'azienda ex art 2555 C C), ed è suscettibile di generare utilità economiche; la gestione in questione, dunque, può ben essere definito di rilevanza economica.*

Il fatto che l'azienda speciale ex art 114 D.lgs. 267 / 2000 (quale specifica forma di gestione) possa essere affidataria di un servizio pubblico di rilevanza economica appare ormai consolidato in relazione, tra altri, ai due provvedimenti che seguono:

- parere della Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Regione Piemonte, 31/1/2014 n. 21, in base al quale *In seguito all'abrogazione dell'art. 23 bis del d.l. n. 112/2008, "con particolare riferimento alla gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e alle modalità di affidamento, si è passati dall'esigenza di garantire la massima concorrenza e di contenere le ipotesi di affidamento diretto e di gestione in house alla piena riespansione delle norme comunitarie". Pertanto, essendo venuto meno ogni divieto assoluto alla gestione diretta, o mediante azienda speciale, dei servizi pubblici locali, si ritiene implicitamente abrogato l'art. 35, c. 8, della l. n. 448/2001. Gli stessi recenti interventi legislativi sull'art. 114 TUEL in materia di aziende speciali (e le previsioni contenute nella recente legge di stabilità n. 147/2013) confermano la natura istituzionale di tale ente strumentale e l'intenzione del legislatore di conservare (se non valorizzare) tale organismo. D'altra parte, va "sottolineata l'evoluzione del quadro normativo verso una regolamentazione più articolata che va oltre la definizione dei modelli di gestione dei servizi pubblici locali per focalizzare l'attenzione sulle ricadute economiche delle attività esternalizzate sui bilanci degli enti soci. In buona sostanza, l'ordinamento ha adottato misure di contenimento della spesa e di razionalizzazione dell'universo delle società partecipate, nel frattempo proliferate in modo esponenziale e con risultati di gestione non sempre positivi". In altri termini, l'attenzione del legislatore sembra spostarsi dalla scelta della struttura del soggetto gestore ai controlli sui suoi rapporti finanziari con l'ente socio responsabile del servizio, controlli ormai così penetranti da escludere che la trasformazione di una società di capitali in azienda speciale possa nascondere un intento elusivo di normative finanziarie. Ne consegue che è ammissibile la trasformazione della di una S.p.a. in azienda speciale consortile. Analoga risposta positiva merita il quesito in ordine alla possibilità di procedere attraverso la liquidazione della società di capitali e la costituzione ex novo di un'azienda speciale cui affidare il servizio pubblico economico. A tale conclusione induce l'abrogazione, ad opera dell'art. 1, c. 562, l. n. 147/2013, del divieto posto dall'art. 9, co. 6, d.l. n. 95/2012, secondo cui "È fatto divieto agli enti locali di istituire enti, agenzie e organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica, che esercitino una o più funzioni fondamentali e funzioni amministrative loro conferite ai sensi dell'articolo 118, della Costituzione".*

- parere della Corte dei conti - Sezione delle Autonomie, 21/1/2014 n. 2, in base al quale *L'operazione di trasformazione eterogenea di una società di capitali che gestisce un servizio pubblico a rilevanza economica (nella specie, il servizio idrico) in azienda speciale consortile, è compatibile sia con le norme civilistiche, trattandosi di organismi entrambi dotati di patrimonio separato, a garanzia dei terzi e dei creditori, e sia con le disposizioni pubblicistiche, intese a ricondurre tali organismi ad un regime uniforme quanto al rispetto dei vincoli di finanza pubblica. A seguito dell'intervenuta abrogazione dell'art. 9, co. 6, d.l. n. 95/2012, è consentita la liquidazione di una società di capitali e la costituzione ex novo di un'azienda speciale consortile.*

Quanto alla facoltà di affidamento diretto di servizi, in realtà ad una società in house (e non specificamente all'azienda speciale), si veda di seguito la recente sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 27/1/2020 n 681 (tra numerosissime altre in materia).

*L'affidamento in house di servizi è illegittimo nel caso in cui non ci sia convenienza economica rispetto alla esternalizzazione dello stesso; l'in house providing riveste infatti carattere eccezionale rispetto all'ordinaria modalità di scelta del contraente ed è possibile solo qualora sussista per l'amministrazione una reale convenienza rispetto alle condizioni economiche offerte dal mercato. In tale senso anche l'art. 192, c. 2, del d.lgs. n. 50 del 2016 dispone che "ai fini dell'affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto ed al valore della prestazione, dando atto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche".*

Fermo restando che, diversamente dalla società in house, l'azienda speciale trova nell'art 114 D.lgs. 267 / 2000 la specificazione degli atti fondamentali e della relativa competenza all'approvazione ai fini dell'affidamento diretto di servizi (mentre la società in house richiede la previsione di statuto e contratto di servizio, all'interno di forme più libere di impostazione) per cui si rinvia al successivo § C, lo statuto ed il contratto di servizio della costituenda azienda speciale consentono indubbiamente l'esercizio di un controllo pressoché totale da parte del Comune, con particolare riferimento alla competenza del Consiglio Comunale (art 14 dello schema di statuto aziendale) ed all'esercizio di incisive forme di verifica, anche nel corso della gestione, da parte della struttura comunale come da contratto di servizio che sarà approvato proprio nel rispetto di questi ultimi principi.

In relazione a tutto quanto sopra, ai fini di quanto richiesto dall'art 34 c 20 DL 179 / 2012, per l'azienda speciale ex art 114 D.lgs. 267 / 2000 è verificata la *sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento.*

Si precisa sin d'ora che non si prende in considerazione, tra le forme alternative di cui a seguire, la gestione in economia comunale (svolta con risorse umane e materiali proprie del COMUNE), con particolare riferimento all'attuale impossibilità e / o alla notevolissima difficoltà, attuale e prospettica, di dotare la gestione delle risorse umane necessarie (in termini quantitativi) come da piano economico – finanziario, stanti i vincoli pubblicistici gravanti sugli enti.

Si noti che ex art 18 c 2-bis DL 112 / 2008, *Le aziende speciali ... si attengono al principio di riduzione dei costi del personale, attraverso il contenimento degli oneri contrattuali e delle assunzioni di personale. A tal fine l'ente controllante, con proprio atto di indirizzo, tenuto anche conto delle disposizioni che stabiliscono, a suo carico, divieti o limitazioni alle assunzioni di personale, definisce, per ciascuno dei soggetti di cui al precedente periodo, specifici criteri e modalità di attuazione del principio di contenimento dei costi del personale, tenendo conto del settore in cui ciascun soggetto opera. Le aziende speciali ... adottano tali indirizzi con propri provvedimenti e, nel caso del contenimento degli oneri*

*contrattuali, gli stessi vengono recepiti in sede di contrattazione di secondo livello. Le aziende speciali ... che gestiscono servizi socio-assistenziali ed educativi, scolastici e per l'infanzia, culturali e alla persona (ex IPAB) e le farmacie sono escluse dai limiti di cui al precedente periodo, fermo restando l'obbligo di mantenere un livello dei costi del personale coerente rispetto alla quantità di servizi erogati. Per le aziende speciali cosiddette multiservizi le disposizioni di cui al periodo precedente si applicano qualora l'incidenza del fatturato dei servizi esclusi risulti superiore al 50 per cento del totale del valore della produzione.*

Dunque, in sede di costituzione dell'azienda speciale, il COMUNE deve fornire propri indirizzi in materia di dimensionamento e costo del personale, il che avviene con l'approvazione del piano economico – finanziario e le risorse ed i limiti ivi riportati, cui l'azienda speciale si deve attenere, oltre che la stessa indicazione del CCNL da applicare di cui a seguire.

Va precisato inoltre che la Presidenza del Consiglio dei Ministri (Dipartimento della Funzione Pubblica) ha approvato l'atteso Decreto 17 Marzo 2020, ad oggetto *Misure per la definizione delle capacità assunzionali di personale a tempo indeterminato dei comuni* (GU n 108 del 27-4-2020), di cui è parimenti attesa una circolare esplicativa da parte delle strutture centrali; all'interno del Decreto non vi è alcun richiamo alla necessità di consolidamento del personale di società, aziende speciali ed altri soggetti giuridici partecipati dai Comuni, fatto salvo il richiamo, nelle premesse del Decreto stesso, all'art 3 c 5 DL 90 / 2014 il quale, tra l'altro, prevede che i Comuni *coordinano le politiche assunzionali dei soggetti di cui all'articolo 18, comma 2-bis, del citato decreto-legge n. 112 del 2008 [già poco sopra richiamato] al fine di garantire anche per i medesimi soggetti una graduale riduzione della percentuale tra spese di personale e spese correnti*; l'azienda speciale dovrebbe dunque poter dotarsi del proprio organico diretto, ed il Comune garantirà il controllo della dinamica della relativa spesa.

## C)

Le alternative forme di gestione delle infrastrutture e dei servizi / attività correlate di cui in premessa, tenuto altresì conto di sopra sub A) e B), possono essere riassunte come segue:

- a) Project financing di iniziativa privata ex art 183 c 15 D.lgs. 50 / 2016;
- b) Procedura di evidenza pubblica per la concessione a terzi ex art 164 e ss D.lgs. 50 / 2016 bandita direttamente dal Comune;
- c) Costituzione di società mista pubblico – privato con socio operatore appaltatore ex art 17 D.lgs. 175 / 2016;
- d) Costituzione di una società interamente pubblica in house ex art 5 D.lgs. 50 / 2016 ed art 16 D.lgs. 175 / 2016;
- e) Costituzione di un'azienda speciale ex art 114 D.lgs. 267 / 2000.

Ai fini dell'individuazione della forma di gestione tra le alternative sopra da a) ad e) possono essere affrontati per ciascuna alternativa i seguenti fattori / elementi / aspetti, i quali sono sintetizzati con punteggi decrescenti, nella tabella in appendice, da 3 a 1 a seconda del favore (o meno) per la specifica forma di gestione:

### i) considerazioni strategico – istituzionali

sia in fase di impostazione degli atti di attivazione, sia in fase di successivo controllo in corso di gestione, nel concreto non può non evidenziarsi che il project financing, la gara di concessione a terzi, la gara per l'individuazione di un socio operatore in società mista richiedono una notevole capacità di elaborazione ai fini di consentire il successivo controllo, da parte del COMUNE, della successiva

gestione, controllo (di un soggetto terzo rispetto al COMUNE stesso) che non si presenta mai facile anche in relazione alle limitate risorse dell'Ente Locale;

certo di può affermare che la proposta di atti proveniente dal proponente un project financing ex art 183 c 15, la possibile interlocuzione tra COMUNE e proponente, ed infine il cd *public sector comparator* ex art 181 D.lgs. 50 / 2016 (*adeguata istruttoria con riferimento all'analisi della domanda e dell'offerta, della sostenibilità economico-finanziaria e economico-sociale dell'operazione, alla natura e alla intensità dei diversi rischi presenti nell'operazione di partenariato, anche utilizzando tecniche di valutazione mediante strumenti di comparazione per verificare la convenienza del ricorso a forme di partenariato pubblico privato in alternativa alla realizzazione diretta tramite normali procedure di appalto*) dovrebbero collocare il COMUNE in una posizione di maggior preliminare coscienza e conoscenza forse rispetto alla stessa gara per concessione a terzi bandita autonomamente dal Comune; lo stesso potrebbe forse dirsi per la fase di impostazione della società mista, nella quale è richiesta la riflessione circa gli appalti da assegnare, unitamente alla cessione delle quote di partecipazione, al soggetto terzo;

tuttavia, sia in fase di impostazione, sia in fase di controllo, gli strumenti pubblicistici (società in house ed azienda speciale) risultano meglio attagliarsi alle esigenze del COMUNE: la costruzione di un rapporto con un soggetto sotto lo stretto controllo dell'ente stesso, consente la più efficace traduzione concreta delle prerogative e delle aspettative, rispetto alla radicale trasformazione del territorio locale e delle opportunità culturali ed economiche, che si associano alla realizzazione del ponte tibetano e la riattivazione delle miniere; il poter fare riferimento ad un soggetto sotto il pieno controllo del Comune consentirà il più ravvicinato ed immediato ed affinamento della gestione rispetto al dover interloquire con un soggetto del tutto terzo, facendo esclusivamente riferimento ai contratti ed agli atti di gara;

non che detti non sussistano nel caso della società in house e dell'azienda speciale, ma il poter fare riferimento ad amministratori di nomina comunale certamente genera una diversa capacità, motivazione, immediatezza di risposta alle istanze e necessità avanzate dal COMUNE; risulta assai probabile che, come rilevato nella prassi diffusa, qualsiasi richiesta del COMUNE che non sia allineata con gli atti in esito alle gare (project financing, concessione bandita autonomamente, società mista) richiederebbe la necessità di valutarne la praticabilità e l'eventuale onerosità aggiuntiva;

dunque, l'assoluta rilevanza delle infrastrutture e delle gestioni in questione per la comunità locale risulta far propendere per l'individuazione di una forma di gestione sulla quale il COMUNE possa (e debba) esercitare un effettivo e concreto controllo, in fase di impostazione ed in corso d'opera.

#### ii) considerazioni tecnico – economiche

come da articolazione delle risorse nel piano economico – finanziario allegato alla deliberazione consiliare con è approvata la presente relazione, il know di gestione delle nuove iniziative appare di immediata acquisizione e di non particolare complessità tecnica; mentre i lavori per la realizzazione del ponte tibetano e della riattivazione delle miniere ex art 5 DPR 902 / 1986 si caratterizzano indubbiamente per alcune complessità e specificità tecniche e tecnologiche, la gestione in quanto tale si caratterizza fundamentalmente per ruoli di accompagnamento, accoglienza, cura della sicurezza; dal punto di vista tecnologico, attenzione va prestata ai sistemi informativi di prenotazione e bigliettazione, ma con possibilità di acquisizione ed implementazione che non comportano particolari complessità; la manutenzione, soprattutto in corrispondenza di investimenti di nuova realizzazione, non si

presenta complessa; pertanto il contributo di esperienza e di specializzazione che un concessionario o un socio appaltatore potrebbero garantire non risultano decisivi nel caso in esame; nel caso di società in house o azienda speciale, l'individuazione di risorse dipendenti dall'azienda o società (nel caso del concessionario evidentemente le risorse umane sarebbero dipendenti di quest'ultimo) non genera dunque *gap* in termini di esperienza da acquisire, ma anzi garantisce da subito una maggior vicinanza e condivisione del progetto;

la comparazione della convenienza economica di una scelta di forma di gestione rispetto ad un'altra, con particolare riferimento alla gestione delle infrastrutture e dei servizi in questione, non risulta certamente immediata; si presupponga, come da piano economico – finanziario, che quest'ultimo, sviluppato per l'azienda speciale, in effetti accolga le risorse (in particolare di personale, ma non solo) che anche le altre forme di gestione dovrebbero garantire; data la natura dei servizi da svolgere (in territorio montano, senza apprezzabili economie di scala per un gestore che svolga anche altre iniziative analoghe nella medesima area territoriale, il che peraltro non è), anche nel caso del project financing e della concessione a terzi appare difficile ipotizzare risparmi evidenti rispetto alla gestione a mezzo organismi totalmente controllati dal COMUNE; se è vero che (forse) un costo di costituzione e start – up della nuova azienda speciale potrebbe non essere sostenuto nel caso di una concessione a terzi, è altresì vero che l'azienda speciale, al netto del canone spettante al COMUNE (come da previsioni che saranno accolte nel contratto di servizio), non ha quale obiettivo il profitto in senso stretto, mentre l'operatore terzo non può che aspirare a quest'ultimo obiettivo (che assorbe evidentemente risorse che non sono invece destinate a ciò nell'ambito delle forme di gestione strettamente pubblicistiche); a tal fine, la giurisprudenza della Corte dei Conti ha più volte richiamato i parametri utilizzati per il ristoro del c.d. «danno da concorrenza», ritenendo che tale utile sia da quantificare in una percentuale del valore dell'appalto, del 10% o del 5% a seconda che si tratti di appalto di lavori o di forniture di beni e servizi (criterio liquidatorio dell'utile d'impresa, che viene mutuato dalle cause di risarcimento per equivalente); detta componente non è strutturalmente da prevedere per l'azienda speciale, al netto dei canoni al COMUNE.

gli stessi costi e tempi di avvio di una nuova forma di gestione, nel caso concreto, non appaiono assai diversi tra le forme di gestione; una significativa attività di elaborazione o analisi da parte del COMUNE è richiesta in ogni caso, sia per realizzare (su proposta o meno del privato), eventualmente con valutazione della proposta dell'aspirante promotore (project financing), la predisposizione degli atti di gara per quest'ultimo e / o, ex novo, per la concessione bandita dal COMUNE; il grado di complessità dell'affidamento diretto a mezzo azienda speciale o società in house, in termini di tempi e costi di avvio; ragionevolmente, in tutti i casi, dall'avvio delle prime elaborazioni all'insediamento della nuova forma di gestione (transitando per tutte le fasi intermedie), si può ipotizzare una durata di circa 5 / 6 mesi e costi nell'ordine di alcune decine di migliaia di euro;

si consideri infine che l'azienda speciale può gestire a mezzo di convenzione ex art 30 D.lgs. 267 / 2000 i medesimi servizi svolti per Dossena anche per un altro Comune (non consorziato all'azienda speciale), mentre per l'azienda speciale stessa è preclusa (in base a compatta giurisprudenza amministrativa) la partecipazione a gare bandite da altri enti ad esempio ai fini dell'assegnazione di gestioni analoghe a quelle in Dossena; per la società in house non sussistono limiti relativi alla partecipazione alle gare (pur nei limiti del non superamento della già citata percentuale del 20% del totale dei ricavi), ed in relazione a quanto prevede l'art 5 D.lgs. 50 / 2016 appare possibile costruire meccanismi di gestione, a mezzo di convenzione a favore di enti non soci, analoghi a quelli di un'azienda speciale;

tuttavia le differenze evidenziate non risultano decisive ai fini in esame, non ricorrendo al momento alcuna esigenza nel senso sopra richiamato.

### iii) considerazioni amministrativo – operative

appare evidente che, ferme le considerazioni di cui ai punti precedenti, la costituzione di un nuovo soggetto pubblico di gestione (azienda speciale o società) appare in controtendenza, in particolare per lo strumento societario (l'azienda speciale non risulta formalmente soggetta a quanto segue), alla luce delle misure di razionalizzazione previste dal D.lgs. 175 / 2016 (*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*), in particolare i piani ex art 20 volti a dismettere le partecipazioni societarie detenute dai Comuni, in particolare al realizzarsi di determinate conduzioni di numerosità di personale, volume di fatturato, sussistenza di altri soggetti operanti nello stesso settore;

dal punto di vista della complessità procedurale – amministrativa, indubbiamente il project financing (proposta, interlocuzione, valutazione, atto di riconoscimento del pubblico interesse della proposta, successiva vera e propria gara) e la costituzione della società mista (con la complessità del doppio oggetto della gara già sopra evidenziato, ossia contestualmente gara di appalto all'offerta economicamente più vantaggiosa e gara al rialzo sul presso per la cessione delle quote di partecipazione al socio terzo / appaltatore) si caratterizzano per il massimo livello di articolazione, soprattutto nell'ottica del piccolo COMUNE;

sempre in ottica di complessità procedurale, è opportuno evidenziare che la concessione a terzi e la società in house possono essere ragionevolmente considerate equivalenti, ed a tassi di minore articolazione rispetto alle due forme di gestione di cui sopra; nella gara per la concessione a terzi, sarebbe richiesto evidentemente uno studio autonomo da parte del COMUNE (ma senza la complessità multifase del project financing o della società mista);

non va evidentemente sottovalutata, nel caso dell'azienda speciale costituenda o della società, la necessità di: bandire selezioni pubbliche di personale per le risorse necessarie per cui si rinvia al piano economico – finanziario (rispettivamente ex art 18 c 2 bis D.lgs. 50 / 2016 ed art 19 c 5 D.lgs. 175 / 2016); bandire gare di appalto ex D.lgs. 50 / 2016 e Linee Guida ANAC impostando la relativa organizzazione aziendale (si rinvia al piano programma) evidenziandosi tuttavia che non si dovrebbero manifestare particolari esigenze, data la nuova realizzazione delle infrastrutture e le caratteristiche della gestione, non ad elevata intensità di capitali fissi; impostare e gestire i sistemi di prevenzione della corruzione, della trasparenza amministrativa, dell'accesso agli atti, della prevenzione dei reati a favore dell'azienda, della privacy, della sicurezza sul lavoro (rispettivamente ex Legge 190 / 2012, D.lgs. 33 / 2013, D.lgs. 97 / 2016, D.lgs. 231 / 2001, Regolamento UE 2016 / 679, D.lgs. 81 / 2008); tuttavia la non grande dimensione del costituendo organismo pubblico dovrebbe consentire di affrontare e risolvere efficacemente le questioni con approccio pratico e senza eccessiva dispersione di energie e risorse;

quanto alla complessità procedurale dell'azienda speciale rispetto alla società in house, va evidenziato che l'azienda speciale trova nell'art 114 D.lgs. 267 / 2000 il provvedimento di riferimento degli atti da adottare; non così per quanto concerne la società in house, rispetto alla quale vi è sì ormai amplissima giurisprudenza e prassi, tuttavia lo statuto deve essere (diversamente da quello dell'azienda speciale) costruito a misura perché il COMUNE possa esercitare effettivamente il *controllo analogo* ex art 16 D.lgs. 175 / 2016; mentre circa le altre sue condizioni tipiche dell'in house providing societario non si individuano particolari differenze rispetto all'azienda speciale, ancorché sfumature depongano a favore di quest'ultima (il capitale interamente pubblico è garantito per legge per l'azienda speciale; esso va imposto con specifica clausola statutaria per la società; il limite dei ricavi correlati



all'affidamento diretto di servizi ricevuto, non inferiore all'80%, del totale opera in entrambi i casi), si ponga attenzione al fatto che tutti gli atti fondamentali dell'azienda sono per legge approvati dal Consiglio Comunale, mentre per la società debbono essere imposte previsioni a statuto non sempre di immediata realizzazione (a titolo esemplificativo, per la normativa civilistica il bilancio di esercizio, atto supremo di valutazione della gestione dell'esercizio precedente, è approvato dall'Assemblea, cui nel caso di specie parteciperebbe il Sindaco del COMUNE; per legge, il bilancio dell'azienda speciale è approvato dal Consiglio Comunale; ciò evidentemente non significa che non si possano realizzare meccanismi di approvazione o discussione del bilancio in Consiglio Comunale anche per la società, ma ciò comporta in ogni caso articolazioni che per l'azienda speciale non sussistono).

nell'ambito delle forme di gestione interamente pubbliche, solo per le società (e ad oggi non anche per le aziende speciali) si rinvia alla complessissima procedura richiesta per la costituzione ex art 5 D.lgs. 175 / 2016, cui si rinvia per il dettaglio (consultazione pubblica, passaggio per la Corte dei Conti, eventuale intervento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato);

infine, dell'azienda speciale, nell'ambito della segregazione dei ruoli e dei poteri, può essere evidenziato l'obbligo di nomina e di coesistenza di un organo politico di amministrazione e di un organo tecnico di direzione; fermo restando che detto assetto può ben essere riproposto anche in capo ad una società in house, non si tratta di un obbligo (di qui, nel concreto, il rischio di un assetto societario, e non dell'azienda speciale, eccessivamente sbilanciato a favore dei soli amministratori, senza equilibrio di poteri in ottica tecnico – direzionale).

#### D)

Gli *obblighi di servizio pubblico e servizio universale* (cui si correlano i concetti di *privativa ed esclusiva* nell'affidamento del servizio) richiamati esplicitamente dall'art 34 c 20 DL 179 / 2012 sono indiscutibilmente correlati al fatto che, con riferimento alle gestioni in oggetto:

- il concedente non può che essere il COMUNE (ente in capo al quale i provvedimenti costitutivi collocano la competenza allo svolgimento anche ai fini di cui all'art 112 D.lgs. 267 / 2000, ossia *a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali*);

- l'affidatario non può che essere uno ed uno solo all'interno di un periodo di tempo definito, e non può che essere individuato dal COMUNE; due o più affidatari, in tutta evidenza non potrebbero certo gestire il ponte tibetano e l'accesso alle miniere, contestualmente sulle stesse aree e sulle stesse infrastrutture, né avrebbe alcun senso, in termini di efficacia e dimensione, suddividere la gestione – di limitate dimensioni – in più aree o in più infrastrutture da affidare in esclusiva a soggetti differenti (peraltro, detto quanto sopra rispetto all'esclusiva con la quale può essere affidata la gestione del ponte tibetano e dell'accesso alle miniere, queste ultime rimangono in concorrenza con altre iniziative turistico – ricreative dell'area montana della bergamasca).

#### E)

Il tema delle *compensazioni economiche*, richiamato dall'art 34 c 20 DL 179 / 2012, si correla per un verso alla tematica degli aiuti di Stato.

Per aiuto di Stato si intende qualsiasi trasferimento di risorse pubbliche a favore di alcune imprese o produzioni che, attribuendo un vantaggio economico selettivo, falsa o minaccia di falsare la concorrenza; tranne in alcuni casi, gli aiuti di Stato sono vietati dalla normativa

europea e dal Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea che disciplina la materia agli articoli 107 e 108.

Detti aiuti sono ammessi quando (articolo 107/2 del Trattato UE) consentono di realizzare obiettivi di comune interesse (servizi di interesse economico generale, coesione sociale e regionale, occupazione, ricerca e sviluppo, sviluppo sostenibile, promozione della diversità culturale, ecc.) o rappresentano il giusto strumento per correggere taluni evidenti fallimenti dell'economia di mercato.

Il compito di verificare se vi sia il giusto equilibrio tra gli effetti negativi sulla concorrenza e gli effetti positivi in termini di comune interesse è affidato alla Commissione europea (Direzione Generale Concorrenza), che ha competenza esclusiva in materia di aiuti di Stato; il controllo degli aiuti di Stato da parte della Commissione europea è parte integrante della politica di concorrenza UE, garantendo uguaglianza di condizioni a tutte le imprese che operano sul mercato interno europeo.

Il compito dello Stato membro è quello di cercare di contemperare l'esigenza nazionale di accrescere l'efficienza del mercato dal punto di vista economico con le esigenze di equilibrio dei mercati sotto il profilo della concorrenza. Ogni progetto che preveda la concessione di un nuovo beneficio deve essere tempestivamente notificato, insieme a tutte le informazioni necessarie, dallo Stato membro interessato alla Commissione UE che adotta in merito una decisione con la quale stabilisce se l'agevolazione in questione è compatibile con le regole del Trattato.

La Commissione avvia il procedimento formale di esame se verifica che il provvedimento notificato (articolo 108 del Trattato UE), presenta dubbi sulla compatibilità col mercato comune; al termine del procedimento (Regolamento UE 1589/2015 che codifica il Regolamento UE n. 659/1999), la Commissione può adottare: una decisione "positiva" con la quale dichiara l'aiuto compatibile; una decisione "negativa" con la quale dichiara la misura incompatibile e, nel caso l'aiuto sia stato già erogato, ne ordina il recupero; una decisione "condizionale" con la quale dichiara la misura compatibile, ma assoggetta la sua attuazione a condizioni.

Quando è prevista l'erogazione di un corrispettivo, dal Comune all'affidatario di un proprio servizio / attività, risulta totalmente estraneo alla tematica degli Aiuti di Stato, nella misura in cui l'affidamento avvenga a condizioni economiche ragionevolmente allineate a quelle del mercato.

Quando, come nel caso della gestione in oggetto, nemmeno è previsto un corrispettivo di esercizio dal COMUNE all'azienda speciale, in quanto gli unici ricavi di esercizio sono costituiti dalle tariffe pagate dai fruitori del ponte tibetano e delle visite alle miniere, il tema degli aiuti di Stato è del tutto estraneo alla gestione stessa.

Si può dunque affermare l'esclusione di un aiuto di stato quando la compensazione rappresenta una contropartita delle prestazioni effettuata dalle imprese beneficiarie per assolvere obblighi di servizio pubblico, cosicché tali imprese non traggono, in realtà, un vantaggio finanziario e il suddetto intervento non ha quindi l'effetto di collocarle in una posizione concorrenziale più favorevole rispetto a quella delle società che fanno loro concorrenza.

Fermo quanto sopra, nel caso di specie, appare rilevante il fatto che il COMUNE abbia ricevuto da enti sovracomunali i contributi a fondo perduto per la realizzazione degli investimenti nel ponte tibetano e per la riattivazione delle miniere (in proprietà comunale).

L'erogazione dei contributi al COMUNE non è evidentemente oggetto della presente relazione, ma appare significativo evidenziare come l'azienda speciale affidataria debba in

ogni caso opportunamente riconoscere al COMUNE stesso un canone (per cui si rinvia al piano economico – finanziario ed al futuro contratto di servizio che sarà coerentemente approvato), alla luce del fatto che l'azienda stessa opera in affidamento diretto di un servizio con sfruttamento delle infrastrutture di proprietà comunale finanziate con contributi pubblici.

Infine, ma solo per completezza (data, come detto, in ogni caso l'estraneità del tema per l'azienda speciale in questione), si riportano le quattro condizioni previste nella sentenza del caso Altmark Trans GmbH (Corte Giustizia UE – C 280 00 – 24.07.2003) perché detta estraneità operi quando sia previsto un corrispettivo a favore dell'affidatario: gli obblighi dell'azienda speciale saranno determinati analiticamente nel contratto di servizio, che regolerà l'affidamento del servizio; i corrispettivi erogati all'azienda speciale sono definiti in base a parametri preventivamente determinati in modo obiettivo e trasparente, che troveranno collocazione nel contratto di servizio; i corrispettivi erogati non eccedono quanto necessario per coprire integralmente il costo del servizio pubblico, salvo un piccolo e ragionevole margine di utile; l'azienda speciale è organizzata secondo criteri di efficienza, e dispone delle risorse umane e dei mezzi adeguati per adempiere agli obblighi di servizio pubblico ad essa affidati con il contratto di servizio.