

**STUDIO DI FATTIBILITÀ (SDF)
PER LA CREAZIONE DI UNA SOCIETÀ MISTA
PER LA GESTIONE DEI SERVIZI SOCIALI
NEI TERRITORI DEI 32 COMUNI
DELL'AMBITO DISTRETTUALE DI LECCO.**



G.I.R.A.SO.LE

GESTIONE INTEGRATA

RETE (ASSOCIATA) SOCIALE LECCHESI

numeri&norme
studio legale e fiscale

Piazza Buenos Aires, 5
00198 Roma
T. 06 4746042
F. 06 46661000
p.iva 13813701003

INDICE

Premessa

1) ANALISI DI CONTESTO.

- 1.1. La gestione associata dei servizi fra i Comuni d'ambito.
- 1.2. I rapporti contrattuali in essere e le procedure seguite per l'affidamento dei servizi.
- 1.3. La volontà espressa dai Comuni titolari dei servizi.
- 1.4. Analisi del vigente Piano d'ambito.

2) ANALISI DEL QUADRO NORMATIVO.

- 2.1. Esame della disciplina statale e regionale vigente in materia di organizzazione, affidamento e gestione dei servizi sociali.
 - 2.1.1. La rete delle unità d'offerta sociali.
 - 2.1.2. Livelli istituzionali di governo del sistema dei servizi sociali.
 - 2.1.3. La Programmazione.
 - 2.1.4. La gestione delle unità d'offerta sociali ed erogazione delle prestazioni.
 - 2.1.5. L'integrazione con il comparto sanitario e sociosanitario.
- 2.2. Esame della disciplina vigente in tema di Partenariato Pubblico-Privato.
- 2.3. Esame della disciplina vigente in materia di istituzione di società partecipate.
- 2.4. Esame della disciplina vigente in materia di affidamento dei servizi in concessione.
- 2.5. Esame della disciplina vigente in materia di affidamento dei servizi di interesse economico generale (SIEG).

3) VALUTAZIONE MULTIDISCIPLINARE DELL'IPOTESI DI LAVORO.

3.1. Valutazione giuridica e giuslavorista.

3.1.1. La disciplina delle start up innovative a vocazione sociale (c.d. SIAVS).

3.1.2. Valutazione giuslavoristica.

3.2. Valutazione economico – finanziaria con elaborazione del piano economico – finanziario (“PEF”);

3.3. Valutazione dell’impatto fiscale;

3.4. Valutazione dell’impatto sociale.

4) DESCRIZIONE DELL'ITER PROCEDURALE – AMMINISTRATIVO.

4.1. Il procedimento giuridico-amministrativo alla luce del Testo unico sulle società partecipate.

4.2. Il procedimento giuridico-amministrativo alla luce del Codice dei contratti pubblici.

Conclusioni

Allegati

**STUDIO DI FATTIBILITÀ PER LA CREAZIONE DI UNA SOCIETÀ MISTA PER LA
GESTIONE DEI SERVIZI SOCIALI NEI TERRITORI DEI COMUNI DELL'AMBITO
DISTRETTUALE DI LECCO.**

PREMESSA

L'obiettivo del presente documento, elaborato in esecuzione dell'Incarico conferito dal Comune di Lecco (¹), per conto dei 32 Comuni del relativo Ambito, è quello di fornire alle Amministrazioni comunali della Provincia di Lecco un progetto di fattibilità che consenta un apprezzamento completo degli aspetti legali, organizzativi ed economico-finanziari derivanti dalla scelta di affidare congiuntamente i servizi sociali che attualmente vengono svolti in regime di co-progettazione con un ente capofila e un'identica compagine sociale.

Lo scopo è quello di verificare i presupposti per la creazione di una società mista a prevalente controllo pubblico con socio privato selezionato mediante gara a doppio oggetto.

A tale ultimo proposito, ai fini della redazione del presente Studio di Fattibilità (in avanti anche solo "SDF") sono stati utilizzati le informazioni, gli

¹ A seguito dell'esperimento della procedura Sintel 86910482 - CIG ZA71F1F489. Il presente lavoro è stato elaborato con la collaborazione del Dott. Alessandro Fusellato e del Dott. Spiridione Lucio Dicorato della Grant Thornton Consultants S.r.l. con sede in Roma, per quanto riguarda i profili economico-finanziari e fiscali, nonché dell'Avv. Pala Menza del Comune di Roma, come da Offerta tecnica presentata al Comune di Lecco.

atti ed i documenti messi a disposizione del Comune di Lecco, nonché il vigente Piano di zona unitario degli Ambiti distrettuali di Bellano, Lecco, Merate 2015 – 2017. d i relativi Allegati ⁽²⁾

² Si declina, pertanto, qualsiasi responsabilità derivante dalla non veridicità e/o in completezza della predetta miscellanea.

Capitolo 1

ANALISI DI CONTESTO

1) ANALISI DI CONTESTO.

Preliminarmente, occorre dar conto del contesto nel quale si inserisce il presente SDF, al fine di coglierne l'evoluzione unitamente agli elementi di continuità, sia alla luce della disciplina vigente, che degli indirizzi formulati dagli enti locali titolari dei servizi.

In tale prospettiva, sarà analizzato anche l'attuale assetto di gestione dei servizi, per come risultante dai relativi atti amministrativi, dai quali ricavare indicazioni utili per l'odierno lavoro.

1.1. La gestione associata dei servizi fra i Comuni d'ambito.

La disciplina regionale di settore, oggetto di specifica analisi nei paragrafi successivi, esaltano il ruolo dell'*esercizio associato delle funzioni amministrative* di cui sono titolari i Comuni appartenenti all'Ambito distrettuale.

Si tratta, del resto, di un aspetto nel solco di quanto previsto – in termini generali – dall'art. 14 del D.L. n. 78/2010, convertito con modificazioni dalla legge n. 122/2010, a mente del quale la gestione dei servizi sociali, quali funzioni fondamentali dei comuni c.d. minori, deve avvenire in forma associata ed ai sensi dell'art. 118, quarto comma, della Costituzione.

Dunque, gestione associata delle funzioni e richiamo al principio di sussidiarietà orizzontale.

La (vigente) gestione associata è attuata attraverso i seguenti strumenti:

- a) Accordo di programma fra i Comuni dell'Ambito, esteso ad altri enti pubblici e privati, per l'attuazione delle scelte di programmazione e di pianificazione zonale, con durata fino al 31 gennaio 2018;
- b) individuazione del Comune capofila, nello specifico nel Comune di Lecco;
- c) affidamento dei servizi ad esito di procedura ad evidenza pubblica, nella forma della co-progettazione.

L'Ambito di Lecco (Distretto di Lecco) è costituito dai Comuni di Annone di Brianza, Bosisio Parini, Bulciago, Calolziocorte, Carenno, Castello di Brianza, Cesana Brianza, Civate, Colle Brianza, Costa Masnaga, Dolzago, Ello, Erve, Galbiate, Garbagnate Monastero, Garlate, Lecco, Malgrate, Molteno, Monte Marenzo, Nibionno, Oggiono, Olginate, Oliveto Lario, Pescate, Rogeno, Sirone, Suello, Torre de' Busi, Valgrehentino, Valmadrera, Vercurago.

La Pianificazione zonale, oggetto del richiamato Accordo di Programma, tuttavia, ha carattere unitario, relativamente alle annualità 2015-2017, in quanto riferita agli Ambiti distrettuali di Bellano, Lecco, Merate, fermo restando l'attuale regime di autonomia di questi ultimi.

1.2. I rapporti contrattuali in essere e le procedure seguite per l'affidamento dei servizi.

Con Avviso pubblico il Comune di Lecco indiceva *istruttoria pubblica, finalizzata all'individuazione di soggetti del terzo settore disponibili alla coprogettazione di interventi innovativi e sperimentali nel settore dei servizi sociali e delle politiche familiari. (Numero C.I.G. 4587672AB0).*

In particolare, il predetto Avviso aveva ad oggetto:

- a) i servizi e gli interventi di competenza del Comune di Lecco, meglio individuati sotto la dicitura "ambiti da 1 a 5";
- b) i servizi e interventi associati dell'Ambito Distrettuale di Lecco, di cui all'ambito n. 6;
- c) infine, altri servizi ed interventi sociali affidabili all'Ambito distrettuale di Lecco dai Comuni aderenti all'Accordo di programma

all'epoca vigente, meglio individuati con la dicitura “ambiti da 7 ad 11”.

Ad esito della procedura ad evidenza pubblica veniva selezionata la proposta del Consorzio Consolida di Lecco; seguiva la sottoscrizione della Convenzione di affidamento in data 7 marzo 2013, con durata fino al 31 gennaio 2018.

A tale ultimo proposito, va precisato che – coerentemente con gli indirizzi normativi regionali e sulla base delle previsioni della pianificazione zonale, confermate da quelle delle annualità 2015/ 2017 – la modalità di affidamento delle attività è stata quella della co-progettazione.

L'ente del Terzo settore, selezionato ad esito della procedura ad evidenza pubblica, in attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale, esplicitamente recepito e valorizzato dalla disciplina regionale di settore, non è un mero prestatore di servizi, come avviene nell'ambito dell'affidamento dei servizi a mezzo appalti.

Il gestore, in realtà, partecipa alla programmazione, progettazione, gestione e rimodulazione dinamica nel tempo delle attività e dei servizi di titolarità comunale, anche mediante conferimento

di sapere organizzativo e di risorse aggiuntive, rispetto a quelle messe a disposizione dagli enti locali.

Tale elemento, è bene precisarlo, non si risolve in una episodica scelta degli enti affidanti i servizi, ma – come si ricava dalla complessiva regolamentazione di settore, unitamente agli atti amministrativi – si risolve in una precisa “visione” di welfare locale e del rapporto fra enti affidanti, soggetti del privato sociale, utenti dei servizi e comunità locale nel suo insieme.

In altri termini, l’analisi di contesto ci restituisce una prima indicazione di “valore”, da tenere necessariamente in debita considerazione nel presente Lavoro, che è quella della valorizzazione del Partenariato Pubblico – Privato (in avanti anche solo “PPP”).

Gli esiti dello SDF, per esser chiari, non solo devono muovere dalla considerazione della scelta di campo fatta dalle amministrazioni locali di valorizzare tale modalità di relazione fra pubblico e privato, ma dovranno essere coerenti il più possibile con un portato di esperienza, azione amministrativa e percorsi giuridico-amministrativi virtuosi, oggetto di riflessione e di analisi in tutta Italia ⁽³⁾

³ Cfr. Mario Moschetti, *LA COPROGETTAZIONE NELLE ESPERIENZE NORMATIVE DELLE REGIONI E DEGLI ENTI LOCALI* - Welfare oggi, 2016/2, Maggioli editore.

1.3. La volontà espressa dai Comuni titolari dei servizi.

I Comuni dell'Ambito hanno confermato la volontà di dare continuità con l'esperienza appena rievocata, al fine di salvaguardare la qualità dei servizi fin qui erogati, non incidere negativamente sui bilanci pubblici ed, infine, nel rispetto del mutato quadro legislativo in materia di affidamento di contratti pubblici.

Il rapporto in essere con il Consorzio Consolida verrà a scadenza il prossimo 31 gennaio 2018, con la conseguenza che i Comuni d'Ambito procedano con un nuovo affidamento, rispettoso:

- i. della sopravvenuta disciplina statale in materia di contratti pubblici, di cui al decreto legislativo n. 50/2016, da ultimo riformato (con il decreto legislativo n. 56/2017);
- ii. della disciplina in materia di società partecipate, di cui al decreto legislativo n. 175/2016, da ultimo riformato dal decreto legislativo n. 100/2017.

Come anticipato in premessa, oggetto del presente SDF è quello di verificare le modalità di affidamento dei servizi che più si pongono in continuità con le esperienze di co-progettazione, valorizzando dunque le modalità di PPP.

A tale ultimo proposito, le Amministrazioni comunali dell’Ambito hanno condiviso di procedere nell’affidare apposito incarico, finalizzato ad avere un “approfondimento (giuridico, istituzionale, amministrativo, fiscale, operativo, economico) della forma gestionale della Società mista a prevalente controllo pubblico in quanto ritenuta (in questa fase) la formula più rispondente alle aspettative (...)” condivise e significativamente:

✓ <i>Qualità</i>	<i>orientamento</i>	<i>sinergia</i>
(carta dei servizi)	(alla persona)	(<i>best practice</i> , p/pe TS)
✓ <i>flessibilità</i>	<i>performance</i>	<i>verifica</i>
(<i>gestione non burocratizzata</i>)	(<i>risultati e costi sotto controllo</i>)	(<i>customer satisfaction</i>)

Volontà dei Comuni soci, dunque, è quella di “mettere al riparo” dalle incertezze normative e giurisprudenziali forme di collaborazione fra il pubblico ed il privato, che hanno dimostrato di funzionare, in una dimensione di “continuità amministrativa”.

1.4 Analisi del vigente Piano d'ambito.

Il vigente Piano di zona, relativo alle annualità 2015- 2017, ci offre alcune indicazioni utili per gli obiettivi del presente Lavoro.

In esso si legge testualmente *“Il territorio si è affacciato alle nuove linee di indirizzo regionali indicate dalla DGRX/2941/14, con l’obiettivo di confermare la linea di tendenza culturale e di impostazione tracciata nella programmazione territoriale precedente. Il 17 marzo 2015 Il Consiglio di Rappresentanza dei Sindaci ha approvato un documento di indirizzo per la stesura dei Piani di Zona 2015-2017 che ha aperto il dibattito delle Assemblee degli Ambiti Distrettuali. Gli orientamenti di fondo richiamano i contenuti principali della DGR:*

- **un welfare aperto:** *“si rende sempre più necessario lavorare ad una ricomposizione istituzionale e finanziaria degli interventi, all’allargamento degli interlocutori che partecipano alle decisioni e alle linee di programmazione, affinché siano promosse dagli attori locali esperienze di un welfare aperto alla partecipazione di tutti i soggetti presenti nella Comunità, capace di ricomporre efficacemente interventi e risorse”;*

- **ripensare interventi e servizi e risorse:** *“ un sistema di welfare locale capace di leggere in modo integrato i bisogni di cura delle persone e delle loro famiglie, garantendo servizi adeguati ai bisogni, all’appropriatezza degli interventi, supportando le famiglie affinché non siano lasciate sole nella decisione e organizzazione del loro percorso di cura (prossimità dei servizi, centralità di una*

presa in carico integrata, continuità assistenziale per le persone. Tali criteri richiedono una revisione della rete locale degli interventi e una più forte integrazione delle risorse”

- la complessità delle nuove esigenze: *“ la prospettiva delle finanze pubbliche non permette di sviluppare ipotesi espansive rispetto agli interventi, proprio mentre sono necessarie competenze e risorse per intervenire sulle nuove aree di bisogno. I sistemi di welfare locale sono quindi chiamati ad attivare e connettere le risorse e gli interventi, a rafforzare i livelli di integrazione tra enti locali e aziende sanitarie, tra pubblico e privato, tra intervento pubblico e risposta autonoma organizzata dalle famiglie, dalle associazioni e dalle altre realtà del terzo settore.”*

- la programmazione sociale: *“è tanto più efficace quanto più è funzionale alla connessione delle azioni sviluppate dagli altri agenti del welfare locale. Una programmazione che si limiti alla buona gestione delle risorse trasferite agli Ambiti e da questi gestite, rappresenta un ulteriore elemento di frammentazione del welfare locale. La programmazione sociale deve aprire uno spazio strategico per promuovere e consolidare la ricomposizione tra soggetti istituzionali e i differenti agenti di welfare presenti nelle Comunità locali”*

- la massima efficacia degli interventi: *“va perseguita attraverso il maggior trasferimento possibile di risorse a forme di gestione associata, la ricomposizione delle risorse regionali trasferite agli Ambiti in una quota indistinta (maggior libertà nelle*

scelte locali), l'integrazione con le azioni del terzo settore che spesso agisce a livello capillare nelle Comunità, un maggiore coordinamento delle azioni, delle politiche e delle organizzazioni da parte degli Ambiti".

Il Consiglio di Rappresentanza dei Sindaci ha indicato quali linee strategiche:

1. l'integrazione sovra-distrettuale:

- uno sviluppo dell'area comune ai tre Piani di Zona in continuità con la direzione intrapresa nel triennio appena concluso, avvicinando ulteriormente criteri e opportunità d'accesso ai servizi e le ipotesi programmatiche;*
- una verifica della possibilità di giungere, alla fine del triennio, ad un Piano di Zona Unico e all'istituzione di un unico Ambito distrettuale, d'intesa e con il supporto di Regione Lombardia;*
- la definizione di un Piano di Zona "unitario" che renda evidente il forte orientamento all'integrazione del territorio, approvato dalle tre Assemblee distrettuali in seduta congiunta. Il piano unitario rappresenta l'idea di un "partitura" comune che trova la possibilità di esecuzioni originali nei diversi distretti, rispettandone le caratteristiche e le specificità. Un ordito comune sul quale sia possibile tessere trame locali di azione e intervento che riflettano le diverse caratterizzazioni, le impostazioni, la storia dello sviluppo dei servizi su ogni territorio, affidandone il governo alle diverse forme gestionali che traducono localmente un sistema di regole condivise.*

2. l'integrazione sovra comunale:

- aumento del livello di programmazione e gestione congiunta dei servizi e degli interventi. Si persegue il raggiungimento di obiettivi minimi comuni, in termini di risorse co-programmate e co-gestite a livello distrettuale, verso una progressiva e sempre maggiore omogeneizzazione fra i tre Ambiti. Fondamentale è la valorizzazione del ruolo degli Ambiti, degli Esecutivi e delle Assemblee distrettuali come interpreti del proprio territorio, per favorire lo sviluppo di un welfare locale e le alleanze con i diversi attori che operano nelle comunità. La scelta di rafforzare le funzioni degli Ambiti non sottrae alle singole amministrazioni la loro possibilità "interpretativa" ma la riconduce ad una cornice istituzionale unitaria e a criteri condivisi.

3. l'omogeneità nell'utilizzo delle risorse

- riconoscendo l'importanza dell'impegno regionale a ricomporre le risorse conferite ai territori (FSR, FNA, FNPS ecc.) nella direzione di un "fondo indistinto" gestito localmente, con i nuovi Piani di Zona si intende giungere ad una sempre maggiore omogeneità nell'utilizzo delle risorse regionali fra i tre Ambiti, sostenendo soprattutto le aree di programmazione condivisa

4. l'integrazione socio-sanitaria

- assume un significato sempre più rilevante per lo sviluppo di interventi che garantiscano alle persone più fragili una corretta presa a carico dei propri bisogni. La costruzione di reti d'offerta articolate, flessibili, capaci di innovare garantendo punti di riferimento, dialogo e confronto con le famiglie può avvenire solo attraverso una condivisione di strumenti di programmazione che sappiano realmente integrare l'approccio sociale con quello sanitario.

La richiesta dei cittadini non è solo tesa ad ottenere prestazioni qualificate ed efficaci, ma è anche ricerca di contesti, di relazioni, di supporto e orientamento nella definizione di un proprio originale disegno. In questo senso assume un ruolo centrale la "Cabina di regia" attivata nel 2013 e il cui funzionamento è stato disciplinato attraverso il regolamento approvato dal Consiglio di rappresentanza del 9/12/2014.

5. la governance tecnica e politico/istituzionale dell'area comune ai tre Piani di Zona

- considerato lo sviluppo dell'area comune si è previsto il potenziamento dell'attività e del ruolo dell'Ufficio dei Piani attraverso una sua ridefinizione organizzativa. Si prevede una diversa modalità di lavoro per i coordinatori degli Uffici di Piano, la piena integrazione dell'Ufficio Unico CPE e Accreditamento, la definizione di una attività specifica di raccolta ed elaborazione dei dati, analisi dei bisogni, valutazione delle politiche sociali, ricerca sociale. Il Consiglio di Rappresentanza, allargato alla partecipazione dei Presidenti delle Assemblee distrettuali, mantiene la funzione di

orientamento politico e istituzionale della programmazione dell'area comune ai tre piani.

6. la definizione di livelli prioritari di programmazione

- Nell'area comune ai tre Piani di Zona vengono identificate le aree prioritarie di investimento per il triennio, alle quali gli Ambiti garantiranno, con risorse regionali e proprie, le necessarie coperture economiche, esercitando una reale funzione programmatoria e orientativa delle politiche sociali.

In questo contesto obiettivi irrinunciabili sono l'adozione della cartella sociale elettronica da parte di tutti i comuni, l'applicazione del regolamento ISEE in modo uniforme sul territorio, gli interventi economici a sostegno dell'affido familiare, da intendersi come livello essenziale di assistenza territoriale.

Il percorso verso i nuovi Piani di Zona è stato accompagnato da un Tavolo inter-istituzionale tra Ambiti, Provincia e ASL con il supporto dell'IRS (istituto per la ricerca sociale) con compiti di analisi, confronto e predisposizione di obiettivi verificabili per il triennio 2015-2017".

Capitolo 2

ANALISI

DEL QUADRO NORMATIVO

2) ANALISI DEL QUADRO NORMATIVO.

A questo punto è possibile passare alla descrizione del vigente quadro normativo relativo ai servizi sociali, intesi in senso lato. Avvertiamo da subito che non analizzeremo il quadro normativo nazionale, costituito dalla legge n. 328/2000, dal momento che la legislazione e regolamentazione della Regione Lombardia non solo ne ha dato compiuta attuazione, ma creando un vero e proprio “sistema” connotato anche da spiccate e significative caratteristiche peculiari.

Procederemo, pertanto, con l’analisi del livello normativo regionale.

2.1. Esame della disciplina statale e regionale vigente in materia di organizzazione, affidamento e gestione dei servizi sociali.

Il sistema dei servizi sociali in Lombardia è delineato dalla Legge regionale 12 marzo 2008 n. 3 “Governo della rete degli interventi e dei servizi alla persona in ambito sociale” e definito nell’assetto operativo da numerosi successivi provvedimenti amministrativi di competenza della Giunta Regionale e del Direttore Generale della Direzione Regionale competente.

La legge regionale n. 3 del 2008 ha attuato, a livello regionale, la revisione della disciplina in ambito sociale e sociosanitario (legge regionale n. 1 del 1986) in considerazione delle necessità di adeguamento conseguenti alle nuove competenze legislative regionali nel settore dei servizi sociali (riforma costituzionale del 2001) ed alle norme, anche di fonte statale, nel frattempo intervenute (Legge Quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali (legge n. 328 del 2000).

La *governance* complessiva del comparto sociale presenta oggi alcune incertezze in conseguenza del processo di riforma avviato ad opera della recente Legge Regionale 11 agosto 2015 n. 23 “Evoluzione del sistema sociosanitario lombardo: modifiche al Titolo I e al Titolo II della legge regionale 30 dicembre 2009, n. 33 (Testo unico delle leggi regionali in materia di sanità)”: l’obiettivo di realizzare una migliore integrazione del sistema di welfare lombardo al fine di perseguire un’effettiva presa in carico della persona nel suo complesso ha determinato una profonda rivisitazione dell’assetto organizzativo dei servizi sanitari e sociosanitari con esiti non ancora del tutto chiari sulle aree di governo dell’integrazione tra sociale, sociosanitario e sanitario.

Indicazioni al riguardo sono attese dalle prossime linee guida per la programmazione dei Piani di Zona 2018-2020 previste in approvazione nel

dicembre 2017, il primo provvedimento della Giunta Regionale in materia, dopo l'entrata in vigore della riforma.

2.1.1. *La rete delle unità d'offerta sociali*

Il sistema dei servizi sociali in Lombardia è costituito da un "insieme integrato di servizi, prestazioni, anche di sostegno economico e di strutture territoriali, domiciliari, diurne, semiresidenziali residenziali" che compongono la "rete delle unità di offerta sociali" (articolo 1, comma secondo L.R. n. 3/08).

Nella nuova legge regionale il termine "unità d'offerta" assurge a elemento di identificazione di tutti i servizi, le strutture e le prestazioni sociali e sociosanitarie (**circolare regionale 7 aprile 2008, n. 5**, recante "*Prime indicazioni sui provvedimenti da adottare in ottemperanza alla L.R. 12 marzo 2008 n. 3*"). "*Con questa legge il sistema regionale dei servizi e delle strutture sociali e sociosanitarie viene organizzato e gestito nell'ambito di un'unica rete costituita dalle singole unità d'offerta, pubbliche e private, residenziali, semiresidenziali e territoriali, le cui prestazioni abbracciano tutto l'arco degli interventi, in termini di erogazione di servizi e di sostegno economico, a favore delle persone*".

Il governo della rete delle unità d’offerta sociali si informa al principio di sussidiarietà verticale e orizzontale (articolo 2, primo comma, lett. F) e presuppone il concorso di soggetti pubblici e privati nella programmazione, progettazione e realizzazione della rete delle unità d’offerta sociali secondo gli indirizzi definiti dalla Regione.

Rimane ferma la possibilità di avviare attività sociali ed assistenziali al di fuori della rete delle unità di offerta sociali senza quindi che trovino applicazione gli adempimenti amministrativi sulla comunicazione preventiva al comune competente per territorio volta alla certificazione del possesso dei requisiti previsti dalle disposizioni regionali (circolare regionale 20 giugno 2008 n. 8- seconda circolare applicativa della L.R. n. 3/2008).

Con D.G.R. 13 giugno 2008 n. 8/7437 Regione Lombardia ha approvato il seguente primo elenco delle unità d’offerta sociali con indicazione delle relative disposizioni regionali in materia di requisiti di funzionamento (sostituite nel tempo con le delibere poi richiamate):

	unità d’offerta sociali	Normativa di riferimento
MINORI	Comunità educative	DGR n. 7/20762/2005 e DGR n. 7/20943/2005
	Comunità familiari	DGR n. 7/20762/2005 e DGR n. 7/20943/2005
	Alloggi per l’autonomia	DGR n. 7/20762/2005 e DGR n. 7/20943/2005
	Asili nido	DGR n. 7/20762/2005 e

		DGR n. 7/20943/2005
	Micro nidi	DGR n. 7/20762/2005 e DGR n. 7/20943/2005
	Centri prima infanzia	DGR n. 7/20762/2005 e DGR n. 7/20943/2005
	Nidi famiglia	DGR n. 7/20762/2005 e DGR n. 7/20943/2005 e cric. 18 ottobre 2005 n. 45
	Centri di aggregazione giovanile	Delib. C.R. 23 dicembre 1987 n. IV/871 "Piano socio assistenziale regionale 88-90"
	Centri ricreativi diurni	Delib. C.R. 23 dicembre 1987 n. IV/871 "Piano socio assistenziale regionale 88-90"
DISABILI	Comunità alloggio	DGR n. 7/20763/2005
	Centri socioeducativi (CSE)	DGR n. 7/20763/2005
	Servizi di formazione all'autonomia per persone disabili	DGR n.8/7433/2008
ANZIANI	Centri diurni	Delib. C.R. 23 dicembre 1987 n. IV/871 "Piano socio assistenziale regionale 88-90", Delib. C.R. n. IV/1439/1995 "progetto obiettivo anziani per il territorio 1995/97"

2.1.2. Livelli istituzionali di governo del sistema dei servizi sociali

La legge regionale n. 3 del 2008 riprende, per la definizione dell'assetto organizzativo istituzionale del sistema dei servizi sociali in Lombardia, i seguenti principi generali sanciti dalla legge quadro n. 328 del 2000:

- ✓ le funzioni amministrative concernenti gli interventi sociali svolti a livello locale sono esercitate dai comuni adottando sul piano territoriale gli assetti più funzionali alla gestione, alla spesa ed al rapporto con i cittadini (articolo 6);
- ✓ alle regioni spetta la determinazione degli ambiti territoriali, delle modalità e degli strumenti per la gestione unitaria del sistema locale dei servizi sociali a rete. Nella determinazione degli ambiti territoriali, le regioni prevedono incentivi a favore dell'esercizio associato delle funzioni sociali in ambiti territoriali di norma coincidenti con i distretti sanitari già operanti per le prestazioni sanitarie, destinando allo scopo una quota delle complessive risorse regionali destinate agli interventi previsti dalla presente legge (articolo 8);
- ✓ i comuni associati, negli ambiti territoriali, a tutela dei diritti della popolazione, d'intesa con le aziende unità sanitarie locali, provvedono, nell'ambito delle risorse disponibili, per gli interventi sociali e socio-

sanitari, secondo le indicazioni del piano regionale, a definire il piano di zona (articolo 19)

La distribuzione delle competenze tra i diversi livelli di governo deve essere oggi aggiornata alla luce delle modifiche introdotte dalla **Legge Regionale n. 23 del 2015** che, in luogo delle precedenti Aziende Sanitarie Locali operanti per distretti sociosanitari, ha previsto l'istituzione di Agenzie di Tutela della Salute (**ATS**) e Aziende sociosanitarie territoriali (**ASST**).

Le neocostituite ATS, che perdono ogni funzione di erogazione di prestazioni sanitarie e sociosanitarie in favore delle ASST, mantengono le funzioni di programmazione e vigilanza prima attribuite alle ASL e, in particolare, esercitano un nuovo ruolo da protagonista nel governo della presa in carico della persona e nell'integrazione tra servizi sanitari, sociosanitari e sociali (artt. 6 e 7 L.R. n. 33/09). Per quanto qui d'interesse, alle ASL succedono quindi le ATS che però hanno un bacino territoriale di riferimento molto più ampio delle precedenti ASL.

Per quanto sopra, l'assetto istituzionale del sistema dei servizi sociali prevede una distribuzione di funzioni tra Regione, province, comuni e agenzie di tutela della salute (ex ASL):

- alla **Regione** (articolo 11 L.R. 3/08) spettano le funzioni di indirizzo, programmazione, coordinamento, controllo e verifica delle unità d'offerta

sociali, avvalendosi della collaborazione degli enti locali e dei soggetti del terzo settore ed in particolare:

- la promozione della programmazione partecipata a livello comunale, la costituzione di forme di gestione associata e la promozione di azioni a sostegno e qualificazione dei soggetti operanti nel terzo settore;
- l'individuazione delle unità d'offerta sociali previa consultazione dei Comuni e sentito il parere della competente commissione consiliare, e la promozione e sostegno della sperimentazione di unità d'offerta innovative;
- la definizione, previo parere della competente commissione consiliare, dei requisiti minimi per l'esercizio delle unità d'offerta sociali, nonché i criteri per il loro accreditamento;
- l'individuazione degli indicatori per valutare l'efficacia e la qualità delle prestazioni erogate;
- l'emanazione di linee guida in materia di accesso alle unità d'offerta residenziali e semiresidenziali pubbliche;
- la determinazione dei criteri per la definizione delle rette e delle tariffe delle unità di offerta sociali e le agevolazioni a beneficio dei soggetti aventi diritto;

- la definizione di criteri oggettivi di valutazione multidimensionale (VMD) dei bisogni dell'utente al fine di garantire un accesso appropriato, unico ed integrato alle unità d'offerta sociali;
- ai **Comuni** (articolo 13 L.R. 3/08) singoli o associati ed alle comunità montane, ove delegate, in base ai principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza, spettano le funzioni amministrative concernenti gli interventi sociali svolti a livello locale ed in particolare:
 - la programmazione, progettazione e realizzazione della rete locale delle unità d'offerta sociali, nel rispetto degli indirizzi e conformemente agli obiettivi stabiliti dalla Regione, anche promuovendo la partecipazione dei soggetti di cui all'articolo 3;
 - il riconoscimento e la promozione della sperimentazione di unità d'offerta e di nuovi modelli gestionali nell'ambito della rete sociale, nel rispetto della programmazione regionale;
 - l'erogazione, nei limiti delle risorse disponibili, di servizi e prestazioni di natura economica e l'assunzione degli oneri connessi all'eventuale integrazione economica delle rette;
 - la definizione dei requisiti di accreditamento delle unità di offerta sociali in base ai criteri stabiliti dalla Regione, accreditano le unità d'offerta e stipulano i relativi contratti;

- la definizione di eventuali livelli di assistenza ulteriori rispetto a quelli definiti dalla Regione;
 - la determinazione dei parametri per l'accesso prioritario alle prestazioni delle persone in condizioni di povertà o con reddito insufficiente, nonché delle persone totalmente o parzialmente incapaci di provvedere a se stesse o esposte a rischio di emarginazione, nonché di quelle sottoposte a provvedimenti dell'autorità giudiziaria che rendono necessari interventi assistenziali, sulla base degli indirizzi stabiliti nell'ambito della programmazione regionale, anche assicurando interventi di emergenza e di pronto intervento assistenziale, di norma mediante forme di ospitalità temporanea od erogazione di sussidi economici;
- alle **ATS** (articolo 6 L.R. n. 33/09 come modificata dalla L.R. 23/15) spetta la funzione di garantire l'integrazione delle prestazioni sanitarie e sociosanitarie con quelle sociali di competenza delle autonomie locali, oltre alla più specifica funzione di vigilanza e controllo sulle unità d'offerta sociali (DGR n. 10/5954/2016 e DGR n. 10/4702/2015) ed in particolare:
- la negoziazione e l'acquisto, su richiesta dei comuni e ai fini di una migliore integrazione con le prestazioni sociosanitarie, delle

prestazioni sociali, i cui oneri non possono comunque gravare sul fondo sanitario regionale;

- il governo del percorso di presa in carico della persona in tutta la rete dei servizi sanitari, sociosanitari e sociali, anche attraverso la valutazione multidimensionale e personalizzata del bisogno, e secondo il principio di appropriatezza e garanzia della continuità assistenziale.

2.1.3. La Programmazione

La legge regionale n. 3 del 2008 riprende il principio generale della programmazione sancito dalla legge quadro n. 328 del 2000: *“Per la realizzazione degli interventi e dei servizi sociali, in forma unitaria ed integrata, è adottato il metodo della programmazione degli interventi e delle risorse, dell’operatività per progetti, della verifica sistematica dei risultati in termini di qualità e di efficacia delle prestazioni, nonché della valutazione di impatto di genere”* (articolo 3)

La Legge Regionale n. 3/08 disciplina la programmazione degli interventi sociali prevedendo che:

- ✓ i comuni programmano, progettano e realizzano la rete locale delle unità d'offerta sociali, nel rispetto degli indirizzi e conformemente agli obiettivi stabiliti dalla Regione (articolo 13);
- ✓ il piano di zona è lo strumento di programmazione in ambito locale della rete d'offerta sociale. Il piano definisce le modalità di accesso alla rete, indica gli obiettivi e le priorità di intervento, individua gli strumenti e le risorse necessarie alla loro realizzazione (articolo 18);
- ✓ la programmazione dei piani di zona ha valenza triennale, con possibilità di aggiornamento annuale (articolo 18);
- ✓ l'ambito territoriale di riferimento per il piano di zona è costituito, di norma, dal distretto sociosanitario delle ASL (articolo 18).

Il piano di zona si configura come uno strumento che persegue processi di programmazione sociale condivisa: non è un atto meramente consultivo, ma di amministrazione attiva in materia di programmazione della rete locale delle unità d'offerta sociali (**DGR 3 dicembre 2008 n. 8/8551-Determinazione in ordine alle linee di indirizzo per la programmazione dei Piani di Zona- 3° triennio 2009-2011**).

Non v'è ancora chiarezza se l'ambito territoriale di riferimento del piano di zona subirà dei mutamenti in conseguenza della trasformazione

delle ASL in ATS: la legge regionale n. 3 del 2008 non è stata modificata in questo aspetto, mantenendo fermo il riferimento al “distretto sociosanitario”.

La legge regionale n. 23 del 2015, tuttavia, ha ridisegnato i confini territoriali delle ATS che sono ora organizzate in distretti, articolazioni territoriali di dimensioni delle ASST: *“In ogni ATS sono costituiti un numero di distretti pari al numero delle ASST comprese nelle ATS medesime. La ATS si articola in distretti che hanno competenza sul territorio corrispondente a quello del settore aziendale territoriale delle ASST... I distretti sono articolati dalla ATS in ambiti distrettuali, comprendenti ciascuno una popolazione di norma non inferiore a 80.000 abitanti. Nelle aree ad alta densità abitativa tale rapporto è elevato fino a 120.000 abitanti. Nelle aree montane e nelle aree a scarsa densità abitativa, l’ambito può comprendere una popolazione minima di 25.000 abitanti. Per la Città Metropolitana di Milano i distretti e le relative articolazioni in ambiti distrettuali tengono conto delle articolazioni territoriali funzionali della stessa”* (articolo 7-bis L.R. n. 33/09 e ss. mm.).

Il perimetro delle precedenti ASL è quello delle attuali ASST e non quello delle ATS cui però sono attribuite le funzioni di integrazione tra servizi sanitari, sociosanitari e sociali prima affidate alle ASL. Mancano comunque ad oggi indicazioni circa la volontà di Regione Lombardia di procedere ad una modifica degli ambiti territoriali di riferimento dei piani di zona. In assenza di indicazioni in tal senso potrà forse generarsi di

conseguenza un'asimmetria tra l'ambito territoriale della programmazione sociale e quello della programmazione sociosanitaria.

Secondo quanto previsto dalla L.R. n. 3 del 2008 il procedimento di approvazione ed attuazione del piano di zona si articola nelle seguenti fasi (articolo 18):

- il piano di zona è approvato o aggiornato dall'Assemblea distrettuale dei sindaci secondo modalità che assicurano la più ampia partecipazione degli organismi rappresentativi del terzo settore e l'eventuale partecipazione della provincia;
- i comuni attuano il piano di zona mediante la sottoscrizione di un accordo di programma con l'ASL territorialmente competente e, qualora ritenuto opportuno, con la provincia. Gli organismi rappresentativi del terzo settore, che hanno partecipato alla elaborazione del piano di zona, aderiscono, su loro richiesta, all'accordo di programma;
- al fine della conclusione e dell'attuazione dell'accordo di programma, l'assemblea dei sindaci designa un ente capofila individuato tra i comuni del distretto o altro ente con personalità giuridica di diritto pubblico, ed individua l'Ufficio di Piano quale struttura tecnico- amministrativa di supporto e di coordinamento alla realizzazione delle attività previste dal documento di programmazione

Anche tale procedimento risente delle novità introdotto dalla riforma del 2015. L'assemblea distrettuale dei sindaci, organismo politico del piano di zona, era anche espressione di continuità rispetto alla programmazione sociosanitaria e ambito dell'integrazione tra politiche sociali e sanitarie.

Il nuovo assetto organizzativo del sistema sanitario e sociosanitario pare aver generato un disallineamento: l'organismo di partecipazione dei Comuni alla programmazione sociosanitaria ed all'integrazione tra servizi sanitari, sociosanitari e sociali è la conferenza dei sindaci che assume le dimensioni territoriali dell'ATS e presso quest'ultima è costituita.

La conferenza si avvale di un Consiglio, composto da 5 membri provenienti da ambiti distrettuali differenti di cui due sono rappresentati dal Presidente e Vicepresidente della Conferenza. Sono articolazioni interne alla conferenza dei sindaci l'assemblea dei sindaci del distretto e l'assemblea dei sindaci dell'ambito distrettuale; mancano tuttavia indicazioni su composizione e funzionamento dell'assemblea di distretto.

L'assemblea dei sindaci dell'ambito distrettuale coincide con il tavolo politico prima competente all'approvazione del Piano di Zona. *“Non è chiaro, tuttavia, se non sia oggi l'assemblea dei sindaci del distretto il livello politico a cui passa il compito di approvare la programmazione zonale e se dunque i prossimi piani di zona 2018- 2020 avranno il perimetro di riferimento del nuovo distretto”* (V.

Ghetti, *I comuni e il nuovo assetto della governance sociosanitaria lombarda*, in Lombardiasociale.it, 19 ottobre 2016). È auspicabile che le prossime Linee guida per la programmazione dei Piani di Zona 2018-2020 previste in approvazione nel dicembre 2017 offrano indicazioni al riguardo.

2.1.4. La gestione delle unità d'offerta sociali ed erogazione delle prestazioni

Quanto alla gestione delle funzioni sociali, la legge regionale n. 3 del 2008 prevede che:

- la Regione individua nella gestione associata la forma idonea a garantire l'efficacia e l'efficienza delle unità di offerta sociali di competenza dei comuni e ne promuove la costituzione (articolo 11 L.R. 8/03);
- i comuni singoli o associati e le comunità montane, ove delegate, in base ai principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza, sono titolari delle funzioni amministrative concernenti gli interventi sociali svolti a livello locale e concorrono alla realizzazione degli obiettivi della legge nelle forme giuridiche e negli assetti più funzionali alla gestione, alla spesa ed al rapporto con i cittadini (articolo 13);
- l'ambito territoriale di riferimento per il piano di zona costituisce, di norma, la dimensione territoriale ottimale per lo svolgimento in forma

associata da parte dei comuni, delle funzioni in materia di servizi sociali (articolo 18)

Nelle indicazioni del legislatore regionale, dunque, l'ambito territoriale adeguato per la programmazione sociale coincide con quello per la gestione delle unità d'offerta sociali. Vi è quindi una preferenza per la gestione associata delle funzioni amministrative concernenti gli interventi sociali di competenza dei Comuni a livello di ambito territoriale del piano di zona, adottando le diverse modalità gestionali previste dalla normativa vigente.

Le ultime Linee di indirizzo per la programmazione sociale a livello locale 2015-2017 (DGR del 19 dicembre 2014 n. X/2941) hanno evidenziato l'opportunità di tenere distinte le funzioni proprie dell'ufficio di piano da quelle di attuazione del Piano di zona e gestione associata delle funzioni, mediante attribuzione delle stesse ad enti differenti: *“all'Ente Capofila dell'Accordo di Programma sono assegnate ed erogate, tramite le A.S.L., le risorse, derivanti da fondi regionali e statali, per la realizzazione di servizi ed interventi sociali a gestione associata dei Comuni afferenti all'Ambito territoriale. Qualora l'Assemblea distrettuale individui l'azienda speciale consortile o il Consorzio, quale Ente Capofila dell'Accordo di Programma, particolare attenzione va posta nell'individuazione del soggetto istituzionale a cui viene attribuito il ruolo di Ufficio*

di Piano, in quanto non si ritiene opportuno che le due componenti - quella di programmazione sociale territoriale e quella di gestione di unità di offerta/interventi - coesistano all'interno di un medesimo soggetto che spesso nasce con lo scopo di produrre ed erogare servizi per il territorio di riferimento". Ente capofila dell'accordo di programma incaricato di dare attuazione al piano di zona ed ente cui attribuire il ruolo di Ufficio di Piano, tendenzialmente, non devono, quindi, coincidere.

Nell'erogazione dei servizi sociali (o gestioni di unità d'offerta sociali) la L.R. 3/08, salva la generale promozione del principio di sussidiarietà e del ruolo del terzo settore quale soggetto attivo nella programmazione, progettazione realizzazione della rete delle unità d'offerta sociali, prevede che *"la Regione promuova forme di collaborazione tra soggetti pubblici e soggetti privati, in particolare appartenenti al terzo settore, al fine di dare concreta e piena attuazione al principio di sussidiarietà e di valorizzare la piena espressione delle loro capacità progettuali. La Giunta regionale promuove la sperimentazione di nuovi modelli gestionali e di unità d'offerta innovative, comportanti forme di collaborazione tra soggetti pubblici e soggetti privati"* (articolo 20).

Nell'ambito del generale riconoscimento della parità tra soggetti pubblici e soggetti privati quali enti gestori di unità d'offerta sociali, la Regione, nei provvedimenti che si sono succeduti negli anni sulla programmazione sociale, ha accentuato sempre più la preferenza per

l'individuazione e sperimentazione di modelli gestionali aperti alla partecipazione di tutti i soggetti presenti nella Comunità territoriale, anche in considerazione delle sempre minori disponibilità di spesa pubblica per l'ambito sociale e delle conseguenti necessità di incremento di capitali privati (DGR 16 novembre 2011 n.9/2505).

Fin dal 2011 con DGR n. 9/1353 Regione Lombardia ha riconosciuto l'importanza di *“ripensare agli strumenti di raccordo tra terzo settore e pubblica amministrazione nell'attuazione delle politiche sociali tenendo conto della specificità di tali servizi”* approvando specifiche Linee Guida per la semplificazione amministrativa e la valorizzazione degli enti del terzo settore nell'ambito dei servizi alla persona ed alla comunità. Regione Lombardia ha individuato le forme di collaborazione tra pubblica amministrazione e soggetti del terzo settore sul presupposto del superamento del tradizionale rapporto committente-fornitore in favore di *“forme di corresponsabilità nella costruzione di un sistema di risposte alle esigenze di servizi e di interventi espressi dalle persone, dalle famiglie e dalla comunità”*.

Le Linee guida individuano le seguenti forme di collaborazione:

- a) procedure di selezione pubblica;
- b) accreditamento;
- c) convenzioni o accordi procedurali;

d) attività di collaborazione all'interno dei piani di zona.

In tale contesto trova una disciplina compiuta l'uso dell'accordo procedimentale previsto dall'articolo 11 della legge 241/90 *“quale strumento giuridico idoneo all'instaurazione di rapporti fra Ente pubblico ed enti non profit che intendano svolgere le proprie funzioni di pubblica utilità al fine di attuare unità d'offerta innovative e sperimentali”* e della coprogettazione indicata specificamente nel DPCM del 2001 *“quale particolare forma di gara volta ad individuare il soggetto del terzo settore che si possa qualificare come partner dell'ente pubblico nella definizione progettuale di iniziative, interventi e attività complesse”*.

2.1.5. L'integrazione con il comparto sanitario e sociosanitario

La riforma del 2015 richiederà a Regione Lombardia di formulare precise indicazioni su come i comuni e l'ambito territoriale della programmazione dovrà relazionarsi con l'ATS cui risulta ora affidato il compito di garantire l'integrazione degli interventi sociali con quelli sanitari e sociosanitari.

Non risulta più affidato al piano di zona il compito di garantire l'integrazione tra interventi sociali e sociosanitari (in questo senso si veda la funzione di presa in carico della persona che la L.R. n. 3 del 2008 originariamente attribuiva al segretariato sociale presso i comuni), quanto piuttosto all'ATS: *"Da tempo le ASL svolgono un preciso ruolo di governance, di regia o operativo su molte attività anche di carattere sociale, sia per la necessità di rispondere contestualmente anche a bisogni socio-sanitari, sia per prevenire l'evoluzione della fragilità sociale in fragilità sociosanitari e/o sanitaria o ancora per la indispensabilità di promuovere sinergie ed integrazione delle professionalità e delle competenze al fine di realizzare un piano assistenziale adeguato e corrispondente ai bisogni della persona"* (DGR 29 dicembre 2015 n. 10/4702- Determinazioni in ordine alla gestione del servizio sociosanitario per l'esercizio 2016).

In tal senso già da tempo è stato istituito un nuovo interlocutore nell'area dell'integrazione sociosanitaria: la DGR del 27 giugno 2013 n. X/ 326 Determinazioni in ordine alla ripartizione delle risorse del fondo sociale regionale ha prevista l'istituzione di una Cabina di Regia Integrata tra ASL e Comuni con il compito di *"garantire il governo, il monitoraggio e la verifica degli interventi sociali e socio sanitari, erogati da A.S.L. e Comuni, nell'ambito delle aree comuni di intervento, oggetto del presente provvedimento e sviluppare un approccio integrato, già in sede di istruttoria, della migliore presa in carico dei bisogni espressi dalla domanda dei cittadini"*.

La successiva DGR del 20 dicembre 2013 n. X/1185 Determinazioni in ordine alla gestione del servizio sociosanitario regionale per l'esercizio 2014 ha meglio precisato il ruolo della cabina di regia stabilendo che *“Al fine di sviluppare un approccio più integrato tra Uffici di Piano e A.S.L. in risposta ai bisogni delle famiglie ed alla necessità di un migliore utilizzo delle risorse, le Cabine di Regia, istituite ai sensi della d.g.r. 326/2013, presso ciascuna A.S.L. dovranno prendere in esame proposte operative in merito alle seguenti tematiche: analisi congiunta del bisogno del territorio; condivisione tra gli ambiti dei criteri omogenei di utilizzo del Fondo Sociale Regionale; analisi dei costi delle unità di offerta e delle rette applicate ai cittadini; verifica dell'effettiva riduzione delle rette a seguito dell'erogazione del Fondo Sociale Regionale; governo, monitoraggio e verifica degli interventi sociali e socio sanitari, erogati da A.S.L. e Comuni, nell'ambito delle aree comuni di intervento, oggetto del presente provvedimento; sviluppo di un approccio integrato della migliore presa in carico dei bisogni espressi dalla domanda dei cittadini”*.

Nel nuovo assetto organizzativo disegnato dalla riforma del 2015, la Cabina di Regia è organizzata a livello di ATS: *“Ogni ATS adotta l'organizzazione interna più idonea alla propria realtà territoriale, sottoponendola all'approvazione della Giunta regionale, previo parere della competente commissione consiliare, articolandosi nei seguenti dipartimenti: f) dipartimento della programmazione per l'integrazione delle prestazioni sociosanitarie con quelle sociali,*

con la possibilità di attivare una cabina di regia con funzioni consultive rispetto alle attività del dipartimento, la cui composizione è determinata con provvedimento del direttore generale dell'ATS secondo linee guida stabilite dalla Giunta regionale, anche al fine di risolvere le situazioni di criticità di natura sociosanitaria riscontrate nel territorio di propria competenza" (articolo 6).

* * *

Quanto sopra evidenzia, per ciò che interessa ai fini del presente approfondimento, che la normativa regionale in materia di servizi sociali:

- ✓ individua nella gestione associata la forma idonea a garantire l'efficacia e l'efficienza delle unità d'offerta sociali, senza tuttavia, specifiche prescrizioni circa i modelli organizzativi da adottare;
- ✓ indica nell'ambito territoriale di riferimento per il piano di zona la dimensione ottimale per la costituzione della gestione associata;
- ✓ fissa l'ambito territoriale di riferimento per il piano di zona nel distretto sociosanitario delle ASL;
- ✓ auspica la separazione tra le funzioni proprie dell'ufficio di piano da quelle di attuazione del Piano di zona e della gestione associata delle funzioni mediante attribuzioni delle stesse ad enti differenti;
- ✓ valorizza il ruolo del Terzo Settore nella programmazione, progettazione e realizzazione della rete delle unità d'offerta sociali

Permangono alcuni profili di incertezza in merito all'assetto istituzionale ed operativo (nuove ATS e ASST) risultante dalla recente riforma regionale sanitaria che, agli effetti dell'integrazione sociosanitaria, genererà esigenze di coordinamento con l'organizzazione locale dei servizi sociali.

2.2. Esame della disciplina vigente in tema di Partenariato Pubblico-Privato.

L'espressione Partenariato Pubblico-Privato (in appresso, PPP), di matrice europea, indica un fenomeno giuridico di cooperazione tra il settore pubblico e gli operatori privati nella realizzazione di un'attività diretta al perseguimento di interessi pubblici, così da consentire alla Pubblica Amministrazione di accrescere le proprie risorse e acquisire soluzioni innovative ⁽⁴⁾.

L'istituto trova oggi la sua definizione nell'articolo 3, comma 1, lett. *eee*) del Decreto legislativo n. 50 del 2016, che lo qualifica quale “contratto a

⁴ In argomento, M.P. CHITI, *Partenariato pubblico-privato*, in *Dizionario di diritto amministrativo*, (a cura di) M. CLARICH e G. FONDERICO, Milano, 2007; R. DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006; R. DIPACE, *I contratti alternativi all'appalto per la realizzazione di opere pubbliche*, in www.giustamm.it, n. 10/2008; B. RAGANELLI, *Principi, disposizioni e giurisprudenza comunitaria in materia di partenariato pubblico privato: un quadro generale*, in www.giustamm.it, 2010; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; M.P. CHITI, *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune*, in *Il partenariato pubblico-privato (concessioni finanzia di progetto società miste fondazioni)*, Napoli, 2009, 5; M.P. CHITI, *Il partenariato Pubblico-Privato*, Napoli, 2009.

titolo oneroso, stipulato per iscritto, con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono ad uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connessa all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore".

Il Governo, infatti, con l'approvazione del nuovo Codice degli appalti e dei contratti di concessione (Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50), ha operato il riordino di tutta la disciplina vigente introducendone una disciplina unitaria, in un'ottica di semplificazione e snellimento della normativa in vigore, anche attraverso l'ottimizzazione degli strumenti a disposizione dei privati.

In particolare, la nuova disciplina sulle concessioni rappresenta una grande innovazione che sottolinea l'importanza che i contratti di PPP hanno assunto nel mercato europeo del *public procurement*.

Per la prima volta, infatti, si prevede una disciplina unitaria ed organica per le concessioni di lavori, servizi e forniture e viene disciplinato il PPP come istituto autonomo a sé stante, quale forma di cooperazione tra

poteri pubblici e privati per il finanziamento, la realizzazione o la gestione delle infrastrutture o dei servizi pubblici ⁽⁵⁾.

Invero, la generalizzata contrazione degli investimenti pubblici negli ultimi decenni, in parte dovuta alle esigenze di contenimento della spesa pubblica, ha alimentato un interesse crescente verso modelli alternativi di finanziamento delle opere pubbliche e, in particolare, verso forme di PPP ⁽⁶⁾.

Tale espressione fa riferimento a tutte quelle forme di sinergia tra le autorità pubbliche e il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio.

Invero, nel corso dell'ultimo decennio, il fenomeno dei PPP si è sviluppato in molti settori rientranti nella sfera pubblica.

L'aumento del ricorso a tali operazioni è riconducibile a vari fattori; in presenza delle restrizioni di bilancio cui gli Stati membri devono fare fronte, esso risponde alla necessità di assicurare il contributo di finanziamenti privati al settore pubblico. Inoltre, il fenomeno è spiegabile anche con la volontà di

⁵ Consiglio dei Ministri, comunicato stampa n. 107 del 7 marzo 2016.

⁶ V.M. SESSA, *Il partenariato pubblico-privato*, in *Il nuovo diritto dei contratti pubblici*, (a cura di) F. CARINGELLA, P. MANTINI, M. GIUSTINIANI, Dike Giuridica, 2016; F. CARTEI, *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, in www.giustamm.it, 2010.

estendere maggiormente al settore pubblico il *know-how* e i metodi di funzionamento tipici del settore privato ⁽⁷⁾.

Tra i principali elementi caratterizzanti il fenomeno si evidenziano:

- i) la lunga durata del rapporto, che implica una cooperazione tra i due partner sui vari aspetti del progetto da realizzare;
- ii) il finanziamento del progetto garantito in tutto o in parte dal settore privato;
- iii) il ruolo strategico degli operatori economici, che partecipano a tutte le fasi del progetto;
- iv) la distribuzione dei rischi tra il partner pubblico e quello privato laddove il riparto dei rischi tra partner pubblico e privato si effettua caso per caso, in funzione della capacità delle parti di valutare, controllare e gestire gli stessi ⁽⁸⁾.

Come noto, da un punto di vista giuridico, il PPP si articola in due forme principali:

- 1) il PPP di tipo contrattuale;
- 2) ed il PPP di tipo istituzionalizzato.

⁷ M.P. CHITI, *Il Partenariato Pubblico Privato e la nuova direttiva concessioni*, in *Riv. It. di dir. pubbl. com.*, 2016; G. F. CARTEI, *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, in www.giustamm.it, 2010.

⁸ Cons. Stato, Sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574.

Nel primo caso (*PPP contrattuale*), il rapporto tra soggetto pubblico e privato si fonda su legami esclusivamente convenzionali. Un esempio sono gli appalti e le concessioni.

Nei PPP di tipo istituzionalizzato, invece, la cooperazione tra il soggetto pubblico e privato avviene in seno ad un'entità distinta, dotata di personalità giuridica propria, e che permette al partner pubblico di conservare un livello di controllo relativamente elevato sulla struttura, compatibilmente ad un'applicazione del diritto societario. Un esempio sono le società miste.

Siffatta tipologia può realizzarsi sia attraverso la creazione di un'entità distinta *ad hoc*, detenuta congiuntamente tra il settore pubblico e quello privato, sia attraverso il passaggio a controllo privato di un'impresa pubblica preesistente. In entrambi i casi, il profilo rilevante è quello della scelta del soggetto privato, che deve avvenire nel rispetto dei principi concorrenziali della trasparenza e della parità di trattamento (⁹).

La caratteristica di entrambe le forme di partenariato sono il finanziamento di almeno parte dell'iniziativa con capitali di soggetti privati e il coinvolgimento di questi ultimi nella gestione e nei rischi.

I settori di intervento dei PPP vanno dai progetti capaci di produrre autonomamente un reddito sufficiente a ripagare l'investimento e gli oneri

⁹ M.P. CHITI, *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune*, in *Il partenariato pubblico-privato (concessioni finanza di progetto società miste fondazioni)*, Napoli, 2009, 5.

finanziari connessi – in cui il ruolo dell’amministrazione si limita alla regolamentazione e al controllo delle procedure –, a quelli per la cui attivazione il settore pubblico deve erogare, secondo diverse modalità, una componente di contribuzione pubblica ⁽¹⁰⁾.

Pertanto, i progetti realizzabili attraverso interventi di PPP possono essere classificati, in base alla loro capacità di ripagarsi, in tre principali tipologie:

- 1) progetti dotati di una intrinseca capacità di generare reddito mediante ricavi dall’utenza (c.d. opera calda): il flusso dei ricavi commerciali generati dal progetto consente un’adeguata remunerazione del capitale investito;
- 2) progetti nei quali il concessionario privato fornisce direttamente servizi alla pubblica amministrazione (c.d. opera fredda): il riferimento è a tutte quelle opere pubbliche (istituti carcerari, ospedali, ecc.) per le quali il soggetto privato, che si occupa della realizzazione e della successiva gestione, trae la propria remunerazione principalmente dai pagamenti dell’amministrazione;
- 3) progetti richiedenti una componente di contribuzione pubblica (c.d. opera tiepida): è il caso di quelle iniziative che non sono in grado di assicurare adeguati ritorni economici, ma dalla cui realizzazione derivano rilevanti esternalità positive in termini di benefici socio-economici indotti dall’infrastruttura stessa.

¹⁰ Cons. Stato, Sez. V, 12 maggio 2016, n. 1900.

Il PPP costituisce, dunque, una modalità organizzativa alternativa alla gestione in economia e alla completa esternalizzazione della gestione delle funzioni e dei servizi pubblici, che trova espressione nel principio di libera organizzazione ⁽¹¹⁾.

Risulta di tutta evidenza che, nei casi di PPP, le capacità finanziarie ed il grado di bancabilità offerto dal privato divengono il fulcro dell'intera operazione oltre che gli elementi fondamentali, in aggiunta all'allocazione dei rischi, per valutarne la convenienza ⁽¹²⁾.

Alla luce delle premesse sopraesposte, nel prosieguo verranno analizzate le due forme di Partenariato Pubblico-Privato che la vigente disciplina pone a disposizione delle Pubbliche Amministrazioni per

¹¹ La nozione di PPP in precedenza era contenuta nell'art. 3, comma 15 *ter*, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, che non prevedeva però una disciplina generale dell'istituto, ma stabiliva che “i contratti di partenariato pubblico privato sono contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti. Rientrano, a titolo esemplificativo, tra i contratti di partenariato pubblico privato la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità, l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste. Possono rientrare altresì tra le operazioni di partenariato pubblico privato l'affidamento a contraente generale ove il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi. Fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'articolo 44, comma 1-bis del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, alle operazioni di partenariato pubblico privato si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat”. Tale comma era stato introdotto dall'art. 2, comma 1, lett. a), Decreto legislativo n. 152 del 11 settembre 2008 in vigore dal 17 ottobre 2008 e successivamente così modificato dall'articolo 44, comma 1, lett. b), Decreto legge n. 1 del 24 gennaio 2012, convertito senza modificazioni dalla Legge di conversione 24 marzo 2012, n. 27.

¹² R. DIPACE, *La finanza di progetto*, in *Trattato dei contratti*, C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, Torino, 2007, nota come “in sostanza, il contratto di Partenariato non si caratterizza tanto per il trasferimento del rischio relativo alla gestione dell'opera o del servizio, quanto, piuttosto, per essere un contratto “globale” dove il privato è responsabile della progettazione, del finanziamento, della realizzazione e della gestione dell'intervento”.

accrescere le risorse a disposizione e ad acquisire competenze e soluzioni innovative con riguardo a progetti complessi.

2.3. Esame della disciplina vigente in materia di istituzione di società partecipate.

Come anticipato, una delle modalità di realizzazione della *partnership* tra poteri pubblici e operatori privati si realizza con l'istituzione di un soggetto giuridico *ad hoc* che vede al proprio interno la compartecipazione tra la Pubblica Amministrazione e il privato. Si tratta delle società miste, un particolare modello societario composto da capitale pubblico misto a capitale privato, che hanno conosciuto il *favor* del legislatore poiché dotate di maggiore flessibilità ed adattabilità rispetto ad altre forme di gestione dei servizi pubblici, in quanto in grado di consentire un sistema di co-gestione con il coinvolgimento sia dell'ente locale che di professionalità private.

La disciplina delle società miste è oggi contenuta nel Decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, recante “*Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica*”, con cui il Governo ha dato attuazione alla delega contenuta nell'articolo 18 della Legge 7 agosto 2015, n. 124 ⁽¹³⁾.

¹³ Si tratta della legge contenente “*Deleghe al governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*” e facente parte della c.d. Riforma Madia della Pubblica Amministrazione. L'articolo 18 della legge, in particolare, rubricato “*Riordino della disciplina delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche*”, contiene la delega per l'armonizzazione della disciplina delle società partecipate all'interno di un Testo Unico al

L'obiettivo principale dell'intervento è stato quello di creare una disciplina generale organica, in grado di superare le criticità emerse in relazione al quadro normativo precedente, caratterizzato da una serie di provvedimenti disomogenei, in molti casi sovrapposti tra loro. Di qui, la necessità di operare una generale semplificazione e stabilizzazione normativa prodromica al migliore utilizzo delle risorse pubbliche, nell'ottica di revisione ed efficientamento della spesa e delle risorse pubbliche ⁽¹⁴⁾.

L'articolo 1 definisce l'oggetto del decreto che regola la disciplina della costituzione di società a totale o parziale partecipazione pubblica, diretta o indiretta nonché l'acquisto, il mantenimento e la gestione di partecipazioni da parte di Amministrazioni Pubbliche in tali soggetti.

Al netto di deroghe espresse però, alle società a partecipazione pubblica si applicano le specifiche norme del codice civile e quelle generali del diritto privato. Restano comunque ferme, le norme già in vigore – contenute in leggi, decreti ministeriali o regolamenti - che disciplinano singole società a partecipazione pubblica costituite per la gestione di Servizi di interesse Generale (SIG) o Servizi di Interesse Economico Generale (SIEG) ovvero una specifica missione di pubblico interesse nonché restano valide le

fine di assicurare *“la chiarezza della disciplina, la semplificazione normativa e la tutela e promozione della concorrenza”*.

¹⁴ G. GUZZO, *I meccanismi di affidamento e i sistemi di controllo delle società partecipate del d.lgs. n. 175/2016*, in *Le società pubbliche*, (a cura di) F. FIMMANO' e A. CATRICALA', Giapeto Editore, 2016.

norme di legge inerenti la partecipazione di Pubbliche Amministrazioni ad enti associativi (diversi dalle società) ed alle fondazioni.

Il successivo articolo 2 reca le definizioni che informano l'intero provvedimento, necessarie per orientare l'applicazione della nuova disciplina.

Nella catalogazione delle "amministrazioni pubbliche", si ritrovano i consorzi o le associazioni, per qualsiasi fine istituiti dalle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2 del Decreto legislativo n. 165 del 2001 e gli enti pubblici economici.

Il recente Decreto legislativo 16 giugno 2017, n. 100 (c.d. Decreto correttivo) ha poi ampliato la definizione del termine "società" di cui alla lett. l) del comma 1 del predetto articolo 2, ricomprendendovi anche gli organismi societari (ovvero quelli di cui ai titoli V e VI, capo I, del libro V del codice civile) che hanno come oggetto sociale lo svolgimento di attività consortili; in questo modo le disposizioni del Testo Unico vengono esplicitamente estese anche alle società consortili disciplinate dall'art. 2615-ter del codice civile.

In tale contesto, il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica delinea quelli che sono i limiti e le condizioni da rispettare affinché una Pubblica Amministrazione possa esternalizzare determinate attività,

disciplinando tutti gli aspetti relativi alle società in oggetto, a partire dalle forme giuridiche ammesse e agli scopi che esse possono perseguire.

Per ciò che concerne il primo aspetto, il Testo Unico, all'articolo 3, dispone che le Amministrazioni Pubbliche possono detenere partecipazioni esclusivamente in società, anche consortili, costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa (purché l'atto costitutivo o lo statuto prevedano la nomina dell'organo di controllo o di un revisore); di conseguenza, viene esclusa in maniera esplicita la possibilità che soggetti pubblici possano partecipare, ad esempio, in società in nome collettivo, società in accomandita semplice, ad altre forme societarie previste dalla normativa di settore.

Il successivo articolo 4, affrontando il tema relativo alle finalità perseguibili attraverso le società a partecipazione pubblica, individua condizioni e limiti per la costituzione di una società pubblica ovvero per l'acquisizione e/o il mantenimento di singole partecipazioni, introducendo sia vincoli di scopo istituzionale che limitazioni relative all'attività svolta.

In particolare, il comma 1 del predetto articolo prescrive che le Pubbliche Amministrazioni *“non possono”* costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi *“non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali”*. Non è dunque permesso per le

medesime PA acquisire o mantenere partecipazioni in tali società, anche solo di minoranza.

Siffatta previsione, già contenuta nell'articolo 3, comma 27 della Legge 24 dicembre 2007, n. 244 (Finanziaria 2008) pone un limite alla partecipazione delle Pubbliche Amministrazioni all'interno delle società, sulla base dello scopo che queste perseguono. Affinché la partecipazione pubblica sia legittima, infatti, è necessario che la società partecipata persegua uno scopo che sia coerente con lo scopo pubblico perseguito dall'ente partecipante.

L'elemento indispensabile è che l'operato di tali società sia *"strettamente necessario"* al perseguimento delle finalità proprie delle Amministrazioni che vi partecipano.

In altri termini, come confermato dalla giurisprudenza che si è formata intorno al citato articolo 3 della Finanziaria 2008, è necessario verificare l'esistenza di un *"qualificato nesso"* che lega l'attività della società con le finalità dell'Amministrazione, di modo che la prima risulti *"assolutamente necessaria"* per il perseguimento delle seconde ⁽¹⁵⁾. La partecipazione deve, dunque, essere basata su *"reali necessità istituzionali degli enti"*.

Alla luce della nuova disciplina, inoltre, il vincolo di scopo, il cui rispetto, in precedenza, era ritenuto sufficiente per la partecipazione in una società da parte di una Pubblica Amministrazione, non è più considerato tale;

¹⁵ Cons. Stato, Sez. III, 11 marzo 2011, n. 1572; *Id.*, n. 1573.

ciò è dimostrato dal successivo comma 2 dell'articolo 4, che positivizza il c.d. vincolo di attività ⁽¹⁶⁾.

Invero, già nella precedente disciplina vi erano alcune attività, espressamente individuate, per le quali il Legislatore presumeva la sussistenza dello scopo pubblico e la partecipazione in società che svolgevano simili attività era *“sempre ammessa”* [es. per la produzione di servizi di interesse generale] ⁽¹⁷⁾. La nuova disciplina, invece, detta regole diverse poiché il Legislatore delegato specifica che le Amministrazioni possono partecipare solo in società che, oltre ad avere uno scopo determinato, svolgono anche almeno una delle attività tassativamente individuate dal successivo comma 2, che introduce quello che può essere definito il c.d. vincolo di attività. La disciplina normativa, infatti, prescrive che le società in cui possono partecipare le Amministrazioni, oltre a dover perseguire obiettivi strettamente connessi con le finalità dell'ente partecipante, possono svolgere *“esclusivamente”* determinate attività, tassativamente elencate.

Come detto, sebbene si tratta di una novità introdotta dal Testo Unico, tuttavia, è più corretto affermare che il Legislatore delegato non ha tanto

¹⁶ In questo modo, la disciplina in esame dà attuazione alla Legge Delega contenuta nell'articolo 18, comma 1, lett. b) della L. 7 agosto 2015, n. 124, nella parte in cui è richiesto che le condizioni per la partecipazione alle società devono essere razionalizzate *“entro il perimetro dei compiti istituzionali o di ambiti strategici per la tutela di interessi pubblici rilevanti”*.

¹⁷ G. GUZZO, *Il testo unico sulle partecipate: prime prove tecniche di messa a punto*; in www.lexitalia.it, n. 1/2016.

innovato la disciplina del settore in esame, quanto più si è limitato a recepire i pronunciamenti della giurisprudenza precedente ⁽¹⁸⁾.

Già durante la vigenza della vecchia disciplina, infatti, il rispetto o meno del vincolo di scopo era verificato prendendo in considerazione l'attività svolta dalla società partecipata in questione. In questo modo, era possibile affermare se la stessa attività fosse o meno coerente al perseguimento dello scopo pubblico dell'Amministrazione partecipante, sicché in tal modo le società si identificavano con l'attività che svolgevano ⁽¹⁹⁾.

Alla luce della nuova disciplina, quindi, è la stessa normativa di rango legislativo ad affermare che vi sono solo alcune determinate attività che le società partecipate possono svolgere legittimamente, fermo restando che tali società devono operare pur sempre *“nei limiti di cui al comma 1”* e, dunque, pur sempre nel rispetto del c.d. vincolo di scopo.

In altri termini, le attività di cui al comma 2 sono le uniche che, in astratto, si presume possano essere *“strettamente necessarie”* per il perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente partecipante, ma potrebbero anche non esserlo in concreto, nel qual caso la partecipazione pubblica è, in ogni caso, da escludere.

Lo svolgimento di attività *“strettamente necessarie”* per il perseguimento delle finalità istituzionali dell'Amministrazione, pertanto, per

¹⁸ Cfr., Corte Conti Lombardia, 8 luglio 2008, n. 48.

¹⁹ M. CLARICH, *Le società miste a capitale pubblico e privato tra affidamenti in house e concorrenza per il mercato*, in *Corr. giur.*, 2007, 1.

quanto elemento ancora necessario, non è più di per sé sufficiente a giustificare la partecipazione pubblica all'interno di una società privata.

In tale ottica, le Amministrazioni pubbliche possono, direttamente o indirettamente, costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni in società aventi esclusivamente una delle seguenti finalità:

- a.** produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi;
- b.** progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'articolo 193 del Decreto legislativo n. 50 del 2016;
- c.** realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato di cui all'articolo 180 del Decreto legislativo n. 50 del 2016, con un imprenditore selezionato con le modalità di cui all'articolo 17, commi 1 e 2 del Testo Unico;
- d.** autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento ⁽²⁰⁾;

²⁰ Sul punto, è fatto divieto per le società di autoproduzione, quando controllate da enti locali, di costituire nuove società e di acquisire nuove partecipazioni in società ma tale divieto non si applica alle società che hanno come oggetto sociale esclusivo la gestione di partecipazioni societarie di enti locali (*cfr.* art. 4, comma 5).

e. servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 1, lett. a), del Decreto legislativo n. 50 del 2016.

a. La prima attività, in ordine di elenco, che le società partecipate possono svolgere consiste nella produzione di un "servizio di interesse generale" (nel prosieguo anche SIG), da intendersi quali attività che, se non vi fosse un intervento pubblico, *"non sarebbero svolte dal mercato"* o lo sarebbero *"a condizioni differenti"* e che le Amministrazioni assumono come necessarie *"per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività"* ⁽²¹⁾.

All'attività di erogazione di un servizio di interesse generale, la disposizione di cui alla lett. a) affianca espressamente anche *"la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi"*, quale attività che le società partecipate possono svolgere.

Invero, il riferimento ai SIG non è una novità assoluta per le società partecipate poiché era già presente nella vecchia disciplina ⁽²²⁾. La differenza sostanziale è che, ai sensi del precedente articolo 3, comma 27 della Finanziaria 2008, l'erogazione di SIG era sempre consentita alle società partecipate, anche in deroga al limite del perseguimento dello scopo pubblico.

²¹ Articolo 2, comma 1, lett. h), del Testo Unico.

²² Legge 24 dicembre 2007, n. 244 (Finanziaria 2008).

In altri termini, sussisteva una sorta di presunzione secondo cui la produzione di servizi di interesse generale fosse di per sé un'attività "*strettamente necessaria*" al perseguimento delle finalità istituzionali di un'Amministrazione.

Con la nuova disciplina, invece, la produzione di servizi di interesse generale può essere realizzata da parte delle società partecipate purché si rispettino sempre il vincolo del perseguimento dello scopo pubblico dell'Amministrazione partecipante.

Si evidenzia, con riguardo alla disposizione *de qua*, come nel corso del procedimento di approvazione fossero sorti dubbi circa la mancata indicazione dei servizi di interesse economico generale (nel seguito anche SIEG) al fianco dei SIG, posto che gli stessi erano, già in precedenza, ricompresi nel novero delle attività delle società partecipate.

Tali questioni sono state superate in sede di approvazione finale del Testo Unico, laddove il Governo ha modificato l'articolo 2, comma 1, lett. h), specificando che nella definizione di SIG, sono "*inclusi i servizi di interesse economico generale*" ⁽²³⁾. In questo modo, nel momento in cui la lett. a) in esame richiama i SIG come oggetto dell'attività delle società partecipate, vi sono implicitamente inclusi anche i SIEG (v. *infra*).

²³ Ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. i), del Testo Unico, i "*servizi di interesse economico generale*" sono "*i servizi di interesse generale erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato*".

b. La seconda attività prevista dall'articolo 4 consiste nella progettazione e realizzazione di un'opera pubblica, sulla base di un *"accordo di programma fra amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'articolo 193 del decreto legislativo n. 50 del 2016"*.

L'accordo di programma, la cui disciplina è contenuta nell'articolo 34 del Decreto legislativo n. 267 del 2000, può essere considerato uno strumento di auto-coordinamento delle Pubbliche Amministrazioni, attraverso il quale più amministrazioni coinvolte nella realizzazione di un unico e complesso intervento infrastrutturale, programmano congiuntamente le attività da svolgere, senza il venir meno delle singole individualità di ciascuna di esse.

Il richiamato articolo 193 disciplina la possibilità di costituire una società di progetto per la realizzazione e la gestione di un'infrastruttura pubblica qualora questa venga realizzata sulla base di un accordo di programma. In questo modo, tale società acquista la qualifica di organismo di diritto pubblico, che le impone, dunque, di applicare il Codice dei contratti pubblici.

Oltre al citato articolo 193, occorre richiamare altresì l'articolo 5, comma 9, del Decreto legislativo n. 50 del 2016, a norma del quale è richiesto l'utilizzo di *"procedure di evidenza pubblica"* per l'individuazione del socio

privato che partecipa a società miste costituite *“per la realizzazione e gestione di un’opera pubblica”*.

Nell’ipotesi in esame, dunque, sarà necessario utilizzare le procedure previste dal Codice dei contratti pubblici per individuare il socio privato che sarà ammesso all’interno della società partecipata (v. *infra*).

c. La terza attività consentita per le società partecipate consiste nella realizzazione di un’opera pubblica o nella gestione di un servizio di interesse generale *“attraverso un contratto di partenariato di cui all’articolo 180 del decreto legislativo n. 50 del 2016, con un imprenditore privato”*, da selezionare con le modalità di cui all’articolo 17, commi 1 e 2, del Testo Unico.

È evidente allora che, nel caso di specie, si è di fronte a un’ipotesi di Partenariato Pubblico Privato (PPP) di tipo contrattuale, che va ad affiancarsi a quello di tipo istituzionale, che caratterizza le società partecipate; ne consegue che, a questo tipo di attività delle società partecipate vanno applicate le disposizioni sui PPP che, oggi, sono contenute nel nuovo Codice dei contratti pubblici.

Quanto detto trova conferma in almeno due ordini di ragioni.

In primo luogo, è possibile richiamare la circostanza secondo cui, se così non fosse, non sarebbe possibile distinguere la fattispecie in esame dagli altri casi aventi ad oggetto forme di PPP, sebbene di carattere istituzionale,

quali possono essere, in generale, le società miste o, comunque, quelle partecipate.

In secondo luogo, depone a favore dell'interpretazione proposta il comma 4, dell'articolo 4, del Testo Unico in esame, ai sensi del quale l'attività di cui alla lettera c) è l'unica a non poter essere oggetto sociale di una società *in house*, che può essere titolare di affidamenti diretti di contratti pubblici perché connessa a un contratto di PPP, da affidare, invece, secondo le disposizioni del Codice dei contratti pubblici.

Vi è da segnalare, poi, che l'articolo 17 del Testo Unico, che espressamente richiama la disposizione in esame, specifica che in questi casi vi è una gara a doppio oggetto, vale a dire sia per la sottoscrizione della partecipazione societaria da parte del socio privato sia per "*l'affidamento del contratto di appalto o di concessione*" che, peraltro, deve essere "*oggetto esclusivo dell'attività*" della società.

d. Vi è poi l'ipotesi delle società *in house*, sottoposte ad un controllo da parte dell'Amministrazione analogo a quello che la medesima esercita sui propri uffici, che svolgono attività, almeno prevalentemente, a favore dell'Amministrazione stessa e rispetto alle quali è necessario armonizzare la disciplina con quella dettata dal Codice dei contratti pubblici all'articolo 5, che individua le condizioni al ricorrere delle quali i contratti pubblici possono

essere affidati direttamente, al di fuori dell'ambito di applicazione del Codice stesso.

e. L'ultima attività indicata nell'elenco del predetto articolo 4, ha ad oggetto lo svolgimento di *"servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie"* a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici.

L'elemento fondamentale di tale lett. e) è la nozione di servizio di committenza, che, secondo quanto prescritto dal Codice dei contratti pubblici, ricomprende l'attività di acquisizione di forniture e servizi nonché di aggiudicazione agli operatori economici di appalti per lavori, forniture o servizi destinati alle stazioni appaltanti ⁽²⁴⁾.

Trattasi di un'attività che era già prevista dalla precedente disciplina di cui all'articolo 3, comma 27 della Finanziaria 2008, sicché già in precedenza le società partecipate potevano erogare simili prestazioni, anche in deroga al vincolo di scopo richiesto dalla legge.

Tuttavia, la nuova disciplina, a differenza di quanto previsto in quella precedente, prescrive che la sola erogazione dei servizi di committenza non è più sufficiente affinché si possa considerare legittima la partecipazione pubblica in una società che svolge una simile attività. La norma, infatti, impone che anche le società partecipate che svolgono servizi di committenza

²⁴ Cfr. articolo 3, comma 1, lett. l), Decreto legislativo n. 50 del 2016.

devono, in ogni caso, operare per scopi strettamente necessarie per il perseguimento delle finalità dell'Amministrazione partecipante ⁽²⁵⁾.

Inoltre, qualora tali società siano anche qualificabili come Centrali di Committenza, ai sensi dell'articolo 3, comma 1, lett. i), del Decreto legislativo n. 50 del 2016, sarebbe in ogni caso possibile affidare loro in via diretta tali funzioni, in conformità con quanto previsto dalla Direttiva 2014/24/UE nonché dal Codice dei contratti pubblici ⁽²⁶⁾.

Il medesimo articolo 4, poi, accanto all'elencazione puntuale, stabilisce anche delle ipotesi derogatorie alla disciplina generale: il comma 5, ad esempio, se da un lato vieta alle società strumentali controllate da enti locali di costituire nuove società e di acquisire nuove partecipazioni in soggetti esistenti, dall'altro sancisce che il divieto in questione non si applica alle società che hanno come oggetto sociale esclusivo la gestione delle partecipazioni societarie di enti locali (c.d. *holding*), fatto salvo il rispetto degli obblighi in materia di trasparenza dei dati finanziari e di consolidamento del bilancio degli enti partecipanti.

Inoltre, anche laddove siano rispettati i requisiti e i parametri di cui all'articolo 4, in relazione al perseguimento delle finalità istituzionali e alle attività ammesse, il nuovo Testo Unico impone stringenti oneri motivazionali

²⁵ G. GUZZO, *La direttiva Ue n. 2014/24/UE e le nuove regole in materia di affidamenti in house: riflessioni minime e prime interpretazioni*, in www.lexitalia.it, nn. 7-8/2016.

²⁶ Si veda, l'articolo 37, par. 4 della Direttiva 2014/24/UE e l'articolo 37, comma 12 del Decreto legislativo n. 50 del 2016.

a supporto della decisione dell'ente pubblico di procedere alla costituzione della società partecipata o all'acquisizione di una partecipazione societaria, anche indiretta.

In base all'articolo 5, infatti, la motivazione deve essere supportata da un'analisi e da una verifica della convenienza economica e della possibilità di destinazione alternativa delle risorse pubbliche impegnate, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio tramite affidamento in capo a operatori privati.

A tal fine, peraltro, e nell'intento di tutelare il principio comunitario di libera concorrenza, l'atto deliberativo dovrà dare conto anche della compatibilità dell'intervento rispetto alla disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese, sicché prima della sua formale adozione, la delibera andrà inviata *"per fini conoscitivi"* ⁽²⁷⁾ alla sezione della Corte dei Conti ⁽²⁸⁾ competente e all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che esercita i poteri ad essa conferiti dall'articolo 21-*bis* della Legge n. 287 del 1990.

Di fatto la Corte dei Conti dovrà verificare la correttezza e completezza della motivazione, non entrando però nel merito delle scelte,

²⁷ Siffatta formulazione sembrerebbe doversi interpretare nel senso che l'intervento della Corte dei Conti sulla procedura di costituzione o acquisto di partecipazione in società da parte di amministrazioni pubbliche si risolve in attività conoscitiva/consultiva e collaborativa ma non di controllo preventivo (o successivo) sulle scelte dell'ente locale. Sul punto, ampiamente, V.R. PATUMI, *Il ruolo dei controlli della Corte dei Conti*, Azienditalia, 10/2016.

²⁸ È espressamente previsto che, per gli atti degli enti assoggettati a controllo della Corte dei Conti, ai sensi della Legge 21 marzo 1958, n. 259, è competente la Sezione del controllo sugli enti.

bensi svolgendo un controllo di regolarità che rilevi l'esistenza della compatibilità delle scelte medesime con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa. È evidente che tale motivazione dovrà avere ad oggetto (anche) il vincolo di scopo di cui all'articolo 4, comma 1, nel senso che la Pubblica Amministrazione dovrà dare conto dello scopo perseguito dalla società in cui intende partecipare e motivare l'effettiva connessione fra questo e le finalità assegnatele dalla legge.

Un altro ambito nel quale è previsto il controllo della magistratura contabile si estende ai piani di razionalizzazione periodica delle partecipazioni pubbliche, come previsto dall'articolo 20, comma 1 del Testo Unico, e ai provvedimenti da adottare entro il 31 dicembre di ogni anno.

Invero, il Legislatore del Testo Unico stabilisce un controllo di legalità e regolarità da parte della magistratura contabile che accerti l'avvenuta conformità da parte degli enti ai rilievi indicati nelle deliberazioni approvate in sede di analisi del precedente piano di razionalizzazione. Ciò comporta che, annualmente, le Amministrazioni pubbliche dovranno rianalizzare l'assetto complessivo delle proprie partecipazioni e, quindi, eseguire un monitoraggio periodico delle stesse.

A seguito dell'adozione del piano di razionalizzazione, entro il 31 dicembre dell'anno successivo, gli enti e le altre Pubbliche Amministrazioni devono poi approvare una relazione sull'attuazione dello stesso che

trasmetteranno alla competente sezione regionale della Corte dei Conti ed alla struttura di controllo presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze.

I piani di riassetto possono prevedere, in virtù di operazioni straordinarie, anche la dismissione o l'assegnazione delle partecipazioni societarie acquistate per espressa previsione normativa. I relativi atti di scioglimento delle società o di alienazione delle partecipazioni sociali sono disciplinati dalle disposizioni del codice civile e sono compiuti anche in deroga alla previsione normativa originaria riguardante la costituzione della società o l'acquisto della partecipazione, mentre resta ferma l'applicazione degli incentivi fiscali su scioglimento o alienazione di società già disposti dal comma 568-*bis* dell'articolo 1 della Legge n. 147 del 2013.

Viene poi previsto che la mancata adozione di tali atti comporta una sanzione amministrativa fino a 500 mila euro.

L'articolo 11 del Testo Unico introduce, invece, significative modifiche di *governance* per le società "a controllo pubblico" ⁽²⁹⁾. La disposizione è stata interessata da significative modifiche apportate dal Decreto legislativo 16 giugno 2017, n. 100 [c.d. Decreto correttivo] ⁽³⁰⁾.

In queste società:

²⁹ Va precisato che, ai sensi del Testo Unico, sono "*società a controllo pubblico*" quelle in cui si verifichi la situazione descritta nell'articolo 2359 del codice civile ma anche quelle in cui, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale sia richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo (articolo 2, lett. *b*) del Testo Unico).

³⁰ Pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 26 giugno 2017.

1. l'organo di controllo dev'essere "*di norma*" costituito da un amministratore unico (comma 2); il Decreto correttivo ha ora previsto che l'assemblea della singola società a controllo pubblico può decidere di derogare a tale principio, con delibera motivata (con "*motivazioni rinforzate*") in relazione a specifiche ragioni di adeguatezza organizzativa e tenendo conto delle esigenze di contenimento dei costi. Sussistendo dette condizioni l'assemblea può ricorrere al consiglio di amministrazione, composto da tre o cinque membri, o può, in alternativa, ricorrere a forme di *governance* alternative (di tipo dualistico o monistico) e la delibera deve essere trasmessa alla sezione della Corte dei Conti competente (ai sensi del citato articolo 5, comma 4) e alla struttura del Ministero dell'Economia e delle Finanze cui spetta il controllo e il monitoraggio sull'attuazione del Testo Unico (ai sensi dell'articolo 15);
2. negli organi collegiali dev'esser in ogni caso assicurato l'equilibrio di genere, almeno nella misura di un terzo sul numero complessivo delle designazioni effettuate in corso d'anno (comma 4);
3. quando la società a controllo pubblico sia costituita in forma di società a responsabilità limitata, non è consentito, in deroga all'articolo 2475, comma 3 del codice civile, prevedere che l'amministrazione sia affidata, disgiuntamente o congiuntamente, a due o più soci (articolo 11, comma 5);
4. è prevista l'emanazione di un decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze per la definizione di indicatori dimensionali qualitativi e quantitativi

delle società in controllo pubblico, diretti a individuare cinque fasce per la classificazione delle stesse. Il Decreto correttivo stabilisce che l'adozione di tale provvedimento, nel caso di società controllate dalla regione o da enti locali, sia subordinato alla previa intesa in Conferenza Unificata (comma 6). È quindi previsto che ad ogni fascia verrà attribuito un limite massimo di remunerazione degli amministratori, titolari e componenti degli organi di controllo, dirigenti e dipendenti, quale trattamento annuo lordo onnicomprensivo che comunque non potrà comunque superare il limite di 240.000 euro annui, al lordo dei contributi previdenziali e assistenziali e degli oneri fiscali a carico del beneficiario, tenuto conto anche dei compensi corrisposti da altre pubbliche amministrazioni o da altre società a controllo pubblico. Tuttavia, nelle more dell'emanazione del succitato Decreto ministeriale, restano in vigore le norme delle previgenti disposizioni in materia di limiti ai compensi degli organi di amministrazione delle società a partecipazione pubblica (comma 7);

5. gli amministratori non possono essere dipendenti delle amministrazioni pubbliche controllanti o vigilanti (comma 8). In caso siano invece dipendenti della società controllante hanno l'obbligo di riversare i relativi compensi alla società di appartenenza;

6. gli statuti delle società a controllo pubblico devono prevedere (comma 9):

- a) l'attribuzione da parte del consiglio di amministrazione di deleghe di gestione a un solo amministratore, fatta salva la possibilità di attribuire deleghe al presidente, ove preventivamente autorizzata dall'assemblea;
- b) l'esclusione della carica di vicepresidente o la previsione che la carica stessa sia attribuita esclusivamente quale modalità di individuazione del sostituto del presidente in caso di assenza o impedimento, senza riconoscimento di compensi aggiuntivi;
- c) il divieto di istituire organi diversi da quelli previsti dalle norme generali in tema di società;

7. nelle società di cui le amministrazioni pubbliche detengono il controllo indiretto, non è consentito nominare, nei consigli di amministrazione o di gestione, amministratori della società controllante, a meno che siano attribuite ai medesimi deleghe gestionali a carattere continuativo ovvero che la nomina risponda all'esigenza di rendere disponibili alla società controllata particolari e comprovate competenze tecniche degli amministratori della società controllante o di favorire l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento (comma 11);

8. coloro che hanno un rapporto di lavoro con le società a controllo pubblico, ed al contempo risultino componenti dell'organo di amministrazione, devono

essere collocati in aspettativa non retribuita con sospensione della posizione contributiva, salvo rinuncia ai compensi a qualsiasi titolo previsti (comma 12).

L'articolo 17 contiene specifiche disposizioni sulle società a partecipazione mista pubblico-privata.

In ordine alla possibilità di includere privati nella compagine sociale delle società mista, tale articolo, interessato dalle modifiche apportate dal Decreto correttivo, richiede che *“la quota di partecipazione del soggetto privato non può essere inferiore al trenta per cento e la selezione del medesimo si svolge con procedure di evidenza pubblica a norma dell'articolo 5, comma 9, del decreto legislativo n. 50 del 2016 e ha a oggetto, al contempo, la sottoscrizione o l'acquisto della partecipazione societaria da parte del socio privato e l'affidamento del contratto di appalto o di concessione oggetto esclusivo dell'attività della società mista”*.

Il comma 1 dell'articolo in argomento, non limita più la sua applicazione alle società miste costituite per la realizzazione e gestione di un'opera pubblica o di un SIG, avente ad oggetto esclusivo l'attività inerente l'appalto o la concessione, ma estende ora il suo ambito alle *“società a partecipazione mista pubblico locale”* a prescindere dal loro oggetto sociale.

In tali società, quindi, la quota di partecipazione del soggetto privato non può essere inferiore al 30% del capitale e lo stesso deve essere selezionato mediante procedura ad evidenza pubblica a c.d. doppio oggetto

(sottoscrizione o acquisto partecipazione quote societarie da parte del privato e contestuale affidamento del contratto di appalto o concessione). Il comma 2 dispone che il socio privato deve altresì possedere i requisiti di qualificazione generali, speciali e di carattere tecnico ed economico-finanziario nonché prevede che l'avviso pubblico rechi, in allegato, la bozza dello statuto, gli eventuali accordi parasociali, nonché tutti gli elementi essenziali del contratto di servizio e dei disciplinari e regolamenti di esecuzione, quale parte integrante.

Al fine, poi, di vincolare la partecipazione privata all'esito della gara «a doppio oggetto» si prevede che *“[l]a durata della partecipazione privata alla società [...] non può essere superiore alla durata dell'appalto o della concessione”*.

Le procedure di costituzione di una società mista, dunque, devono prevedere la corrispondenza tra i servizi pubblici oggetto della selezione del socio privato e quelli da affidare allo stesso operatore economico in veste operativa. Il Tar Abruzzo - L'Aquila, sezione I, con la sentenza n. 152 del 30 marzo scorso ha chiarito le implicazioni operative della gara a doppio oggetto, evidenziando le particolari modalità di affidamento dei servizi e la relazione “a tempo” con il partner privato.

I giudici amministrativi rilevano che una società mista può avere un oggetto sociale ampio ed eterogeneo, a condizione che vi sia una biunivoca corrispondenza tra i servizi pubblici oggetto della procedura ad evidenza

pubblica indetta per la scelta del socio privato e i servizi pubblici da affidare in gestione alla società nella sua nuova composizione.

Sarebbe invece lesivo dei principi comunitari, l'affidamento diretto alla società mista di servizi, inclusi nell'oggetto sociale della società medesima, che non siano stati mai oggetto di una procedura ad evidenza pubblica.

La società mista non è, quindi, un modulo differente per concretizzare un affidamento diretto, ma una modalità organizzativa con la quale l'amministrazione controlla l'affidamento disposto, con gara, al socio operativo della società.

Nel particolare modulo di partenariato, la seconda condizione essenziale è determinata dall'impossibilità per il socio privato di diventare socio stabile della società mista. Tale condizione è stata definita nell'ordinamento comunitario e ora ripresa esplicitamente dal comma 3 dell'articolo 17 del Testo Unico, il quale, come detto, stabilisce che la durata della partecipazione privata alla società non può essere superiore alla durata dell'appalto o della concessione, nonché stabilisce che lo statuto debba prevedere meccanismi idonei a determinare lo scioglimento del rapporto societario in caso di risoluzione del contratto di servizio.

I giudici amministrativi evidenziano quindi come siano esaustive in tal senso le clausole del bando di gara che prevedono che la partecipazione del socio privato alla società mista abbia termine alla scadenza dei contratti di

servizio e definiscano nello schema di statuto le modalità di liquidazione del socio privato al momento della scadenza del periodo di affidamento.

L'articolo 17, inoltre, al comma 4 dispone che gli statuti delle società miste possono contenere specifiche previsioni:

- per le società per azioni clausole in deroga alle disposizioni in materia di amministrazione della società nel sistema di *governance* tradizionale (articolo 2380-bis, codice civile) e di amministrazione della società nel sistema di *governance* dualistico (articolo 2409-novies, codice civile), onde consentire il controllo interno del socio pubblico sulla gestione dell'impresa;
- per le società per azioni la previsione dell'emissione di speciali categorie di azioni e di azioni con prestazioni accessorie, da assegnare al socio privato;
- per le società a responsabilità limitata può essere prevista l'attribuzione all'ente o agli enti pubblici soci di particolari diritti, ai sensi dell'articolo 2468, comma 3 del codice civile, ed eliminare o limitare la competenza dei soci (deroga all'articolo 2479, comma 1, del codice civile);
- per tutte le società i patti parasociali possono avere durata superiore a cinque anni, in deroga al codice civile, ma con non superiore alla durata del contratto per la cui esecuzione la società è stata costituita.

E' importante evidenziare, infine, che il comma 6 del citato art. 17 prevede che alle società miste che non sono organismi di diritto pubblico,

costituite per realizzare lavori, opere o servizi non destinati all’allocazione concorrenziale sul mercato, non si applicano le disposizioni del Decreto legislativo n. 50 del 2016 – limitatamente alla realizzazione dell’opera o del servizio per cui sono state costituite – se:

- 1) il socio è stato scelto con gara;
- 2) il privato ha i requisiti del Decreto legislativo n. 50 del 2016 relativamente all’attività per cui è stata costituita la società;
- 3) la società realizza direttamente l’opera o il servizio per più del 70% del relativo importo.

All’articolo 19 vengono dettate specifiche disposizioni per il personale delle società a controllo pubblico; per queste si applicano le disposizioni del Codice civile e le norme previste dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell’impresa, incluse quelle relative ad ammortizzatori sociali, ai sensi della vigente normativa e del CCNL di riferimento.

Le società a controllo pubblico stabiliscono con propri provvedimenti – da pubblicare obbligatoriamente sul sito istituzionale della società stessa, pena le sanzioni di cui al Decreto legislativo n. 33 del 2013 – criteri e modalità per il reclutamento del personale nel rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità e dei principi normativi validi per le Pubbliche Amministrazioni.

La norma sancisce inoltre che ai fini retributivi – fatto salvo quanto previsto dall’articolo 2126 del codice civile – la mancanza dei provvedimenti di reclutamento da parte delle società determina la nullità dei contratti di lavoro, fermo restando la giurisdizione ordinaria in materia.

È previsto poi che le amministrazioni pubbliche socie fissino, con propri provvedimenti, obiettivi specifici, annuali e pluriennali, sul complesso delle spese di funzionamento, ivi comprese quelle per il personale, delle società controllate anche mediante contenimento degli oneri contrattuali, le assunzioni di personale o di eventuali divieti o limitazioni in tal senso.

Nel determinare tali obiettivi, per effetto dell’articolo 12 del Decreto correttivo, deve essere tenuto conto anche del settore in cui ciascun soggetto opera ⁽³¹⁾.

La norma dispone inoltre che prima di poter effettuare nuove assunzioni, le amministrazioni pubbliche, nel caso di reinternalizzazione di funzioni o servizi prima affidati ad una società partecipata, procedono – nei limiti dei posti vacanti nelle dotazioni organiche e nell’ambito delle facoltà assunzionali disponibili – al riassorbimento delle unità di personale già dipendenti dall’amministrazione e transitate alle dipendenze delle società

³¹ Viene riprodotto così il contenuto della disposizione di cui al comma 2-*bis*, articolo 18, del Decreto legge n. 112 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla Legge 6 agosto 2008, n. 133, per come modificato da ultimo dall’articolo 4, comma 12-*bis*, del Decreto legge n. 66 del 2014.

interessata da tale reinternalizzazione, utilizzando specifici processi di mobilità.

Il Decreto correttivo, accogliendo quanto contenuto nell'Intesa raggiunta in Conferenza Unificata, prevede che la spesa per il riassorbimento del personale non rileva nell'ambito delle facoltà assunzionali disponibili e del parametro di cui al comma 557-*quater* dell'articolo 1 della Legge n. 296 del 2006. In tal senso, è precisato che tale irrilevanza è condizionata all'adeguata dimostrazione da parte dell'Ente, certificata dal parere dell'organo di revisione economico-finanziaria, che le esternalizzazioni sono state effettuate nel rispetto degli adempimenti previsti dall'art. 6-*bis*, Decreto legislativo n. 165 del 2001 (introdotti dal 2009 per effetto del Decreto legislativo n. 69 del 2009), ed in particolare che:

- a) in corrispondenza del trasferimento alla società della funzione, sia stato trasferito anche il personale corrispondente alla funzione medesima, con le correlate risorse stipendiali;
- b) la dotazione organica dell'Ente sia stata corrispondentemente ridotta e tale contingente di personale non sia stato sostituito;
- c) siano state adottate le necessarie misure di riduzione dei fondi destinati alla contrattazione integrativa;

d) l'aggregato di spesa complessiva del personale soggetto ai vincoli di contenimento sia stato ridotto in misura corrispondente alla spesa del personale trasferito alla società.

È infine previsto che le disposizioni in materia di gestione delle eccedenze di personale delle società partecipate previste dalla Legge di stabilità per il 2014 (commi da 565 a 568 della Legge n. 147 del 2013) trovano applicazione *“fino alla data di pubblicazione del decreto di cui all’art. 25, c. 1, e comunque non oltre il 31 dicembre 2017”*, come stabilito dall’articolo 12 del Decreto correttivo.

Alla luce della disciplina esposta, la costituzione di una società mista, partecipata congiuntamente dal partner pubblico e dal partner privato, a differenza della esternalizzazione del servizio ad operatori economici estranei alla pubblica amministrazione, realizza una collaborazione stabile e di lunga durata tra la Pubblica Amministrazione ed il privato, attraverso l’istituzione di un’organizzazione comune con la missione di assicurare determinati servizi (e/o funzioni e/o opere) in favore della comunità locale.

Alla base della decisione dell’Amministrazione di optare per il modello gestionale della società mista vi è, infatti, l’esigenza di creare un’organizzazione comune con un soggetto privato appositamente selezionato, al fine di dotarsi del patrimonio di esperienza, composto di

conoscenze tecniche e scientifiche, maturate dal privato, il quale, con il proprio apporto organizzativo e gestionale, dovrà contribuire all'arricchimento del *know-how* pubblico, e, con il proprio apporto finanziario, alleggerire gli oneri economico finanziari che l'ente territoriale dovrà sopportare per la gestione dei servizi pubblici.

2.4. Esame della disciplina vigente in materia di affidamento dei servizi in concessione.

Oltre alla costituzione di società miste, il modello del PPP può realizzarsi anche mediante legami contrattuali tra l'amministrazione e il privato, tra cui il contratto di concessione, attraverso cui viene affidato ad un operatore privato, con procedura di evidenza pubblica, la progettazione, il finanziamento, la realizzazione ovvero la gestione e la manutenzione di un'opera pubblica e/o la gestione del relativo servizio ⁽³²⁾.

L'istituto della concessione nasce e si sviluppa principalmente per sopperire alla carenza di risorse tecniche ed economiche delle Amministrazioni Pubbliche per fronteggiare le esigenze di gestione di servizi di pubblica utilità ⁽³³⁾; in altri termini, l'amministrazione ricerca la

³² G. CEREÀ, *La concessione e il PPP nella prospettiva economica*, Relazione Convegno IGI, 14 giugno 2016.

³³ G. BALOCCO, *Concessione di beni pubblici tra affidamento diretto e obbligo di gara*, in *Urb. App.*, 2006, 7, 851.

collaborazione del privato per far fronte alle proprie necessità e perseguire i propri interessi. Per tale ragione anche la concessione rappresenta un modello tipico di PPP ⁽³⁴⁾.

In attuazione della normativa europea è stata introdotta una disciplina organica in materia di concessioni e PPP improntata alla concorrenzialità e alla diminuzione dei costi per la Pubblica Amministrazione che trova la propria definizione, nella disciplina nazionale, all'articolo 3, comma 1, lett. *uu*) e *vv*) del Decreto legislativo n. 50 del 2016; la concessione è qualificata quale contratto a titolo oneroso, stipulato per iscritto, in virtù del quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l'esecuzione dei lavori e dei servizi o dei soli servizi ad uno o più operatori economici, laddove il corrispettivo consiste unicamente nel diritto di gestire i lavori (o i servizi) oggetto del contratto o nel medesimo diritto accompagnato da un prezzo.

Il Legislatore del Codice dei contratti pubblici nell'introdurre tali forme di collaborazione, ha voluto incentivare il dialogo: gli enti locali non vengono più qualificati quali soggetti committenti bensì come parti che ascoltano i bisogni della collettività e si confrontano non solo con i cittadini ma soprattutto con gli operatori economici del settore privato per poter

³⁴ C. CORSI, *Le concessioni di lavori e di servizi*, in M. P. CHITI (a cura di) *Il partenariato pubblico privato. Concessioni. Finanza di progetto. Società miste. Fondazioni*, Napoli, 2009.

intervenire attivamente sul proprio territorio con nuove iniziative socialmente condivise.

Nonostante tale consapevolezza ed elasticità, si è ritenuto opportuno regolamentare le procedure di affidamento mediante PPP precisando, all'articolo 181 del Decreto legislativo n. 50 del 2016, che occorre far ricorso all'evidenza pubblica, quindi alla gara con procedura aperta o ristretta, o mediante dialogo competitivo per la selezione dell'operatore privato. Dello stesso tenore anche l'articolo 179 che stabilisce che alle procedure di affidamento nelle forme del PPP si applicano le disposizioni indicate all'art. 164, comma 2 del medesimo Codice.

Tra le principali novità introdotte dal Legislatore, la previsione di una pluralità di soggetti dal lato della domanda pubblica (amministrazioni aggiudicatrici ed enti aggiudicatori) e, dal lato dell'offerta, l'ammissibilità dell'affidamento della concessione a raggruppamenti di imprese, (circostanza tipica delle concessioni dove gli imprenditori devono strutturare offerte complesse).

Inoltre, ai fini della qualifica di concessione non ha rilevanza la titolarità dell'opera realizzata, che può rimanere privata sia durante che al termine della concessione, quanto piuttosto è determinante che l'amministrazione sia beneficiaria, direttamente o tramite la collettività, dell'attività della gestione privata. La gestione dell'opera pubblica o del

servizio tramite l'opera pubblica, temporaneamente affidata al privato, infatti, è una prerogativa dell'amministrazione la quale, al termine della concessione, potrà essere nuovamente esercitata optando per la gestione diretta o disponendo un nuovo affidamento.

Novità significativa è poi il trasferimento al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi. Invero, viene positivizzata la previsione relativa all'allocazione dei rischi nel senso che il privato deve assumere una quota dei rischi connessi all'operazione.

Siffatta previsione muove da un principio di fondo secondo cui le diverse tipologie di rischio devono essere sostenute dalla parte maggiormente attrezzata a sostenerle, a minori costi. In tal modo non si fa gravare sulla collettività (sotto forma di aumento delle tariffe per i servizi resi) il costo di una impropria o erronea allocazione dei rischi.

La nozione di rischio operativo è richiamata dal Codice dei contratti all'articolo 3, comma 1, lett. zz), che lo definisce quale *“rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito all'operatore economico”*.

La disposizione prosegue poi chiarendo che *“Si considera che l'operatore economico assuma ma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, per tali intendendosi l'insussistenza di eventi non prevedibili, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la*

gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita all'operatore economico deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dall'operatore economico non sia puramente nominale o trascurabile".

Nelle concessioni, in particolare in quelle di servizi, tale rischio può assumere due diverse connotazioni e, segnatamente:

- rischio di disponibilità (articolo 3, comma 1, lett. *bbb*), D.lgs. n. 50/2016) che riguarda la capacità del partner privato di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia in termini di volume che per standard qualitativi, e si considera assunto dal privato se i pagamenti pubblici vengano correlati all'effettivo ottenimento del servizio reso, con la possibilità per il soggetto pubblico di ridurre i propri esborsi ove i parametri prestazionali richiesti non vengano rispettati;
- rischio di domanda (articolo 3, comma 1, lett. *ccc*), D.lgs. n. 50/2016) che dipende dalla variabilità della richiesta del servizio erogato dal concessionario agli utenti che pagano una tariffa e quindi dai flussi di cassa.

I rischi summenzionati si considerano significativi laddove, ai sensi dell'articolo 165 del Codice, in condizioni normali, le variazioni relative ai costi e ai ricavi oggetto della concessione incidano sull'equilibrio del piano economico finanziario.

Particolare attenzione va posta sulla locuzione “*in condizioni operative normali*” utilizzata dal Legislatore, che inserisce una clausola di salvezza per il concessionario privato nell’assunzione del predetto rischio operativo; in altri termini, il rischio sarebbe da escludere in presenza di una serie di situazioni, impreviste e imprevedibili, che si verificano a seguito del perfezionamento del contratto concessorio.

Si tratta delle fluttuazioni eccezionali dei tassi finanziari, tali da imputare il rischio operativo alla forza maggiore più che ad una incapacità del concessionario di gestire scenari finanziari problematici ⁽³⁵⁾.

Va da sé che l’ampiezza della nozione di “normalità” dipende dall’insieme delle condizioni antecedenti all’instaurazione del rapporto concessorio, valutate al momento della stipula del contratto.

Tale valutazione è suggerita dal citato articolo 165 del Codice che stabilisce che la verifica debba fondarsi sul valore attuale netto dell’insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario, servendosi del calcolo del Valore Attuale Netto (c.d. VAN) ovvero sia la somma algebrica di tutti i flussi di cassa attualizzati che individua la ricchezza incrementale generata da un progetto, espressa come se fosse immediatamente disponibile ⁽³⁶⁾.

³⁵ Secondo il CERS - Comitato Europeo per il Rischio Sistemico - il riferimento sarebbe al c.d. rischio finanziario sistemico, contrapposto al rischio specifico che riguarda il mercato nel suo complesso e non i singoli comparti.

³⁶ Cfr., Dipartimento per la Programmazione e il Coordinamento della Politica Economica, Finanza di Progetto. 100 domande e risposte, 2009, secondo cui il calcolo del Valore Attuale Netto (c.d. VAN) collegato ad una specifica iniziativa prevede normalmente un procedimento articolato in due fasi: la prima, in cui la valutazione

Qualora il VAN dovesse assumere valori negativi, non vi sarebbe motivo per portare a termine un investimento che non genererebbe alcun valore.

Un VAN positivo, invece, testimonia la capacità di un progetto di liberare flussi di dimensione sufficiente a ripagare gli esborsi iniziali, remunerare i capitali impiegati nell'operazione e lasciare ancora risorse residue per ulteriori destinazioni.

Anche l'espressione "equilibrio economico-finanziario" utilizzata nel predetto articolo 165 merita un approfondimento.

Esso rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi ed è definito dall'articolo 3, comma 1, lett. *fff*) del Codice quale contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria laddove per convenienza economica si intende la capacità del progetto di creare valore nell'arco del periodo di efficacia del contratto e generare un livello di redditività adeguato al capitale investito, e per sostenibilità finanziaria si intende la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento.

La rilevanza del rischio dovrà essere valutata tenendo conto dell'impatto sia sulla redditività, sia sul profilo finanziario del *partner* e,

viene svolta considerando il progetto di investimento nell'ipotesi di finanziamento con apporto esclusivo di capitale proprio (alternativa all'*equity*) dove il tasso di attualizzazione da impiegare rispecchierà il solo costo del capitale di rischio, corrispondente al rendimento richiesto dagli azionisti in assenza di indebitamento (VAN *unlevered*); la seconda, considera invece la possibilità di ricorso a fonti di copertura esterne in aggiunta ai mezzi propri messi a disposizione dagli azionisti (VAN *levered*).

laddove si rischi di non raggiungere tale equilibrio, l'amministrazione aggiudicatrice potrà stabilire in sede di gara anche un prezzo quale contributo pubblico ovvero prevedere la cessione di beni immobili.

Tale prezzo dovrà essere erogato sotto forma di diritti di godimento sui beni immobili di cui l'amministrazione abbia la disponibilità e la cui utilizzazione sia strumentale o connessa all'opera da affidare in concessione, non potendo però mai superare il trenta per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari.

Un'altra novità riguarda il limite posto dal Legislatore, all'articolo 168 del Codice, alla durata delle concessioni.

Viene precisato che le medesime devono avere una durata limitata essendo vietate le concessioni con durata illimitata o che potrebbero esserlo attraverso clausole di rinnovo. Invece, quando alla concessione è imposta una durata inferiore a quella che consentirebbe il recupero degli investimenti, è necessario riconoscere al concessionario un valore residuo finale (c.d. *terminal value*) per mantenere la sinallagmaticità contrattuale.

La previsione normativa mira ad evitare che tempi eccessivamente lunghi rispetto alle esigenze di equilibrio economico-finanziario determinino benefici illegittimi per il concessionario, così il comma 2 dell'articolo summenzionato pone implicitamente un limite massimo quinquennale di

durata, oltre il quale il tempo della concessione è determinato esclusivamente dal periodo in cui si può ragionevolmente prevedere che il concessionario recuperi gli investimenti effettuati.

Occorre precisare, che la norma non impone alcuna limitazione all'eventuale durata inferiore al quinquennio, bensì enfatizza la necessità di motivazione ogni qual volta che il limite dei cinque anni venga superato.

Con riferimento agli elementi costitutivi del contratto di concessione quali il contratto, il progetto e il piano economico finanziario (PEF), essi costituiscono un *unicum* inscindibile e, al momento della stipulazione del contratto, devono essere coerenti tra loro.

In particolare, il PEF è il documento che rappresenta quantitativamente lo sviluppo del progetto, la realizzazione dell'opera, la gestione del servizio e la sostenibilità economico-finanziaria per l'intera durata della concessione. Al momento della stipulazione e a ogni eventuale rinegoziazione tale documento deve rispettare gli assunti statuiti nelle condizioni iniziali, con riferimento, in particolare, alla distribuzione dei rischi e al rispetto del perseguimento dell'equilibrio economico finanziario.

La distribuzione dei rischi tra le parti deve dunque essere fatta considerando attentamente la capacità delle stesse di gestirlo al meglio: il privato deve trattenere e gestire il rischio operativo nell'accezione sopra

specificata, mentre l'amministrazione trattiene i rischi connessi agli adempimenti della parte pubblica sul rilascio di autorizzazioni, pareri, approvazioni, ai pagamenti e alla forza maggiore.

Al contratto è demandato il compito di disciplinare i casi specifici dove vi siano interferenze tra le parti nella gestione del rischio o nella presenza di fattori riconducibili ad eventi imprevedibili. È evidente che la distribuzione dei rischi tra le parti e la relativa matrice, sono un paradigma valutativo utilizzato dagli istituti di credito per il merito dell'erogazione del finanziamento. Infatti, la c.d. bancabilità della concessione, è legata al rispetto del principio dell'equilibrio economico finanziario del PEF, quale condizione essenziale per la stipulazione della concessione e per le operazioni di rinegoziazione del contratto, data la stretta correlazione tra equilibrio del PEF, distribuzione dei rischi, investimenti e durata.

Il Legislatore ha poi inserito un'apposita previsione per il calcolo del valore di una concessione.

L'articolo 167 del Decreto legislativo n. 50 del 2016 stabilisce che tale valore è costituito dal fatturato totale della concessionaria generato per tutta la durata del contratto, al netto dell'IVA, stimato dall'amministrazione aggiudicatrice, quale corrispettivo dei lavori e dei servizi oggetto della concessione, nonché per le forniture accessorie, valido al momento dell'invio del bando.

Il valore della concessione deve essere calcolato secondo un metodo oggettivo, specificato nei documenti della concessione, indicando poi gli stessi elementi di valutazione, consentendo alle ditte di poter verificare i criteri utilizzati dalla stazione appaltante per la sua commisurazione.

Il valore in oggetto non può dunque essere basato su un parametro non rispondente all'articolo 167 del Codice, né la stima del fatturato può essere rinviata al concorrente, né essere dedotta sulla base degli elementi contenuti nel capitolato, perché sarebbe difficoltoso dall'esterno compiere stime affidabili, in quanto i fattori che incidono sugli incassi dipendono da una varietà di condizioni quali l'ubicazione delle strutture, la collocazione dei distributori, le abitudini dell'utenza, la localizzazione di altri punti di ristoro, l'accesso di utenti esterni, tali da non consentire ai concorrenti di valutare in modo verosimile il fatturato sulla base dei soli elementi indicati nel capitolato.

Il Codice innova, poi, con riguardo alla fase di esecuzione del contratto di PPP prevedendo che l'Amministrazione, dovendosi dotare di conoscenze tecniche all'altezza delle dinamiche di mercato per valutare la capacità delle opere pubbliche di generare flussi di cassa positivi tali da ripagare i costi operativi ed i finanziamenti nel tempo, eserciti il controllo sull'operatore economico anche attraverso la predisposizione e applicazione di sistemi di

monitoraggio, verificando in particolare la permanenza, per tutta la durata del rapporto contrattuale, in capo a quest'ultimo dei rischi trasferiti.

Per garantire l'allocazione ottimale dei rischi, quindi, il Legislatore all'articolo 181, comma 4, ha previsto che, in corso d'opera, l'Amministrazione aggiudicatrice *“esercita il controllo sull'attività dell'operatore economico [affidatario di un contratto di PPP] attraverso la predisposizione ed applicazione di sistemi di monitoraggio, secondo modalità definite da linee guida adottate dall'ANAC, sentito il Ministro dell'economia e delle finanze, entro novanta giorni dall'entrata in vigore del presente decreto, verificando in particolare la permanenza in capo all'operatore economico dei rischi trasferiti. L'operatore economico è tenuto a collaborare e ad alimentare attivamente tali sistemi”*.

Dunque, per tutti i contratti rientranti nella definizione di cui all'articolo 180, comma 8 del Codice dei contratti pubblici, la Pubblica Amministrazione è tenuta a gestire le informazioni disciplinate dalle Linee Guida che saranno predisposte dall'ANAC nell'ambito delle procedure amministrative e dei processi gestionali interni e dei sistemi di monitoraggio dei contratti e delle opere ⁽³⁷⁾.

³⁷ Ad oggi, la Commissione Speciale del Consiglio di Stato ha rilasciato parere favorevole con osservazioni e condizioni sullo schema delle Linee Guida ANAC sul *“Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato”* (cfr., Consiglio di Stato, Comm. Spec., 29 marzo 2017 n. 775).

Tuttavia, la Commissione ha segnalato che in molti passaggi le Linee Guida si limitano ad una parafrasi delle norme di legge di riferimento, disattendendo l'obiettivo di fare di queste ultime uno strumento operativo effettivo per le amministrazioni, capace cioè di fornire indicazioni chiare e delimitare gli spazi di discrezionalità, comunque necessari, per poter gestire contratti relativi a servizi anche molto differenti.

Per interventi non di modesta entità, si segnala l'opportunità di costituire una Società di Progetto [*Special Purpose Vehicle* – SPV] ⁽³⁸⁾, così come disposto dall'art. 184 del Codice.

La costituzione di tale società è prevista come facoltativa, sebbene il Legislatore abbia previsto anche il caso in cui l'Amministrazione può prevedere che la costituzione della società sia un obbligo dell'aggiudicatario, in tal senso in linea con la Determinazione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione n. 10 del 23 settembre 2015 ⁽³⁹⁾. Va, inoltre, tenuto presente che tale facoltà/obbligo del concessionario di costituire la società di progetto deve essere prevista dal bando di gara: tanto più se si prevede l'obbligo di costituzione, lo stesso andrebbe adeguatamente motivato nella determina a contrarre e nei documenti di gara.

La logica che muove l'avvio di una SPV risiede nella netta separazione (autonomia patrimoniale perfetta) delle sorti imprenditoriali dei singoli soci da quelle della Società alla quale saranno imputati tutti i diritti e gli obblighi connessi all'investimento. La Società è un'entità giuridicamente distinta da quella dell'aggiudicatario, con la conseguente separazione dei flussi generati dall'operazione di PPP da quelli relativi alle altre attività dell'aggiudicatario. Pertanto, in caso di fallimento dell'aggiudicatario, l'operazione di PPP non

³⁸ La Società dovrà assumere le vesti giuridiche di una S.p.A. o una S.r.l., anche consortile.

³⁹ Cfr., Paragrafo 3.3. della Determinazione ANAC n. 10/2015, secondo cui “*si ritiene che la Spv debba essere almeno sempre presente per tutti gli affidamenti di valore elevato; ciò per garantire al privato la possibilità di accedere a finanziamenti “fuori bilancio”, ovvero che non incidono sui propri indici di indebitamento, e per limitare al contempo gli effetti di un eventuale fallimento del progetto. Per l'amministrazione il principale vantaggio è rappresentato da una maggiore garanzia di esecuzione del progetto*”.

sarà interrotta, bensì continuerà a essere portata avanti dalla società di progetto; viceversa, in caso di fallimento dell'operazione, l'ente finanziatore non potrà rivalersi su beni dell'aggiudicatario diversi da quelli di proprietà della società di progetto.

2.5. Esame della disciplina vigente in materia di affidamento dei servizi di interesse economico generale (SIEG).

Gli articoli 16 e 19 della Legge 7 agosto 2015, n. 124, hanno delegato al Governo il compito di adottare numerosi decreti legislativi tra cui quello inerente il settore dei servizi di interesse economico generale (in appresso SIEG), nell'intento di superare un periodo temporale caratterizzato da una consistente disorganicità del tessuto normativo.

I criteri direttivi contenuti nella legge delega hanno impegnato il legislatore delegato sulla strada già intrapresa in termini di promozione della concorrenza nel mercato, al fine di valorizzare il ruolo degli enti locali e per un'adeguata tutela degli utenti.

Infatti, già con l'introduzione dell'articolo 23-bis, del Decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, modificato dall'articolo 15 del Decreto legge 25 settembre 2009, n. 135, si affermava in modo perentorio che i servizi pubblici locali di rilevanza economica dovevano essere affidati in via ordinaria attraverso il

ricorso al mercato: ossia attraverso una procedura di evidenza pubblica tesa ad individuare il gestore del servizio ovvero attraverso gara pubblica a doppio oggetto tesa ad individuare il socio privato di società mista ⁽⁴⁰⁾.

La promozione della concorrenza nel settore dei servizi pubblici è spinta dall'esigenza di:

- I. valorizzare la capacità dei soggetti economici di soddisfare le esigenze degli utenti secondo un criterio di efficienza paretiana;
- II. rimediare ai casi di mala gestione dovute al gap di efficienza nella gestione tra settore pubblico e settore privato;
- III. contrastare la cd. *rent extraction* dall'attività delle imprese pubbliche e le politiche clientelari da parte degli operatori politici ⁽⁴¹⁾.

L'obiettivo finale è quello di ricercare un equilibrio tra l'efficienza, spinta dalla ricerca del profitto che può assicurare la gestione privatistica di un servizio, ed il corretto soddisfacimento dell'interesse pubblico in capo alle collettività locali.

Tuttavia, il testo definitivo non è ancora stato licenziato per effetto della sentenza n. 251 del 2016 della Corte Costituzionale che ha sancito l'illegittimità della legge delega nella misura in cui quest'ultima non ha previsto meccanismi di leale collaborazione, pur trattandosi di una materia

⁴⁰ F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010.

⁴¹ M. MIDIRI, *Servizi pubblici locali e sviluppo economico: la cornice istituzionale*, in *Servizi pubblici locali e regolazione*, a cura di M. MIDIRI ed S. ANTONIAZZI, Napoli, 2015, 14.

non riconducibile alla esclusiva competenza statale ma riguardante attribuzioni statali e regionali. Ciò nonostante, è comunque possibile svolgere un'analisi considerando che la concertazione Stato-Regioni verosimilmente non toccherà l'assetto definitorio del decreto (che peraltro, come anticipato ai paragrafi precedenti, appare imposto in larga misura dalla normativa relativa alle società pubbliche) ⁽⁴²⁾.

La definizione dei SIEG è contenuta nel citato Testo Unico delle società a partecipazione pubblica, che stabilisce che sono tali *“i servizi di cui all'art. 2 comma 1 lett. h che i comuni e le città metropolitane, nell'ambito delle rispettive competenze, assumono come necessari per assicurare la soddisfazione dei bisogni delle collettività di riferimento, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale”*. Formalmente il rinvio è riferito alla sola lett. h), sebbene il richiamo sembra essere il frutto di un manifesto errore essendo i SIEG definiti

⁴² La legge delega è stata adottata sulla base delle competenze legislative esclusive statali e in tema di tutela della concorrenza, di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, e delle funzioni fondamentali degli enti locali. Tuttavia, la recente sentenza n. 251 del 2016 della Corte costituzionale, qui citata soltanto *“in prima lettura”*, ha adottato un nuovo orientamento, anche con riguardo all'articolo 19 della legge delega, relativo ai servizi pubblici locali di interesse economico generale. E cioè: quando non sia possibile individuare una materia di competenza dello Stato cui ricondurre, in via prevalente, la normativa impugnata, perché vi è, invece, una concorrenza di competenze, statali e regionali, relative a materie legate in un intreccio inestricabile, è necessario che il legislatore statale rispetti il principio di leale collaborazione e preveda adeguati strumenti di coinvolgimento delle Regioni (e degli enti locali), a difesa delle loro competenze. Per questo la Corte ha dichiarato la illegittimità costituzionale delle norme di delega che non hanno previsto idonee forme di concertazione, quali le intese, ma hanno disposto solamente forme di raccordo Stato-Regioni rappresentate dal semplice parere. Si aprirebbe, quindi, la possibilità di impugnazioni ad opera delle Regioni anche con riguardo al presente decreto attuativo, nella misura in cui la determinazione *“unilaterale”* del presupposto di applicazione delle norme possa rappresentare una lesione degli interessi regionali.

specificamente alla lett. i) del decreto, in combinato disposto con la stessa lett. h] ⁽⁴³⁾.

Infatti, l'articolo 2, comma 1, lett. h), definisce i servizi di interesse generale come le *“attività di produzione e fornitura di beni o servizi che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che le amministrazioni pubbliche, nell'ambito delle rispettive competenze, assumono come necessarie per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale, ivi inclusi i servizi di interesse economico generale”*, ma è la successiva lett. i) dello stesso articolo che specifica

⁴³ Il rinvio appare evidentemente frutto di un errore nel richiamo delle disposizioni: il riferimento avrebbe dovuto essere alla lett. i) e non alla sola lett. h) dell'articolo 2 del Testo Unico sulle società partecipate. Intesa nella sua versione letterale, infatti, la disposizione conduce ad irrimediabili problemi di organicità dell'ordinamento e di applicazione del Testo Unico. Più precisamente, avremmo nel medesimo sistema normativo, dei servizi di interesse economico generali caratterizzati in maniera diametralmente opposto se svolti in ambito locale da enti locali o se realizzati, in ambito locale o centrale, da enti societari. Nel primo caso, in particolare la nozione di servizi di interesse economico generale coinciderebbe con i servizi di interesse generale *tout court* (i SIG comunitari), nozione che comprende attività di segno economico e non economico. Ogni attività, per essere di interesse generale per l'amministrazione che la garantisce, diverrebbe di natura economica. Inoltre, intesa in questi termini, la disposizione renderebbe inapplicabile la normativa in materia di servizi pubblici locali di interesse economico, che, nonostante la rubrica, varrebbe per ogni tipo di attività di interesse generale che il legislatore indirizza solo ad un determinato tipo di servizi, quelli “formalmente” di carattere economico. Questa nozione di servizi locali economici, tendenzialmente comprensiva anche di quelli non economici o di mercato, imporrebbe all'amministrazione, in ogni ipotesi di assunzione e garanzia di attività di interesse generale (ogni *“attività di produzione e fornitura di beni o servizi che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza”*), di applicare i rigidi modelli organizzativi e funzionali pro-concorrenziali del Testo Unico in esame. Ciò pare inadeguato sul piano funzionale, oltretutto irrispettoso delle prerogative regionali sancite dalla Costituzione nella determinazione di modelli di gestione dei servizi non economici e sociali. Infatti, se la norma fosse intesa nella sua accezione letterale, uscirebbe dall'ordinamento la figura del servizio pubblico locale privo di interesse economico che andrebbe a perdersi in quello economico, a propria volta dilatato fino a comprendere ogni servizio di interesse generale. Il dato normativo potrebbe anche essere plausibile se il legislatore non avesse voluto modellare con il Testo Unico in esame una normativa *ad hoc* per i soli servizi economici, ritagliando spazio normativo, pur residuale, per una categoria non più esistente. Del resto, lo schema di decreto originario definiva i servizi di interesse generale di ambito locale trascrivendo sostanzialmente il dettato della lett. i) e non della lett. h) del Testo Unico sulle società.

che sono *“servizi di interesse economico generale: i servizi di interesse generale erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato”* ⁽⁴⁴⁾.

La nozione di servizi di interesse economico generale di ambito locale, quindi, non può che ricavarsi da entrambe le lettere dell’art. 2 del Decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175; combinando le due lettere si può dire che siano tali i *“servizi di interesse generale erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato che i comuni o le città metropolitane, nell’ambito delle rispettive competenze, assumono come necessari per assicurare la soddisfazione dei bisogni delle collettività di riferimento così da garantire l’omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale”*.

La nuova configurazione, peraltro, era già stata sostanzialmente fatta propria dalla Corte Costituzionale che, nella sentenza n. 325 del 2010 aveva distinto le due figure di servizi, accogliendo anche il criterio oggettivo comparativo del mercato c.d. potenziale, secondo il quale esiste un mercato concorrenziale anche quando esistono oggettivamente le condizioni per svilupparlo ⁽⁴⁵⁾.

⁴⁴ È appena il caso di chiarire che, in tale quadro normativo, i servizi di interesse non economico non si identificano *tout court* con i servizi sociali perché alcuni di essi risultano collocabili in un mercato almeno potenziale e che, per questo, ricadono nella categoria dei servizi di interesse economico.

⁴⁵ A questo proposito, P. SABBIONI, *La Corte equipara SPL di rilevanza economica e SIEG, ma ammette soltanto tutele più rigorose della concorrenza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, 4654. Sulla sentenza vedi anche A. LUCARELLI, *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, 4645; C. M. AIELLO, *La Consulta “salva” la riforma dei servizi pubblici locali dalle censure regionali (ma ammette il referendum abrogativo)*, in *Corriere giuridico*, 2011, 781; R. CARANTA, *Il diritto dell'UE sui servizi di interesse economico generale e il riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, 2011, 1176; F. CASTOLDI, *La riforma dei servizi*

Tuttavia, oggi la figura si arricchisce di ulteriori specificazioni laddove si prevede espressamente che si tratti di servizi anche potenzialmente di mercato “erogati o suscettibili di essere erogati” su un mercato concorrenziale con le seguenti caratteristiche: *“a) dal punto di vista oggettivo si à ancora la definizione del SIEG alla circostanza che il servizio non sarebbe stato svolto senza intervento pubblico o sarebbe stato svolto a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione qualità e sicurezza”* ma questa caratterizzazione è superata dalla versione definitiva della norma; *“b) si perimetra la nozione di SIEG dal punto di vista soggettivo, prevedendo che sia tale solo quello «assunto», cioè considerato come necessario dagli enti locali per il soddisfacimento dei bisogni delle comunità locali”* ⁽⁴⁶⁾.

Dalla disciplina contenuta nell’articolo 4 del Testo Unico ed dall’art. 7 dello schema di decreto legislativo in materia di servizi pubblici locali di interesse economico generale emerge con chiarezza la scelta “pro-concorrenziale” operata dal Legislatore delegato.

Come anticipato nei precedenti paragrafi, il suddetto articolo 4, prevede che la costituzione di società pubbliche in materia di SIEG può essere ammessa solo per il caso di autoproduzione di beni o servizi strumentali

pubblici locali a rilevanza economica al vaglio della Corte Costituzionale: i riflessi di alcune delle questioni trattate dalla sentenza sul servizio idrico integrato nazionale, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, 2011, 258; L. CUOCOLO, *La Corte costituzionale “salva” la disciplina statale sui servizi pubblici locali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, 484; S. MUSOLINO, *La riforma dei servizi pubblici locali è costituzionalmente legittima e compatibile con l'ordinamento comunitario*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, 49; S. SPUNTARELLI, *L'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica al vaglio della Corte e il caso del servizio idrico integrato*, in *Giurisprudenza italiana*, 2011, 1768.

⁴⁶ Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale del 6 aprile 2016, parere n. 1075, 3 maggio 2016, 13-15.

all'ente o agli enti pubblici partecipanti, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento, restando altrimenti il fine fondamentale delle suddette società quello della produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi ⁽⁴⁷⁾.

Invece, l'articolo 7 dello schema di decreto individua quattro opzioni per la gestione del servizio locale di interesse economico generale:

- 1) affidamento mediante procedura di evidenza pubblica secondo le disposizioni in materia di contratti pubblici;
- 2) affidamento a società mista il cui socio sia scelto con procedura di evidenza pubblica in ossequio alla disciplina comunitaria ed a quella contenuta nel decreto delegato sulle società partecipate di cui all'articolo 18, della Legge n. 124 del 2015;

⁴⁷ Sul punto il legislatore ha ignorato i rilievi operati in sede consultiva dalla Commissione Speciale del Consiglio di Stato nel parere n. 968/2016, che pure aveva evidenziato che «La lettera a) ammette l'attività diretta alla «produzione di un servizio di interesse generale». Il diritto europeo distingue due tipologie di servizi: «servizi di interesse economico generale» e «servizi di interesse generale». I primi sono quelli che presuppongono l'esistenza di un'attività di impresa che si colloca sul mercato ma che, per assicurare la «specifica missione», è conformata da obblighi di servizio finalizzati a garantire determinati standard di prestazione che, in assenza dell'intervento statale regolatorio, non sarebbe garantito dal libero esplicarsi dell'iniziativa di impresa. I secondi, invece, presuppongono lo svolgimento di un'attività che non si colloca sul mercato in quanto finalizzata a garantire bisogni primari del cittadino (cfr., retro, parte I, par. 2). Entrambi devono rientrare espressamente nel campo applicativo del Testo unico sia perché la legge delega, all'art. 18, comma 1, lettera b), richiama espressamente i «servizi di interesse economico generale», sia perché è lo stesso Testo unico che, al precedente art. 2, 20 lettera i), richiama tale tipologia di prestazioni, dimostrando con ciò di volere mantenere concettualmente separate le due nozioni. Le nozioni in esame devono, inoltre, essere coordinate con quelle impiegate nello schema di decreto sui «servizi pubblici locali di interesse economico generale». I rilievi ora formulati assumono, ad avviso del Collegio, portata condizionante sub lettera a) dell'art. 4 della legittimità della previsione del decreto».

- 3) affidamento *in house* nel rispetto della disciplina comunitaria e di quella in materia di contratti pubblici e di società partecipate;
- 4) nel caso di servizi diversi da quelli a rete, gestione in economia o mediante azienda speciale.

La scelta per la terza o per la quarta opzione non è, però, libera – come pure il diritto europeo consentirebbe – ma è condizionata alla verifica in ordine al fatto che il ricorso al mercato non sia vantaggioso, né per i cittadini, né per l'ente locale.

Alla luce di quanto riportato, ne consegue che l'immediata ricaduta della disciplina su esposta è una quota maggiore di servizi sociali che assume i caratteri di servizi di interesse economico generale; vengono, infatti, attratti al regime concorrenziale previsto dal Testo Unico e sottratti ai regimi derogatori non concorrenziali posti dalla legislazione statale e dalla legislazione regionale.

Per i servizi sociali riconducibili, invece, a quelli di interesse economico generale o di mercato, le regole del previsto Testo Unico, che mirano specificamente a contemperare i fini sociali con la tutela della concorrenza, prevarrebbero sulle indicazioni generali della Legge 8 novembre 2000, n. 328, intitolata "Legge quadro per la realizzazione del

sistema integrato di interventi e servizi sociali”, vincolando in tal modo l’autonomia legislativa regionale ⁽⁴⁸⁾.

⁴⁸ Sul punto, S. FREGO LUPPI, *Il rapporto pubblico-privato e la libertà di scelta dell’utente*, e A. FOSSATI, *L’affidamento dei servizi sociali ai soggetti del terzo settore*, in E. CODINI, A. FOSSATI, S. FREGO LUPPI (a cura di), *Manuale di diritto dei servizi sociali*, Torino, 2013.

Capitolo 3

VALUTAZIONE MULTIDISCIPLINARE DELL'IPOTESI DI LAVORO

3. VALUTAZIONE MULTIDISCIPLINARE DELL'IPOTESI DI LAVORO

3.1. *Valutazione giuridica e giuslavoristica.*

Le considerazioni, l'analisi e le argomentazioni che precedono consentono – a questo punto – di svolgere una valutazione in ordine alla fattibilità in concreto dell'Ipotesi di lavoro, oggetto del presente SDF, da un punto di vista giuridico, incluso l'esame delle tematiche giuslavoristiche.

In primo luogo, l'ipotesi di costituire una società mista a prevalente capitale pubblico per la gestione dei servizi sociali in forma associata da parte dei Comuni dell'Ambito della Provincia di Lecco, è consentita dalla legislazione statale e regionale di settore, analizzata nel Capitolo 2 (*Analisi del quadro normativo*).

In particolare, la legislazione regionale, unitamente alla regolamentazione attuativa, incentiva gli istituti del parternariato pubblico-privato (in primo luogo della co-progettazione), in conformità al principio di sussidiarietà orizzontale dell'art. 118, quarto comma, della Costituzione.

In tale direzione, pubblico e privato co-operano in modo co-ordinato e duraturo per lo svolgimento delle attività e per lo svolgimento dei servizi e non sono mere contro-parti contrattuali.

Ovviamente, ed è bene precisarlo, in nessun caso può essere eluso e/o minimizzato il rispetto dei principi dell'evidenza pubblica; il privato deve essere "selezionato" a seguito di un'idonea procedura ad evidenza pubblica trasparente, proporzionale, ragionevole e capace di garantire il rispetto degli altri principi della tutela della concorrenza e della legalità.

La creazione di un nuovo soggetto giuridico, di una società veicolo, "dedicata" alla gestione dei servizi "conferiti" dagli enti locali dell'Ambito, di cui ne sono titolari, manifesta degli evidenti profili positivi, coerenti con le finalità fin qui espressi dalle stesse Amministrazioni comunali nelle precedenti scelte compiute.

In primo luogo, i Comuni – laddove il modello della società mista venisse prescelto – non sarebbero "evocati" nella sola scelta a monte (sul modello gestionale dei servizi) e, sul versante amministrativo, di competenza dirigenziale, trattandosi di mera gestione, nell'elaborazione degli atti di gara, ma sarebbero sempre presenti lungo il cammino di tale società.

Lo sarebbero sia come soci, che come titolari del servizio, con tutte le conseguenze in ordine di regolazione del servizio e di controllo sulla gestione.

In altri termini, la prospettata ipotesi di un PPP istituzionalizzato escluderebbe il rischio di una sorta di “privatizzazione” dei servizi, una volta che gli stessi siano stati “esternalizzati”.

I Comuni, viceversa, manterrebbero prerogative e compiti attivi lungo tutto l’arco del rapporto contrattuale (del contratto di servizio stipulato fra i Comuni e la società); in tale direzione gli atti di gara per la selezione del socio privato potrebbero contenere indicazioni, indirizzi e finalità di interesse pubblico che gli enti locali – fermi restando i limiti di ragionevolezza, proporzionalità e legittimità – potrebbero inserire.

Sul versante del socio privato, invece, il PPP istituzionalizzato consente di poter disporre di un arco temporale mediamente congruo non solo per il recupero degli eventuali investimenti, previsti dagli atti di gara, ma soprattutto – ed è la cosa più rilevante – di poter programmare meglio la propria attività, investendo con maggior fiducia, rispetto a quanto abitualmente avviene con la mera esternalizzazione mediante gara d’appalto.

L’ipotesi di lavoro, oggetto di esame, per la quale si profila una valutazione di fattibilità giuridica, inoltre, ha l’ulteriore merito di porsi in continuità con quanto sinora fatto dai Comuni dell’Ambito e, segnatamente, attivando l’istituto della co-progettazione.

In questo modo si resterebbe sempre nell’ambito del PPP, ma facendo “transitare” quello di tipo “contrattuale” a quello “istituzionalizzato”.

Riprendendo per un attimo l’ordito normativo regionale di settore, il modello gestionale in commento si pone in armonia con le vigenti indicazioni, che predicano la separazione fra i compiti di programmazione/pianificazione, affidato ai Comuni all’interno dell’Ambito, nella forma della pianificazione zonale, ed i compiti più propriamente “gestionali” di erogazione dei servizi, invece, affidati al distinto soggetto giuridico della società mista.

Ovviamente, la fattibilità della costituzione di una società mista non equivale ad escludere – seppur su un piano meramente astratto – taluni rischi specifici, oggetto dell’analisi del successivo paragrafo 5).

Nel corso dello SDF è stato dato conto di alcune “condizioni” il cui rispetto è condizione di legittimità della stessa costituzione della società mista.

Intendiamo riferirci, nello specifico, a due elementi:

- 1) alla necessaria corrispondenza fra oggetto sociale della società e servizi conferiti dagli enti locali titolari degli stessi, da un lato, e, dall’altro, del contenuto degli atti di gara per la selezione del socio privato;

- 2) alla qualificazione della società mista come organismo di diritto pubblico, dunque assoggettato all'applicazione del decreto legislativo n. 50/2016 e ss. mm. (Codice dei contratti pubblici) per l'affidamento dei servizi non contemplati nell'oggetto sociale della società e negli atti di gara per la selezione del socio privato.

Tornando, invece, al rapporto fra soci pubblici e socio privato, selezionato ad esito della procedura ad evidenza pubblica, gli atti di gara – nell'eventualità che i Comuni deliberino tale modello gestionale – possono prevedere due scenari operativi, fra loro alternativi:

- a) che sia la società mista, una volta costituita, ad operare ai fini dell'erogazione dei servizi, affidati dai Comuni sulla base del contratto di servizio, mediante le risorse proprie, conferite dai soci (pubblici e privato);
- b) in alternativa, che i soci (pubblici e privato) operino in proprio, ma nell'interesse della società mista, essendone soci ed utilizzando le risorse proprie.

Quest'ultima ipotesi, come è intuibile, è preferibile per ragioni di opportunità e di semplificazione dell'azione amministrativa dei Comuni soci

e della stessa società, oltre che di razionalità dell'operato da parte del socio privato.

Nello specifico, gli eventuali beni pubblici, strumentali alla conduzione ed erogazione dei servizi (ad esempio, le strutture pubbliche abitualmente sede degli asili nido) – lungi dall'essere conferite dai Comuni soci/proprietarie – potrebbero invece essere date in comodato, gratuito o oneroso, in favore della società mista.

Per quanto riguarda, invece, l'attività svolta direttamente dal socio privato, purché chiaramente previsto negli atti di gara, si tratta di ipotesi pienamente conforme alla vigente disciplina in materia di contratti pubblici.

L'art. 184 del Codice dei contratti, dedicato alla disciplina della "società di progetto", nell'ambito delle procedure di finanza di progetto, ma il principio di diritto positivo è chiaramente ascrivibile a tutte le ipotesi di PPP, nelle quali rientra la società mista, chiarisce che:

- a) l'affidamento dei servizi alla società di progetto non è qualificabile quale "cessione del contratto" (primo comma);
- b) lo stesso dicasi in caso di affidamento dei servizi direttamente ai soci, servizi pertanto qualificabili come assunti "in proprio" (nei termini il secondo comma).

Tale assetto, per altro verso, renderebbe più tutelate le Amministrazioni socie sia rispetto alle ipotesi di cessazione della qualifica di socio privato, per decorso del periodo di affidamento stabilito negli atti di gara, con conseguente obbligo di indire nuova procedura selettiva del socio privato medesimo, sia in caso – non auspicato – di anticipata risoluzione del rapporto contrattuale per vicende patologiche del rapporto.

In tale ultima ipotesi, la “separazione” anche dei compiti “operativi” potrebbe rendere maggiormente gestibile una vicenda patologica del rapporto, non essendosi verificata una “confusione” di risorse in favore della società mista da parte dei rispettivi soci (pubblici e privato).

Un profilo che merita particolare attenzione – a fronte della eterogeneità e diversità dei 32 Comuni dell’Ambito – attiene alla salvaguardia delle prerogative di tutti i Comuni (eventualmente) soci, con particolare riguardo a quelli c.d. minori.

Riteniamo che, in proposito, debbano essere tenuti distinti due profili:

- a) da un lato il rapporto fra il singolo Comune-socio ed il proprio servizio;
- b) dall’altro, la *governance* della società mista.

In proposito, chi scrive ritiene che i “pesi” dei Comuni all’interno della *governance* siano il portato delle volontà cristallizzate nello Statuto della società, negli eventuali (e consigliati) patti parasociali, dell’incidenza di criteri ed elementi oggettivi per “misurare” tale peso, oltre alla sensibilità politica complessiva e, da ultimo, al necessario ed inevitabile rapporto con il socio privato di minoranza (⁴⁹).

Per altro verso, lo stesso Testo Unico vieta di istituire ulteriori organi sociali che si aggiungano a quelli di legge, ma ciò non toglie che gli atti di gara e lo stesso Statuto possano prevedere modalità per valorizzare il ruolo di tutti i Comuni soci, anche di quelli minori.

Tuttavia, ad avviso di chi scrive, il tema centrale – da non equivocare – è che i Comuni soci sono e restano titolari dei rispettivi servizi, nel senso che la società mista è lo strumento, la modalità di gestione dei servizi medesimi, ma la volontà di configurare, organizzare e profilare i servizi può e deve essere compiuta a monte da tutti i Comuni, beninteso nel rispetto:

- ✓ della disciplina di settore;
- ✓ della pianificazione di zona;

⁴⁹ Come si è avuto modo di rilevare nell’ambito dell’esame della disciplina applicabile e, segnatamente, del recente Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, il socio privato non può avere una partecipazione inferiore al 30% del capitale sociale. La *ratio* della norma è chiara e, francamente, condivisibile; non è immaginabile che un socio privato - finanziatore e d’opera al tempo stesso - decida di entrare all’interno di una società mista a fronte di una partecipazione “simbolica” e senza far parte degli organi della società medesima.

- ✓ degli atti di gara;
- ✓ del contratto di servizio.

Il contratto di servizio, inoltre, potrebbe – sempre nel rispetto degli elementi sopra indicati – fissare degli obblighi e standard di servizio (pubblico), che devono essere attuati dalla società mista, per così dire, “minimi”, in quanto considerati come quelli inderogabili e validi per tutti i Comuni soci.

Nello stesso tempo, il predetto Contratto di servizio potrebbe – sulla scorta di una corrispondente volontà dei Comuni soci, entro i limiti della sostenibilità, della ragionevolezza e della proporzionalità – prevedere standard “modulari” e/o “incrementali” e/o “aggiuntivi” per i Comuni che lo vogliano, con conseguente adeguamento del relativo quadro economico dei servizi e, correlativamente, del Piano economico della società mista.

Al fine di semplificare l’assetto regolativo del servizio potrebbe apparire utile ed opportuno predisporre – in favore dei Comuni soci – una sorta di Contratto di servizio-tipo, da integrare con i riferimenti dei Comuni sottoscrittori.

A tale Contratto di servizio potrebbe poi essere allegato una Scheda dei servizi, valido per ogni Comune socio, in modo che le specifiche dei

servizi – nella richiamata componente minima ed in quella “incrementale” – potrebbero essere meglio dettagliati.

Inoltre, l’evoluzione dei bisogni potrebbe rendere necessario modificare la predetta Scheda, senza pertanto incidere sul Contratto, cosa invece più onerosa e complicata.

Abbiamo introdotto un elemento, ci pare contrale, rispetto all’Ipotesi di lavoro.

Intendiamo riferirci, nello specifico, alla necessaria “duttività” dello strumento societario nell’adattarsi all’evoluzione dei bisogni e, dunque, dei servizi da erogare; i servizi sociali, infatti, sono fra quelli in cui tale esigenza è più apprezzabile. La co-progettazione, al riguardo, ha consentito di soddisfare tale esigenza ed in modo partecipato e condiviso fra pubblico e privato, giammai in modo unilaterale. Si tratta, pertanto, di continuare nel solco di un *modus procedendi* collaudato, efficace e condiviso.

A tal fine, gli atti di gara dovranno dire in modo chiaro ed inequivocabile:

- 1) che nell’arco del rapporto concessorio, dalla durata fissa e non modificabile – i servizi, declinati nel relativo Contratto e nelle Schede

- allegate (ove tale modalità venga prescelta) dovranno essere conformi e non in contrasto con la pianificazione zonale vigente;
- 2) che, per documentate e non predeterminabili ragioni da parte dei Comuni e dalla stazione appaltante, i servizi potranno essere oggetto di rimodulazione entro i limiti delle (legittime) variazioni (non essenziali) della concessione, in ossequio all'art. 175 del Codice dei contratti pubblici⁽⁵⁰⁾.

⁵⁰ Tale disposizione, in particolare, disciplina le ipotesi ed i presupposti per modificare un contratto di concessione in corso di validità senza dover ricorrere ad una nuova procedura di selezione ad evidenza pubblica. Per comodità si riportano gli stralci della disposizione di nostro interesse.

Art. 175

(Modifica dei contratti durante il periodo di efficacia)

1. Le concessioni possono essere modificate senza una nuova procedura di aggiudicazione nei seguenti casi:

a) se le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, sono state espressamente previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili che fissino la portata, la natura delle eventuali modifiche, nonché le condizioni alle quali possono essere impiegate. Tali clausole non possono apportare modifiche che alterino la natura generale della concessione. In ogni caso le medesime clausole non possono prevedere la proroga della durata della concessione;

b) per lavori o servizi supplementari da parte del concessionario originario che si sono resi necessari e non erano inclusi nella

concessione iniziale, ove un cambiamento di concessionario risulti impraticabile per motivi economici o tecnici quali il rispetto dei requisiti di intercambiabilit  o interoperativita' tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito della concessione iniziale e comporti per la stazione appaltante un notevole ritardo o un significativo aggravio dei costi;

c) ove ricorrano, contestualmente, le seguenti condizioni:

1) la necessita' di modifica derivi da circostanze che una stazione appaltante non ha potuto prevedere utilizzando l'ordinaria diligenza;

2) la modifica non alteri la natura generale della concessione;

(...)

e) se le modifiche, a prescindere dal loro valore, non sono sostanziali ai sensi del comma 7.

(...)

7. La modifica di una concessione durante il periodo della sua efficacia e' considerata sostanziale, quando altera considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuito. In ogni caso, fatti salvi i commi 1 e 4, una modifica e' considerata sostanziale se almeno una delle seguenti condizioni e' soddisfatta:

a) la modifica introduce condizioni che, ove originariamente previste, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella accettata, oppure avrebbero consentito una maggiore partecipazione alla procedura di aggiudicazione;

b) la modifica altera l'equilibrio economico della concessione a favore del concessionario in modo non previsto dalla concessione iniziale;

c) la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione della

Infine, un'ultima valutazione di ordine generale, legata alla particolare "missione" dell'ipotizzata società mista, in quanto correlata a taluni elementi e fattori che hanno "caratterizzato" nel tempo l'esperienza dell'Ambito di Lecco, ponendolo fra le esperienze di eccellenza in Italia.

Intendiamo riferirci, per esser chiari, ai seguenti:

- a) specificità del contesto socio-economico;
- b) delicatezza dei servizi da erogare tramite la società;
- c) delicatezza degli utenti finali e di quelli "intermedi" (ad esempio, le famiglie) dei servizi;
- d) standards di servizio finora raggiunti per il tramite della co-progettazione⁽⁵¹⁾.

Gli elementi sopra richiamati non escludono, beninteso, la natura economica dell'attività che l'eventuale società mista è chiamata a svolgere,

concessione;

d) se un nuovo concessionario sostituisce quello cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato la concessione in casi diversi da quelli previsti al comma 1, lettera d).

⁵¹ Istituto che ha ricevuto una nuova conferma legislativa, unitamente alla "perimetrazione" del relativo ambito di intervento, ad opera del decreto legislativo n. 117 del 3 luglio 2017, in vigore dal 3 agosto c.a., recante il c.d. Codice del Terzo settore, in particolare con l'art. 55.

nell'ambito dell'erogazione del servizio pubblico conferito dai Comuni soci e per il tramite del socio privato operativo.

Questa società, tuttavia, in continuità con la storia e le volontà fin qui assunte dai Comuni soci, da un lato, e dall'altro dentro una dimensione collaborativa con gli enti del Terzo settore, in applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale, sancito dall'art. 118, quarto comma, della Costituzione, non dovrebbe avere un'anima "speculativa", quanto piuttosto una vocazione "etica", per le ragioni in precedenza evocate.

Di qui due ipotesi di lavoro, di ulteriore dettaglio, sulla configurabilità dell'eventuale **società mista**:

- a) società mista come c.d. "**società benefit**";
- b) società mista come "**impresa sociale**".

Le c.d. società "**benefit**" (in avanti anche solo "**SB**") sono state introdotte in Italia ad opera della legge 28 dicembre 2015, n. 208, recante *"Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2016)"*; il riferimento è contenuto nell'art. 1, commi 376 – 384 ⁽⁵²⁾.

⁵² Per comodità di lettura, si riportano per esteso le disposizioni citate.

376. Le disposizioni previste dai commi dal presente al comma 382

hanno lo scopo di promuovere la costituzione e favorire la diffusione di societa', di seguito denominate «societa' benefit», che nell'esercizio di una attivita' economica, oltre allo scopo di dividerne gli utili, perseguono una o piu' finalita' di beneficio comune e operano in modo responsabile, sostenibile e trasparente nei confronti di persone, comunita', territori e ambiente, beni ed attivita' culturali e sociali, enti e associazioni ed altri portatori di interesse.

377. Le finalita' di cui al comma 376 sono indicate specificatamente nell'oggetto sociale della societa' benefit e sono perseguite mediante una gestione volta al bilanciamento con l'interesse dei soci e con l'interesse di coloro sui quali l'attivita' sociale possa avere un impatto. Le finalita' possono essere perseguite da ciascuna delle societa' di cui al libro V, titoli V e VI, del codice civile, nel rispetto della relativa disciplina.

378. Ai fini di cui ai commi da 376 a 382, si intende per:

a) «beneficio comune»: il perseguimento, nell'esercizio dell'attivita' economica delle societa' benefit, di uno o piu' effetti positivi, o la riduzione degli effetti negativi, su una o piu' categorie di cui al comma 376;

b) «altri portatori di interesse»: il soggetto o i gruppi di soggetti coinvolti, direttamente o indirettamente, dall'attivita' delle societa' di cui al comma 376, quali lavoratori, clienti,

fornitori, finanziatori, creditori, pubblica amministrazione e
societa' civile;

c) «standard di valutazione esterno»: modalita' e criteri di cui
all'allegato 4 annesso alla presente legge, che devono essere
necessariamente utilizzati per la valutazione dell'impatto
generato

dalla societa' benefit in termini di beneficio comune;

d) «aree di valutazione»: ambiti settoriali, identificati
nell'allegato 5 annesso alla presente legge, che devono essere
necessariamente inclusi nella valutazione dell'attivita' di
beneficio comune.

379. La societa' benefit, fermo restando quanto previsto nel
codice civile, deve indicare, nell'ambito del proprio oggetto sociale,
le finalita' specifiche di beneficio comune che intende perseguire.
Le societa' diverse dalle societa' benefit, qualora intendano
perseguire anche finalita' di beneficio comune, sono tenute a modificare
l'atto costitutivo o lo statuto, nel rispetto delle disposizioni che
regolano le modificazioni del contratto sociale o dello statuto,
proprie di ciascun tipo di societa'; le suddette modifiche sono
depositate, iscritte e pubblicate nel rispetto di quanto previsto per
ciascun tipo di societa' dagli articoli 2252, 2300 e 2436 del
codice civile. La societa' benefit puo' introdurre, accanto
alla denominazione sociale, le parole: «Societa' benefit» o
l'abbreviazione: «SB» e utilizzare tale denominazione nei
titoli emessi, nella documentazione e nelle comunicazioni verso terzi.

380. La societa' benefit e' amministrata in modo da bilanciare l'interesse dei soci, il perseguimento delle finalita' di beneficio comune e gli interessi delle categorie indicate nel comma 376, conformemente a quanto previsto dallo statuto. La societa' benefit, fermo quanto disposto dalla disciplina di ciascun tipo di societa' prevista dal codice civile, individua il soggetto o i soggetti responsabili a cui affidare funzioni e compiti volti al perseguimento delle suddette finalita'.

381. L'inosservanza degli obblighi di cui al comma 380 puo' costituire inadempimento dei doveri imposti agli amministratori dalla legge e dallo statuto. In caso di inadempimento degli obblighi di cui al comma 380, si applica quanto disposto dal codice civile in relazione a ciascun tipo di societa' in tema di responsabilita' degli amministratori.

382. Ai fini di cui ai commi da 376 a 384, la societa' benefit redige annualmente una relazione concernente il perseguimento del beneficio comune, da allegare al bilancio societario e che include:

a) la descrizione degli obiettivi specifici, delle modalita' e delle azioni attuati dagli amministratori per il perseguimento delle finalita' di beneficio comune e delle eventuali circostanze che lo hanno impedito o rallentato;

b) la valutazione dell'impatto generato utilizzando lo standard di valutazione esterno con caratteristiche descritte nell'allegato 4 annesso alla presente legge e che comprende le aree di valutazione identificate nell'allegato 5 annesso alla presente legge;

Proviamo ad individuare, in sintesi, i tratti costitutivi e caratterizzanti di tali soggetti giuridici:

- i) deve trattarsi di società che esercitino un'attività economica;
- ii) oltre allo scopo di dividerne gli utili, perseguono una o più finalità di beneficio comune ⁽⁵³⁾;
- iii) le finalità specifiche di beneficio comune devono essere chiaramente previste nel proprio oggetto sociale all'interno dello Statuto;
- iv) la gestione e l'amministrazione della società devono garantire anche il perseguimento di tale finalità;

c) una sezione dedicata alla descrizione dei nuovi obiettivi che la società intende perseguire nell'esercizio successivo.

383. La relazione annuale è pubblicata nel sito internet della società, qualora esistente. A tutela dei soggetti beneficiari, taluni dati finanziari della relazione possono essere omessi.

384. La società benefit che non persegua le finalità di beneficio comune è soggetta alle disposizioni di cui al decreto legislativo 2 agosto 2007, n. 145, in materia di pubblicità ingannevole e alle disposizioni del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato svolge i relativi compiti e attività, nei limiti delle risorse disponibili e senza nuovi o maggiori oneri a carico dei soggetti vigilati.

⁵³ Operano in modo responsabile, sostenibile e trasparente nei confronti di persone, comunità, territori e ambiente, beni ed attività culturali e sociali, enti e associazioni ed altri portatori di interesse.

- v) l'inosservanza degli obblighi assunti dalla società, rispetto alle finalità di beneficio comune, determina l'applicazione della disciplina prevista dal codice civile in materia di responsabilità degli amministratori;
- vi) la società deve redigere – ogni anno – una relazione, da allegare al bilancio societario e da pubblicarsi sul sito della società, che dia conto del raggiungimento degli obiettivi prefissati, di quelli futuri, nonché la “valutazione di impatto” ⁽⁵⁴⁾;
- vii) l'Autorita' garante della concorrenza e del mercato svolge i propri compiti e le attività di vigilanza e di controllo.

L'altra traccia di lavoro, particolarmente suggestiva, ma che merita i necessari approfondimenti, riguarda la possibile configurazione della società mista come “**impresa sociale**”.

Si tratta di una possibilità che – laddove confermata – deriverebbe dalla recentissima entrata in vigore della nuova disciplina in materia di

⁵⁴ La valutazione di impatto è disciplinata dall'allegato 5 alla legge, che contempla le “aree di valutazione”:

1. Governo d'impresa, per valutare il grado di trasparenza e responsabilità della società nel perseguimento delle finalità di beneficio comune, con particolare attenzione allo scopo della società, al livello di coinvolgimento dei portatori d'interesse, e al grado di trasparenza delle politiche e delle pratiche adottate dalla società;
2. Lavoratori, per valutare le relazioni con i dipendenti e i collaboratori in termini di retribuzioni e benefit, formazione e opportunità di crescita personale, qualità dell'ambiente di lavoro, comunicazione interna, flessibilità e sicurezza del lavoro;
3. Altri portatori d'interesse, per valutare le relazioni della società con i propri fornitori, con il territorio e le comunità locali in cui opera, le azioni di volontariato, le donazioni, le attività culturali e sociali, e ogni azione di supporto allo sviluppo locale e della propria catena di fornitura;
4. Ambiente, per valutare gli impatti della società, con una prospettiva di ciclo di vita dei prodotti e dei servizi, in termini di utilizzo di risorse, energia, materie prime, processi produttivi, processi logistici e di distribuzione, uso e consumo e fine vita.

“impresa sociale”, introdotta dal decreto legislativo del 3 luglio 2017, n. 112, **in vigore dal 3 agosto c.a.**, in attuazione della delega, di cui alla legge n. 106/2016.

Intanto muoviamo dal vedere “chi” sono le imprese sociali: *“tutti gli enti privati, inclusi quelli costituiti nelle forme di cui al libro V del codice civile, che, in conformita’ alle disposizioni del presente decreto, esercitano in via stabile e principale un’attivit  d’impresa di interesse generale, senza scopo di lucro e per finalita’ civiche, solidaristiche e di utilita’ sociale, adottando modalita’ di gestione responsabili e trasparenti e favorendo il piu’ ampio coinvolgimento dei lavoratori, degli utenti e di altri soggetti interessati alle loro attivita’”* (art. 1, comma 1).

La disposizione precisa chi “non pu ” essere impresa sociale *“Non possono acquisire la qualifica di impresa sociale le societa’ costituite da un unico socio persona fisica, le amministrazioni pubbliche di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, e gli enti i cui atti costitutivi limitino, anche indirettamente, l’erogazione dei beni e dei servizi in favore dei soli soci o associati”*.

Sono individuate e definire le *“attivit  d’impresa di interesse generale”* (art. 2) e fra queste troviamo:

“a) interventi e servizi sociali ai sensi dell’articolo 1, commi 1 e 2, della legge 8 novembre 2000, n. 328, e successive modificazioni, ed interventi, servizi e prestazioni di cui alla legge 5 febbraio 1992, n. 104, e successive modificazioni, e di cui alla legge 22 giugno 2016, n. 112, e successive modificazioni;

c) prestazioni socio-sanitarie di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 14 febbraio 2001, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 129 del 6 giugno 2001, e successive modificazioni;

q) alloggio sociale, ai sensi del decreto del Ministro delle infrastrutture 22 aprile 2008, e successive modificazioni nonche’ ogni altra attivita’ di carattere residenziale temporaneo diretta a soddisfare bisogni sociali, sanitari, culturali, formativi o lavorativi;

r) accoglienza umanitaria ed integrazione sociale dei migranti”.

Il richiamato art. 1, fra le norme di “chiusura”, ne contiene una che apre all’odierna valutazione esegetica ed operativa, laddove si legge testualmente ***“6. Le disposizioni del presente decreto si applicano in quanto compatibili con il decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175”.***

In altri termini, alle imprese sociali si applica, in quanto compatibile, la disciplina del Testo unico sulle partecipate e, dunque, sulle società miste.

Da ultimo, tali norme devono essere coordinate con quella sulla *“struttura proprietaria e disciplina dei gruppi”* (art. 4), a mente della quale *“3. (...) le amministrazioni pubbliche di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, non possono esercitare attività di direzione e coordinamento o detenere, in qualsiasi forma, anche analoga, congiunta o indiretta, il controllo di un’impresa sociale ai sensi dell’articolo 2359 del codice civile”*.

Altra disposizione di interesse è quella sulle *“cariche sociali”* (art. 7), in base alla quale *“(...) 2. Non possono assumere la presidenza dell’impresa sociale rappresentanti degli enti di cui all’articolo 4, comma 3”*. Fra tali enti rientrano le Amministrazioni pubbliche.

Orbene, nel rispetto di quanto previsto dal richiamato art. 4 sulla *“struttura proprietaria e sui gruppi”*, appare evidente che:

- a) le società miste non rientrano nella definizione di amministrazioni pubbliche, di cui al decreto legislativo n. 165/2001 e ss. mm.;

- b) le società miste trovano la loro disciplina nel corrispondente Testo unico (D. lgs. n. 175/2016 e ss. mm.);
- c) la disciplina sulle imprese sociali non prevede una limitazione in capo alle società partecipate, invece previsto per le amministrazioni pubbliche;
- d) le imprese sociali sono enti del terzo settore ed il Codice del Terzo settore (decreto legislativo n. 117/2017) ancora una volta precisa (art. 4, comma 2) che non sono “enti” del Terzo settore le “Amministrazioni pubbliche”, di cui al decreto legislativo n. 165/2001 e ss. mm., e non anche le società partecipate.

Appare evidente che, laddove quest’ultima ipotesi ricostruttiva fosse confermata, **la società mista come “impresa sociale” sarebbe intanto in linea con le volontà e l’esperienza maturata dai Comuni dell’Ambito in passato, ma anche destinataria delle misure di sostegno, di vario genere, previste dalla legislazione di settore, attuativa delle legge delega n. 106/2016.**

In ogni caso, l’affinamento di una delle due opzioni da ultimo indicate (“società benefit” o “impresa sociale”) potrà essere svolto in caso di positive deliberazioni comunali in ordine alla scelta del modello gestione dei servizi nella forma del PPPI e, conseguentemente, di costituzione della società mista pubblico-privata a prevalente capitale pubblico.

3.1.1. *La disciplina delle Start up innovative a vocazione sociale (c.d. SIAVS).*

Un'ulteriore sollecitazione riguarda una possibile qualificazione della società mista come start up Innovativa a vocazione sociale (cd. SIAVS), istituita dal D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con L. n. 221/2012, che ha introdotto nel nostro ordinamento le nuove imprese innovative ad alto valore tecnologico, la cui definizione è contenuta all'art. 25, commi 2 e 3, del citato D.L. n. 179/2012.

Le Start up innovative sociali sono nuove imprese ad alto valore sociale che, possedendo determinati requisiti, possono richiedere il riconoscimento come SIAVS attraverso una procedura *ad hoc* messa a punto dal Ministero dello sviluppo economico ⁽⁵⁵⁾.

Tale riconoscimento comporta l'attribuzione di un apposito codice ATECO in cui collocare questo di tipo di nuove imprese, come avviene già per le start up innovative tecnologiche e la contestuale compilazione del Documento di descrizione di impatto sociale, dal quale desumere l'identità dell'impresa sociale e del settore in cui opera, che deve essere di grande

⁵⁵ Circolare **3677/C** del 20 gennaio 2015 fornisce chiarimenti sul riconoscimento dello status di startup innovativa a vocazione sociale.

impatto sociale (requisito principale per il riconoscimento di start up innovativa a vocazione sociale).

Per accedere alle agevolazioni fiscali le start up innovative devono essere società di capitale anche sotto forma di cooperative, o società europee, le cui azioni o quote non devono essere quotate sul mercato regolamentato o su un sistema multilaterale di negoziazione, e che sono in possesso dei seguenti requisiti:

- imprese nuove o con meno di 60 mesi di attività;
- sede principale in Italia;
- dal secondo anno di attività, fatturato annuo inferiore a 5 milioni di euro;
- non devono distribuire o aver distribuito utili;
- hanno come oggetto sociale esclusivo o prevalente lo sviluppo, la promozione e la commercializzazione di prodotti o servizi innovativi ad alto valore tecnologico;
- non devono essere il frutto di una fusione, scissione societaria o cessione di un'azienda o di ramo di azienda.

Ulteriori condizioni sono il possesso di almeno 1 dei seguenti ulteriori requisiti:

1. almeno il 15% del maggiore valore tra costo e valore totale della produzione deve derivare dall'attività di ricerca e sviluppo;
2. forza lavoro costituita per almeno 1/3 da dottorandi, dottori di ricerca o ricercatori, oppure per almeno 2/3 da soci o collaboratori con una laurea magistrale;
3. l'impresa è titolare, depositaria o licenziataria di almeno un brevetto registrato per invenzione industriale.

Le Imprese già costituite che possiedono i suddetti requisiti, possono iscriversi alla sezione speciale del Registro delle imprese e accedere ai benefici previsti per le startup innovative sociali per 4 anni se costituita entro i 2 anni precedenti, per 3 anni se costituita entro i 3 anni precedenti, e di 2 anni se costituita 4 anni antecedenti.

Le nuove imprese o quelle già costituite, possono presentare la domanda di riconoscimento come start up innovative sociali se l'oggetto dell'impresa SIAVS rientra nei settori sociali individuati dalla disciplina dell'impresa sociale (*ex art. 2 comma 1, L. n. 155/2006 oggi abrogato dal D.lgs. n. 112/2017 avente ad oggetto "Revisione della disciplina in materia di impresa sociale"*). Tali settori ammessi alle agevolazioni sono:

- Assistenza sociale o sanitaria
- Educazione, istruzione e formazione
- Tutela ambiente e ecosistema
- Valorizzazione del patrimonio culturale
- Turismo sociale
- Formazione universitaria e post-universitaria;
- Ricerca ed erogazione di servizi culturali
- Formazione extra-scolastica, al fine di evitare la dispersione scolastica
- Servizi strumentali alle imprese sociali

L'attuale disciplina delle SIAVS individua anche una serie di agevolazioni fiscali riconosciute alle medesime, tra cui:

- l'esonero dal pagamento dei diritti camerali annuali e imposte di bollo sia per le startup innovative che per gli incubatori certificati, previsti per chi si iscrive al Registro delle imprese;
- una gestione societaria flessibile: l'atto costitutivo delle startup innovative costituite in una S.r.l. può prevedere categorie di quote che non attribuiscono diritti di voto o che ne attribuiscono in misura non proporzionale alla partecipazione;
- un regime speciale per le perdite: 1 anno di tempo per il ripianamento delle perdite superiori ad un terzo a partire dal secondo anno;

- assunzioni del personale: le start up innovative possono assumere con contratti a tempo determinato dalla durata minima di 6 mesi a massimo 36 mesi, dopodiché il contratto può essere rinnovato anche più volte per altri 12 mesi, fino ad un massimo complessivo di 48 mesi. Dopo tale periodo, il collaboratore può continuare a lavorare nella start up solo a tempo indeterminato.
- stipendi flessibili salvo il rispetto di un minimo tabellare; saranno poi le parti a decidere la parte fissa e quella variabile della retribuzione spettante.
- il pagamento degli stipendi ai collaboratori delle start up e incubatori con strumenti di partecipazione al capitale sociale, ad esempio attraverso le stock option, e per i fornitori attraverso schemi *work for equity*.
- un credito d'imposta per le start up innovative che assumono personale altamente qualificato; l'agevolazione consiste in un credito d'imposta pari al 35% del costo sostenuto dall'aziendale per il primo anno di assunzione, per i contratti a tempo indeterminato o di apprendistato.
- incentivi fiscali per le persone fisiche e giuridiche che investono nella startup: prevista detrazione fiscale 19% IRPEF per le persone fisiche e deduzione IRES al 20% per le società che investono nella start up fino al 2016 per chi invece effettua investimenti nelle SIAVS start up innovative sociali

spetta una maggiore detrazioni Irpef pari al 25% e deduzioni dall'imponibile IRES al 27%.

- l'accesso facilitato e gratuito al credito del Fondo di Garanzia per le Piccole e Medie Imprese: che consente alle start up innovative di accedere a finanziamenti con la garanzia del Governo fino a coprirne l'80% del credito erogato dalla banca.
- l'esclusione dall'applicazione della procedura di fallimento aziendale alle start up innovative e la possibilità per l'imprenditore di intraprendere un nuovo progetto.

Per quanto riguarda la procedura di riconoscimento delle SIAVS, la disciplina dedicata stabilisce che le imprese sociali per poter essere riconosciute nell'ordinamento italiano come start up innovative sociali devono compilare e inviare per via telematica il documento di descrizione dell'impatto sociale. Tale autocertificazione, fa parte infatti della nuova procedura per il riconoscimento della SIAVS messa a punto dal Ministero dello sviluppo economico che individua l'oggetto e il settore dell'impresa.

L'impresa che intende farsi riconoscere come SIAVS deve innanzitutto autocertificare di:

- operare in via esclusiva in uno o più dei settori ammessi alle agevolazioni indicando quali sono questi settori sociali;

- dichiarare di perseguire finalità d'interesse generale e l'entità dell'impatto sociale prodotto.

Ed è proprio sull'impatto sociale, che la procedura Ministero dello sviluppo economico pone la maggiore attenzione, prevedendo che la SVIAS una volta l'anno, invii per via telematica alla Camera di Commercio il *“Documento di descrizione di impatto sociale”* insieme all'autocertificazione che serve a comunicare la conferma del possesso dei requisiti.

Il documento, i cui tempi e contenuti cambiano a seconda del tipo del settore sociale in cui opera la start up innovativa a vocazione sociale, riguarda nello specifico:

- per le nuove imprese: l'impatto atteso;
- per le imprese già costituite e già depositarie del primo bilancio: l'impatto generato.

A tale ultimo proposito, si precisa che **tale qualificazione** – ad avviso dello scrivente – **può cumularsi con quella di impresa sociale**.

3.1.2. *Valutazione giuslavoristica.*

A partire dai primi anni 90, si é diffusa anche nel settore pubblico una forte tendenza ad utilizzare la tecnica delle “cessioni” ed “esternalizzazioni” dei servizi pubblici con la creazione di nuovi enti partecipati, nell'intento di migliorare l'efficienza nella gestione di alcune tipologie di attività pubbliche.

In quest'ottica sembra essersi orientato il legislatore, il quale, nel corso degli anni, ha introdotto una serie di norme volte a promuovere con forza l'esternalizzazione dei servizi pubblici (cfr. L. 442/2001) che hanno espressamente ricollegato il suddetto fenomeno, al raggiungimento di un corretto equilibrio tra costi e benefici, e quindi al perseguimento del principio di efficienza.

Un fenomeno di questa portata non poteva che dispiegare i suoi effetti anche sul piano dei rapporti di lavoro. È evidente che la decisione di affidare la cura di numerose attività pubbliche a soggetti privati non può che comportare una tendenziale espansione di moduli ed istituti tipici del lavoro privato ed una conseguente riduzione dell'ambito applicativo della disciplina sul pubblico impiego applicabile alle sole “amministrazioni pubbliche” in senso stretto.

Si pone, dunque, il problema di capire quali siano i risvolti giuslavoristici conseguenti alla esternalizzazione di attività pubbliche, con particolare riguardo alla sorte del personale addetto all'attività o al servizio ceduto.

Il legislatore ha affrontato questa problematica cercando di mutuare lo schema privatistico del trasferimento d'azienda ex art. 2112 c.c.

Già con l'art. 62 della legge 29/93, è stata estesa l'applicazione dell'art. 2112 c.c. anche ai casi "...di passaggio dei dipendenti degli enti pubblici e delle aziende municipalizzate o consortili a società private, per effetto di norme di legge, di regolamento convenzione, che attribuiscono alle stesse società le funzioni esercitate dai citati enti pubblici ed aziende".

Si tratta dell'unico caso in cui il legislatore sembra aver optato per un'applicazione integrale dell'art. 2112 c.c., il cui contenuto viene recepito sia per regolare la sorte dei dipendenti addetti all'attività ceduta (destinati a subire un passaggio diretto alle dipendenze del cessionario, come avviene per tutti i dipendenti del settore privato) sia per disciplinare il trattamento economico e normativo loro applicabile in seguito al passaggio.

Con le norme introdotte successivamente (art. 19 D. Lgs 80/98, il cui contenuto è stato poi recepito dall'art. 31 D. Lgs. 165/2001), si assiste ad una

correzione di rotta volta a ridurre il margine di applicazione dell'art. 2112 c.c., i cui effetti sembrano essere fatti propri solo per disciplinare il trattamento del "personale che passa" alle dipendenze del cessionario, e non invece per regolare (imponendolo ipso jure) il passaggio diretto dei dipendenti addetti all'attività ceduta, secondo lo schema applicato ai rapporti di lavoro di diritto privato.

Questa apparente differenziazione di trattamento rispetto alle regole di diritto comune ha sollevato problemi interpretativi riguardanti il tema dell'individuazione della fonte idonea a consentire (o ad imporre) il passaggio alle dipendenze del cessionario del personale addetto all'attività esternalizzata.

L'art. 31 del D. Lgs. 165/2001 contiene una serie di indicazioni che non chiariscono affatto quale sia la disciplina applicabile nel caso in cui, al trasferimento (o conferimento) di funzioni amministrative consegua il passaggio dei dipendenti (o di alcuni di essi) prima impiegati presso l'amministrazione cedente. Si limita a precisare quale sia il trattamento normativo applicabile al personale "ceduto". La norma non precisa se il trasferimento dei dipendenti addetti all'attività ceduta debba avvenire automaticamente o se invece sia necessario un atto dell'amministrazione

volto ad individuare i dipendenti interessati dal passaggio, o infine se sia sempre necessario il consenso dei singoli lavoratori ceduti.

L'art. 31 del D. Lgs. 165/2001, inoltre, non chiarisce quale sia la fonte idonea a consentire (o ad imporre) il passaggio in capo al cessionario dei lavoratori addetti all'attività ceduta. Il tenore letterale della norma sembrerebbe delegare ad altre fonti il compito di individuare la platea dei soggetti interessati dall'operazione di trasferimento.

L'art. 2112 c.c. viene, infatti, richiamato al solo fine di regolare il trattamento economico-normativo applicabile al personale che passa alle dipendenze del cessionario; la norma non precisa come debba essere individuato il personale coinvolto dall'operazione, né tantomeno indica quale sia la fonte deputata a delimitare la platea dei soggetti coinvolti.

A tal proposito, sono state proposte due soluzioni, una di stampo pubblicistico ed una di matrice prettamente privatistica: la prima postula l'emanazione di un atto amministrativo ad hoc, che individui volta per volta il personale interessato dalla cessione; la seconda, invece, richiede il consenso del singolo lavoratore potenzialmente interessato dall'operazione, secondo lo schema tipicamente negoziale della cessione del contratto ex art. 1406 c.c.

Sul fronte pubblicistico è stato suggerito, quindi, che la scelta dei dipendenti "da trasferire" debba essere effettuata, volta per volta, sulla base di un atto amministrativo ad hoc che individui il personale interessato dalla cessione (cfr. Ordinanza 6 marzo 2003 Tribunale di Siena, in Lav. pubbl. amm., 2003, II, 935 ss.). L'amministrazione cedente sarebbe, dunque, libera di modellare a proprio piacimento il perimetro oggettivo della attività ceduta nonché di scegliere quanti e quali dei propri dipendenti siano destinati a transitare alle dipendenze del cessionario.

Questa soluzione appare quella maggiormente idonea a valorizzare la capacità dell'amministrazione di organizzare uffici e dotazioni organiche secondo criteri di economicità ed efficienza. Qualche dubbio sorge sul fronte della tutela dei singoli lavoratori, direttamente od indirettamente interessati dall'operazione.

È lecito dubitare, infatti, che un atto amministrativo possa produrre l'automatica novazione soggettiva di un rapporto di lavoro ormai integralmente contrattualizzato, che potrebbe prodursi unicamente in presenza di un'espressa e chiara previsione normativa non rinvenibile nell'ordinamento vigente.

L'integrale devoluzione alla P.A. dei criteri di scelta dei lavoratori da trasferire, condurrebbe ad una inevitabile attrazione nell'orbita della

discrezionalità amministrativa di tematiche regolate in base a fonti contrattuali, con la conseguenza che i singoli prestatori di lavoro finirebbero per subire una degradazione da diritto soggettivo ad interesse legittimo delle proprie situazioni giuridiche soggettive, non potendo vantare alcuna autonoma posizione giuridica oppositiva, ma solo rivendicare un interesse meramente pretensivo a che la scelta operata dall'amministrazione sia conforme ai criteri indicati dalla legge.

Per superare tali perplessità è stata proposta una soluzione di matrice privatistica (cfr. Tribunale di Siena, Ordinanza 21 maggio 2003) secondo cui “l’ordinamento giuridico ha inteso apprestare al dipendente coinvolto in una procedura di trasferimento di attività da una P.A. ad altra o di trasferimento di attività o di servizi ad altri soggetti pubblici o privati, una particolare tutela di non accettare il trasferimento presso la diversa amministrazione o il diverso ente. Conseguentemente deve essere condiviso l’assunto secondo cui la disciplina prevista dall’art. 2112 c.c. trova applicazione solamente per l’ipotesi in cui il dipendente acconsenta a vedersi trasferito insieme al trasferimento del servizio o dell’attività” e, quindi, il trasferimento del personale addetto all’attività ceduta sarebbe possibile solo previo accordo con i singoli lavoratori trasferiti, secondo lo schema tipicamente contrattuale della cessione del contratto ex art. 1406 c.c..

In dottrina, nel senso della non automaticità dell'applicazione dell'art. 31 e, conseguentemente, dell'art. 2112 c.c., si veda (A Bianchi, Sub art. 31, in AA.VV., *Il rapporto di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commento al D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, supplemento a Prime note, 2001, 7, 110*), il quale argomenta dallo stesso art. 31, che dichiarando applicabili le garanzie solo "al personale che passa" adombra la possibilità che non tutto il personale addetto all'attività venga trasferito, restando una parte di questo in capo all'Amministrazione. (Cfr. anche Michele Tiraboschi, *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi: somministrazione, appalto, distacco e trasferimento di azienda*, Giuffrè, 2006, pp.502 e ss.).

L'autore osserva che di fronte ad una esternalizzazione delle funzioni, una pubblica amministrazione nei confronti del proprio personale, oltre a quanto previsto dalla cessione di ramo d'azienda, può operare nei seguenti modi: dichiarare l'eccedenza ai sensi dell'art. 33 del D.Lgs. 165/2001, verificando la possibilità di ricollocare all'interno o presso terzi il proprio personale; riconvertire il proprio personale attraverso procedure di riqualificazione o piani di formazione mirati su nuove o diverse funzioni.

Non si comprende, tuttavia, perché il legislatore abbia voluto accordare ai dipendenti pubblici il diritto di opporsi alla cessione del proprio rapporto di lavoro pur in presenza di un processo di esternalizzazione delle

attività cui essi sono preposti, producendo, così, una disparità di trattamento rispetto a quanto previsto per i lavoratori privati.

Una tale lettura dell'art. 31 del D. Lgs. 165/2001 finirebbe poi per incidere negativamente sul buon andamento della P.A., sulle esigenze di tutela della finanza pubblica, dando luogo a risultati non in linea con le finalità che dovrebbero ispirare i processi di riorganizzazione ed esternalizzazione per le attività pubbliche.

Le Pubbliche Amministrazioni, infatti, di fronte al rifiuto dei propri dipendenti di passare alle dipendenze del cessionario ove questo sia una società di diritto privato, dovrebbero ridefinire le proprie dotazioni organiche, al fine di assorbire al proprio interno il personale addetto alle attività cedute, con incremento dei costi interni, oppure collocare in disponibilità il personale in esubero (sul punto, cfr. S. Mainardi, "Esternalizzazione e trasformazione delle università in fondazioni. Profili di diritto del lavoro, in Centro studi diritto del lavoro europeo Massimo D'Antona, I working papers, n. 77/2008, 15").

Tali conclusioni si porrebbero in contrasto anche con quanto previsto dall'art. 30 della Legge n. 244/2007, a mente del quale il legislatore ha obbligato le amministrazioni cedenti ad adottare "provvedimenti di trasferimento delle risorse umane, finanziarie e strumentali in misura

adeguata alle funzioni esercitate mediante i soggetti di cui al presente comma", esprimendo così la preoccupazione sul fatto che i processi di esternalizzazione dei servizi pubblici possano produrre una ingiustificata duplicazione dei costi.

Il quadro interpretativo rappresentato potrebbe tuttavia mutare radicalmente ove l'art. 31 venisse interpretato come norma integrativa della fattispecie generale del trasferimento d'azienda ex art. 2112 c.c.

L'ambito di applicazione dell'art. 31 "nel caso di trasferimento con conferimento di attività, svolte da PA, enti pubblici o loro aziende o strutture, ad altri soggetti, pubblici o privati" è teoricamente più ampio rispetto a quello dell'art. 2112 c.c. applicabile in presenza di "operazioni che, in seguito a cessione contrattuale o fusione, comportino il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento, e che conserva nel trasferimento la propria identità, a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base del quale il trasferimento è attuato ivi compresi l'usufrutto o l'affitto d'azienda" o in caso di "trasferimento di parte dell'azienda intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento".

In questa ottica, l'art. 31 potrebbe essere letto per quello che effettivamente prevede, ossia che “ nel caso di trasferimento o conferimento di attività, svolte da pubbliche amministrazioni, enti pubblici o loro aziende o strutture, ad altri soggetti, pubblici o privati”, al personale che passa alle dipendenze di tali soggetti troveranno sempre applicazione, come misura minima di tutela, le garanzie apprestate dall'art. 2112 c.c., anche se in ipotesi non applicabili per difetto dei presupposti di applicabilità della norma codicistica.

In altri termini, non può sostenersi che, il legislatore, omettendo la locuzione “ il rapporto continua con l'acquirente”, abbia derogato al principio del trasferimento automatico di tutti i rapporti di lavoro in capo al cessionario, già previsto in via generale dall'art. 2112 applicabile anche ai rapporti di lavoro pubblico.

E', invece, legittimo ritenere che l'art. 31 del D.Lgs 165/2001 sia stato adottato per aggiungere nuovi spazi applicativi alle garanzie apprestate dall'art. 2112 c.c., applicabile anche in virtù del rinvio generale alle “disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa”.

Si comprende, pertanto, come l'attuale art. 31 non costituisca norma speciale, destinata a sostituirsi al 2112 c.c., ma al contrario sia valvola di

chiusura del sistema, che può trovare applicazione nelle sole ipotesi residuali non coperte dall'art. 2112 c.c. stesso.

Una tale lettura risulterebbe in linea con gli orientamenti espressi dalla Corte di Giustizia, la quale ha esteso il perimetro di applicazione della Direttiva 2001/23/CE concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti – della quale l'attuale art. 2112 c.c. rappresenta atto interno di recepimento – ricomprendendovi anche “ le imprese pubbliche che esercitano una attività economica , indipendentemente dal fatto che esse perseguano uno scopo di lucro” ritenendo irrilevante la circostanza che uno dei soggetti interessati dalla vicenda circolatoria sia un ente pubblico (nel caso di specie si trattava di un Comune). (cfr. Corte di Giustizia UE, Terza Sezione, sentenza 20 gennaio 2011, Causa C- 463/09, in EUR-Lex)

Lo stesso diritto comunitario sembra spingere affinché le garanzie previste dalla sopra citata direttiva (poi trasfuse nel nostro ordinamento con l'art. 2112 c.c.) trovino applicazione generalizzata in tutti i casi in cui si discuta del trasferimento di un'attività economica (anche se non esercitata a fine di lucro) e ciò a prescindere dalla natura pubblicistica e privatistica dei soggetti interessati dalla vicenda circolatoria.

Secondo questo schema concettuale, l'art. 2112 c.c. è destinato a trovare applicazione generalizzata in tutti i casi in cui il servizio o l'attività esternalizzata sia suscettibile di assumere una rilevanza economica, mentre il problema di individuare la fonte idonea a consentire (o ad imporre) il passaggio dei singoli lavoratori alle dipendenze del cessionario – su cui l'art. 31 del D. Lgs. 165/2001, effettivamente nulla dispone – si può ragionevolmente porre solo nelle ipotesi non coperte dal 2112 c.c., ossia nei soli casi in cui l'attività ceduta non abbia una rilevanza economica.

La soluzione a questo problema è destinata a scontare differenti punti di vista dell'interprete, il quale, nel silenzio della norma, può integrare la previsione normativa utilizzando, come detto, due diversi schemi concettuali, uno privatistico ed uno pubblicistico.

La soluzione tecnica più equilibrata sarebbe quella di attribuire all'Amministrazione cedente il potere di individuare i lavoratori coinvolti dall'operazione, ma solo all'esito di un procedimento negoziale che coinvolga adeguatamente le parti sociali.

Si tratterebbe di utilizzare gli schemi della “procedimentalizzazione dei poteri datoriali” che hanno consentito, in determinati ambiti, di attribuire alla contrattazione collettiva, una vera e propria funzione regolamentare, cui la legge di fatto demanda interessi potenzialmente configgenti. (Cfr. F.Liso,

Autonomia collettiva e occupazione, in AA.VV., Autonomia collettiva e occupazione, Milano , 1998, 68; sul tema, si vedano inoltre U. Romagnoli, Per una rilettura dell'art. 2086 c.c., in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ, 1977, 1048 ss.; G. Giugni, Diritto sindacale, Bari 2003, 145 ss.; C. Zoli, Le tecniche di procedimentalizzazione dei poteri datoriali, in M. D'Antona (a cura di), Letture di diritto sindacale , Napoli, 1990, 379).

La dottrina ha autorevolmente rilevato che la tecnica della procedimentalizzazione non impone la natura vincolante dell'accordo sindacale, ma si limita a porre in capo al datore un onere procedimentale (quello di negoziare con le parti sociali prima di adottare l'atto gestionale) che, una volta assolto (anche in difetto di accordo), consente una riespansione piena del potere datoriale. (Cfr. G. Giugni, Diritto Sindacale, cit., 146).

Allo stato attuale, tale soluzione appare proponibile solo de jure condendo, dal momento che il D.Lgs. 165/2001 non contiene previsioni normative idonee a derogare espressamente ai principi di diritto privato che subordinano la validità della cessione del contratto individuale di lavoro, al consenso del lavoratore ceduto, con l'unica eccezione di quanto previsto dall'art. 2112 c.c., inapplicabile nell'ipotesi considerata, stante l'assenza di rilevanza economica dell'attività ceduta.

Si può dunque auspicare che il legislatore corregga l'impianto normativo vigente o estendendo l'applicazione dell'art. 2112 c.c. (la cui operatività è subordinata al corretto espletamento delle procedure di informazione e consultazione sindacale) anche alle esternalizzazioni di attività non suscettibili di assumere rilevanza economica, o prevedendo una speciale procedura che consenta di contemperare i diversi interessi in gioco, senza pregiudicare il "legittimo interesse" dell'Amministrazione ad organizzarsi secondo criteri di economicità e di efficienza.

Si osserva, infine, che, secondo la giurisprudenza di merito, qualora ad una politica di esternalizzazione delle attività adottata da una P.A. segua da parte di questa una determinazione di riassunzione di dette attività, ciò comporta, per applicazione in via analogica dell'art. 31 ai processi inversi di riespansione della gestione diretta dei servizi, stante l'equiparabilità della reinternalizzazione al trasferimento di attività, il passaggio (ritorno) del personale alle dipendenze della P.A. medesima.(Cfr. Tribunale di Firenze, 9 maggio 2011, il quale precisa che condizione perché il personale possa passare alle dipendenze dell'amministrazione è che, in conformità dell'art. 97 , comma 3, Cost., esso fosse già alle dipendenze della stessa al momento dell'esternalizzazione del servizio).

In materia di corretta gestione del personale delle società partecipate, l'articolo 19 del D. Lgs. 175/2016 e ss.mm., detta specifiche disposizioni.

Ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle società a controllo pubblico si applicano le disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile, le leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, incluse quelle relative ad ammortizzatori sociali, ai sensi della vigente normativa e dei contratti collettivi.

Le società a controllo pubblico stabiliscono con propri provvedimenti – criteri e modalità per il reclutamento del personale nel rispetto dei principi, anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità e dei principi di cui all'art. 35, comma 3, del D.Lgs. 165/2001.

I provvedimenti citati sono da pubblicare obbligatoriamente sul sito istituzionale della società stessa, pena le sanzioni di cui al Decreto legislativo n. 33 del 2013.

Salvo quanto previsto dall'articolo 2126 del codice civile – ai fini retributivi – la mancanza dei provvedimenti di reclutamento da parte delle società determina la nullità dei contratti di lavoro stipulati, fermo restando la giurisdizione ordinaria in materia di validità dei provvedimenti e delle procedure de quibus.

Le amministrazioni pubbliche socie fissano, con propri provvedimenti, obiettivi specifici, annuali e pluriennali, sul complesso delle spese di funzionamento, ivi comprese quelle per il personale, delle società controllate anche mediante contenimento degli oneri contrattuali, le assunzioni di personale e tenuto conto di eventuali divieti o limitazioni in tal senso.

Nel determinare tali obiettivi, per effetto dell'articolo 12 del Decreto correttivo, deve tenersi conto anche del settore in cui ciascun soggetto opera.

Prima di poter effettuare nuove assunzioni, le amministrazioni pubbliche, nel caso di reinternalizzazione di funzioni o servizi prima affidati ad una società partecipata, procedono – nei limiti dei posti vacanti nelle dotazioni organiche e nell'ambito delle facoltà assunzionali disponibili – al riassorbimento delle unità di personale già dipendenti dall'amministrazione e transitate alle dipendenze delle società interessata da tale reinternalizzazione, utilizzando le procedure di mobilità di cui all'art. 30 del D.Lgs. 165/2001 e nel rispetto dei vincoli in materia di finanza pubblica e contenimento delle spese di personale.

Il Decreto correttivo prevede che la spesa per il riassorbimento del personale non rileva nell'ambito delle facoltà assunzionali disponibili e del parametro di cui al comma 557-quater dell'articolo 1 della Legge n. 296 del 2006. Tale irrilevanza è condizionata all'adeguata dimostrazione da parte

dell'Ente, certificata dal parere dell'OREF, che le esternalizzazioni sono state effettuate nel rispetto degli adempimenti previsti dall'art. 6-bis, Decreto legislativo n. 165 del 2001 (introdotti dal 2009 per effetto del Decreto legislativo n. 69 del 2009), ed in particolare che:

- a) in corrispondenza del trasferimento alla società della funzione, sia stato trasferito anche il personale corrispondente alla funzione medesima, con le correlate risorse stipendiali;
- b) la dotazione organica dell'Ente sia stata corrispondentemente ridotta e tale contingente di personale non sia stato sostituito;
- c) siano state adottate le necessarie misure di riduzione dei fondi destinati alla contrattazione integrativa;
- d) l'aggregato di spesa complessiva del personale soggetto ai vincoli di contenimento sia stato ridotto in misura corrispondente alla spesa del personale trasferito alla società.

È infine previsto che le disposizioni in materia di gestione delle eccedenze di personale delle società partecipate previste dall'art. 1, commi da 565 a 568 della Legge n. 147 del 2013 trovano applicazione *“fino alla data di pubblicazione del decreto di cui all'art. 25, c. 1, e comunque non oltre il 31 dicembre 2017”*, come stabilito dall'articolo 12 del Decreto correttivo.

SCHEDA DI SINTESI

**PASSAGGI DI DIPENDENTI DALL'AMMINISTRAZIONE CEDENTE A
SOGGETTI PUBBLICI O PRIVATI CESSIONARI PER L'EFFETTO DI
TRASFERIMENTO O CONFERIMENTO DI ATTIVITA'**

NORMATIVA

Art. 31 del D.Lgs. 165/2001 Passaggio di dipendenti per effetto di trasferimento di attività

Art. 2112 c.c.. Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda

Art. 47 , commi da 1 a 4, della legge 29 dicembre 1990, n. 428 Trasferimenti di azienda

Art. 1406 c.c. Della cessione del contratto

Art. 19 D. Lgs n. 175/2016 e ss.mm. (T.U. partecipate) – Gestione del Personale

GIURISPRUDENZA CORRELATA

1) Fattispecie

a) **Tribunale Pescara, sez. lav., 28/6/2016, n. 638**

“La norma di cui all’art. 31 D. Lgs. N. 165/2001 – relativa appunto al passaggio di dipendenti per effetto di trasferimento di attività – è applicabile a tutti i casi di trasferimento o conferimento di attività, svolte da p.a., enti pubblici o loro aziende o strutture, ad altri soggetti, pubblici o privati. Al personale che passa alle dipendenze di tali soggetti si applica l’art. 2112 c.c., fatte salve le disposizioni speciali”.

b) **Cassazione civile, sez. lav., 25/11/2014, n. 25021**

“Nell’ipotesi di passaggio di personale da ente pubblico a società di diritto privato a seguito di attribuzioni a quest’ultima di funzioni in passato esercitate direttamente dal primo ente, l’art. 34 d.lgs. 29/93, come modificato dall’art. 19 d.lgs. 80/98, applicabile “ratione temporis” (ora art. 31 d.lgs. 165/2001), si interpreta nel senso dell’applicabilità della disciplina di cui all’art. 2112 c.c. a prescindere dalla verifica circa la preesistenza di un’azienda in senso tecnico e dall’indagine sulle modalità di attuazione del trasferimento (su base negoziale ovvero per determinazione autoritativa)”.

c) Cassazione civile, sez. lav., 12/08/2014, n. 17894

“In tema di pubblico impiego, i due termini utilizzati dall’art. 31 d.lgs. 165/2001 ai fini della applicazione dell’art. 2112 c.c., ossia quelli di trasferimento o di conferimento di attività, esprimono, attraverso la loro ampia valenza semantica, la volontà del legislatore di comprendere nello spettro applicativo della suddetta disposizione (in funzione della tutela dei dipendenti pubblici addetti alle attività trasferite) ogni vicenda traslativa riguardante un’attività svolta dal soggetto pubblico a prescindere dallo strumento tecnico adoperato, di guisa che vi rientrano anche l’affidamento del servizio di raccolta e di gestione dei rifiuti ed il conseguente passaggio diretto dei dipendenti alla nuova affidataria” (Conferma Corte d’Appello di Campobasso 1 aprile 2011)

2) Diritti del dipendente

a) Corte di appello di Perugia, sez. lav., 5/9/2014, n. 96

“Mentre per l’art. 2112 c.c. in caso di trasferimento di azienda il trattamento economico del lavoratore trasferito si determina in base al CCNL applicato dal cessionario (anche se in ipotesi ciò determini un mutamento in pejus di tale

trattamento), l'art. 7 l. 59/97 garantisce comunque al lavoratore una posizione retributiva non inferiore a quella posseduta in precedenza.

Per il resto è evidente che non sono rinvenibili nella norma in esame deroghe alla disciplina generale di cui all'art. 2112 c.c., e quindi non v'era ragione per la suprema Corte di occuparsi del tema, una volta precisato – come essa ha fatto – che “fatte salve le disposizioni speciali, la norma in commento (D. lgs. 165/2001, art. 31) regola il fenomeno traslativo attraverso il richiamo all'immediata ed integrale applicazione dell'art. 2112 c.c., con l'unica eccezione della garanzia di un trattamento economico non inferiore a quello precedente”.

3.2. Valutazione economico-finanziaria con elaborazione del piano economico-finanziario ("PEF").

Premessa

La valutazione è effettuata tenendo conto delle prospettive economico-reddituali del nascente soggetto giuridico, sulla base di valori consuntivi 2015, forniti dagli uffici d'ambito preposti.

La stessa valutazione, contiene una riclassificazione delle poste di bilancio di conto economico capaci di far emergere Added Value (Valore Aggiunto), EBITDA ed EBIT, suddivise per servizi da esternalizzare e macro-aree di attività, così da far emergere la singola ed eventuale redditività del servizio.

Successivamente sono raffigurate le valutazioni prospettiche reddituali. A riguardo, si precisa che non sono quantificati gli ammortamenti, in quanto si ritiene che la società non abbia la proprietà di immobilizzazioni di nessun tipo, mentre gli accantonamenti prevedono una quantificazione che sarà spiegata in seguito. Sono altresì esclusi possibili movimentazioni di natura finanziaria e straordinaria.

Focus a parte meritano le spese del personale, che sono altresì suddivise per servizi e per profilo professionale dedicato.

I servizi, come emerso dall'analisi dei documenti esistenti e dalle interviste effettuate presso gli uffici dell'ambito territoriale di Lecco, sono così suddivisi:

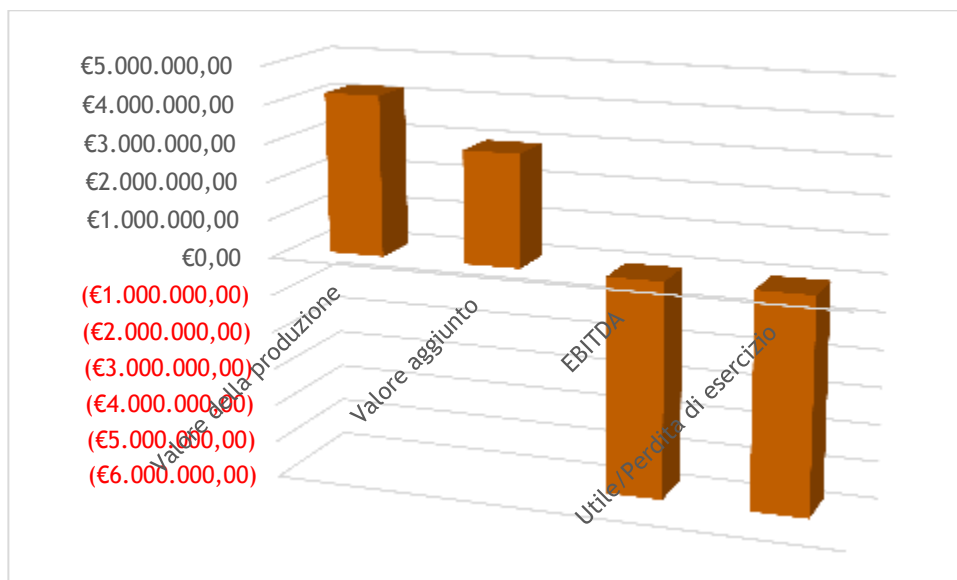
- Infanzia
 - Asili Nido
 - Centri Prima Infanzia
- Disabilità
 - Centri diurni disabili
 - Assistenza educativa scolastica
 - Comunità socio sanitaria disabili
 - Comunità socio educativa disabili
- Domiciliarità
 - Assistenza domiciliare anziani e disabili
 - Centri diurni anziani
- Minori e Famiglie
 - Assistenza Domiciliare Minori
 - Tutela dei minori
 - CRES
- Base
 - Servizio sociale di base
 - Accompagnamento al lavoro
 - Housing sociale
 - Accompagnamento al trasporto presso le strutture
- Giovani
 - Giovani
- Adulti
 - CESEA

Quadro economico dati 2015

Alla luce di queste premesse, il Conto Economico riclassificato presenta valori naturalmente negativi, soprattutto nel macrosettore “base” e “disabilità”, dovuto essenzialmente alla natura del “servizio sociale” ed in generale al costo del personale, complessivamente considerato, costo che copre più dell’87% dei costi operativi.

Key Financials - Dati 2015

Valore della produzione	€ 4.207.436,34
Valore aggiunto	€ 2.959.894,01
EBITDA	-€ 5.743.439,45

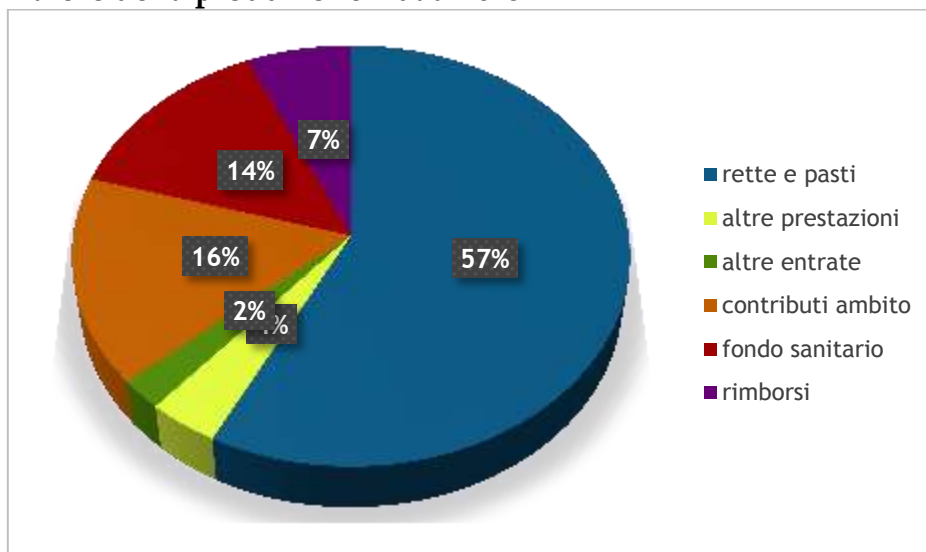


Il conto economico riclassificato presenta un EBITDA, coincidente con il risultato economico di esercizio con i presupposti considerati, pari a € - 5.692.493,79. Il valore aggiunto complessivo (che non considera i costi del personale) è invece pari a € 2.972.147,07. I maggiori ricavi invece provengono dalle rette e dai pasti per un totale complessivo di € 2.479.750,67 (59%), mentre il restante € 1.739.938,73 è ripartito soprattutto tra contributi erogati dall'ambito con risorse diverse (specie per il servizio nidi) e dalle entrate da fondo sanitario (riferito per lo più ai centri diurni disabili).

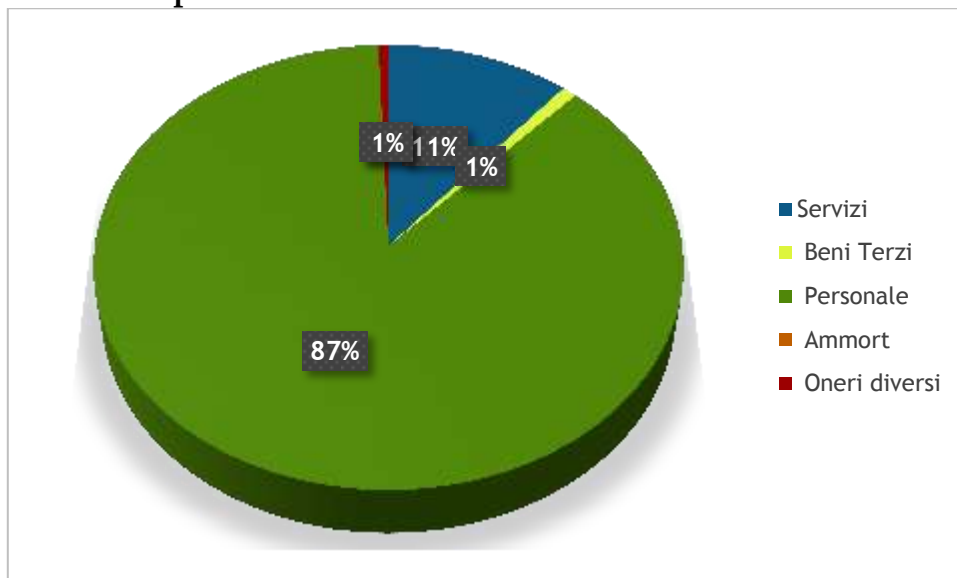
I costi per il personale sono comprensivi di componente salariale, oneri sociali e accantonamenti per TFR.

Conto Economico – Valori in €	
NEWCO Lecco	FY15A
Ricavi delle vendite e prestazioni	2.679.821
<i>Entrate da rette e pasti</i>	2.515.464
<i>Altre entrate</i>	164.357
Altri ricavi e proventi	1.691.973
<i>Altre entrate</i>	100.991
<i>Contributi erogati dall'ambito con risorse diverse</i>	695.045
<i>Entrate da fondo sanitario</i>	605.757
<i>Rimborsi</i>	290.180
Valore della produzione	4.371.793
Costi per materie prime, sussidiarie e merci (+/- variazione rimanenze)	0
Costi per servizi	1.100.117
<i>Pulizie</i>	317.442
<i>Materiali di pulizie</i>	51.989
<i>Spese amministrative</i>	39.030
<i>Utenze</i>	132.406
<i>Manutenzioni ordinarie</i>	34.181
<i>Assicurazioni</i>	5.358
<i>Servizio mensa</i>	316.793
<i>Costi formatori</i>	27.076
<i>Spese di rappresentanza</i>	0
<i>Viaggi e trasferte</i>	0
<i>Altri costi per servizi</i>	175.841
<i>Compensi Consiglio di Amministrazione</i>	0
<i>Compensi Collegio Sindacale</i>	0
Costi godimento beni di terzi	88.063
Oneri diversi di gestione	59.362
Costi della produzione	1.247.542
ADDED VALUE	3.124.251
Costi per il personale	8.703.333
EBITDA	-5.579.082
<i>EBITDA Margin</i>	<i>-208%</i>

Valore della produzione – dati 2015



Costi della produzione – Dati 2015



Analisi economica per macroarea – dati 2015

È interessante a questo punto procedere attraverso una analisi delle componenti economiche per servizi che si intende esternalizzare alla costituenda società. Ciascun servizio è stato inteso come centro economico di ricavo e costo, al fine di facilitare una valutazione ex – post ai decision makers rispetto alla opportunità di esternalizzare o meno il servizio.

A tal proposito, alcune premesse a riguardo.

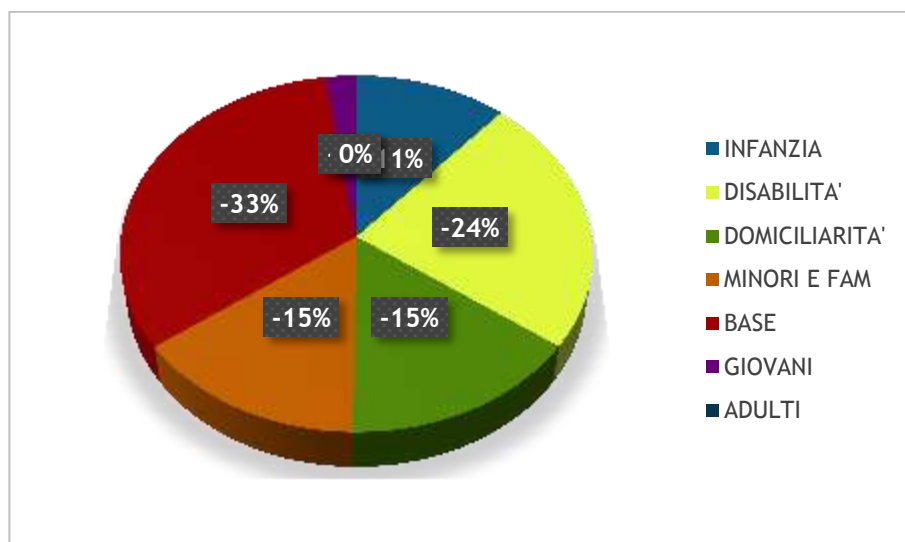
I servizi tutela dei minori, servizi sociali di base, accompagnamento al trasporto presso le strutture, giovani e assistenza educativa scolastica non presentano alcuna tipologia di ricavi e presentano per lo più solo spese di personale.

I servizi accompagnamento al lavoro, housing sociale e assistenza educativa scolastica, non contemplano né ricavi né costi. In particolare, i primi due, sono tutt'ora svolti da privati in accreditamento dalla Regione e non si ha al momento intenzione di caricare costi su questa tipologia di servizi in fase di start-up del soggetto giuridico. Le performance meno felici, da un mero punto di vista economico-finanziario, sono imputabili ai servizi sociali di base (€ -1.688.186,01) e all'assistenza educativa scolastica (€ -1.309.168,00), d'altronde servizi senza alcun tipo di ricavo. Meno impattanti i

centri diurni disabili (€ -25.211,56), le comunità socio sanitarie disabili (€ - 24.112,23) e i CRES (€ -56.887,00). A somma zero il CESEA e le comunità socio educative disabili.

Conto Economico – valori in €		Infanzia	Disabilit à	Domiciliar ità	Minori e fam.	Base	Giova ni	Adulti
NEWCO Lecco	FY15A							
Ricavi delle vendite e prestazioni	2.679.821	1.141.227	1.049.658	176.366	35.713	0	0	276.857
Entrate da rette e pasti	2.515.464	1.141.227	1.049.658	176.366	35.713	0	0	112.500
Altre	164.357	0	0	0	0	0	0	164.357
Altri ricavi e proventi	1.691.973	499.400	813.701	223.331	69.694	0	0	85.846
Altre entrate	100.991	66.704	16.970	2.845	0	0	0	14.471
Contributi erogati dall'ambito con risorse diverse	695.045	432.696	190.975	0	0	0	0	71.375
Entrate da fondo sanitario	605.757	0	605.757	0	0	0	0	0
Rimborsi	290.180	0	0	220.486	69.694	0	0	0
Valore della produzione	4.371.793	1.640.627	1.863.359	399.698	105.407	0	0	362.703
Costi per materie prime, sussidiarie e merci (+/- variazione rimanenze)	0	0	0	0	0	0	0	0
Costi per servizi	1.100.117	661.572	221.990	0	38.693	200.000	0	177.862
Pulizie	317.442	285.631	31.811	0	0	0	0	0
Materiali di pulizie	51.989	45.097	6.892	0	0	0	0	0
Spese amministrative	39.030	24.619	0	0	14.411	0	0	0
Utenze	132.406	105.006	22.000	0	5.400	0	0	0
Manutenzioni ordinarie	34.181	15.188	18.993	0	0	0	0	0
Assicurazioni	5.358	1.358	4.000	0	0	0	0	0
Servizio mensa	316.793	147.578	111.353	0	0	0	0	57.862
Costi formatori	27.076	8.195	0	0	18.881	0	0	0
Spese di rappresentanza	0	0	0	0	0	0	0	0
Viaggi e trasferte	0	0	0	0	0	0	0	0
Altri costi per servizi	175.841	28.900	26.941	0	0	200.000	0	120.000
Compensi Consiglio di Amministrazione	0	0	0	0	0	0	0	0
Compensi Collegio Sindacale	0	0	0	0	0	0	0	0
Costi godimento beni di terzi	88.063	1.827	86.236	0	0	0	0	0

Oneri diversi di gestione	59.362	7.279	0	52.083	0	0	0	0
Costi della produzione	1.247.542	670.678	308.226	52.083	38.693	200.000	0	177.862
ADDED VALUE	3.124.251	969.949	1.555.133	347.614	66.714	-200.000	0	184.841
Costi per il personale	8.703.333	1.631.722	2.913.624	1.229.558	920.452	1.688.186	134.950	184.841
			-		-	-	-	
EBITDA	-5.579.082	-661.773	1.358.492	-881.944	853.737	1.888.186	134.950	0
<i>EBITDA Margin</i>	<i>-208%</i>	<i>-25%</i>	<i>-51%</i>	<i>-33%</i>	<i>-32%</i>	<i>-70%</i>	<i>-5%</i>	<i>0%</i>



Quadro Previsionale 2018-2023

Se si passa ad una previsione economico-reddituale futura quinquennale a partire dal 2018, si assiste ad un miglioramento dei margini reddituali, atteso che si rispettino le assumptions considerate, che qui di seguito si precisano:

1. Quota di copertura dei servizi da parte dei Comuni soci, in ragione del corrispettivo determinato nel contratto di servizio da stipulare tra

nuovo soggetto giuridico e Comuni. Il totale del corrispettivo si quantifica pari a € 5.600.000 e si ipotizza una suddivisione dello stesso tra i Comuni soci in base alla numerosità della popolazione.

2. Incremento dei valori secondo l'indice dei prezzi al consumo rispetto all'annualità precedente (1,1%) di:
 - Entrate da rette e pasti
 - Altre entrate
 - Pulizie
 - Materiali per pulizie
 - Utenze
 - Assicurazioni
 - Servizio mensa
 - Altri costi per servizi
3. Incremento dei valori secondo un indice indicativo dello 0,2%:
 - Altri ricavi e proventi
 - Spese amministrative
 - Manutenzioni ordinarie
 - Oneri diversi di gestione
4. Incremento delle spese per il personale presentano un incremento annuo dei valori pari allo 0,1% mentre risultano costanti nel tempo il costo dei formatori ed il costo di godimento di beni di terzi.
5. Nuovi Costi di costituzione e Mantenimento della Società per Azioni

Costi di Costituzione	
Imposta di registro	€ 200,00
Bolli	€ 156,00
Iscrizione R.I.	€ 90,00
Tassa annuale R.I.	€ 120,00
Concessione governativa	€ 309,87
Notaio	€ 2.000,00
TOTALE	€ 2.875,87
Costi di Mantenimento Società (Costi annui)	
Consiglio di Amministrazione	€ 20.000,00 (indicazioni comunale)
Collegio Sindacale	€ 18.000,00 (indicazione comunale)
Revisione	€ 15.000,00
Commercialista	€ 3.000,00
Tassa annuale R.I.	€ 120,00
TOTALE	€ 56.120,00

I costi di costituzione sono capitalizzabili perché hanno utilità pluriennale, mentre i costi di mantenimento della società indicano direttamente sul conto economico.

A questi si aggiunge il Capitale Sociale che ha una classificazione prettamente patrimoniale e che pertanto non ha manifestazione reddituale bensì finanziaria. Si ipotizza pari al minimo legale € 50.000,00 e la quota di

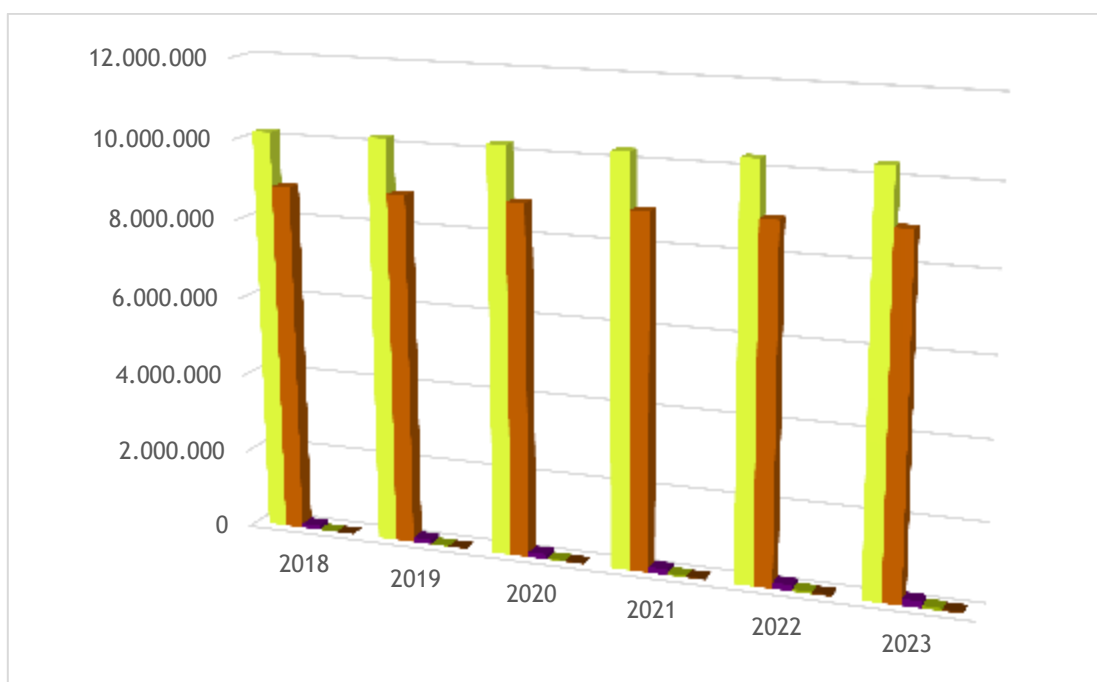
partecipazione pubblica si suggerisce ripartita tra i Comuni soci secondo la numerosità della popolazione.

Conto Economico						
NEWCO Lecco	FY18E	FY19E	FY20E	FY21E	FY22E	FY23E
Ricavi delle vendite e prestazioni	8.469.231	8.499.693	8.530.489	8.561.625	8.593.103	8.624.927
<i>Entrate da rette e pasti</i>	2.599.390	2.627.984	2.656.892	2.686.117	2.715.665	2.745.537
<i>Altre entrate</i>	169.841	171.709	173.598	175.507	177.438	179.390
<i>Contributo pubbliche amministrazioni</i>	5.700.000	5.700.000	5.700.000	5.700.000	5.700.000	5.700.000
Altri ricavi e proventi	1.702.145	1.705.549	1.708.960	1.712.378	1.715.803	1.719.234
<i>Altre entrate</i>	101.598	101.801	102.005	102.209	102.413	102.618
<i>Contributi erogati dall'ambito con risorse diverse</i>	699.224	700.622	702.023	703.427	704.834	706.244
<i>Entrate da fondo sanitario</i>	609.399	610.617	611.839	613.062	614.288	615.517
<i>Rimborsi</i>	291.925	292.508	293.094	293.680	294.267	294.856
Valore della produzione	10.171.376	10.205.242	10.239.450	10.274.003	10.308.905	10.344.161
Costi per materie prime, sussidiarie e merci (+/- variazione rimanenze)						
Costi per servizi	1.189.916	1.201.428	1.213.066	1.224.830	1.236.723	1.248.744
<i>Pulizie</i>	328.033	331.642	335.290	338.978	342.707	346.477
<i>Materiali di pulizie</i>	53.724	54.315	54.912	55.516	56.127	56.744
<i>Spese amministrative</i>	39.265	39.344	39.422	39.501	39.580	39.659
<i>Utenze</i>	136.824	138.329	139.850	141.389	142.944	144.516
<i>Manutenzioni ordinarie</i>	34.386	34.455	34.524	34.593	34.662	34.732
<i>Assicurazioni</i>	5.537	5.598	5.659	5.721	5.784	5.848
<i>Servizio mensa</i>	327.363	330.964	334.604	338.285	342.006	345.768
<i>Costi formatori</i>	27.076	27.076	27.076	27.076	27.076	27.076
<i>Spese di rappresentanza</i>						
<i>Viaggi e trasferte</i>						
<i>Altri costi per servizi</i>	181.708	183.707	185.727	187.770	189.836	191.924

Compensi Consiglio di Amministrazione	20.000	20.000	20.000	20.000	20.000	20.000
Compensi Collegio Sindacale	18.000	18.000	18.000	18.000	18.000	18.000
Revisione	15.000	15.000	15.000	15.000	15.000	15.000
Spese varie mantenimento società	3.000	3.000	3.000	3.000	3.000	3.000
Costi godimento beni di terzi	88.063	88.063	88.063	88.063	88.063	88.063
Oneri diversi di gestione	59.719	59.839	59.958	60.078	60.199	60.319
Costi della produzione	1.337.698	1.349.330	1.361.087	1.372.971	1.384.984	1.397.126
ADDED VALUE	8.833.678	8.855.912	8.878.362	8.901.031	8.923.921	8.947.035
Costi per il personale	8.729.470	8.738.199	8.746.937	8.755.684	8.764.440	8.773.204
EBITDA	104.208	117.713	131.425	145.347	159.482	173.831
<i>EBITDA Margin</i>	1,23%	1,38%	1,54%	1,70%	1,86%	2,02%
Ammortamenti e svalutazioni						
Accantonamenti	101.714	102.052	102.394	102.740	103.089	103.442
Proventi da partecipazioni						
Interessi ed altri oneri finanziari						
EBIT	2.495	15.661	29.031	42.607	56.392	70.389
<i>EBIT Margin</i>	0,09%	0,58%	1,07%	1,57%	2,08%	2,60%
Risultato della gestione finanziaria						
Risultato della gestione straordinaria						
Risultato ante imposte	2.495	15.661	29.031	42.607	56.392	70.389
Imposte dell'esercizio	696	4.369	8.100	11.887	15.734	19.638
Risultato netto	1.799	11.291	20.931	30.720	40.659	50.750

La proiezione nel tempo dei risultati porta ad un EBITDA nel 2018 superiore ai € 100mila fino a raggiungere nel 2023 un risultato ancora più positivo e superiore ai €170mila. Il risultato ante-imposte, a causa di accantonamenti su crediti ipotizzabili pari al 5% dei crediti maturati sul

valore della produzione (pari al 20% annuo) si riduce a poco più di € 2.000,00 fino a € 70.389 nel 2023.

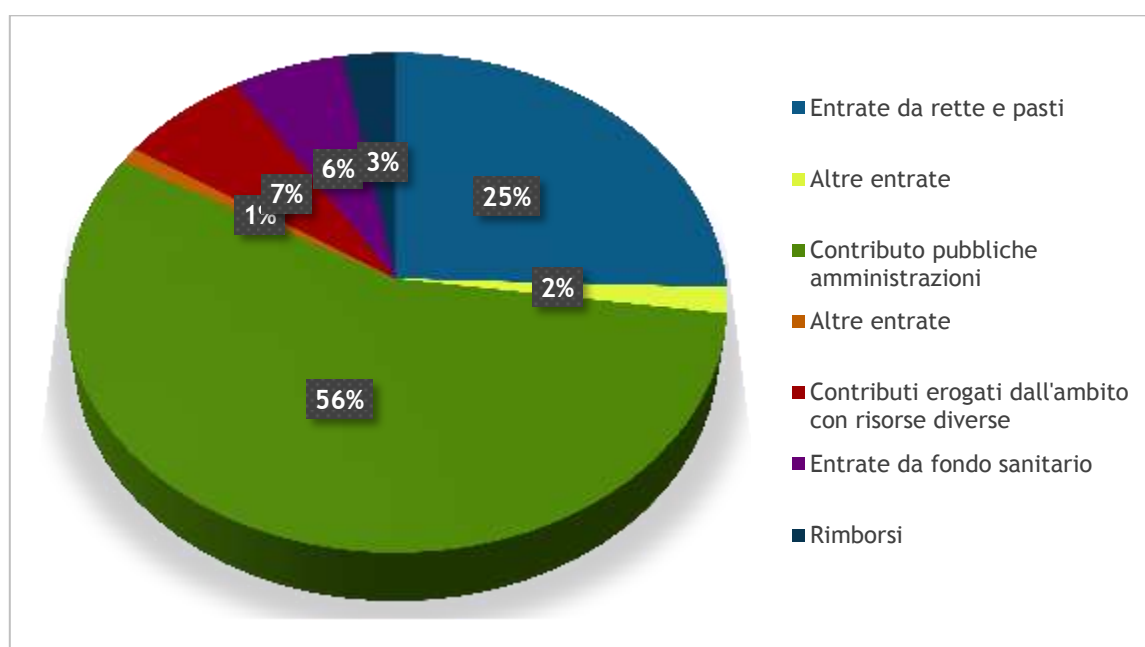


Key Financial Data – 2018/2023 (Valori in €)

	2018	2019	2020	2021	2022	2023
Valore della produzione	10.171.376	10.205.242	10.239.450	10.274.003	10.308.905	10.344.161
Valore Aggiunto	8.833.678	8.855.912	8.878.362	8.901.031	8.923.921	8.947.035
EBITDA	104.208	117.713	131.425	145.347	159.482	173.831

EBIT	2.495	15.661	29.031	42.607	56.392	70.389
Utile di esercizio	1.799	11.291	20.931	30.720	40.659	50.750

Valore della produzione per tipologia – Dati previsionali 2018



Personale

L'elaborazione del focus sul personale segue nel capitolo successivo.

Cash flow

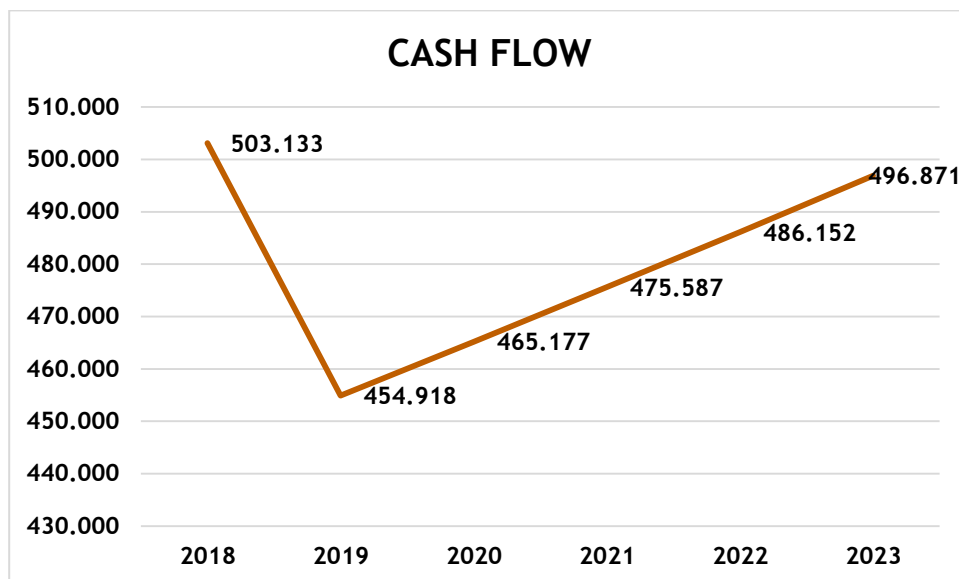
Una proiezione dei flussi finanziari evidenzia importanti generazioni di cassa in positivo che va da più di €500.000 del 2018 a valori inferiori ma

comunque in crescita negli anni successivi. I valori di cassa sono concepiti considerando i seguenti presupposti:

- Incasso ricavi vendite e prestazioni (rette) 70% anno in corso e 30% anno precedente
- Incasso corrispettivo contratto di servizio costante e al 100%
- Incasso altri ricavi 50% anno in corso e 50% anno precedente
- Pagamento servizi 80% anno in corso e 20% anno precedente
- Pagamento godimento beni terzi 50% anno in corso e 50% anno precedente
- Pagamento personale al 100%
- Pagamento oneri di gestione 80% anno in corso e 20 % anno precedente

Ne emerge il seguente quadro:

Flussi Finanziari valori in €	2018	2019	2020	2021	2022	2023
Ricavi Operativi						
<i>ricavi delle vendite e delle prestazioni</i>	8.460.746	8.491.115	8.521.817	8.552.857	8.584.238	8.615.965
<i>altri ricavi e proventi</i>	1.700.446	1.703.847	1.707.255	1.710.669	1.714.091	1.717.519
OPERATIONAL CASH IN	10.161.193	10.194.962	10.229.072	10.263.526	10.298.329	10.333.484
Costi Operativi						
<i>per servizi</i>	1.176.438	1.199.126	1.210.738	1.222.477	1.234.344	1.246.340
<i>per godimento di beni di terzi</i>	88.063	88.063	88.063	88.063	88.063	88.063
<i>per personale</i>	8.729.470	8.738.199	8.746.937	8.755.684	8.764.440	8.773.204
<i>quota TFR</i>	349.179	349.528	349.877	350.227	350.578	350.928
<i>oneri diversi di gestione</i>	59.695	59.815	59.935	60.054	60.174	60.295
OPERATIONAL CASH OUT	9.704.487	9.735.675	9.755.795	9.776.051	9.796.444	9.816.974
OPERATIONAL CASH FLOW	456.705	459.287	473.276	487.475	501.885	516.510
<i>Spese di impianto</i>	2.876					
<i>Aumenti di Capitale</i>	50.000					
<i>Imposte</i>	696	4.369	8.100	11.887	15.734	19.638
CASH FLOW	503.133	454.918	465.177	475.587	486.152	496.871



I flussi di cassa rispecchiano in termini positivi l'andamento dell'EBITDA, e non tengono conto di eventuali scelte significative di investimenti o di variazioni significative in termini tariffarie e ampliamento della platea di utenza o di costo.

Considerazioni conclusive

Se l'analisi effettuata fa emergere un quadro reddituale 2015 chiaramente non in positivo, data la natura a non rilevanza economica dei servizi in oggetto ed in conseguenza della compartecipazione al costo degli stessi da parte dei Comuni affidanti, il quadro previsionale dal 2018 della costituenda società mista che gestirà un numero molto importante di servizi sociali, presenta una redditività positiva, anche se prossima allo zero, con miglioramenti della performance nel corso delle annualità in esame, con un EBITDA che va dai € 104.000 ai € 173.000 del 2023. Sembra chiaro che i costi del personale – complessivamente inteso – incidano in maniera importante sulla redditività complessiva del nascente soggetto giuridico (87%).

Il soggetto giuridico genera un fatturato complessivo superiore ai 10 milioni di euro, generato per più del 56% dal corrispettivo del contratto di servizio che i Comuni dovranno stipulare con la società di servizi e che ammonta presumibilmente a € 5.700.000 annui. Se i costi di costituzione della Società ammontano a quasi € 3.000 una tantum, i costi di mantenimento della società invece richiedono un esborso annuo di circa a € 20.000.

Se si analizza il contributo delle macroaree alla redditività generale, si evidenzia che la “disabilità” ed i “servizi base” richiedono maggiori risorse.

L’impatto fiscale che la società genera ha particolare attenzione sulle imposte indirette, in particolare l’IVA.

In sintesi i Comuni dovranno contribuire a pagare la quota complessiva di € 5.700.000, come da contratto di servizio, sulla base dei criteri che saranno deliberati – nelle sedi deputate – dai medesimi Enti, nonché a versare la quota di capitale sociale di propria competenza, rispetto ad un capitale sociale minimo di € 50.000, sulla base di criteri parimenti deliberati concordemente dai Comuni interessati.

3.3 Valutazione dell'impatto fiscale

PREMESSA

Il progetto oggetto della nostra analisi fiscale prevede la costituzione di una Società a capitale misto (qui in avanti la "Società") - partecipata da 32 Comuni ed un soggetto privato, quale socio di minoranza - il cui scopo sarà di erogare i servizi sociali, intesi in senso ampio, affidati dai Comuni soci.

La Società potrà avere, nel dettaglio, la forma della S.P.A. o della S.R.L.

La Società genererà i propri ricavi attraverso la fatturazione delle attività rese in parte direttamente agli utenti finali e per la parte rimanente (la più rilevante) ai Comuni.

Al fine di determinare il trattamento fiscale applicabile ai pagamenti dei Comuni erogati a favore della società, è preventivamente necessario definire:

1. la natura dei pagamenti stessi e
2. la qualifica giuridica della Società.

Natura dei Pagamenti

Questi potrebbero essere considerati:

- quale integrazione del corrispettivo;
- aventi natura contributiva quale:
 - o controprestazione del servizio (in presenza di sinallagma);
 - o compartecipazione alla spesa meglio nota come copertura dei c.d. "costi sociali" (in presenza di sinallagma);
 - o concorso alla copertura del disavanzo gestionale (in assenza di sinallagma).

I pagamenti effettuati dai Comuni a favore della Società costituirebbero integrazione del corrispettivo già pagato dagli utenti.

Qualifica giuridica della Società

Le società di capitali (SPA ed SRL), come noto, svolgono attività cd. "commerciali" e come tali hanno finalità di lucro. Indipendentemente dal fatto che la società sarà partecipata da Enti Locali e dalla natura dei servizi erogati, riteniamo pertanto, alla luce delle informazioni attualmente in nostro

possesso, che questa non potrà rientrare in nessuna delle seguenti categorie come definite dalla normativa tributaria di riferimento:

- organismo di diritto pubblico;
- istituzione sanitaria riconosciuta che eroga assistenza pubblica
- ente avente finalità di assistenza sociale (nella definizione fiscale non sembra rientrarvi una società di capitali)
- ONLUS.

Tale annotazione diviene rilevante ai fini dell'analisi del corretto trattamento IVA da riservare ai singoli servizi come appresso indicato.

TRATTAMENTO TRIBUTARIO

La presenta analisi verterà sulla natura delle somme riconosciute a favore del soggetto erogatore del Servizio pubblico (nel nostro caso la "Società"), da parte degli Enti locali (i.e. i Comuni) sia ai fini delle imposte dirette che ai fini dell'IVA.

Imposte Dirette

Stante la Premessa, le somme erogate dai Comuni costituiscono voce tipica di "ricavo", ai sensi dell'art. 85, comma 1, lettera a) del TUIR, secondo gli ordinari principi della competenza economica di cui all'art. 109 del TUIR. La Società sarà pertanto soggetta a tutte le imposte previste per i soggetti che conseguono un reddito d'impresa ed altresì alle norme che ne disciplinano tutti gli aspetti connessi.

IVA

I pagamenti dei Comuni effettuati a titolo di integrazione delle tariffe, rette o delle quote dovute dall'utenza, anche per effetto di una diversificazione tariffaria in presenza di particolari condizioni soggettive (economico/sociali) dell'utenza medesima, si inquadrano nell'ambito dell'art. 13, comma 1, del DPR n. 633/72 quali integrazioni del corrispettivo (integrazioni connesse con i corrispettivi dovuti da altri soggetti: gli utenti).

Il regime IVA sarà quindi quello applicabile alla prestazione principale ovvero quella resa dalla Società alla sua utenza finale. Pertanto nel caso di servizio che risulterà essere esente, si applicherà l'esenzione, nel caso di servizio soggetto ad aliquota del 10% si applicherà l'aliquota del 10%, nel

caso di servizio fatturabile con IVA ordinaria (attualmente al 22%) andrà applicata quest'ultima aliquota.

Per agevolare l'utilizzazione delle informazioni, abbiamo predisposto uno prospetto riepilogativo (qui allegato) nel quale riportiamo il trattamento IVA applicabile ai servizi di cui al suo elenco.

Evidenziamo, tuttavia, che per alcuni servizi è prevista l'esenzione IVA al solo ricorrere contestuale di specifiche caratteristiche soggettive e oggettive; si rende pertanto necessario verificare preventivamente la sussistenza di tutte le condizioni richieste dalla normativa; in caso non sussistenti, infatti, i compensi per i servizi dovranno essere assoggettati ad IVA nel rispetto dell'applicazione dell'aliquota ordinaria (attualmente al 22%).

Nello caso oggetto della presente analisi, come già evidenziato in premessa, non ritenendo che la Società rientri in nessuna delle seguenti categorie:

- organismo di diritto pubblico;
- istituzione sanitaria riconosciuta che eroga assistenza pubblica

- ente avente finalità di assistenza sociale (nella definizione non rientra una società di capitali)
- ONLUS

non sarà possibile applicare l'esenzione per quei servizi rientranti nell'art. 10, comma 1, n. 27-ter del DPR 633/72 non ricorrendo, in capo alla Società, alcuna delle condizioni soggettive previste dalla normativa.

Conseguentemente le prestazioni rese, e quindi anche le integrazioni fatturate ai Comuni, saranno imponibili IVA con l'applicazione dell'aliquota ordinaria (attualmente 22%).

Alcune precisazioni sono d'obbligo.

L'art. 89, comma 7, lett. b) del decreto legislativo n. 117/2017 (recante il Codice del Terzo settore) ha modificato il richiamato art. 10, comma 1, n. 27-ter del DPR 633/1972, relativo alla disciplina dell'IVA.

Per effetto della revisione complessiva degli Enti del Terzo settore, nel quale rientrano, fra l'altro, le imprese sociali, non ci si riferisce più alle ONLUS, ma – più esattamente – agli *“Enti del terzo settore di natura non commerciale”*; resta invariato, invece, il riferimento agli *“organismi di diritto pubblico”*.

Quanto a quest'ultima figura, se è indubbio che la società mista sia organismo di diritto pubblico, ai fini dell'applicazione della disciplina sui contratti pubblici, ai sensi del decreto legislativo n. 50/2016 e ss. mm. (cfr. art. 3 sulle definizioni), tale principio non è stato chiarito ai fini dell'applicazione della disciplina tributaria.

Lo stesso Testo unico sulle partecipate (decreto legislativo n. 175/2016), oggetto di specifico esame nel precedente Capitolo 2, contempla le società a controllo pubblico e quelle a partecipazione pubblica, ma non ha introdotto una definizione – ai fini di quella disciplina di settore – di “organismo di diritto pubblico”.

Ad oggi va evidenziata, pertanto, una posizione dell'Amministrazione finanziaria e della giurisprudenza restrittiva in ordine all'applicazione della qualificazione di “organismo di diritto pubblico” ai fini tributari.

Del pari si segnala la recente sentenza n. 1017 del 22 febbraio 2016 della Commissione Tributaria Regionale della Lombardia, che ha messo in discussione la posizione dell'Amministrazione, ammettendo la qualificazione di organismo di diritto pubblico, ma limitatamente alla distinta figura della società *in house*, caratterizzata – come evidenziato nel richiamato Capitolo 2 – dal c.d. controllo analogo dei comuni soci, in quanto società interamente partecipata dagli enti locali.

Si rappresenta alle amministrazioni comunali l'opportunità, se non la necessità di verificare direttamente con l'Amministrazione finanziaria, eventualmente sulla base di apposito Interpello, la configurabilità anche delle società miste a prevalente capitale pubblico quali organismo di diritto pubblico ai fini tributari e, in caso positivo, a quali condizioni, in assenza – allo stato – di un principio di diritto positivo o di un precedente giurisprudenziale definitivo in tal senso.

Tale verifica preventiva risponde, infatti, a canoni di cautela, considerata la delicatezza e la rilevanza degli impatti di una scelta in tal senso.

Viceversa, la qualificazione della società mista in termini di “impresa sociale” consentirebbe di risolvere in radice la problematica dell'impatto IVA.

Infatti, se l'impresa sociale ha natura “non commerciale”, ai sensi dell'art. 79 del Codice del terzo settore, che si riporta per comprensione del testo ⁽⁵⁶⁾, rientrerebbe di diritto fra gli “Enti di terzo settore di natura non

⁵⁶ “ (...) 2. Le attività di interesse generale di cui all'articolo 5, ivi incluse quelle accreditate o contrattualizzate o convenzionate con le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, l'Unione europea, amministrazioni pubbliche straniere o altri organismi pubblici di diritto internazionale, si considerano di natura non commerciale quando sono svolte a titolo gratuito o dietro versamento di corrispettivi che non superano i costi effettivi, tenuto anche conto degli apporti economici degli

commerciale", di cui all'art. 10, comma, n. 27-ter e, dunque, opererebbe l'esenzione di natura soggettiva.

Il prospetto allegato, relativo all'impatto a fini IVA, riepiloga gli effetti avendo riguardo, da un lato, alla società mista a prevalente capitale pubblico

enti di cui sopra e salvo eventuali importi di partecipazione alla spesa previsti dall'ordinamento.

4. Non concorrono, in ogni caso, alla formazione del reddito degli enti del Terzo settore di cui al comma 5:

a) i fondi pervenuti a seguito di raccolte pubbliche effettuate occasionalmente anche mediante offerte di beni di modico valore o di servizi ai sovventori, in concomitanza di celebrazioni, ricorrenze o campagne di sensibilizzazione;

b) i contributi e gli apporti erogati da parte delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 per lo svolgimento delle attività di cui ai commi 2 e 3 del presente articolo.

5. Si considerano non commerciali gli enti del Terzo settore di cui al comma 1 che svolgono in via esclusiva o prevalente le attività di cui all'articolo 5 in conformità ai criteri indicati nei commi 2 e 3 del presente articolo. Indipendentemente dalle previsioni statutarie gli enti del Terzo settore assumono fiscalmente la qualifica di enti commerciali qualora i proventi delle attività di cui all'articolo 5, svolte in forma d'impresa non in conformità ai criteri indicati nei commi 2 e 3 del presente articolo, nonché le attività di cui all'articolo 6, fatta eccezione per le attività di sponsorizzazione svolte nel rispetto dei criteri di cui al decreto previsto all'articolo 6, superano, nel medesimo periodo d'imposta, le entrate derivanti da attività non commerciali, intendendo per queste ultime i contributi, le sovvenzioni, le liberalità, le quote associative dell'ente e ogni altra entrata assimilabile alle precedenti, ivi compresi i proventi e le entrate considerate non commerciali ai sensi dei commi 2, 3 e 4, lettera b), tenuto conto altresì del valore normale delle cessioni o prestazioni afferenti le attività svolte con modalità non commerciali. Il mutamento della qualifica opera a partire dal periodo d'imposta in cui l'ente assume natura commerciale (...).

con natura commerciale, dall'altro della società mista impresa sociale di natura non commerciale.

Nel primo caso (società mista di natura commerciale) l'impatto è superiore ai 900.000 euro annui, mentre nella seconda ipotesi (società mista impresa sociale di natura non commerciale) l'impatto può essere pari a zero (anche tenuto conto dell'esonero di tipo oggettivo per la gestione dei servizi relativa agli asili nido).

La configurabilità della società mista come impresa sociale, tuttavia, impatta sulla rappresentata volontà dei Comuni di costituire un veicolo a partecipazione maggioritaria pubblica.

Tale indirizzo, come in precedenza rilevato, trova un limite nell'art. 4 del decreto legislativo n. 112/2017 sull'impresa sociale; di conseguenza richiederebbe un'inversione di pesi in termini di partecipazione (ad esempio 51% socio privato e 49% soci pubblici).

A questo proposito, la domanda è se la "riduzione" del peso comunale in termini di partecipazione, evidentemente finalizzato a garantire il controllo sui servizi e sulla qualità della relativa esecuzione, possa essere comunque assoluta e con quali modalità.

Ad avviso di chi scrive la risposta è affermativa.

Non si dimentichi mai che i Comuni sono e restano sempre i titolari dei servizi affidati al gestore (società mista partecipata anche dai Comuni); i Comuni, pertanto, godono di penetranti e stringenti poteri di regolazione, declinabili nei seguenti atti:

- a) nelle delibere degli organi di indirizzi e di scelta nel modello gestionale dei servizi;
- b) nella fissazione degli OSP (obblighi di servizio pubblico);
- c) nella redazione degli atti di gara per la selezione del socio privato (bando, capitolato e disciplinare);
- d) nella predisposizione del contratto di servizio per l'affidamento del servizio;
- e) nella predisposizione dello Statuto della società mista, il cui schema deve essere allegato agli altri atti di gara;
- f) nella predisposizione di eventuali Patti parasociali;
- g) nell'esercizio dei poteri di vigilanza e di controllo sull'esecuzione del servizio, con la possibilità – nei casi previsti dal Codice dei contratti e dal contratto di servizio – di poter risolvere e/o dichiarare la decadenza della convenzione.

Ad avviso di chi scrive, i “presidi” sopra indicati appaiono francamente idonei a perseguire, nella sostanza, le medesime finalità del controllo pubblico societario, nella diversa ipotesi.

In ogni caso, val la pena ricordare che la partecipazione minoritaria dei Comuni alla società mista consente in ogni momento ai soci di poter accedere liberamente ai dati ed alle informazioni relativi allo svolgimento del servizio svolto dalla società e, per esso, dal socio privato-operativo.

Le considerazioni che precedono consentono, da ultimo, una valutazione comparativa delle due ipotesi di lavoro (società mista avente natura commerciale e società mista imprese sociale di natura non commerciale), tenendo nella debita considerazione i rispettivi profili di criticità e di utilità.

3.4 Focus sul personale

Impiegati amministrativi (€)

Servizio	N.Impiegati amministrativi	Costo
Asili Nido	3	21.219
Centri di Prima Infanzia	1	2.000
SAD	2	15.000
Servizi Sociali di Base	5	117.255

Tutela dei Minori	2	51.993
Assistenza educativa scolastica	1	ND
Centri Diurni Disabili	3	19.562
TOTALE	17	227.029

ND

Costo dipendente non disponibile



Dato parziale. Manca costo di dettaglio per una o più risorse

INFANZIA (€)

PROFILI PROFESSIONALI DEL PERSONALE	ASILI NIDO	CENTRI DI PRIMA INFANZIA
Ausiliario socio assistenziale	227.569	8.871
Educatore	405.328	
Educatore Professionale	346.246	224.290
Assistente all'infanzia	398.469	ND
Coordinatore d'area	178.599	-
Addetto servizio di pulizia	24.830	21.355
Assistente sociale	-	-
Psicologo	-	-
Caposquadra Giardiniere	-	-
Coordinatore di servizio	-	17.113
TOTALE	1.581.041	271.629

ND

Costo dipendente non disponibile



Dato parziale. Manca costo di dettaglio per una o più risorse

DISABILITA' (€)

PROFILI PROFESSIONALI DEL PERSONALE	CENTRI DIURNI DISABILI	ASSISTENZA EDUCATIVA SCOLASTICA DISABILI	COMUNITA' SOCIO SANITARIA DISABILI	COMUNITA' SOCIO EDUCATIVA DISABILI
-------------------------------------	------------------------	--	------------------------------------	------------------------------------

Ausiliario socio assistenziale	30.702			
Educatore	180.780	468.794		
Educatore Professionale	235.517	790.409		
Assistente all'infanzia				
Coordinatore d'area	53.746			
Psicologo	979	14.563		
Coordinatore di servizio	31.621	4.240		
Operatore socio sanitario	238.895	7.372		
Autista accompagnatore		5.565		
Fisioterapista	26.627			
Infermiere professionale	39.160			
TOTALE	838.029	1.290.943		

ND

Costo dipendente non disponibile



Servizio a costo zero



Dato parziale. Manca costo di dettaglio per una o più risorse

DOMICILIARITA' (€)

PROFILI PROFESSIONALI DEL PERSONALE	ASSISTENZA DOMICILIARE ANZIANI E DISABILI	CENTRI DIURNI DISABILI
Ausiliario socio assistenziale	931.914	
Educatore	ND	
Educatore professionale	1.520	
Coordinatore d'area	33.780	
Assistente sociale	ND	
Psicologo	1.052	

Coordinatore di servizio	21.280	
Operatore socio sanitario	ND	
TOTALE	989.546	



Dato parziale. Manca costo di dettaglio per una o più risorse

ND

Costo dipendente non disponibile

MINORI E FAMIGLIA (€)

PROFILI PROFESSIONALI DEL PERSONALE	ASSISTENZA DOMICILIARE MINORI	CRES	TUTELA DEI MINORI
Ausiliario socio assistenziale	227.363	6.500	-
Educatore	ND	86.000	ND
Educatore Professionale	64.241	-	32.120
Assistente all'infanzia	ND	-	-
Coordinatore d'area	11.884	-	149.014
Addetto servizio di pulizia	-	-	-
Assistente sociale	28.480	-	245.389
Psicologo	-	-	202.577
Coordinatore di servizio	ND	-	63.540
Fisiatra	-	-	1.687
TOTALE	331.968	92.500	694.328

ND

Costo dipendente non disponibile



Dato parziale. Manca costo di dettaglio per una o più risorse

**SERVIZI
SOCIALI DI
BASE (€)**

PROFILI PROFESSIONALI DEL PERSONALE	SSB	ACCOMPAGNAMENTO AL LAVORO	HOUSING SOCIALE	ACCOMPAGNAMENTO AL TRASPORTO PRESSO LE STRUTTURE
Ausiliario socio assistenziale	63.610			
Educatore	92.128			
Educatore Professionale	31.541			
Coordinatore d'area	34.243			
Assistente sociale	1.077.088			
Caposquadra Giardiniere	28.834			
Coordinatore di servizio	156.350			
Operaio Giardiniere	75.467			
Operaio generico	ND			
Operatore socio sanitario	24.757			
Autista accompagnatore	83.547			
TOTALE	1.667.564			

ND

Costo dipendente non disponibile



Servizio a costo zero

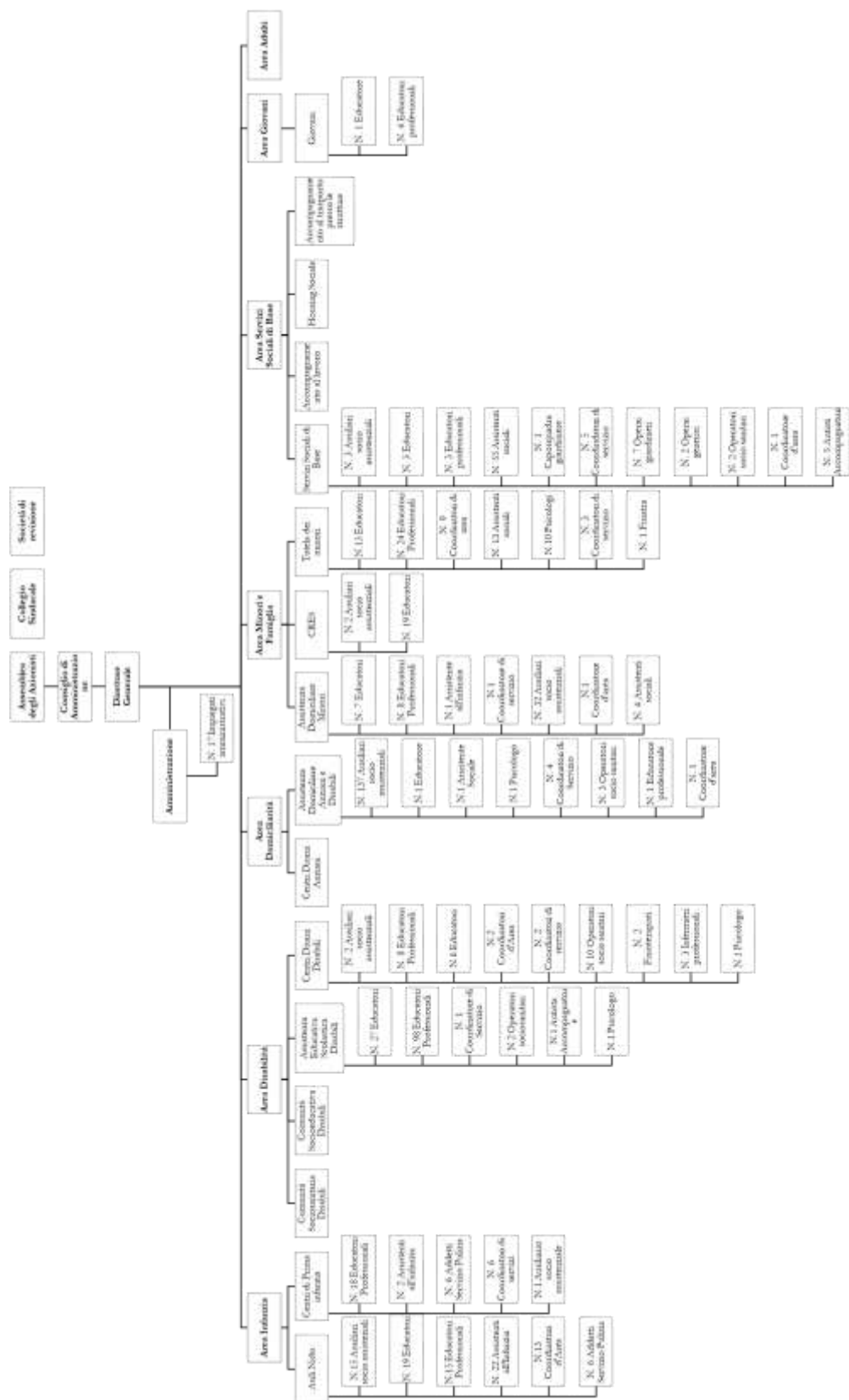


Dato parziale. Manca costo di dettaglio per una o più risorse

GIOVANI (€)

PROFILI PROFESSIONALI DEL PERSONALE	GIOVANI
Educatore	32.000
Educatore Professionale	69.424
TOTALE	101.424

Si illustra nella pagina seguente l'organigramma della Società mista.



3.5 Valutazione dell'impatto sociale

Al fine di incrementare l'efficacia degli interventi sarebbe utile adottare una valutazione sintetica degli obiettivi raggiunti, che periodicamente tenga conto dei risultati ottenuti e degli impatti prodotti sulla collettività.

Nel sistema integrato di servizi sociali del territorio lecchese (Famiglia e Territorio, Infanzia, Tutela dei minori e dei Legami familiari, Rete dei servizi per la Disabilità, Servizi integrati per la Domiciliarità) sarà bene tener conto dei temi da sviluppare ed approfondire che riguardano l'invecchiamento della popolazione, l'accoglienza e l'integrazione dei migranti, le politiche di sostegno di giovani e adulti in difficoltà, l'emergenza abitativa.

Sebbene sia complesso effettuare una valutazione che consideri in modo omogeneo le possibilità di misurazione dei risultati e soprattutto degli impatti generati dai servizi offerti nel territorio, di seguito si propone una serie di indicatori utili a stimare la rispondenza degli interventi agli obiettivi per ciascun servizio. In particolare, saranno elencati indicatori di risultato (output) e di impatto (outcome), i primi utili a misurare la quantità (o qualità) dei servizi sociali erogati nel territorio, i secondi per misurare il cambiamento sociale derivante dai servizi forniti. In dettaglio, per misurare l'impatto

bisognerebbe chiedersi “i risultati sono stati raggiunti?”, “i risultati realizzati sono stati compresi/apprezzati dagli stakeholder?”, “i risultati realizzati hanno valore per gli stakeholder?” “è stato ottenuto il cambiamento desiderato? In che misura?”.

Servizio Famiglia e Territorio

Alcuni indicatori di risultato per il Servizio Famiglia e Territorio possono essere:

- percentuale di utenti serviti rispetto al bacino di popolazione interessata
- aumento n. famiglie beneficiarie del servizio rispetto all'anno precedente
- n. di prese in carico integrate tra il Servizio Famiglia e Territorio e gli altri servizi sociali
- analisi qualitativa attraverso la misurazione del livello di gradimento del servizio oppure tempo medio di risposta
- n. contributi erogati alle famiglie
- n. pagamenti/integrazioni rette per asili nido
- n. esenzioni per i servizi comunali
- n. di collocamenti in strutture residenziali e semi-residenziali di persone in particolare stato di bisogno
- n. di richieste di pronto intervento soddisfatte in situazioni di emergenza
- n. segnalazioni al Giudice Tutelare delle situazioni a rischio

- n. progetti specifici per l'integrazione sociale di diverse di tipologie di persone (rifugiati, donne straniere, persone in esecuzione penale) realizzati sul totale dei progetti programmati
- livello di gradimento del servizio di trasporto e accompagnamento per minori, disabili, anziani e persone in situazione di fragilità
- n. di iniziative rivolte alla cittadinanza allo scopo di promuovere il benessere e l'attenzione alle fasce della popolazione in situazione di maggiore fragilità
- n. di iniziative di scambio intergenerazionale realizzate con cittadini anziani attivi
- percentuale di richieste di pasti a domicilio soddisfatte rispetto alle richieste totali
- n. di interventi di seconda accoglienza (housing sociale) per persone e nuclei familiari in situazioni di fragilità finalizzati a realizzare percorsi di autonomia abitativa
- n. di accessi ad alloggi in affitto per nuclei familiari con risorse economiche temporaneamente insufficienti.

Per tale Servizio gli indicatori di impatto possono essere:

- percentuale di famiglie sotto la soglia di povertà
- grado di visibilità del servizio nella comunità territoriale
- mantenimento e incremento del numero di richieste di accesso al servizio al fine di misurare la capacità di dare risposte ai bisogni della cittadinanza
- valutazione del miglioramento delle condizioni dell'utente rispetto al momento dell'inoltro della richiesta

- confronto tra gli effetti generati direttamente dal servizio e ciò che si sarebbe verificato in assenza del progetto in forza di fattori/variabili esterni.

Servizio Infanzia

Alcuni indicatori di risultato per il Servizio Infanzia possono essere:

- percentuale di utenti serviti rispetto al bacino di popolazione interessata
- aumento n. beneficiari del servizio rispetto all'anno precedente
- n. prese incarico integrate tra il Servizio Infanzia e gli altri Servizi sociali
- analisi qualitativa attraverso la misurazione del livello di gradimento del servizio oppure tempo medio di risposta
- n. progetti educativi realizzati
- n. attività di laboratorio di gioco organizzate
- n. progetti realizzati per l'inserimento di bambini disabili negli asili nido
- n. incontri formativi finalizzati allo sviluppo delle competenze genitoriali
- n. progetti realizzati rivolti a famiglie con fragilità
- n. di progetti condivisi con il Servizio Famiglia e Territorio, Servizio per la Tutela dei Minori e dei Legami Familiari e con la Rete dei Servizi per la Disabilità riguardanti situazioni familiari la cui complessità richiede l'intervento congiunto.

Per tale Servizio gli indicatori di impatto sociale possono essere:

- grado di visibilità del servizio nella comunità territoriale
- mantenimento e incremento del numero di richieste di accesso al servizio al fine di misurare la capacità di dare risposte ai bisogni della cittadinanza
- valutazione del miglioramento delle condizioni dell'utente rispetto al momento dell'inoltro della richiesta
- n. di asili nido in rapporto alla popolazione per la valutazione della distribuzione dei servizi sul territorio
- grado di differenziazione dell'offerta del servizio nido dal punto di vista dell'orario di apertura per valutarne la flessibilità rispetto ai tempi delle famiglie
- analisi delle capacità reddituali delle famiglie che accedono ai servizi prima infanzia al fine di valutare se tutte le fasce di reddito hanno accesso al servizio
- confronto tra gli effetti generati direttamente dal servizio e ciò che si sarebbe verificato in assenza del progetto in forza di fattori/variabili esterni.

Servizio per la Tutela dei Minori e dei legami familiari

Gli indicatori di risultato per il Servizio Tutela dei Minori e dei legami familiari possono essere:

- percentuale di utenti serviti rispetto al bacino di popolazione interessata
- aumento n. beneficiari del servizio rispetto all'anno precedente
- n. prese incarico integrate tra il Servizio Tutela dei Minori e dei legami familiari e gli altri Servizi sociali

- analisi qualitativa attraverso la misurazione del livello di gradimento del servizio oppure tempo medio di risposta
- n. prese in carico di minori stranieri non accompagnati
- n. di attività di Assistenza Domiciliare ai Minori svolti dagli educatori
- n. di incontri protetti effettuati
- tempo medio di risposta alle richieste di pronto intervento alle richieste di minori stranieri non accompagnati (collocamento del minore presso una famiglia affidataria di prima accoglienza)
- n. di Segnalazioni al Giudice Tutelare
- n. di collaborazioni con le Comunità di Accoglienza.

Per tale Servizio gli indicatori di impatto sociale possono essere:

- grado di visibilità del servizio nella comunità territoriale
- mantenimento e incremento del numero di richieste di accesso al servizio al fine di misurare la capacità di dare risposte ai bisogni della cittadinanza
- valutazione del miglioramento delle condizioni dell'utente rispetto al momento dell'inoltro della richiesta
- confronto tra gli effetti generati direttamente dal servizio e ciò che si sarebbe verificato in assenza del progetto in forza di fattori/variabili esterni.

Rete dei Servizi per la Disabilità

Gli indicatori di risultato per la Rete dei Servizi per la Disabilità e dei legami familiari possono essere:

- percentuale di utenti serviti rispetto al bacino di popolazione interessata
- aumento n. beneficiari del servizio rispetto all'anno precedente
- n. prese incarico integrate tra la Rete dei Servizi per la Disabilità e gli altri Servizi sociali
- analisi qualitativa attraverso la misurazione del livello di gradimento del servizio oppure tempo medio di risposta
- n. di progetti o di percorsi formativi avviati in favore di giovani soggetti disabili
- n. di percorsi avviati a sostegno dell'indipendenza e autonomia per le persone con disabilità
- n. di iniziative co-gestite con le associazioni del territorio (tempo libero, assistenza educativa scolastica, centri estivi, forme di sollievo familiare)
- n. di attività organizzate con le famiglie (colloqui, incontri)
- n. di attività di aggregazione organizzate durante le vacanze scolastiche rivolte agli adolescenti con disabilità
- n. di progetti integrati con le scuole
- n. di collaborazioni con il Servizio Collocamento Disabili del territorio
- n. di collaborazioni con le realtà dell'associazionismo e del volontariato.

Per tale Servizio gli indicatori di impatto sociale possono essere:

- grado di visibilità del servizio nella comunità territoriale
- mantenimento e incremento del numero di richieste di accesso al servizio al fine di misurare la capacità di dare risposte ai bisogni della cittadinanza

- valutazione del miglioramento delle condizioni dell'utente rispetto al momento dell'inoltro della richiesta
- confronto tra gli effetti generati direttamente dal servizio e ciò che si sarebbe verificato in assenza del progetto in forza di fattori/variabili esterni.

Servizi Integrati per la Domiciliarità

Gli indicatori di risultato per i Servizi Integrati per la Domiciliarità e dei legami familiari sono:

- la percentuale di utenti serviti rispetto al bacino di popolazione interessata
- aumento n. beneficiari del servizio rispetto all'anno precedente
- n. prese incarico integrate tra i Servizi Integrati per la Domiciliarità e gli altri Servizi sociali
- analisi qualitativa attraverso la misurazione del livello di gradimento del servizio oppure tempo medio di risposta
- n. di pasti a domicilio e in mensa distribuiti
- n. di attività di tutoring badanti
- n. di ore di formazione per assistenza domiciliare per persone con fragilità
- n. di buoni sociali erogati
- n. di interventi di accompagnamento ad anziani e famiglie con fragilità per la fruizione di servizi e per la gestione della quotidianità.

Per tale Servizio gli indicatori di impatto sociale possono essere:

- grado di visibilità del servizio nella comunità territoriale

- mantenimento e incremento del numero di richieste di accesso al servizio al fine di misurare la capacità di dare risposte ai bisogni della cittadinanza
- valutazione del miglioramento delle condizioni dell'utente rispetto al momento dell'inoltro della richiesta
- confronto tra gli effetti generati direttamente dal servizio e ciò che si sarebbe verificato in assenza del progetto in forza di fattori/variabili esterni.

Come indicato nel Capitolo 3, all'interno dell'Area di Lecco si intende introdurre il Servizio Giovani e il Servizio Adulti.

Gli indicatori di valutazione per il Servizio Giovani possono essere:

- percentuale di utenti serviti rispetto al bacino di popolazione interessata
- aumento n. beneficiari del servizio rispetto all'anno precedente
- n. prese incarico integrate tra il Servizio Giovani e gli altri Servizi sociali
- analisi qualitativa attraverso la misurazione del livello di gradimento del servizio oppure tempo medio di risposta
- n. di esperienze di formazione e aggiornamento delle competenze di giovani interessati all'inserimento lavorativo;
- n. esperienze laboratoriali pre-lavorative
- n. di tirocini in contesti lavorativi
- n. di incontri di orientamento e informazione tra scuole e aziende pubbliche o private o enti no-profit

- grado di visibilità del servizio nella comunità territoriale
- mantenimento e incremento del numero di richieste di accesso al servizio al fine di misurare la capacità di dare risposte ai bisogni della cittadinanza
- valutazione del miglioramento delle condizioni dell'utente rispetto al momento dell'inoltro della richiesta
- percentuale di assunzioni su curricula pervenuti
- confronto tra gli effetti generati direttamente dal servizio e ciò che si sarebbe verificato in assenza del progetto in forza di fattori/variabili esterni.

Gli indicatori di valutazione per il Servizio Adulti possono essere:

- percentuale di utenti serviti rispetto al bacino di popolazione interessata
- aumento n. beneficiari del servizio rispetto all'anno precedente
- n. prese incarico integrate tra il Servizio Adulti e gli altri Servizi sociali
- analisi qualitativa attraverso la misurazione del livello di gradimento del servizio oppure tempo medio di risposta
- n. di richieste provenienti da soggetti bisognosi di sostegno nella ricerca di un'occupazione
- n. di richieste di sostegno nel percorso di re-inserimento lavorativo
- n. di attività di accompagnamento e sostegno nella fase di transizione al lavoro (tutoring, colloqui individuali, accompagnamento e sostegno alla ricerca attiva del lavoro)
- grado di visibilità del servizio nella comunità territoriale

- mantenimento e incremento del numero di richieste di accesso al servizio al fine di misurare la capacità di dare risposte ai bisogni della cittadinanza
- valutazione del miglioramento delle condizioni dell'utente rispetto al momento dell'inoltro della richiesta
- valutazione del cambiamento della condizione lavorativa di chi ha inoltrato richieste di sostegno
- confronto tra gli effetti generati direttamente dal servizio e ciò che si sarebbe verificato in assenza del progetto in forza di fattori/variabili esterni.

Capitolo 4

DESCRIZIONE

DELL'ITER PROCEDURALE-

AMMINISTRATIVO

4. DESCRIZIONE DELL'ITER PROCEDURALE-AMMINISTRATIVO.

4.1. Il procedimento giuridico-amministrativo alla luce del Testo Unico sulle società partecipate.

Secondo la disciplina dettata dal Decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, la costituzione di una società pubblica consta di due momenti che devono essere necessariamente tenuti distinti: da un lato vi è, infatti, l'atto amministrativo mediante il quale l'Amministrazione Pubblica delibera la costituzione della società (seguito dall'avvio di una procedura ad evidenza pubblica per la scelta del soggetto privato laddove si intenda costituire una società mista a partecipazione pubblico-privata); dall'altro, l'atto costitutivo della medesima società, avente invece natura negoziale.

L'articolo 5, comma 1 del Testo Unico "Oneri di motivazione analitica" specifica che la delibera inerente la costituzione di una società a partecipazione pubblica mista deve essere motivata sia rispetto al perseguimento delle finalità istituzionali ed alle attività ammesse individuate dal precedente articolo 4 sia rispetto alle ragioni e finalità che giustificano la scelta.

La motivazione deve essere fornita anche rispetto alla convenienza economica alla possibilità di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato, ma non più – per effetto delle modifiche introdotte dall'art. 6 del

Decreto correttivo – rispetto alla destinazione alternativa delle risorse pubbliche impegnate. In altri termini, occorre motivare la scelta in questione soltanto in base alla convenienza economica ed alla sostenibilità finanziaria delle operazioni; analisi che devono essere sostenute da argomentazioni e piani economico-finanziari, e non più avendo riguardo ad ipotetiche soluzioni alternative.

Tale delibera è poi sottoposta a forme di consultazione pubblica – che per gli enti locali è effettuata secondo modalità dagli stessi stabilite – ed è inviata, per fini conoscitivi, alla competente Sezione Regionale di controllo della Corte dei Conti ed all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, per l’esercizio delle rispettive competenze di legge.

Il successivo articolo 7 detta la disciplina relativa alla costituzione della società, stabilendo che l’atto deliberativo di costituzione deve assumere la forma la forma del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, del provvedimento del competente organo della regione, della delibera del consiglio comunale ovvero della delibera dell’organo amministrativo dell’ente, a seconda che si tratti, rispettivamente, di partecipazioni statali, regionali, comunali o altre partecipazioni pubbliche.

Deve essere, quindi, pubblicato sui siti istituzionali dell’amministrazione partecipante.

Il medesimo articolo, al comma 5, precisa che in caso di partecipazione di privati al capitale sociale, la scelta del socio privato debba avvenire con procedure di evidenza pubblica (v. *infra*).

L'articolo 17 del Testo Unico contiene quindi specifiche disposizioni sulle società a partecipazione mista pubblico-privata.

La norma, al comma 1, non limita più la sua applicazione alle società miste costituite per la realizzazione e gestione di un'opera pubblica o di un SIG, avente ad oggetto esclusivo l'attività inerente l'appalto o la concessione, ma estende ora il suo ambito alle *"società a partecipazione mista pubblico locale"* a prescindere dal loro oggetto sociale. Come detto, in tali società la quota di partecipazione del soggetto privato non può essere inferiore al 30% del capitale e lo stesso deve essere selezionato mediante procedura ad evidenza pubblica a c.d. a doppio oggetto (sottoscrizione o acquisto partecipazione quote societarie da parte del privato e contestuale affidamento del contratto di appalto o concessione).

Il successivo comma 2 dispone che il socio privato deve altresì possedere i requisiti di qualificazione generali, speciali e di carattere tecnico ed economico-finanziario nonché prevede che l'avviso pubblico rechi, in allegato, la bozza dello statuto, gli eventuali accordi parasociali, nonché tutti gli elementi essenziali del contratto di servizio e dei disciplinari e regolamenti di esecuzione, quale parte integrante. La durata della partecipazione privata

nella società, non può essere superiore alla durata dell'appalto o della concessione per cui è stata costituita mentre lo statuto regola lo scioglimento del rapporto societario in caso di risoluzione del contratto di servizio.

Il provvedimento dispone, inoltre, al comma 4 che gli statuti delle società miste possono contenere specifiche previsioni, quali:

- per le società per azioni clausole in deroga alle disposizioni in materia di amministrazione della società nel sistema di *governance* tradizionale (articolo 2380-bis del codice civile) e di amministrazione della società nel sistema di *governance* dualistico (articolo 2409-novies del codice civile), onde consentire il controllo interno del socio pubblico sulla gestione dell'impresa;
- per le società per azioni la previsione dell'emissione di speciali categorie di azioni e di azioni con prestazioni accessorie, da assegnare al socio privato;
- per le società a responsabilità limitata può essere prevista l'attribuzione all'ente o agli enti pubblici soci di particolari diritti, ai sensi dell'articolo 2468, comma 3, del codice civile, ed eliminare o limitare la competenza dei soci (deroga all'articolo 2479, comma 1, del codice civile);
- per tutte le società i patti parasociali possono avere durata superiore a cinque anni, in deroga al codice civile, ma con non superiore alla durata del contratto per la cui esecuzione la società è stata costituita.

Al fine di ottimizzare la realizzazione e la gestione di più opere e servizi, anche non simultaneamente assegnati, il comma 5 dell'articolo 17 in commento prevede che la società può emettere azioni correlate ai sensi dell'articolo 2350, comma 2, del codice civile, o costituire patrimoni destinati ovvero essere assoggettata a direzione e coordinamento da parte di un'altra società.

Infine l'articolato prevede che alle società miste che non sono organismi di diritto pubblico, costituite per realizzare lavori, opere o servizi non destinati all'allocazione concorrenziale sul mercato, non si applicano le disposizioni del Decreto legislativo n. 50 del 2016 – limitatamente alla realizzazione dell'opera o del servizio per cui sono state costituite – se:

- 1) il socio è stato scelto con gara;
- 2) il privato ha i requisiti del Decreto legislativo n. 50 del 2016 relativamente all'attività per cui è stata costituita la società;
- 3) la società realizza direttamente l'opera o il servizio per più del 70% del relativo importo.

4.2. Il procedimento giuridico-amministrativo alla luce del Codice dei contratti pubblici.

Come anticipato, qualora sia prevista la partecipazione all'atto costitutivo di soci privati, è stabilito che questi siano scelti *“con procedure di evidenza pubblica a norma dell'articolo 5, comma 9, del Decreto legislativo n. 50 del 2016”*, il quale chiarisce che *“nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e gestione di un'opera pubblica o per l'organizzazione e la gestione di un servizio di interesse generale, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica”*.

Rispetto alle società interamente a capitale pubblico, pertanto, il procedimento di costituzione si arricchisce di un ulteriore momento, posto tra la deliberazione dell'amministrazione e la stipula dell'atto costitutivo, rappresentato appunto dalla procedura ad evidenza pubblica finalizzata alla selezione del socio privato.

Come noto, le procedure di evidenza pubblica sono disciplinate dal Codice dei contratti pubblici, il quale prevede anzitutto l'obbligo per le Pubbliche Amministrazioni di predisporre la programmazione biennale degli acquisti di beni e servizi nell'intento di ottenere una visione unitaria

sull'intero ciclo degli affidamenti, oltre che l'ottimizzazione delle risorse e il controllo delle fasi gestionali ⁽⁵⁷⁾.

Tale obbligo è previsto anche nel caso di costituzione di società a capitale misto pubblico-privato laddove l'articolo 21 stabilisce che *“Nell'ambito del programma, le amministrazioni aggiudicatrici individuano i bisogni che possono essere soddisfatti con capitali privati”*.

Il medesimo articolo prevede quindi che *“Le amministrazioni aggiudicatrici adottano il programma biennale degli acquisti di beni e servizi e il programma triennale dei lavori pubblici, nonché i relativi aggiornamenti annuali. I programmi sono approvati nel rispetto dei documenti programmatori e in coerenza con il bilancio.”*

Il comma 6, individua gli adempimenti connessi a carico delle amministrazioni, stabilendo che *“Il programma biennale di forniture e servizi e i relativi aggiornamenti annuali contengono gli acquisti di beni e di servizi di importo unitario stimato pari o superiore a 40mila euro. Nell'ambito del programma, le amministrazioni aggiudicatrici individuano i bisogni che possono essere soddisfatti con capitali privati. Le amministrazioni pubbliche comunicano, entro il mese di ottobre, l'elenco delle acquisizioni di forniture e servizi d'importo superiore a 1 milione di euro che prevedono di inserire nella programmazione biennale al Tavolo tecnico dei soggetti di cui all'articolo 9, comma 2, del decreto-legge 24 aprile*

⁵⁷ Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture (oggi Autorità Nazionale Anticorruzione), Determinazione n. 5 del 6 novembre 2013; considerazioni analoghe F. CARINGELLA - M. GIUSTINIANI, *Manuale di diritto amministrativo, IV I contratti pubblici*, Roma, 347.

2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89, che li utilizza ai fini dello svolgimento dei compiti e delle attività ad esso attribuiti. Per le acquisizioni di beni e servizi informatici e di connettività le amministrazioni aggiudicatrici tengono conto di quanto previsto dall'articolo 1, comma 513, della legge 28 dicembre 2015, n. 208" ⁽⁵⁸⁾.

Ulteriore adempimento dell'Amministrazione nell'atto di adozione o di aggiornamento dei programmi è l'individuazione del Responsabile Unico del Procedimento (RUP), sebbene l'articolo 31 stabilisca che la nomina del RUP, per le esigenze non incluse in programmazione, possa avvenire nell'atto di avvio di ogni singolo intervento.

L'obbligo di programmazione viene confermato anche al successivo articolo 32 laddove, al comma 1, si prevede che *"Le procedure di affidamento dei contratti pubblici hanno luogo nel rispetto degli atti di programmazione delle stazioni appaltanti"*. La disposizione prevede inoltre l'ulteriore obbligo a carico delle Pubbliche Amministrazioni che *"Prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici [...] decretano o determinano di contrarre , individuando gli*

⁵⁸ La Legge di Bilancio 2017 (Legge 11 dicembre 2016, n. 232 *"Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2017 e bilancio pluriennale per il triennio 2017-2019"*, pubblicata su GU Serie Generale n. 297 del 21 dicembre 2016 - Suppl. Ordinario n. 57), al comma 424 dell'articolo unico, contiene un'importante previsione in tema di predisposizione del programma degli acquisti di beni e servizi laddove pospone l'obbligo della predisposizione del programma e dei connessi adempimenti a carico del Responsabile Unico del Procedimento a far data dall'esercizio finanziario del 2018. Invero, il comma 424 chiarisce che *"l'obbligo di approvazione del programma biennale degli acquisti di beni e servizi, di cui all'articolo 21 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, in deroga alla vigente normativa sugli allegati al bilancio degli enti locali, stabilita dal testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e dal decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118, si applica a decorrere dal bilancio di previsione per l'esercizio finanziario 2018."*

elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte”.

La determina a contrarre rappresenta il primo atto fondamentale della procedura di gara in quanto con esso l’Amministrazione manifesta la volontà di attivare la procedura di affidamento e rendere palesi le ragioni per cui intende procedere, i presupposti giuridici ed i requisiti prescelti.

L’articolo 32, comma 2, prescrive infatti che la decisione di attivare una procedura di acquisto sia affidata ad uno specifico atto, ovvero alla “determinazione a contrarre”, con cui vengono obbligatoriamente individuati gli elementi essenziali del contratto, i criteri di selezione degli operatori economici e il criterio di aggiudicazione.

Gli elementi imprescindibili che la determina a contrarre deve contenere sono i seguenti:

- A) il fine di pubblico interesse che con il contratto si intende perseguire;
- B) l’oggetto del contratto – CIG e CUP;
- C) il valore economico (importo a base d’asta) specificando se comprensivo o meno di IVA;
- D) la forma del contratto (scrittura privata, convenzione ecc.);
- F) le clausole ritenute essenziali per la Stazione appaltante;
- G) la tipologia di procedura adottata;

H) i criteri di selezione da adottare (prezzo più basso oppure offerta economicamente più vantaggiosa).

A seguito della determina a contrarre, l'Amministrazione provvede alla pubblicazione del bando di gara e dei relativi allegati (disciplinare, capitolato speciale d'appalto, schema di contratto, eventuali fac-simile per le dichiarazioni che gli operatori devono rendere), con le modalità prescritte dall'articolo 75 del Codice.

Dalla pubblicazione degli atti di gara e fino alla scadenza del termine previsto per la presentazione delle offerte, l'Amministrazione gestirà eventuali richieste di chiarimenti degli operatori o procederà allo svolgimento del sopralluogo ove previsto dai documenti di gara, ecc.

Alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, l'articolo 77 prevede che la Stazione Appaltante (nel caso di scelta del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa) provveda a nominare la Commissione di gara che sarà chiamata a valutare l'offerta migliore tra quelle presentate dagli operatori.

L'esame delle offerte si svolge mediante sedute pubbliche e riservate volte alla verifica della documentazione amministrativa, tecnica ed economica presentata dai concorrenti, e segnatamente:

1. seduta pubblica per l'apertura della busta A amministrativa per la verifica della documentazione amministrativa;
2. (eventuale) richiesta di soccorso istruttorio nei casi previsti dall'articolo 83 del Codice in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi della domanda e del Documento di Gara Unico Europeo (con esclusione degli elementi dell'offerta tecnica ed economica);
3. pubblicazione dell'elenco delle esclusioni e delle ammissioni alle successive fasi di gara in base a quanto previsto dall'articolo 29 del Codice;
4. seduta riservata per l'esame dei progetti tecnici;
5. seduta pubblica per l'esame delle offerte economiche;
6. (eventuale) procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte ⁽⁵⁹⁾;
7. comunicazione relativa alle esclusioni ai sensi dell'articolo 76 del Codice;
8. pubblicazioni nella sezione "amministrazione trasparente" sul profilo del committente;
9. proposta di aggiudicazione ai sensi dell'articolo 33 del Codice sottoposta ad approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento della Stazione Appaltante e nei termini dallo stesso previsti; in mancanza il termine è pari a 30 giorni e decorre dal ricevimento della proposta di

⁵⁹ Si evidenzia che l'ANAC attribuisce al RUP la decisione definitiva sulla congruità dell'offerta, ma reputa legittimo che la Commissione funga da ausilio al RUP. Pertanto, dovendo la Commissione comunque formulare proposta di aggiudicazione, e quindi esprimere implicitamente un parere sulla congruità, si ritiene che sia legittimo demandare ad esse la seguente attività istruttoria: richiesta giustificazione, convocazione commissione in seduta riservata per esame, eventuale ulteriore contraddittorio con l'impresa fino a poter esprimere un giudizio di congruità/non congruità da sottoporre al RUP. Quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso si procede alla sorteggio di cui all'articolo 97 del Decreto legislativo n. 50 del 2016.

aggiudicazione (il termine è interrotto dall'eventuale richiesta di chiarimenti e la proposta si intende approvata in caso di inutile decorso dei termini suddetti);

10. aggiudicazione da parte dell'organo competente;

11. comunicazione dell'aggiudicazione ai sensi dell'articolo 76, comma 5 del Codice ai seguenti soggetti:

i) aggiudicatario;

ii) concorrente che segue nella graduatoria;

iii) tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara;

iv) offerenti esclusi che abbiano proposto ricorso o siano in termini per proporlo;

12. comprova dei requisiti dichiarati dall'aggiudicatario in sede di gara e, in particolare:

i) verifica sul possesso dei requisiti *ex* articolo 80 del Codice mediante sistema AVCPass e inserimento dell'apposito PassOE dell'operatore economico rispetto ai soggetti indicati al medesimo articolo 80, comma 3 (controllo casellari generali, DURC, iscrizione CCIAA, eventuale possesso SOA e certificazioni, ecc.);

ii) verifica sul possesso dei requisiti professionali ed economici *ex* articolo 83 del Codice mediante i mezzi di prova indicati dall'articolo 86 e dall'Allegato XVII al Codice;

13. adempimento degli obblighi informativi e di pubblicità di cui all'articolo 29 del Codice;
14. (eventuale) relazione unica sulla procedura di aggiudicazione ai sensi dell'articolo 99 del Codice per appalti di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 del medesimo Codice;
15. acquisizione e verifica della documentazione per la stipula del contratto (in tale momento dovrà essere acquisita la garanzia definitiva *ex* articolo 103, contratti di subappalto, atti costitutivi di Raggruppamenti Temporanei d'Impresa ecc.);
16. stipula del contratto ai sensi dell'articolo 32, comma 14 del Codice in una delle seguenti forme:
 - atto pubblico notarile informatico;
 - in modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna Stazione appaltante;
 - in forma pubblica amministrativa a cura dell'Ufficiale rogante della Stazione appaltante;
 - mediante scrittura privata;
 - (in caso di procedura negoziata ovvero per gli affidamenti di importo non superiore a 40.000 euro) mediante corrispondenza secondo l'uso del commercio consistente in un apposito scambio di lettere, anche tramite posta elettronica certificata o strumenti analoghi negli altri Stati membri;

17. comunicazione dell'avvenuta stipula del contratto ai sensi dell'articolo 76, comma 5, lettera d) del Codice.

CONCLUSIONI

Le considerazioni che precedono consentono, nei termini rassegnati nel presente Studio di Fattibilità ed alla luce della documentazione, delle informazioni e delle indicazioni ricevute dai Comuni committenti, di formulare la seguente conclusione.

Nello specifico, lo strumento che appare più idoneo a soddisfare le rappresentate esigenze dei Comuni dell'Ambito, ovverosia di dare continuità all'esistente modalità di gestione ed erogazione dei servizi sociali, caratterizzata dalla valorizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale, nonché della sinergia degli Enti del Terzo settore è quella della società mista pubblico-privata.

Essa, infatti, giuridicamente costituisce una figura tipica del c.d. partenariato pubblico-privato istituzionalizzato, che dunque agirebbe in continuità con la modalità della co-progettazione, rispetto alle altre modalità – pur legittime e astrattamente praticabili – della mera esternalizzazione mediante appalto, società in house ed azienda speciale.

Nella modalità dell'appalto, infatti, gli enti locali sarebbero meri regolatori e controllori sul gestore; nell'*in house* e nell'Azienda speciale i servizi dovrebbero essere svolti in proprio, senza coinvolgimento – se non in misura residuale, pena l'illegittimo utilizzo, in via sviata, di tali istituti – degli operatori privati.

In concreto, poi, la società mista, ipotizzata come a prevalente capitale pubblico, potrebbe avere la forma di SPA o di SRL.

Appare interessante, infine, approfondire – in caso di deliberazione da parte degli enti – l'ulteriore declinazione della società mista in *benefit corporation* o in impresa sociale, entro i limiti e con le modalità previste dalle corrispondenti discipline di settore e secondo quanto esposto nel presente Studio.

* * *

Lo Studio resta a disposizione per gli approfondimenti, le integrazioni ed i chiarimenti che dovessero risultare necessari.

Avv. Luciano Gallo

ALLEGATI

SCHEDE DI SINTESI

- 1) EXECUTIVE SUMMARY;**
- 2) IMPATTO REGIME IVA.**