

Carlo Emanuele GALLO

**DISTINZIONE TRA FUNZIONE DI REGOLAZIONE E FUNZIONE
DI GESTIONE A SEGUITO DEL REFERENDUM ABROGATIVO E
DOPO L'ART. 4 DEL D.L. 138/2011**

1. Premessa. – 2. Il regime dell'incompatibilità tra ruoli politici e di amministrazione. – 3. L'incompatibilità alla nomina di componente della Commissione di gara. – 4. Il ruolo e i compiti dell'organo di revisione dell'ente locale.

1. Premessa. – L'art. 4 del d. l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito in legge 14 settembre 2011, n. 148, ai commi 19 – 27 disciplina il regime delle incompatibilità tra ruoli politici e di amministrazione e le ipotesi di incompatibilità per l'assunzione dell'incarico di componente della commissione di gara; le disposizioni contenute nei commi ora ricordati corrispondono esattamente a quelle contenute ai commi 1 – 9 dell'art. 8 del d.p.r. 7 settembre 2010, n. 168, che costituiva il regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, a norma dell'art. 23 bis, comma 10, del cosiddetto Decreto Bersani (d. l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, in legge 6 agosto 2008, n. 133).

Il medesimo art. 4, al comma 18, disciplina il ruolo dell'organo di revisione, di cui agli artt. 234 e ss. del d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267, in caso di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali a società *in house* e in tutti i casi in cui il capitale sociale del soggetto gestore è partecipato dall'ente locale affidante: anche in questo caso, la disposizione riprende letteralmente quanto previsto al comma 10 dell'art. 8 dello stesso d.p.r. 7 settembre 2010, n. 168.

La riproduzione nel d. l. n. 138 del 2011 del disposto dell'art. 8 del precedente regolamento si giustifica in quanto, per effetto del referendum abrogativo dell'art. 23 bis del cosiddetto Decreto Bersani, celebrato il 12 e 13 giugno 2011, deve ritenersi travolto anche il regolamento di attuazione (così, I. RIZZO, *La disciplina dei servizi pubblici locali dopo il referendum*, in *Urbanistica e Appalti*, 2011, p. 899). Del resto, la stessa Corte Costituzionale, nell'ammettere il referendum sul servizio idrico, con la pronuncia n. 24/2011, ha espressamente affermato che, in caso di abrogazione della disciplina nazionale sul punto, si sarebbe applicata soltanto e direttamente la disciplina comunitaria.

E così, il d.p.r. n. 168/2011, che sul punto qui in questione aveva superato il vaglio di costituzionalità, perché il profilo non era stato dedotto, di cui alla sentenza 17 novembre 2010, n. 325, si è visto privato integralmente di contenuto per effetto del *referendum* successivo, salvo rinascere integro poco dopo nel d. l. n. 138 del 2011.

È evidente che il sistema delle fonti che emerge dalla sequenza di pronunzie dalla Corte Costituzionale, di intervento referendario e di scelte del legislatore è molto diverso da quello al quale eravamo originariamente abituati, anche, se, probabilmente, è più aderente alla volontà specifica degli elettori.

Per quanto qui interessa, il disposto normativo riprende l'esigenza che era già propria delle corrispondenti norme del regolamento del 2010 *“con l'obbiettivo di ridurre i possibili conflitti di interesse nel governo dei servizi e delle società pubbliche e di provare a sottrarre tali società alle ingerenze spesso ingiustificate della classe politica locale”* (così G.

PIPERATA, *La disciplina dei servizi pubblici locali negli ultimi interventi legislativi di stabilità economica*, in *Giornale dir. amm.*, 2012, p. 26), fondandosi sull'idea che *“la riuscita dell'intero processo di liberalizzazione e di privatizzazione dei servizi pubblici locali si deve basare sulla solidità ed efficacia del sistema di controllo e regolazione che oggi è spesso assente in enti che sono anche i soggetti proprietari delle società che gestiscono i servizi pubblici”* (così I. RIZZO, *I servizi pubblici dopo il d. l. 138/2011*, in *Urbanistica e Appalti*, 2011, p. 1401).

È da vedere se, così operando, il risultato verrà raggiunto: quello che è certo è che vengono confermate previsioni molto minute e specifiche, che rendono più complessa la gestione del servizio pubblico locale: la tendenza all'incremento della disciplina normativa, da parte del legislatore che regola la stabilità delle amministrazioni con rilevanza economica, vuoi del servizio pubblico, vuoi contrattuale, ha come effetto immediato una maggior complicazione del settore, senza che vi sia, per ora, l'effetto positivo della maggior trasparenza e del miglior funzionamento.

2. Il regime dell'incompatibilità tra ruoli politici e di amministrazione. – Le ipotesi di incompatibilità previste dall'art. 4 sono suddivisibili in due grandi categorie, a loro volta articolate in fattispecie distinte: la prima è quella relativa ai rapporti tra gli amministratori, ai dirigenti e ai responsabili dell'ente locale e l'attività di gestione; la seconda è relativa alla incompatibilità per il componenti della Commissione di gara per l'affidamento dei servizi pubblici locali.

La prima ipotesi è disciplinata, nelle varie fattispecie, ai commi 19 – 21.

Gli amministratori, i dirigenti e i responsabili degli uffici o dei servizi degli enti locali, nonché degli altri organismi, in qualunque modo qualificati, che espletano funzioni di stazione appaltante, di regolazione, di indirizzo e di controllo di servizi pubblici locali non possono svolgere incarichi inerenti la gestione dei servizi affidati da parte dei medesimi soggetti. Il divieto si applica anche nel caso in cui le funzioni in questione siano state svolte nei tre anni precedenti il conferimento dell'incarico inerente la gestione dei servizi pubblici locali. Il divieto opera anche nei confronti del coniuge, dei parenti e degli affini entro il quarto grado dei soggetti indicati nello stesso comma, nonché nei confronti di coloro che prestano o hanno prestato nel triennio, a qualsiasi titolo, attività di consulenza o di collaborazione a favore degli enti locali o dei soggetti che hanno affidato la gestione del servizio pubblico locale. Non possono, poi, essere nominati amministratori di società partecipate da enti locali coloro che nei tre anni precedenti alla nomina hanno ricoperto la carica di amministratore, di cui all'art. 77 del d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni, negli enti locali che detengono quote di partecipazione al capitale della stessa società.

Le ipotesi di incompatibilità sono piuttosto ampie, e, tenuto conto dell'obiettivo che la norma vuol raggiungere, e cioè evitare conflitti di interesse, la tradizionale impostazione, secondo la quale le cause di incompatibilità sono di stretta interpretazione, deve cedere il passo rispetto all'esigenza funzionale.

Nell'interpretazione delle formule di cui all'art. 4, perciò, si dovrà tener conto dell'esigenza che il legislatore ha voluto raggiungere, più che

della denominazione letterale utilizzata. Quanto detto è stato sostanzialmente ritenuto dalla Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato nel parere 20 luglio 2011, n. AS865, reso sul previgente d.p.r. 7 settembre 2010, n. 168, laddove ha ritenuto incompatibile la carica di assessore, che concretizza un'ipotesi di amministratore di ente locale a' sensi dell'art. 77 del d. lgs. n. 267 del 2000, e la carica di sindaco di una società a partecipazione pubblica che gestisca un servizio pubblico locale. L'Autorità ha ritenuto che la nomina di un assessore a sindaco di una società partecipata che gestisca il servizio viene a violare il criterio di separazione tra la funzione di indirizzo e controllo e la funzione di gestione, a' sensi del disposto del primo comma dell'art. 8 del d.p.r..

Con questa avvertenza, può procedersi alla disamina dell'art. 4.

Al primo comma, viene affermata, si è visto, l'incompatibilità tra coloro che svolgono funzioni all'interno dell'ente locale di regolazione, di indirizzo e controllo dei servizi pubblici locali con incarichi inerenti la gestione dei servizi affidati da parte dei medesimi soggetti. Poiché gli enti locali, con riferimento ai servizi pubblici, non possono che svolgere funzioni di regolazione, di indirizzo e di controllo, ciò significa che tutti coloro che nell'ente locale si occupano di servizi pubblici, con funzioni che comportino l'assunzione di responsabilità, e cioè la possibilità di adottare atto o di assumere comportamenti rilevanti all'esterno, o di adottare atti o assumere comportamenti causalmente rilevanti all'interno, non possono assumere incarichi relativi alla gestione dei servizi. L'incompatibilità vale, per quanto concerne l'ente concedente, per tutti gli amministratori, e cioè per tutti coloro che sono menzionati nell'art. 77 del d. lgs. n. 267 del 2000,

poiché tutti questi soggetti sono chiamati o individualmente o collegialmente ad occuparsi delle attività di regolazione, di indirizzo e controllo, nonché per i dirigenti ed i responsabili degli uffici o dei servizi degli enti locali che sono deputati ad occuparsi delle medesime funzioni. La norma deve essere interpretata in senso letterale e finalistico: se si procede in questo senso, ne consegue che non possono svolgere incarichi inerenti la gestione dei servizi affidati da parte degli enti locali tutti gli amministratori, tutti i dirigenti e tutti i responsabili degli uffici o dei servizi dell'ente locale; il comma 19, infatti, se si sottrae al medesimo l'espressione parentetica *“nonché degli altri organismi che esplicano funzioni di stazione appaltante, di regolazione, di indirizzo e di controllo di servizi pubblici locali”*, è tranciante nella sua formulazione. Non vi è differenza tra amministratori, dirigenti e responsabili degli uffici o dei servizi, poiché per tutti vale l'incompatibilità: si tratta di un regime rigido, poiché, mentre per gli amministratori si può immaginare un loro coinvolgimento diretto nelle funzioni di regolazione, di indirizzo e di controllo, per i dirigenti e i responsabili dell'ufficio o dei servizi questo coinvolgimento diretto non è ipotizzabile; ma, evidentemente, la disposizione ha voluto evitare che comunque che coloro che hanno nell'ente locale delle funzioni di rilievo, e possono perciò in qualche misura essere coinvolti in rappresentanza di questo ente, che ha l'incarico di regolazione, di indirizzo e di controllo, si trovino ad essere anche gestori dei servizi e quindi in qualche misura nella posizione di controllori-controllati. Il divieto vale anche per le funzioni svolte nei tre anni precedenti ed anche per i coniugi, i parenti e gli affini entro il quarto grado. La stessa regola vale nei confronti di tutti coloro che

prestano ed hanno prestato nel triennio precedente a qualsiasi titolo attività di consulenza o collaborazione in favore degli enti locali: si tratta di qualunque tipo di attività di consulenza e collaborazione, anche episodica, anche puntuale, volendosi escludere ogni e qualsivoglia possibile coinvolgimento in termini di conflitto di interessi. È evidente che la previsione è molto rigorosa, ma la medesima si giustifica proprio per le esigenze di cui prima si è detto: l'applicazione della norma potrà creare dei problemi negli enti locali di ridotte dimensioni, ma questo comporta semplicemente l'esigenza che i servizi pubblici locali siano gestiti con ambiti sufficientemente ampi, come, del resto, tutta la disciplina attuale prevede.

Con una disposizione più puntuale ancora, che però è esplicitazione delle disposizioni precedenti, il comma 21 afferma espressamente che non possono essere nominati amministratori di società partecipate da enti locali coloro che nei tre anni precedenti alla nomina hanno ricoperto la carica di amministratore negli enti locali che detengono quote di partecipazione al capitale della stessa società. Il disposto del comma 21 è, come si è detto, una specificazione di quanto già stabilito nel comma 19, ma ha una sua portata autonoma, in quanto vuol espressamente superare la possibile esclusione di causa di incompatibilità dipendente dal fatto che la nomina nella società partecipata viene fatta dallo stesso ente locale. L'esclusione dalla possibilità di nomina è radicale e volta ad affermare una totale separazione tra gli amministratori della società e gli amministratori del Comune.

3. L'incompatibilità alla nomina di componente della Commissione di gara. – Ai commi 22 - 26, il regime delle incompatibilità

viene riferito alle commissioni di gara; si tratta di una disciplina in buona parte corrispondente a quella prevista nell'art. 84 del Codice dei contratti pubblici.

I componenti della commissione di gara per l'affidamento della gestione di servizi pubblici locali non devono aver svolto né svolgere alcuna altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente alla gestione del servizio di cui si tratta. Coloro che hanno rivestito, nel triennio precedente, la carica di amministratore locale, di cui al comma 21, non possono essere nominati componenti della commissione di gara relativamente a servizi pubblici locali da affidare da parte del medesimo ente locale. Sono esclusi da successivi incarichi di commissario coloro che, in qualità di componenti di commissione di gara, abbiano concorso con dolo o colpa grave accertati in sede giurisdizionale con sentenza non sospesa, all'approvazione di atti dichiarati illegittimi. Si applicano ai componenti della commissione di gara le cause di astensione previste dall'art. 51 del Codice di Procedura civile. Nell'ipotesi in cui alla gara concorra una società partecipata all'ente locale che la indice, i componenti della Commissione di gara non possono essere né dipendenti né amministratori dell'ente locale stesso.

Le ipotesi di incompatibilità per i componenti la commissione sono da individuare in modo più articolato.

Va innanzitutto ricordato che, di per sé, gli amministratori locali non possono far parte delle commissioni di gara per l'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali, in virtù del principio della separazione tra indirizzo e gestione, stabilito in via generale dal d. lgs. n. 267 del 2000;

questo divieto viene esteso dall'art. 4 del d.l. anche a coloro che abbiano rivestito nel biennio precedente la carica di amministratore locale.

Per quanto concerne i dipendenti dell'ente locale, non possono essere componenti soltanto coloro che hanno svolto funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente alla gestione del servizio; possono, perciò, partecipare coloro che sono dirigenti o responsabili degli uffici dell'ente locale ma non si occupano della gestione del servizio di cui si tratta. È, quella di commissario, una incompatibilità perciò ridotta rispetto all'assunzione degli incarichi di gestione dei servizi di cui al comma 19. La previsione si giustifica poiché nella commissione è comprensibile che vi debbano essere o vi possano essere dei funzionari o dei dirigenti dell'ente locale che svolgono una funzione tecnica nell'interesse dell'ente medesimo. La possibilità per i dipendenti dell'ente locale di partecipare alla commissione è viceversa esclusa se alla gara concorre una società partecipata dall'ente locale (si tratta di un'ipotesi introdotta già nel d.p.r. n. 168 del 2010 su espressa richiesta formulata dal Consiglio di Stato nel parere della Sezione Consultiva Atti Normativi 24 maggio 2010, n. 2415/2010); il comma 26, nell'affermare questa incompatibilità, la estende anche agli amministratori, previsione questa però inutile perché, per quanto detto, gli amministratori non possono far parte della commissione di gara in generale.

Il comma 24 prevede poi una particolare ipotesi di incompatibilità per coloro che, come componenti di commissione di gara, abbiano concorso, con dolo o colpa grave accertato in sede giurisdizionale con sentenza non sospesa, all'approvazione di atti dichiarati illegittimi; si tratta di un'ipotesi

nuova da valutare con estrema attenzione: quello che è richiesto, perché sussista l'incompatibilità, non è, infatti, il fatto soltanto di aver adottato atti illegittimi, ma, invece, il fatto di avere adottato atti illegittimi, con dolo o colpa grave. Il dolo o la colpa grave possono essere stati accertati in sede giurisdizionale amministrativa, a fronte di una richiesta risarcitoria avanzata dal ricorrente, o in sede di giurisdizione contabile, a fronte di una richiesta risarcitoria avanzata dal Procuratore regionale della Corte dei Conti. Il dolo o la colpa grave devono essere stati accertati in sede giurisdizionale con sentenza anche non passata in giudicato, purché la sua esecuzione non sia stata sospesa: nel contenzioso giurisdizionale amministrativo la sospensione deve essere accordata dal giudice d'appello, mentre nel contenzioso contabile la sospensione dipende dal fatto stesso di avere impugnato la sentenza, opera perciò *ope legis*.

Ai componenti delle commissioni di gara si applicano, poi, in generale, le cause di astensione previste dall'art. 51 del Codice di procedura civile per i magistrati.

Il comma 27 ha previsto che l'incompatibilità e i divieti di cui ai commi dal 19 al 26 si applichino soltanto alle nomine e agli incarichi da conferire successivamente alla data di entrata in vigore del decreto: la previsione, che corrisponde al normale criterio della efficacia delle leggi nel tempo, non esclude, però, che il principio dell'incompatibilità possa comunque applicarsi anche a fattispecie precedenti, poiché il principio dell'incompatibilità comunque era già presente nel nostro ordinamento.

4. Il ruolo e i compiti dell'organo di revisione dell'ente locale. –

Come si è ricordato, l'art. 4 riprende il disposto dell'art. 8 del regolamento

anche per la valutazione dell'attività dell'organo di revisione. All'organo di revisione è attribuita una funzione particolare, che non è quella sua propria, ma è una sorta di vigilanza sul rispetto del contratto di servizio: non è detto che l'organo di revisione sia il più qualificato per lo svolgimento di questa attività, posto che l'organo di revisione ha una funzione in realtà diversa, di verifica della regolarità contabile, finanziaria ed economica della gestione. Deve ipotizzarsi, questo punto, che l'organo di revisione vede ampliata la sua funzione al riscontro del rispetto di tutti i profili del contratto di servizio, ma non in via esclusiva, bensì, ovviamente, con funzioni di collaborazione nei confronti degli organi, dei dirigenti e dei funzionari dell'ente locale ai quali questo compito spetta istituzionalmente.

Probabilmente, la norma ha voluto evitare i problemi conseguenti al fatto che, nel sistema dei contratti di servizio, la posizione di predominio dell'ente locale è ben più ridotta rispetto a quella che vi era nelle precedenti concessioni.