

LA RIFORMA DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI: APPUNTI A MARGINE DELL'ART.14 DEL DECRETO LEGGE N.269/2003.

di

Antonio Purcaro

Segretario del Comune di Villa d'Almè (Bergamo)

Con l'emanazione del decreto legge n.269 del 30 settembre 2003 "*Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici*", pubblicato in G.U. n.229 del 2 ottobre 2003 S.O. n.157, il Governo ha inteso porre mano alla riforma dei servizi pubblici locali introdotta dall'art.35 della legge 28 dicembre 2001 n.448, con la quale era stato innovato il testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali modificando l'art.113 ed inserendo l'art.113 bis.

L'art.14 del decreto legge, modifica gli artt.113 e 113 bis del testo unico, introducendo la nuova distinzione tra servizi "a rilevanza economica" e servizi privi di tale rilevanza, in luogo della precedente distinzione tra servizi "a rilevanza industriale" e servizi "privi di rilevanza industriale".

L'ente locale, nel rispetto della normativa di settore, provvederà all'erogazione dei servizi a rilevanza economica, mediante affidamento:

- a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica;
- b) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedura ad evidenza pubblica;
- c) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici¹ titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo

¹ La titolarità del capitale sociale pare riferibile all'ente locale tanto direttamente quanto indirettamente, come nel caso in cui della compagine societaria sia parte a sua volta una società a totale capitale pubblico locale partecipata dall'ente locale medesimo. La struttura formale delle società di capitali con partecipazione pubblica è indubbiamente quella civilistica, ci si può tuttavia interrogare circa la loro natura sostanziale. Ponendo mente a quanto detto in dottrina in ordine all'essenza della pubblicità (cfr. E. Casetta, Compendio di diritto amministrativo, 2003 Milano), si

analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano (così ad esempio il servizio raccolta rifiuti potrà essere gestito esclusivamente nel territorio dei comuni associati).

Sempre con riferimento ai servizi "a rilevanza economica", gli enti locali, anche in forma associata, nei casi in cui non sia vietato dalle normative di settore, potranno conferire la proprietà delle reti, degli impianti, e delle altre dotazioni patrimoniali, a società a capitale interamente pubblico, che è incredibile. Di dette società la disciplina previgente consentiva l'alienazione fino al 49% del relativo capitale sociale, ora invece tale possibilità viene preclusa.

Resta confermato l'obbligo per le società pubbliche costituite per l'erogazione dei servizi a rilevanza economica, che siano anche proprietarie delle reti e degli impianti, di procedere allo scorporo.

I servizi privi di rilevanza economica potranno invece essere gestiti nelle seguenti forme:

- a) in economia, quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio non sia opportuno procedere diversamente;
- b) a mezzo di istituzione;
- c) a mezzo di azienda speciale, anche consortile;
- d) mediante affidamento a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.;
- e) a mezzo di associazione o fondazione, costituita o partecipata dall'ente locale medesimo, limitatamente ai servizi culturali e del tempo libero.

deve affermare che ricorre ente pubblico laddove lo statuto della società implichi la impossibilità di uno scioglimento: infatti, l'esistenza e la destinazione funzionale della società sono predeterminate con atto amministrativo e rese indisponibili alla volontà dei propri organi deliberativi.

Mentre la disciplina previgente demandava ad un regolamento ministeriale² la ricognizione dei servizi “a rilevanza industriale”, il decreto legge, invece, affida all’interprete l’individuazione in concreto della disciplina da applicare.

L’interprete deve dunque ricercare nell’ordinamento un significato univoco alla “rilevanza economica”. E’ indubbio, infatti, che tale nozione si richiama al concetto economico di imprenditore. Il riferimento, allora, non può che andare all’art.2082 del cod.civ., secondo il quale “è *imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi*”.

L’impresa è attività economica. E’ convincimento diffuso che tale qualificazione legislativa sia priva di autonomo rilievo e non individui un elemento caratterizzante ulteriore rispetto agli altri enunciati dall’art.2082. Si ritiene, infatti, che nell’art.2082, “attività economica” sia sinonimo di “attività produttiva” e perciò altro non significhi che attività rivolta alla produzione od allo scambio di beni o servizi. Questa conclusione riduttiva non può essere condivisa. Nell’art.2082 l’economicità è richiesta in aggiunta allo scopo produttivo dell’attività; quindi al concetto di “attività” economica può e deve essere recuperato un proprio ed autonomo significato. Invero, ciò che qualifica un’attività come economica non è solo il fine produttivo cui essa è indirizzata. E’ anche il modo, il metodo con cui essa è svolta. L’attività produttiva può dirsi condotta con metodo economico quando è tesa al procacciamento di entrate remunerative dei fattori produttivi impiegati; quando è svolta con modalità che consentono nel medio-lungo periodo la copertura dei costi con i ricavi, altrimenti si ha consumo e non produzione di ricchezza. Questo significato dell’espressione attività economica è chiaramente presente agli aziendalisti, che su di esso fondano la

² Il Consiglio di Stato, con la sentenza della Sezione V, 6 maggio 2003 n.2380 era intervenuto in questa materia, ritenendo che l’omessa emanazione del regolamento governativo non impedisse l’applicazione della disciplina, sostenendo che “*l’individuazione dei servizi di rilevanza industriale per via regolamentare assolve, inoltre, una funzione meramente ricognitiva e dichiarativa (e non costitutiva del relativo regime giuridico), sicchè in mancanza di questa catalogazione, alla definizione della natura del servizio può certamente procedere l’interprete, che si limiterà così a qualificare l’oggetto della disposizione e non ad integrarne il precetto*”.

distinzione tra aziende di erogazione ed aziende di produzione. E' altresì recepito sul piano legislativo per gli enti pubblici. La produzione di beni e servizi da parte degli stessi intanto è qualificabile quale attività imprenditoriale in quanto essi siano per legge tenuti ad operare secondo criteri di economicità³. Questo è il significato che si deve attribuire all'espressione "attività economica". Nella nozione generale di imprenditore per aversi impresa è perciò essenziale che l'attività produttiva sia condotta con metodo economico secondo modalità che consentono quanto meno la copertura dei costi con i ricavi ed assicurino l'autosufficienza economica. Dati questi da valutare oggettivamente, sulla base di indici esteriori percepibili dai terzi e con riferimento all'attività nel suo complesso e non ai singoli atti di impresa. Non è perciò imprenditore chi, soggetto pubblico o privato, produca beni o servizi che vengono erogati gratuitamente o a "prezzo politico", tale cioè da far oggettivamente escludere la possibilità di coprire i costi con i ricavi. Così, non è imprenditore l'ente pubblico o l'associazione privata che gestiscono gratuitamente o a prezzo simbolico un ospedale, una scuola, una mensa ecc... E' invece imprenditore chi gestisce i medesimi servizi con metodo economico (copertura dei costi con i ricavi) anche se ispirato da un fine pubblico o ideale ed anche se, ovviamente, le condizioni di mercato non consentono poi, in fatto, di remunerare i fattori produttivi.

Neanche lo scopo di lucro è essenziale per qualificare l'attività di impresa; il nostro ordinamento conosce infatti l'impresa cooperativa e l'impresa consortile, laddove l'esercizio dell'attività, pur perseguito con metodo economico, è orientato verso altri fini quali la mutualità.

Quindi l'operatore potrà qualificare quali servizi a rilevanza economica, tutti quei servizi pubblici locali assunti dall'ente, che siano gestiti con metodo economico, laddove la tariffa richiesta all'utente assolve allo scopo di coprire integralmente i

³ Tale accezione del concetto di economicità va tenuto distinta dal principio di economicità del procedimento amministrativo introdotto dalla legge n.241/1990. In tale enunciazione l'economicità si traduce nell'esigenza di non aggravamento del procedimento se non per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria.

costi di gestione. Laddove invece i costi del servizio siano coperti facendo ricorso alla fiscalità generale ovvero applicando tariffe con lo scopo di esigere una mera compartecipazione dell'utenza, al servizio in questione andrà applicata la disciplina dettata dall'art.113 – bis.

Tale conclusione è rafforzata dalla abrogazione del comma 4, dell'articolo 113-bis, laddove tra le forme di gestione dei servizi privi di rilevanza industriale veniva prevista la possibilità “*quando sussistano ragioni economiche*” dell'affidamento a terzi. Dal momento in cui il servizio non viene gestito con metodo economico tale modalità di gestione perde di significato.

Chiarito il significato da attribuire al concetto di “rilevanza economica” così introdotto, occorre concentrare l'attenzione del lettore sulle altre novità contenute nel decreto legge.

L'apertura al mercato, nella forma della “concorrenza per il mercato” viene temperata dalla previsione della possibilità di affidamento dei servizi pubblici locali a società partecipate dagli enti locali medesimi.

L'abrogazione del comma 5 dell'art.35, che consentiva agli enti locali, con riferimento alla gestione del servizio idrico-integrato, di affidarne, seppure in via provvisoria, la gestione a società pubbliche, quale alternativa alla gara, si giustifica, appunto, con la riscrittura dell'art.113, che ora ammette, anche stabilmente, di gestire un servizio a rilevanza economica, a mezzo di affidamento a società interamente pubbliche.

Questa facoltà, incontra tuttavia il proprio limite nel fatto che a tali società viene impedita qualsiasi attività extra-territoriale.

La previsione delle Società a partecipazione pubblica tra le forme di svolgimento dei servizi pubblici locali ha portato i valori privatistici a confrontarsi con un istituto, quello del servizio pubblico, che è parte notevole della storia degli Enti Locali.

La scelta compiuta, in verità, non era stata chiarissima, incerta tra il mantenimento dei servizi pubblici nell'alveo degli enti locali ancorché in veste di azionisti e la definitiva dismissione dei servizi pubblici a vantaggio del mercato.

L'ente locale azionista è venuto invero a soffrire di una crisi di identità, diviso tra le concrete e consuete esigenze e finalità di erogare il servizio ai cittadini e quelle nuove, ma non meno concrete, di accrescere il valore della sua partecipazione societaria. In questa doppia posizione dell'ente locale, erogatore di servizi ed azionista di società, sono emerse anche aspirazioni più marcatamente finanziarie e speculative che hanno spinto gli enti locali verso operazioni diverse da quelle pensate dal legislatore e talvolta anche velleitarie.

Occorre invece enfatizzare il vincolo funzionale che lega, deve legare, la società all'ente locale che l'ha costituita o la partecipa, e impedire quindi l'assunzione di gestioni extra-territoriali laddove ciò comporti la sottrazione di parte rilevante dell'organizzazione societaria alle esigenze della comunità locale.

È evidente quindi che mal si concilia, con questo spirito di servizio alla comunità, la logica, tutta imprenditoriale della conquista di nuovi mercati o l'ingresso in altre società operanti fuori dal territorio dell'ente locale di riferimento.

Tuttavia la norma prefigura una soluzione intermedia, tra l'apertura al mercato e l'affidamento diretto a società a capitale interamente pubblico, laddove consente all'ente locale di conferire la titolarità del servizio a rilevanza economica a società miste nelle quali però il socio privato venga scelto con procedura ad evidenza pubblica. A tale società non viene inibita l'attività extra-territoriale.

Il legislatore inoltre, nell'ambito dei servizi "a rilevanza economica" non si preoccupa di definire il livello di partecipazione pubblica, potendo la società mista essere sia a prevalente capitale pubblico locale, che con capitale pubblico locale minoritario.

E' rimessa, inoltre, al prudente apprezzamento dell'ente locale, la scelta tra i diversi modelli delle società di capitali, potendo la società pubblica assumere sia la forma della società per azioni che quella della società a responsabilità limitata.

L'introduzione così operata tra servizi a rilevanza economica e servizi privi di tale rilevanza, incide anche sulla portata dell'art. 116 del testo unico.

L'art.116, consente agli enti locali, per l'esercizio di servizi pubblici di cui all'art.113 bis (servizi privi di rilevanza economica) e per la realizzazione delle opere necessarie al corretto svolgimento del servizio, nonché per la realizzazione di infrastrutture ed altre opere di interesse pubblico, che non rientrino, ai sensi della legislazione statale e regionale, nelle competenze istituzionali di altri enti, di costituire apposite società per azioni senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria anche in deroga a disposizioni di legge specifiche.

La lettura sistematica in combinato disposto degli artt.113-bis e 116, rileva all'interprete, come il campo di azione delle società minoritarie disciplinate dall'art.116, sia stato ristretto.

Nessuna novità di rilievo viene introdotta dal decreto con riferimento alle società di trasformazione urbana.

Il decreto legge incide anche sulla disciplina del periodo transitorio. Difatti, mentre la disciplina previgente rimandava al regolamento attuativo la definizione del periodo di transizione al nuovo regime, il decreto indica nella data del 31 dicembre 2006 il termine finale, senza necessità di alcuna deliberazione da parte dell'ente locale affidante, delle concessioni rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica, nonché degli affidamenti a società miste, laddove il socio privato non sia stato scelto con gara, e degli affidamenti a società interamente pubbliche, laddove tali soggetti non realizzino la parte più importante della propria attività a favore degli enti locali partecipanti.

Con riferimento infine ai servizi privi di rilevanza economica, la novella, oltre ad escludere la possibilità di affidamento a terzi, esclude, fatto salvo il disposto di cui all'art.116, anche la possibilità di affidarne la gestione a società miste. La scelta del modulo societario per i servizi privi di rilevanza economica postula sempre e comunque società a capitale interamente pubblico.

Come già previsto dall'art.29 della legge 28 dicembre 2001 n.448⁴, il modello della società, nell'ambito dei servizi privi di rilevanza economica, potrà essere utilizzato dagli enti locali per operazioni di “outsourcing” (esternalizzazione) di attività prima gestite all'interno ovvero per affidamenti “in house” di appalti di beni e servizi⁵, oppure ancora per affidare a tali società funzioni di “general contractor”⁶.

La gestione dei servizi sociali, ed alla persona in genere, quando non rivestano rilevanza economica, tali da poter essere gestiti nelle forme previste dell'art.113, potranno essere gestiti, oltre che in economia, anche attraverso la creazione di una istituzione, ovvero attraverso la costituzione di un'azienda speciale.

E' questo il caso delle c.d. “aziende sociali” previste dalla legge 328/2000. Laddove i servizi sociali vengono gestiti in forma associata, come ad esempio per l'attuazione dei Piani di zona previsti dalla legge di riforma dei servizi sociali, ben potranno gli enti locali, costituire allo scopo una azienda consortile.

Quanto ai servizi culturali e del tempo libero⁷, il decreto legge conserva la possibilità, per l'ente locale, di affidarne la gestione ad associazioni o fondazioni costituite o partecipate dall'ente stesso. Così per la gestione della biblioteca, del museo civico, o del teatro, l'ente locale potrà dar vita ad una istituzione, oppure creare una fondazione o far nascere un'associazione ad hoc.

⁴ L'art.29, comma 1, lett.b) della Legge 28.12.2001 n.448, prevede che le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e quindi gli enti locali, sono autorizzate, anche in deroga alle vigenti disposizioni, a condizione di ottenere conseguenti economie di gestione, a costituire, soggetti di diritto privato ai quali affidare lo svolgimento di servizi, svolti in precedenza in forma diretta.

⁵ Ad esempio più comuni potrebbero costituire una società di capitali cui affidare l'attività di informatizzazione degli enti locali medesimi.

⁶ Per un approfondimento cfr. Roberto Mangani, “*General contractor anche per i servizi. Palazzo Chigi va in gestione ai privati*”, in Edilizia e Territorio, n.38/2003.

⁷ La riforma fa salvo il disposto di cui all'art.90 della legge n.289/2002, che, quale legge speciale, appunto, prevede la possibilità, per gli enti locali, di affidare la gestione degli impianti sportivi di proprietà comunale alle associazioni sportive presenti sul territorio: ciò anche se non partecipate dall'ente locale medesimo.

Dalla prima lettura del decreto legge emerge come la disciplina dei servizi pubblici locali non abbia ancora trovato un approdo definitivo. La delega contenuta nella legge 5 giugno 2003 n.131, per l'adeguamento delle disposizioni ordinamentali in materia di enti locali alla riforma costituzionale operata con la legge n.3/2001 e per l'individuazione delle funzioni fondamentali di comuni e province, sarà l'occasione per una ulteriore rivisitazione delle materia.

Del resto occorre infine rilevare come già diverse Regioni, tra queste la Lombardia⁸, abbiano in cantiere l'approvazione di una propria legge in materia di disciplina dei servizi pubblici locali.

Brembate di Sopra, 10 ottobre 2003

ANTONIO PURCARO

⁸ Giovanni Bordoni, "La ricetta lombarda per i servizi pubblici locali", in Strategie amministrative n.8/2003.