



Consiglio Nazionale
dei Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili

documento

I SERVIZI PUBBLICI LOCALI

maggio 2010





A cura delle Commissioni

“Servizi pubblici” e “Governance delle partecipate”

Presidenti

Giuseppina Greco

Davide Di Russo

Componenti

*Giosuè Nicoletti
Marcello Barbaro
Domenico Basile
Antonio Colantuoni
Antonio D’Addio
Paolo Longoni
Silvio Maiga
Sabato Sessa
Enrico Terzani*

*Alberto PIANESE
Roberto Camporesi
Giuseppe Cardelli
Alberto Gusmeroli
Gianfranco Masci
Martino Pastore
Gustavo Ravaioli
Renato Satta
Giuseppe Venneri
Andrea Ziruolo*

Segreteria tecnica

Mara Oliverio

Mandato 2008-2012

Area di delega

Consigliere Delegato

Consiglieri Co-Delegati

Enti pubblici

Giosuè Boldrini

Andrea Bonechi - Marcello Danisi



Indice

SPL:cosa sono	5
Interventi Riformatori	7
La legge 133/2008	10
Cosa fa la Commissione SPL del CNDCEC.....	11





SPL: cosa sono

Le Pubbliche Amministrazioni non si sono limitati ad imporre o vietare certi comportamenti piuttosto che altri, ma hanno invece dato vita ad importanti opere, come strade, ponti e acquedotti e nei secoli più recenti anche scuole, ospedali, vie per il trasporto e la comunicazione. Ed è ai pubblici poteri che si deve, almeno in Europa, la creazione di ferrovie, poste, telefoni, reti elettriche ed altre imprese simili.

Da sempre si tenta di spiegare le ragioni dell'intervento pubblico nell'economia, ragioni che trovano fondamento tanto in campo economico, quanto in ambito giuridico. Negli anni è stato chiarito come il mercato non sia sempre in grado di autoregolarsi, come postulato dalle teorie smithiane, né possa sempre offrire situazioni ottimali di allocazione delle risorse, secondo quanto contenuto nei dogmi dell'efficienza paretiana che si diffusero all'inizio del ventesimo secolo.

Perché, in realtà, le dinamiche dell'economia sono invece soggette ai c.d. fallimenti di mercato, situazioni in cui il gioco del libero scambio, da solo, non basta a raggiungere l'ottima (e forse neanche la sufficiente) allocazione delle risorse. Ed ecco allora che diviene necessario l'intervento dei pubblici poteri, teso a rimediare a tali imperfezioni, a compensare gli inevitabili squilibri che il mercato, rimesso alla libera iniziativa economica individuale dei privati, non è in grado di gestire:

infatti, lo Stato-gestore è sempre riuscito ad occuparsi di quei settori in cui all'imprenditore privato non conviene operare, oppure in quei casi in cui non conviene ai cittadini che sia un privato ad operare, facendosi carico di fornire beni e servizi indispensabili alla comunità.

L'inestricabile simbiosi tra natura pubblica dell'interesse da soddisfare e natura pubblica del soggetto abilitato ed obbligato al suo appagamento è alla base dei servizi pubblici in Europa.

Sevizi postali, ferroviari e telefonici nacquero come attività pubbliche anzitutto a causa degli ingenti investimenti necessari in partenza.

L'emergere di bisogni sempre più complessi da parte della collettività, legato alla progressiva evoluzione della Società e delle sue dinamiche, ha fatto in modo che la Pubblica Amministrazione, da mero "dispensatore di prestazioni", divenisse un vero e proprio responsabile della fornitura di servizi essenziali nella vita di ciascun individuo-cittadino. La P.A. ha dovuto evolversi, riorganizzando il proprio assetto ed informando la propria struttura a criteri di economicità, efficienza, efficacia e trasparenza, alla stregua di una vera e propria "azienda" privata.



Ma è con riferimento all'attività amministrativa svolta dagli enti territoriali che nasce la nozione di "Servizio Pubblico Locale".

La più esaustiva e chiara definizione di tale concetto la ritroviamo senz'altro nel Tuel del 2000, che all'articolo 112 indica che sono appunto gli Enti Locali a provvedere alla gestione di quei servizi pubblici che "abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali". Nel 2001, poi, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha puntualizzato¹ che per "servizio pubblico" debba intendersi "qualsiasi attività che si concretizzi nella produzione di beni o servizi in funzione di una utilità per la comunità locale, non solo in termini economici ma anche in termini di promozione sociale, purché risponda ad esigenze di utilità generale o ad essa destinata in quanto preordinata a soddisfare interessi collettivi²". Segue poi la pronuncia del 2003 in cui si chiosa che rientra nella nozione di servizio

pubblico locale "qualsiasi attività che si concreta nella produzione di beni e servizi in funzione di un'utilità per la Comunità locale non solo in termini economici ma anche ai fini di promozione sociale"³.

Dottrina e giurisprudenza considerano ormai superata la precedente dicotomia che vedeva contrapporsi i servizi pubblici "a rilevanza industriale" a quelli c.d. "privi di rilevanza industriale" (Finanziaria 2002) ed oggi l'unico significativo distinguo in essere è quello tra servizi pubblici "di rilevanza economica" ovvero "privi di rilevanza economica".

Tale distinzione fu introdotta dalla riformulazione degli articoli 113 e 113-bis del TUEL, operata dalla Legge Finanziaria del 2004, che riformò significativamente la materia, informandola ai principi comunitari.

¹ Sentenza del Consiglio di Stato n. 2605/2001.

² Si veda altresì la sentenza n. 319/1990.

³ Sentenza n. 2024/2003.



Interventi Riformatori

Il settore dei Servizi Pubblici Locali è stato oggetto di una copiosa produzione normativa, di riforma e di 'riforma delle riforme', sin dal 1903, anno in cui la Legge Giolitti diede vita alla c.d. azienda municipalizzata (legge che confluì poi nel T.U. del 1925, a sua volta rimasto in vigore sino al 1990): si è venuto così a creare un quadro normativo alquanto complesso e frammentato.

Ad ogni modo, la legge Giolitti ha rappresentato la cornice normativa di riferimento per quasi un secolo e contiene un lunghissimo elenco di servizi che i Comuni potevano decidere di municipalizzare, riservando a tale ente la prerogativa di stabilire se la distribuzione dell'acqua potabile, la centrale del latte o i servizi funebri dovessero costituire attività di impresa, rimessa al mercato, ovvero se dovessero essere gestiti in regime di monopolio dal Comune stesso (direttamente o mediante concessione ad altro soggetto).

In seguito, si è avuta una numerosa produzione di disposizioni di aggiornamento di tale assetto susseguite soprattutto a partire dagli anni ottanta. Si è trattato, però di misure introdotte di anno in anno, che hanno consentito solo di tenere la disciplina dei servizi pubblici locali al passo con le mutate esigenze.

La tendenza a sottoporre i servizi pubblici locali ad un più profondo e coerente processo di riforma che andasse oltre quello compiuto con la legge 142 del 1990 di riordino delle autonomie locali, si affermò intorno alla metà degli anni novanta.

I principali problemi da cui scaturiva tale esigenza riguardavano, per un verso, la diffusa frammentazione gestionale e, per altro verso, il profilo del mercato che presentava connotazioni monopolistiche, sotto forma sia di monopoli pubblici che di monopoli di fatto privati

1 Sentenza del Consiglio di Stato n. 2605/2001.

2 Si veda altresì la sentenza n. 319/1990.

3 Sentenza n. 2024/2003.

– soprattutto per effetto di lunghe concessioni ripetutamente e tacitamente rinnovate, nonché di



uno scarso ed inefficace sistema di monitoraggio e controllo –.

Al fine di far fronte a questa situazione si adottarono misure normative volte ad imporre l'adozione di nuovi modelli organizzativi unitamente a sistemi di affidamento di tipo concorrenziale, ma i risultati di questa stagione di riforme non sono stati sempre positivi, anzi, molti dei processi avviati sono rimasti incompiuti, come per la gestione dei rifiuti e per le risorse idriche.

Il Tuel raccoglie tutte quelle norme che, negli anni precedenti, avevano fatto registrare passi in avanti nel processo di “esternalizzazione” dei servizi pubblici locali, un processo che si ottenne gradatamente a partire dagli anni novanta attraverso diversi stadi di privatizzazione della società di gestione.

In sostanza, tutto il Titolo V del TUEL è dedicato a “Servizi e interventi pubblici locali”, settore disciplinato per mezzo di ben tredici articoli.

L'articolo 112, come abbiamo detto, assegna agli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, il compito di provvedere alla gestione di quei servizi pubblici che abbiano ad oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali.

Ma la parte più interessante della disciplina si rinviene negli oltre quindici commi dell'art. 113, così come novellato dalle riforme del 2001 e 2003. La norma disciplina le modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali. Vengono regolate le modalità di erogazione dei servizi e infatti l'articolo (comma 5) distingue tre tipologie:

- l'affidamento a società di capitali individuate mediante procedure ad evidenza pubblica;
- l'affidamento a società a capitale misto pubblico privato in cui il socio privato sia scelto mediante procedure ad evidenza pubblica;
- infine, l'affidamento a società a capitale interamente pubblico a condizione che gli enti titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante dell'attività con gli enti che la controllano (c.d. “affidamento in house”).



La Finanziaria 2002 (n. 448 del 2001) ha innovato profondamente la materia, conferendo al sistema gran parte di quella che è la sua fisionomia attuale.

Di cruciale importanza è stata senz'altro l'aggiunta dell'articolo 113-bis, intitolato successivamente "Gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica", introducendo, in tal modo, la distinzione tra questi ultimi ed i servizi pubblici locali a rilevanza economica disciplinati dell'articolo 113 dello stesso testo Unico.

Subito dopo, però, l'articolo 113-bis è stato censurato dal Giudice delle Leggi con una sentenza del 27 luglio 2004, n. 272, in quanto la norma implicava una eccessiva ingerenza del legislatore ordinario, depauperando in tal modo la potestà normativa delle Regioni in materia. Occorre però rilevare che, in principio, la distinzione riguardava più propriamente servizi pubblici "a rilevanza industriale" e servizi "privi di rilevanza industriale", ma tale differenziazione è stata superata per far posto all'introduzione della dicotomia legata al carattere della rilevanza economica, chiaramente ispirata al diritto europeo.

Ad ogni modo, la norma ha introdotto novità radicali anche in ordine alle forme di gestione, che hanno completamente ridisegnato l'assetto dei modelli previsti dal testo originario dell'art. 113: infatti, i precedenti modelli di gestione sono stati aboliti per lasciare il posto a tipologie in grado di favorire l'esternalizzazione dei servizi e una parziale liberalizzazione del mercato -> ragioni che hanno condotto alle riforme del settore.

Altro elemento essenziale introdotto nel 2002 è la previsione del sistema della gara pubblica per l'individuazione del soggetto affidatario dei servizi allora detti "a rilevanza industriale", che resta ad oggi uno dei principi cardine del sistema.



La legge 133/2008

Anche l'ultimo Governo, pochi mesi dopo essersi insediato, ha ceduto alla tentazione, mettendo mano al pluri-riformato sistema dei servizi pubblici locali e quindi intervenendo sulla disciplina generale attraverso l'ormai celebre articolo 23-bis del decreto legge n. 112 del 25 giugno 2008, convertito, con modificazioni, nella legge n. 133 del 6 agosto 2008.

Questa riforma ha investito i servizi pubblici locali "di rilevanza economica" ma è importante sottolineare anche che il 23-bis ha una vocazione universale e prevale sulle discipline di settore eventualmente difformi.

Si noti che il fatto che la riforma non tocchi i servizi privi di rilevanza economica è una sorta di escamotage volto ad evitare censure di legittimità costituzionale relative alla competenza dello Stato, com'è accaduto nel 2004. Infatti, la citata sentenza 272 del Giudice delle Leggi, nel dichiarare l'illegittimità dell'art. 113-bis del Tuel, ha chiarito, tra l'altro, che gli interventi legislativi dello Stato possono fondarsi sulla competenza trasversale "tutela della concorrenza", anche intesa in prospettiva promozionale, solo a condizione che i servizi siano a rilevanza economica, e dunque possibili oggetto di concorrenza tra operatori. Ecco perché l'esclusione dei servizi privi di rilevanza economica è un vero e proprio escamotage.

L'intervento legislativo di riforma dei servizi pubblici locali deve essere valutato su due fronti: da un lato, esso modifica le norme generali sui sistemi di affidamento e di gestione di servizi pubblici locali di cui all'art. 113, quindi la normativa generale sulle caratteristiche delle aziende e le forme di affidamento dei servizi pubblici locali; dall'altro l'art 23-bis supera e prevale sulle norme settoriali incompatibili.

In particolare, l'articolo si riferisce a tutti i servizi industriali, vale a dire, energia elettrica, gas, trasporti pubblici locali, igiene urbana e servizio idrico; significativo, da questo punto di vista, rispetto all'articolo 113, è il rientro del trasporto pubblico locale nella normativa generale.

La normativa derivante dall'articolo 23-bis opera su tutti i servizi pubblici locali, così definiti dai singoli enti locali. Infatti, le competenze degli enti locali possono consentire agli stessi di definire i servizi che prestano ai cittadini, dietro compenso economico, come un servizio pubblico locale.

L'articolo interviene sulle aziende, sulle forme di gestione e di affidamento, e sui settori, quindi si valuta prima la parte legislativa concernente le aziende e le forme di affidamento, e poi quella relativa ai settori



Cosa fa la Commissione SPL del CNDCEC

La risposta è complessa perché tale è la materia oggetto di studio e di approfondimento.

E comunque l'obiettivo principale è quello di seguire l'evoluzione della riforma dei servizi pubblici locali dando, ove possibile, strumenti per una lettura più facile agli addetti ai lavori e non.

Esaminando brevemente alcuni contenuti della riforma dello scorso anno, la risposta è intuitiva.

Le forme di conferimento, definite "ordinarie" dal II comma, sono le procedure competitive ad evidenza pubblica nei confronti di imprenditori o società, in qualsiasi forma costituite. Pertanto, sono ordinari tutti gli affidamenti avvenuti con procedura competitiva a società, indipendentemente dalla proprietà delle stesse, e cioè a S.p.A. integralmente pubbliche, a S.p.A. integralmente private e, cosa che tutti interpretano in maniera innovativa, anche alle S.p.A. miste.

Infatti, l'affidamento a S.p.A. mista, attraverso la gara per la scelta del socio privato gestore (e non solo finanziario) è coerente con la normativa, come risulta evidente dalla recente comunicazione integrativa della Commissione Europea sul c.d. "partenariato pubblico-privato istituzionalizzato". Si costituisce una società che gestisce una concessione e, nello stesso tempo, si sceglie in forma competitiva un socio privato in grado di dare il suo contributo, che non sia meramente finanziario, nella gestione del servizio. Si ha una S.p.A. mista anche nel caso di una gara, che consenta la costituzione di una società fra la preesistente società pubblica di gestione ed il socio privato.

Queste due tipologie di S.p.A. mista, come dice la stessa comunicazione interpretativa, sono ammesse a partecipare a qualsiasi tipo di gara, in quanto soggetto economico al pari di qualsiasi altro.

Dalla lettura in combinato disposto dei commi III e IV si evince l'introduzione di una deroga al tipo di affidamento definito ordinario, ed è l'"affidamento diretto", ipotesi praticabile nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria ed in presenza di specifiche condizioni economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del territorio, da valutarsi in relazione alle condizioni di mercato.

L'ente locale che intende adottare, in deroga alla procedura ordinaria, questo tipo di conferimento, deve presentare una relazione all'Autorità Garante della concorrenza e del mercato che deve necessariamente emettere il proprio parere, sebbene non vincolante.



Il rinvio alla disciplina comunitaria viene interpretato all'unisono nel senso che questa deroga riguarda la sola ipotesi dell'in-house providing, cioè quell'azienda – detta anche “operatore interno” - che ha un rapporto particolare con l'amministrazione, rappresentando una sorta di ramo della stessa ma comunque esterno, restando tuttavia all'interno delle regole del rapporto amministrativo.

Questa tipologia di imprese è soggetta a limiti di ammissione alle procedure competitive, cioè alla partecipazione alle gare.

Il **V comma** dichiara non cedibile la proprietà pubblica delle reti, cioè delle proprietà pubbliche ora esistenti, mentre la loro gestione può essere affidata a soggetti privati; non disciplina l'acquisto di reti attualmente private.

Il **comma VI** conferma l'affidamento simultaneo di più servizi, quindi l'ipotesi delle multi-servizi, ma nella sola condizione della gara, cioè una multi-servizi non può che essere una società che riceve l'affidamento attraverso una procedura competitiva.

Le norme appena descritte rappresentano le novità più evidenti della disciplina; esse influiscono direttamente sui sistemi di affidamento e sulle imprese in quanto immediatamente applicabili.

In conclusione l'articolo 23-bis modifica sostanzialmente l'articolo 113 del Tuel.

Venendo al più recente intervento riformatore che ha suscitato molto scalpore la questione relativa **all'art.15 del D.L. 135/2009** approvato lo scorso 19 novembre (2009)... meglio nota come “privatizzazione dell'acqua”. La nuovissima riforma, secondo quanto ha dichiarato il governo, si è resa necessaria per rimediare a tutti i problemi emersi nella stesura del regolamento di delegificazione che aveva previsto proprio il 23-bis, ma anche per conformare la disciplina agli obblighi comunitari e alle sentenze della Corte di Giustizia Europea. In realtà l'art. 15 prevede semplicemente che la Gestione delle reti e non la Proprietà delle reti (che è resta e resterà in mano pubblica) la gestione dovrà diventare mista, pubblico-privata, e la selezione del privato (detto socio operativo) deve avvenire mediante procedura ad evidenza pubblica (c.d. gara a doppio oggetto). E tale selezione rientra nelle modalità ordinarie. Quanto alla procedura straordinaria,

l'affidamento “in house” della gestione, bisogna rilevare che l'ultima riforma la sottopone a requisiti stringenti, avendo recepito quanto disposto dall'Autorità garante per la concorrenza e i mercati.

Tutto ciò a conferma di come l'argomento sia ancora aperto e di quanto siano necessari l'aggiornamento e l'approfondimento.