



Struttura Territoriale Emilia-Romagna, Toscana, Umbria e Marche

CORSO

Servizi di rilevanza economica. Modifiche all'art. 23 bis del D.L. 112/08 convertito in Legge 133/2008

Carlo Paolini

**L'impatto della riforma concernente
i servizi pubblici locali di rilevanza
economica sulle partecipate pubbliche degli
Enti Locali**

Falconara Marittima (AN), 15 febbraio 2010

L'impatto della riforma concernente i servizi pubblici locali di rilevanza economica sulle partecipate pubbliche degli Enti Locali

Il ricorso alle società a partecipazione pubblica che si è grandemente sviluppato dopo gli anni '90 (tale modulo, come noto, venne espressamente previsto dalla "142" di riforma degli enti locali, prima solo con partecipazioni almeno maggioritarie, poi esteso anche alle minoritarie, cui seguì il forte impulso data dalla legge n. 127/97 che favorì la trasformazione societaria delle aziende municipalizzate) ha determinato scenari molto differenziati nell'ambito dei comuni del nostro sistema autonomistico territoriale. Laddove, per esempio, come nella regione Emilia Romagna dove si tiene questo convegno di studio, il processo di aggregazione ha già portato a due grandi società pluriservizi, la situazione è assai diversa da altre regioni, caratterizzata da una più o meno estesa parcellizzazione societaria.

In generale si può affermare che si confrontano in tutte le latitudini spinte contrastanti fra quella che si può indicare come la via positiva, consistente nella ricerca, attraverso l'associazionismo e le aggregazioni, delle dimensioni che assicurino adeguatezza funzionale ed economica e l'altra, non sempre utile e positiva per il cittadino, del localismo societario sganciato da riscontri di economicità rispetto all'alternativo ricorso al mercato.

Tali realtà, come si dirà, debbono essere in gran parte riesaminate alla luce della novità normative che incidono su tali situazioni.

Nello scenario degli enti territoriali - comuni principalmente - le società a partecipazione pubblica sono costituite intanto dalle ex municipalizzate, che hanno sviluppato nel tempo quel patrimonio di imprenditorialità pubblica di gestione di servizi pubblici locali consolidatosi nel secolo scorso e che rispondeva, come ben noto, all'intraprendenza dei municipi nel sostituirsi al mercato per meglio soddisfare bisogni primari da non lasciare all'esclusivo interesse economico; alle società ex municipalizzate si affianca, poi, quella varietà di tipi e specie, sia sotto il profilo degli scopi sociali (di gestione di servizi pubblici locali; di trasformazione urbana; di sviluppo dell'economia e dei territori; di svolgimento di servizi e attività strumentali), sia per quanto attiene alle compagini sociali partecipative (tutta pubblica, mista maggioritaria o minoritaria; con soci

di capitale o con soci imprenditori/operatori o miste), che è il frutto delle potestà autorganizzative degli enti, sancite, come già accennato, dalle riforme degli anni '90.

Non è certo la stessa cosa la società/impresa ex municipalizzata, magari allargatasi da una partecipazione totalitaria ad una mista con socio operatore scelto con gara, rispetto ad una società mista, sempre maggioritaria, ma con il comune nel ruolo di controllore e il socio operatore quale unica espressione aziendale. Nell'un caso si è in presenza di un patrimonio imprenditoriale "municipale", nell'altro semplicemente e comunque di una forma di esternalizzazione per il mercato.

Va quindi tenuto conto che nel vasto novero delle partecipate locali si riscontrano situazioni societarie di grande eterogeneità scaturite da percorsi non sempre sorretti da istruttorie dimostrative della loro effettiva utilità, economicità ed efficacia rispetto ad altre possibili forme organizzative. Come è facile capire, se da una parte si possono avere casi non sostenuti da motivazioni corrette, quindi, causa di diseconomie ed, anche, disservizi - a tacere, poi, delle ipotesi in cui si sono voluti eludere alcuni vincoli (finanziari, sul personale, per citare i più conosciuti) - , vi sono indubbiamente non poche situazioni che rispondono agli interessi delle rispettive comunità e territori.

Un quadro, quindi, estremamente variegato che deve fare i conti con il processo di evoluzione delle regole necessariamente allineate con il quadro europeo di cui è espressione la riforma (dei servizi pubblici locali di rilevanza economica) approvata in due tappe: prima il 23 bis introdotto con il D.L. n. 112/2008 convertito con la L. n. 133/2008; quindi l'art. 15 del D.L. 135/2009 convertito con la L. n. 166/2009 di modifica dello stesso 23 bis, che hanno profondamente innovato l'art.113 di cui al D.Lgs.267/2000.

Assumendo a riferimento l'ordinamento degli enti locali - le partecipate dei comuni - pare proprio che non possa più essere elusa l'incombenza, gravante sul socio Comune, di un riassetto profondo delle proprie partecipazioni in essere nonché di una riconsiderazione delle proprie politiche nei riguardi del futuro ricorso alle partecipate. E ciò avendo piena consapevolezza, da una parte, del valore pubblico della presenza comunale nel sistema delle società a partecipazione municipale, a partire, ovviamente, dal patrimonio aziendale formatosi nella cultura (imprenditoriale) delle ex municipalizzate e, dall'altra, della esigenza di difendere, a tutela del proprio indirizzo politico - e verrebbe da dire: nonostante alcuni rigorismi della riforma riformata - le prerogative autorganizzative, che

possono implicare anche non dover sottostare necessariamente alle regole della concorrenza e del mercato laddove, motivatamente, il buon adempimento della propria missione (la realizzazione dei fini pubblicistici) richieda il ricorso a figure direttamente controllate in funzione, come detto, delle politiche da realizzare.

Si consideri, peraltro, che dopo l'annullamento da parte della Corte Costituzionale (sent. n. 272/2004) dell'art. 113 bis del TUEL di cui al D. lgs n. 267/2000 concernente la disciplina dei servizi privi di rilevanza economica, compete ai comuni, in mancanza di specifiche discipline legislative regionali, scegliere per quei servizi e quelle attività privi di rilevanza economica le forme organizzative e gestionali più appropriate, compresa quella dell'in house con affidamento diretto alle società pubbliche, e non con le limitazioni dei commi 3 e 4 dell'art. 23 bis della recente riforma. Come pure resta nella facoltà dei comuni di avvalersi di società a partecipazione totalitaria pubblica modello in house europeo per la gestione delle reti, degli impianti e delle dotazioni patrimoniali qualora siano separati dall'attività di erogazione dei servizi. Fermo restando queste aree in cui possono operare le partecipate pubbliche al di fuori delle regole del mercato europeo, è indubbio che, per l'interpretazione ampia che viene data alla nozione di "servizi pubblici di rilevanza economica" - comprensiva di tutti i servizi suscettibili di presentare, anche potenzialmente, un interesse imprenditoriale ed economico - la gran parte delle partecipazioni pubbliche degli Enti Locali viene a ricadere in tale ambito.

Va semmai precisato che per espressa previsione del 1° comma dell'art. 23 bis nel testo modificato ex art. 15 D.L. n. 135/2009 sono esclusi da tale disciplina generale una serie di grandi servizi pubblici in quanto già assoggettati a specifiche discipline di settore (per lo più anticipatrici della normativa generale che si sta esaminando, e precisamente: la distribuzione del gas naturale, la distribuzione di energia elettrica, la gestione delle farmacie comunali ed i trasporti ferroviari regionali); pertanto, fra i grandi servizi pubblici locali, vengono in effetti ad essere interessati, oltre al trasporto pubblico urbano (con questioni aperte riguardo ad alcune non coerenze fra normativa nazionale e disciplina comunitaria), quelli del ciclo dei rifiuti ed i servizi idrici; questi ultimi a loro volta con alcune specificità previste nell'ambito della riforma; ciclo dei rifiuti e servizi idrici assoggettati inoltre alle discipline regionali di individuazione degli ambiti territoriali ottimali (ATO) di gestione dei servizi stessi, con relative problematiche circa la

triangolarità dei rapporti ATO/comuni/gestore. In ogni caso, anche oltre tali grandi aree di SPL, molto ampia resta la varietà dei servizi pubblici di rilevanza economica collegati alla gestione delle città, allo sviluppo dei territori e rientranti comunque nell'ambito dei servizi assicurati dagli enti locali nel vasto campo del sociale, ivi comprese le attività culturali.

Le discipline settoriali hanno già innescato processi di profonda trasformazione degli assetti societari - cui risultano interessate per lo più società ex municipalizzate - tutt'altro che assestati. Il resto del portafoglio societario locale sarà, dopo la riforma del 23 bis, oggetto di non poche modificazioni; ed è prevedibile che ci porterà a scenari abbastanza diversi da quelli attuali.

Scorrendo la riforma (riformata) si cercherà di porre in evidenza alcune delle questioni che si troveranno ad affrontare operatori ed amministratori locali per il periodo che ci attende.

Sembra - questa volta davvero - segnata la sorte delle società con affidamenti in house, prevedendo, il 23 bis modificato dall'art. 15 del D.L. 135/2009, le due scadenze ravvicinate del 2011 e del 2010 per la cessazione degli affidamenti a seconda che siano, rispettivamente, "conformi" e "non conformi" ai principi comunitari in materia di c.d. in house, cioè le notissime condizioni Teckal, in base alle quali, come si sa, il soggetto gestore, oltre ad essere a totale capitale pubblico, deve essere sottoposto al "controllo analogo" da parte dell'ente affidante e svolgere per esso la parte più importante della propria attività. Spetterà agli enti affidanti accertare in quali condizioni siano annoverabili le proprie società a partecipazione totalitaria pubblica per individuare il termine ultimo della scadenza del loro affidamento.

Secondo la previsione di legge la cessazione dell'affidamento in house avviene ope legis, quindi gli enti dovrebbero limitarsi a deliberare l'accertamento se la società è "conforme" o "non conforme" e individuare la data di cessazione dell'affidamento. Nel concreto si presenteranno casistiche che richiederanno valutazioni e determinazioni che è da ritenere non consistano nella semplice cessazione di un affidamento e nel ricorso ad un nuovo affidamento in conformità con la riforma. Del resto, anche il solo accertamento della qualificazione da attribuire alla società ai fini della scadenza degli affidamenti, non può certo limitarsi a tale elemento esteriore, ma deve individuare i criteri e le modalità di regolazione dei rapporti di tipo patrimoniale, finanziario e delle obbligazioni (rapporti di

lavoro, contratti attivi e passivi, ecc) conseguenti alla cessazione dell'affidamento. E, necessariamente, tali provvedimenti non potranno disgiungersi dalla contestuale individuazione delle nuove modalità gestionali, ovviamente nel rispetto della riforma di tali servizi.

Il caso più semplice e tipizzabile è indubbiamente quello della società monoservizio partecipata da un solo ente. Quando, invece, come non è infrequente, si sia in presenza di società pluriservizi, nell'ambito delle quali possono aversi variabili combinazioni di servizi pubblici locali ed anche di servizi ed attività strumentali, non può immaginarsi, in sequenza, una quasi automatica cessazione da seguire (altrettanto quasi necessariamente) da riaffidamenti degli stessi pacchetti di servizi secondo le nuove regole. Non potrà prescindere, nella più parte delle situazioni, da una fase di attenta valutazione del modo migliore di riorganizzare i servizi interessati sotto una molteplicità di profili che i vari centri di governo sarà proprio il caso che debbano effettuare. Conviene tenere le aggregazioni pluriservizi, talvolta molto eterogenee, così come si erano venute aggregando nella società? E quali tipi di eventuali scomposizioni è conveniente fare, non solo sotto il profilo economico, ma anche funzionale rispetto all'efficacia dell'azione pubblica?

Laddove la scelta dell'in house rispondeva all'esigenza propria di garantire, da parte dell'ente pubblico, un stringente controllo/direzione nel modo di svolgimento dei servizi e delle attività, com'è che viene garantito di preservare tale esigenza nel momento che deve passarsi da una fase comunque riorganizzativa del servizio? Privatizzazione del servizio (lett. a., comma 2, art. 23 bis) o partenariato pubblico/privato (lett. b., comma 2, art. 23 bis), ovvero riscontro della sussistenza delle condizioni del comma 3 dell'art. 23 bis per il mantenimento della totale pubblicizzazione? Sono ovviamente tutte domande per indicare il terreno di lavoro su cui dovranno misurarsi gli organi degli enti nella fase post riforma.

La complessità potrà ulteriormente accentuarsi nel caso di società a partecipazione (pubblica) plurima. Di solito gli accordi associativi dei comuni realizzano obiettivi positivi per evidenti motivi economici e funzionali, ma anche perché fanno corrispondere la territorialità del servizio ad ambiti ottimali, e questo sia per quanto attiene ai comuni con limitato numero di residenti (come del resto è propugnato espressamente dall'art. 23 bis,

lett. b. del comma 10), come pure per le città in cui il perimetro è venuto a comprendere una pluralità di comuni.

Se tali servizi sono gestiti da società in house destinate a cessare al massimo entro il 2011 bisognerà che gli enti svolgano irrinunciabili valutazioni riorganizzative preservando – o, meglio, rafforzando - le positive logiche associative; le quali implicheranno incrociare le ponderazioni da effettuarsi da ciascun centro di governo locale con quelle da confrontare congiuntamente al tavolo associativo, magari cogliendo le occasioni per riesaminare anche gli ambiti, onde aggiornarli, tenuto conto delle esigenze maturate e degli sviluppi delle situazioni.

Fra le novità introdotte dal D.L. n. 135/2009 come convertito in L. 166/2009 è previsto, nell'ambito delle possibili scelte degli enti titolari delle società in house, quello di allinearsi ad uno dei moduli della riforma (riformata), cioè di procedere alla trasformazione in una società di partenariato c.d. istituzionale con la cessione, entro il 31 dicembre 2011, di almeno il 40 % del capitale attraverso la modalità della gara unica a doppio oggetto di scelta sia del socio che di attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio. Tale scelta permetterà di mantenere la scadenza prevista dal contratto di servizio. I primi commenti hanno persuasivamente ritenuto che tale disposizione, posta in relazione con il regime ordinario del 23 bis, c. 2, come integrato dall'art.15 del D.L. 135/2009, consenta anche una scadenza diversa e più lunga di quella del contratto in quanto una scadenza ravvicinata prevedibilmente non farebbe trovare candidati operatori interessati. Pare si debba tenere ben presente come questa opzione venga a precludere la possibilità per la società trasformanda, già affidataria diretta del servizio, a concorrere alla gara che sarebbe stata indetta alla scadenza ope legis nei termini prima detti dell'affidamento stesso.

Resta comunque il fatto che la scelta di trasformazione della società può costituire una delle strade da percorrere per le società affidatarie dirette di servizi ex municipalizzati rimaste tutte pubbliche - e che siano state riconformate ai principi comunitari delle c.d. in house – per preservare valori municipali di imprenditorialità pubblica consolidata nel tempo di cui tali imprese/società sono portatrici. L' altra strada che si offre richiede un deciso impegno volto a dar corso ad azioni che spingano le società/aziende esistenti ad acquisire il massimo di capacità concorrenziali attraverso l'accelerazione dei processi di

aggregazione, da realizzarsi in vari modi, in grado di far pervenire le compagini rafforzate alle dimensioni idonee per la concorrenza che avrà come esame ineludibile per tali società “la prima gara successiva alla cessazione del servizio svolta mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, avente ad oggetto i servizi ad essi forniti (art.23 bis, c. 9, così come integrato dall’art. 15 del D.L. 135/2009)”. Nello schema di regolamento delegato attuativo dell’art.23 bis comma 10 si prevede infatti espressamente, art. 3 comma 2 che “le società a capitale interamente pubblico possono partecipare alle procedure competitive ad evidenza pubblica di cui all’art.23 bis comma 2, lettera a), sempre che non vi siano specifici divieti previsti dalla legge.”

Va collocata in tale logica la previsione, più chiaramente disciplinata nello schema di regolamento attuativo del 23 bis comma 10, volta a salvaguardare le gestioni in house efficienti dei servizi idrici, che pertanto non cesseranno alle scadenze del 31 dicembre 2010 o 31 dicembre 2011, in quanto tali gestioni, ove rispettino le condizioni (di efficienza) stabilite da comma 2 dell’art.4 del regolamento, sono più convenienti per i cittadini, e quindi, non distorsive della concorrenza.

Sempre per restare nella logica del comune socio impegnato a perseguire disegni di riassetto societari, non sembrerebbe in contrasto con la normativa della riforma ipotizzare, in linea con gli obiettivi di salvaguardia degli spazi occupati dalle aziende/società di gestione dei servizi pubblici comunali, percorsi che portino ad accordi fra imprese pubbliche e soggetti del mercato per costituirsi anche in ATI ai fini di porsi nelle migliori condizioni concorrenziali all’espletamento della prima gara successiva alla cessione del servizio.

Un riassetto guidato dai soci/comuni che risponda a disegni non di corto respiro pone altresì le migliori condizioni per ottenere la fiducia del sistema creditizio e degli investitori.

Anche gli affidamenti a società miste debbono allinearsi entro il termine massimo del 2011 alla disciplina della riforma. Naturalmente gli affidamenti a società miste con socio già selezionato secondo le regole europee (gara a doppio oggetto: scelta del socio e attribuzione di specifici compiti operativi) restano in piedi fino alle scadenze previste nei contratti di servizio. Negli altri casi in cui il socio o non è stato selezionato mediante una

procedura ad evidenza pubblica o perché al socio privato, pur selezionato mediante una tale procedura, non sono stati attribuiti specifici compiti operativi (c.d. “soci generalisti”), non corrispondendo al modulo europeo del partenariato pubblico/privato, gli affidamenti stessi vengono a scadere rispettivamente nel 2010 e nel 2011.

Anche per questa ipotesi si pongono agli enti analoghe questioni a quelle esaminate per le società pubbliche del tipo in house. Semmai sembrerebbe che, avendo già a monte una scelta di gestione attraverso una propria società a partecipazione mista pubblico/privato, la strada preferenziale sia quella di restare sempre nel partenariato mettendo in atto, alla cessazione degli affidamenti, un nuovo percorso in conformità alle regole europee secondo la disciplina del comma 2 lett. b) del più volte citato art.23 bis, versione integrata dall’art. 15 del D.L. 135/2009.

Riguardo alle società a partecipazione pubblica affidatarie dirette prima del 1° ottobre 2003 già quotate in borsa, la legge di riforma ha dettato prescrizioni precise da rispettare a scadenze non molto prossime (riduzione, anche progressiva, della partecipazione pubblica ad una quota non superiore al 40% entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30% entro il 31 dicembre 2015) affinché non scatti l’effetto cessazione degli affidamenti, che credo si possa dire tranquillamente come sia da escludere che gli enti soci attuali lasceranno che si determini.

Infine una considerazione conclusiva. Nel riesaminare, necessariamente alla luce della riforma, le proprie partecipazioni societarie si dovrà tener conto che, a seguito della riforma stessa, le partecipazioni totalitarie in house di gestione dei servizi pubblici di rilevanza economica verranno a costituire, anche oltre quanto richiesto dai noti principi comunitari, non solo una casistica speciale ed eccezionale, ma anche un ambito di figure organizzative assoggettate ad un regime sempre più uniformato alle regole pubblicistiche dell’ente di appartenenza, avendo previsto, dall’ultima legislazione (finanziaria e di riforma dei SPL di rilevanza economica), di assoggettare le in house, non solo alle procedure ad evidenza pubblica per l’acquisto di beni e servizi e per l’assunzione di personale (che è esteso anche alle miste), ma pure alle stringenti regole del patto di stabilità interno, che segna il perimetro da rispettare da parte delle amministrazioni pubbliche.