

## 6. Servizi pubblici locali

*La strada per il socialismo municipale è lastricata di servizi pubblici*

Luigi Ceffalo

### **Introduzione**

Con la fiducia votata alla camera sulla legge di conversione del decreto di attuazione degli obblighi comunitari (d.l. n. 15/2009) è stata scritta – anche se con ogni probabilità solo per il momento - l'ultima pagina della storia della disciplina italiana dei servizi pubblici locali. Nel giro di pochi anni i servizi pubblici locali sono stati ripetutamente oggetto dell'attenzione del legislatore che, sebbene con alti e bassi, ha cercato di inserire elementi concorrenziali in un comparto economico dominato dagli enti locali direttamente o attraverso proprie emanazioni come le aziende municipalizzate.

Come negli altri processi di privatizzazione si è prima provveduto a trasformare le aziende speciali in società commerciali (c.d. privatizzazione formale) e solo in seguito a rendere sempre più contendibile il segmento (c.d. liberalizzazione pro concorrenziale) con un progressivo irrigidimento della normativa di conferimento delle gestione dei servizi che ha portato all'attuale elezione della gara a strumento ordinario dell'affidamento.

Far precedere la privatizzazione formale alla liberalizzazione ha favorito la nascita di carrozzoni pubblici che, sfruttando la pressoché totale assenza di concorrenza, sono cresciuti su base monopolistica a dispetto dei numerosi tentativi di riforma che si sono susseguiti in questi ultimi anni e a discapito delle esigenze di famiglie e imprese.

Attraverso le municipalizzate i comuni controllano circa l'1% del PIL nazionale (con punte che in alcune regioni arrivano al 6% del PIL regionale). Il che, in altri termini, significa che le amministrazioni locali possiedono in tutto o in parte oltre 370 aziende che danno da lavorare a grosso modo 200.000 persone e molto spesso sono le principali protagoniste delle vicende finanziarie del nostro paese.

A Milano, dopo la fusione delle eredi delle vecchie monopoliste legali milanese (Aem) e bresciana (Asm), è A2A a farla da padrone. La nuova *multiutility* ha il suo capitale in maggioranza controllato dal comune di Milano e dal comune di Brescia che per statuto nominano i quattro quinti del consiglio di sorveglianza, il quale a sua volta, secondo il modello duale, è demandato a nominare i componenti del consiglio di ge-

Luigi Ceffalo è Fellow dell'Istituto Bruno Leoni

stione. Il suo *core business* è rappresentato dall'energia, ovvero la fetta più redditizia dei servizi pubblici locali.

Degli altri servizi si occupa una galassia sterminata di altre aziende pubbliche, che operano nei settori più svariati: dai trasporti alla ristorazione, dal commercio farmaceutico agli impianti sportivi, dalle case di riposo ai rifiuti e al ciclo idrico integrato e molto altro ancora.

Tutto questo in nome delle esigenze di servizio pubblico, che il comune dovrebbe tutelare in quanto ente territoriale rappresentativo. Tutelare, non gestire.

### ***Le ultime modifiche apportate alla disciplina positiva***

Il comune è un ente a fini generali (art. 3, comma 2 t.u.: "Il comune è l'ente locale che rappresenta la propria comunità, ne cura gli interessi e ne promuove lo sviluppo"). Su questo non ci piove: non esercita un numero di funzioni fissate dal legislatore in un elenco tassativo, ma tutte quelle che attingono alla popolazione e al territorio del comune (art. 13, comma 1 t.u.: "Spettano al comune tutte le funzioni amministrative che riguardano la popolazione ed il territorio comunale, precipuamente nei settori organici dei servizi alla persona e alla comunità, dell'assetto ed utilizzazione del territorio e dello sviluppo economico, salvo quanto non sia espressamente attribuito ad altri soggetti dalla legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze").

Non pare, dunque, controverso che ai comuni spetti una competenza circa l'erogazione dei servizi pubblici locali. Ma altrettanto indubbio sembra che, nell'esercizio di questa competenza, i comuni debbano essere sottoposti a una disciplina di rango legislativo come si desume dalla riserva di legge imposta all'art. 43 cost. ("A fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale"). E che questa disciplina debba essere coerente con la normativa comunitaria (compresa quella sulla concorrenza) secondo quanto stabilito dall'art. 117 cost. 1 c. ("La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e delle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali").

Fino agli anni novanta i comuni potevano liberamente scegliere fra la gestione diretta e indiretta, attraverso i vari istituti previsti per la prima volta dalla famigerata legge sulle municipalizzate firmata da Giovanni Giolitti (l. 29 marzo 1903, n. 103). L'alternativa, a insindacabile discrezione dei comuni, era tra azienda speciale e gestione in economia, da una parte, e concessione a privati, dall'altra.

Solo in applicazione delle recenti nuove discipline di settore (legge Galli sui servizi idrici, decreto Ronchi sui rifiuti, decreto Burlando-Bassanini sul trasporto pubblico locale, decreto Letta sul gas) e della riforma generale introdotta dalla legge finanziaria 2002 (l. 28 dicembre 2001, n. 448, art. 35), che su *input* comunitario hanno dato il via all'ammodernamento del comparto, i comuni sono stati obbligati a esternalizzare sempre e comunque in caso di gestione di servizi pubblici "di rilevanza industriale".

A seguito di una nuova modifica del t.u. operata dal d.l. 30 settembre 2003, n. 269 la distinzione fra servizi pubblici locali di rilevanza *industriale* e servizi pubblici locali privi di rilevanza industriale è stata poi sostituita da quella fra servizi pubblici locali di rilevanza economica e servizi pubblici locali privi di rilevanza *economica*.

Il nuovo art. 113 circa la "Gestione delle reti ed erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica" stabilisce che, nel caso la gestione della rete sia separata dall'erogazione dei servizi, gli enti locali (anche consorziati) possono per l'una costituire una società di capitale ad hoc a totale partecipazione di capitale pubblico ovvero avvalersi di imprese private idonee individua-

## 6. Servizi Pubblici Locali

te tramite gara (comma 4) e per l'altra costituire una società di capitale *ad hoc* sia a totale partecipazione di capitale pubblico che miste (dove i privati partecipanti vengono individuati tramite gara) ovvero avvalersi di società di capitali totalmente private individuate tramite gara (comma 5). E che, nel caso la gestione della rete sia integrata all'erogazione dei servizi, gli enti locali provvedono alla costituzione o all'individuazione del soggetto unico nelle medesime modalità previste per la sola erogazione dei servizi (*a contrario* comma 4).

Il nuovo art. 113 bis, invece, circa la "Gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica" stabilisce che questa avvenga, fatte salve le discipline previste per i singoli settori, tramite affidamento diretto a: istituzioni; aziende speciali, anche consortili; società a capitale interamente pubblico "a condizione che 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" (comma 1). Inoltre consente, in particolari circostanze, che la gestione avvenga in economia (comma 2) e che, in caso di servizi culturali e del tempo libero, sia affidata a associazioni o fondazioni costituite o partecipate dall'ente. Fatto sì è che, dal momento che la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità, per "illegittima compressione dell'autonomia regionale e locale", di questo articolo con la sent. 13-27 luglio 2004, n. 272, la norma risulta non applicata.

Ogni regione ha una propria disciplina per l'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali "privi di rilevanza economica", che però non può comportare la sistematica sottrazione dei servizi di tipo culturale e sportivo alla disciplina nazionale proconcorrenziale attualmente in vigore per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, se non vuole imbattersi nelle censure della giurisprudenza amministrativa. Proprio come recentemente accaduto alla disciplina lombarda che secondo una pronuncia del Consiglio di Stato (Sez. V, decisione 27/08/2009, n. 5097/2009) non può escludere rilevanza economica nell'attività di gestione di un impianto sportivo dotato di determinate caratteristiche (ad es. presenza strutture complementari come bar e negozi).

Il legislatore ha elaborato una nozione molto ampia di servizio pubblico locale, disponendo che sono tali i "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" (art. 112 D. Lgs 267/2000). E non si può dire che la nozione sia stata granché precisata dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 2024/2003: "per servizio pubblico locale si intende 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".

Mancano, viceversa, del tutto le nozioni – siano pure di matrice giurisprudenziale - di servizio pubblico locale di rilevanza economica e servizio pubblico locale privo di rilevanza economica.

Si può, comunque, ritenere – anche sulla base della giurisprudenza del Consiglio di Stato e della Corte Costituzionale che ha recepito i principi di comunitari di concorrenza e di libera circolazione dei servizi - che di rilevanza economica siano quei servizi da fornirsi in regime di concorrenza e che privi di suddetta rilevanza siano quei servizi che non si prestano in tale regime.

Fra i primi si possono annoverare, a mero titolo esemplificativo, i servizi idrici, di fornitura di energia elettrica e di gas, di raccolta e di smaltimento dei rifiuti. Fra i secondi, anche se con qualche riserva: i servizi sociali di pubblica assistenza (di anziani, invalidi, portatori di handicap) e i servizi culturali e del tempo libero.

L'affidamento esterno – obbligatorio per i spl "di rilevanza economica" - della gestione di questi servizi da parte dall'ente locale è, nello schema del t.u.e.l, diretto ovvero mediante procedure ad evidenza pubblica secondo quanto stabilito dalla legge per ciascuna alternativa.

Il continuo sviluppo della giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee ha progressivamente ridotto l'ambito di possibile adozione dell'affidamento diretto senza procedure concorrenziali confinandolo alle "attività che, per la loro natura, per il loro oggetto e per la disci-

plina alla quale sono assoggettate, si ricolleghino all'esercizio di tipiche prerogative dei pubblici poteri e non presentino un carattere economico" (C.G. 18 marzo 1997 (causa C-343/95), Diego Calì srl c. Servizi ecologici porto di Genova spa, in Racc., 1997, I, 1547; 26 aprile 1994 (in causa 272/91), Commissione c. Repubblica italiana, in Racc., 1994, I, 1409) e alle attività di interesse economico che costituiscono un servizio da garantirsi universalmente, a determinate condizioni.

Al di fuori dei casi di servizi pubblici di interesse generale per i quali sia dimostrata dall'amministrazione una maggiore efficienza o efficacia, ai fini del conseguimento dello scopo, della propria diretta gestione - c.d. gestione "in house" - o di quella di una società a maggioranza di capitale pubblico, nei confronti della quale l'amministrazione esercita un controllo paragonabile a quello esercitato sui suoi organi, il servizio deve essere dato in gestione a terzi mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica.

Lo scenario, è però nuovamente cambiato l'anno scorso, con l'approvazione del d.l. 25 giugno 2008 n. 112, convertito in legge dalla l. 6 agosto 2008, n. 13, e quest'anno, con il d.l. 25 settembre 2009, n. 135 la cui conversione in legge è stata deliberata definitivamente dalla Camera dei Deputati il 16 novembre scorso. Il sistema delineato dall'art. 113 del t.u.e.l è ormai destinato a essere sostituito da quello stabilito dall'art. 23 bis della l. n. 133/2008 al fine di promuovere la più ampia diffusione dei principi di concorrenza nei servizi pubblici locali.

Quando la nuova disciplina sarà a pieno regime, non sarà più possibile procedere a affidamenti diretti in house se non in circostanze particolare motivate valutate dalla autorità di garanzia della concorrenza e del mercato, ma si dovrà espletare obbligatoriamente una gara.

La gara nelle migliori delle ipotesi sarà per l'affidamento a privati e nelle peggiori a doppio oggetto per la sezione del socio privato e del conferimento dei specifici compiti gestionali, a seconda che l'amministrazione comunale opti per la forma del partenariato pubblico privato contrattuale o per la forma del partenariato pubblico privato istituzionalizzato. È lo scotto pagato al principio comunitario della neutralità rispetto alla proprietà, pubblica o privata, delle imprese (art. 295 TCE "Il presente trattato lascia del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri"), sebbene mitigato dalla previsione di una quota massima di partecipazione pubblica del sessanta per cento.

### ***Le modifiche non apportate alla disciplina ma che invece dovrebbero esserlo***

L'ennesimo giro di vite alla possibilità di affidamento "in house" ha segnato un ulteriore passo avanti verso la liberalizzazione dei servizi pubblici locali, ma resta ancora molta strada da fare. È senza dubbio essenziale prevedere che l'affidamento avvenga in via ordinaria tramite procedure competitive ad evidenza pubblica. La gara è uno strumento indispensabile per rendere contendibili segmenti di mercato caratterizzati da condizioni di monopolio tecnico come i servizi idrici, di raccolta trasporto e smaltimento dei rifiuti e di trasporto pubblico locale. Aiuta a trovare soluzioni economicamente più efficienti, il contenimento dei costi e il miglioramento della qualità dei servizi pubblici cittadini laddove non è possibile una concorrenza in senso classico. Però non basta da sola a rilanciare un settore al tempo stesso strategico per gli altri e con grandi occasioni di sviluppo per sé.

Anche se opportunamente fosse stato previsto un controllo più stringente da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato trasformando il suo parere obbligatorio sui casi di eccezione all'affidamento tramite gara da non vincolante in vincolante e fosse stato fatto obbligo alle amministrazioni comunali che facciano ricorso all'in house di predisporre un piano volto alla rimozione delle cause che impediscono un proficuo espletamento delle procedure competitive a evidenza pubblica, il processo di liberalizzazione non sarebbe stato positivamente concluso.

Gare e regolazione indipendente non sono sufficienti a rimuovere tutti gli ostacoli di natura legale e istituzionale che impediscono il libero gioco della concorrenza. Serve necessariamente privatiz-

## 6. Servizi Pubblici Locali

zare anche. Bisogna infine, magari pure gradualmente, arrivare a sciogliere quel gigantesco conflitto d'interessi che, anche sotto il nuovo assetto, sussiste in capo agli enti locali. I comuni devono dismettere le loro partecipazioni nelle società che gestiscono servizi pubblici. Non possono, senza essere preda di preoccupanti fenomeni di dissociazione mentale, continuare a pensare di poter essere al contempo rappresentanti degli interessi del cittadino-utente nei confronti delle società che gestiscono i servizi pubblici locali e i portatori dei propri interessi di azionisti (anche solo di minoranza) di quelle medesime società.

La dismissione delle partecipazioni certamente avrebbe un effetto benefico per le casse dei comuni. Il comune di Milano, ad esempio, potrebbe arrivare a ripianare i suoi debiti che al momento ammontano a circa 30 milioni di euro. Se le stime (risalenti al 2005) del patrimonio azionario milanese che accertano il suo valore oltre i 2 miliardi di euro sono corrette non ci dovrebbero essere particolari difficoltà.

Ma soprattutto cedere i titoli delle società che gestiscono i servizi pubblici porrebbe fine al socialismo municipale che dalla fine dell'ottocento ha incominciato a sottrarre al mercato e trasferire in mani pubbliche pezzi importanti dell'economia, in base a dubbie considerazioni di natura economica-tecnica e a viceversa chiare esigenze di natura politica-elettorale.

Il controllo comunale, come nel caso di Milano, di aziende operanti in settori e zone diversissime (estero compreso) non è funzionale all'universalità dei servizi, che potrebbe altrimenti essere facilmente garantita attraverso politiche di sostegno ai redditi medio-bassi. In realtà ha altre ragioni. Nel caso di imprese sane serve per ottenere un flusso di capitali. Nel caso di imprese decotte per cercare di aggirare i vincoli imposti dal patto di stabilità. E in entrambi per consolidare il potere degli amministratori in vista del prossimo appuntamento con le urne.

### **Conclusioni**

La nozione di servizio pubblico (e la sua cronica interpretazione estensiva) non deve più rappresentare la principale copertura teorica dell'intervento pubblico in economia. L'accesso ai servizi ritenuti essenziali può essere assicurato a tutti con meccanismi redistributivi. I presunti fallimenti dello mercato (beni pubblici, economie esterne, monopoli di rete) possono essere superati con gli strumenti della regolazione (definizione di standard, determinazione delle tariffe, separazione delle reti, etc...).

Tanto per inferire colpi letali all'economia di mercato, non occorre il comune imprenditore. Talvolta basta quello regolatore.

## CHI SIAMO

L'Istituto Bruno Leoni (IBL), intitolato al grande giurista e filosofo torinese, nasce con l'ambizione di stimolare il dibattito pubblico, in Italia, promuovendo in modo puntuale e rigoroso un punto di vista autenticamente liberale. L'IBL intende studiare, promuovere e diffondere gli ideali del mercato, della proprietà privata, e della libertà di scambio. Attraverso la pubblicazione di libri (sia di taglio accademico, sia divulgativi), l'organizzazione di convegni, la diffusione di articoli sulla stampa nazionale e internazionale, l'elaborazione di brevi studi e briefing papers, l'IBL mira ad orientare il processo decisionale, ad informare al meglio la pubblica opinione, a crescere una nuova generazione di intellettuali e studiosi sensibili alle ragioni della libertà.

## COSA VOGLIAMO

La nostra filosofia è conosciuta sotto molte etichette: "liberale", "liberista", "individualista", "libertaria". I nomi non contano. Ciò che importa è che a orientare la nostra azione è la fedeltà a quello che Lord Acton ha definito "il fine politico supremo": la libertà individuale. In un'epoca nella quale i nemici della libertà sembrano acquistare nuovo vigore, l'IBL vuole promuovere le ragioni della libertà attraverso studi e ricerche puntuali e rigorosi, ma al contempo scevri da ogni tecnicismo.