

I SERVIZI PUBBLICI LOCALI: DISCIPLINA POSITIVA E PROSPETTIVE DI RIFORMA

Prof. Avv. Lorenzo Cuocolo
Università commerciale "Luigi Bocconi", Milano

Può sembrare paradossale, ma uno dei punti ancora da chiarire è la stessa nozione di servizio pubblico. Residuano infatti numerosi dubbi classificatori, dovuti alla contrapposizione pluridecennale tra nozione soggettiva e nozione oggettiva. Le ambiguità definitorie, lungi dall'esaurirsi in questioni teoriche, hanno importanti risvolti pratici sull'individuazione delle attività regolate.

Senza entrare nel dettaglio delle diverse ricostruzioni, si può considerare servizio pubblico ogni attività di interesse generale, svolta sotto la regolamentazione ed il controllo di una pubblica amministrazione, destinata a dare soddisfazione ad interessi della collettività e caratterizzata da un regime speciale che richiede l'offerta indiscriminata al pubblico, l'uguaglianza nell'accesso al servizio e determinati requisiti di qualità e continuità del servizio.

Tracciando una rapida sintesi della normativa in tema di servizi pubblici locali, la prima disciplina risale all'epoca giolittiana: nel 1903, infatti, viene approvata la cd. Legge Montemartini.

In tempi più recenti, la prima riforma significativa si ha con la legge n. 142/1990 (sull'ordinamento degli Enti locali), che prevede come possibili modelli di gestione dei servizi la gestione in economia, la concessione a terzi, la gestione tramite aziende speciali, l'affidamento diretto a S.p.a. a prevalente capitale pubblico e la gestione mediante istituzioni (quest'ultima per i soli servizi sociali).

Nel corso degli anni '90 si sviluppa ulteriormente il modello di gestione con S.p.a.: dal 1992 sono ammesse anche S.p.a. con capitale pubblico minoritario. La trasformazione delle aziende speciali in società è ulteriormente incentivata dalle riforme Bassanini, e in particolare dalla legge n. 127/1997.

L'assetto così delineato confluisce nel Testo unico sugli Enti locali (TUEL), approvato con d.lgs. n. 267 del 2000.

Mentre sul territorio nazionale si susseguono le modifiche normative, a livello comunitario aumentano le spinte per l'apertura del mercato dei servizi pubblici alla concorrenza. Vengono così imposti ulteriori interventi e modifiche della disciplina nazionale. In primo luogo deve ricordarsi la riforma attuata con la legge finanziaria per il 2002: la legge n. 448 del 2001, infatti, distingue all'art. 35 tra servizi a rilevanza industriale e servizi privi di rilevanza industriale. Per i primi viene esclusivamente previsto l'affidamento con gara a società di capitali. Viene inoltre disposta la separazione tra la proprietà della rete (dell'Ente locale) e l'erogazione del servizio (da parte della società affidataria). Le potenzialità della riforma sono però frustrate dalla previsione di un lungo periodo transitorio, subito entrato nel mirino della Commissione europea. Segue così, a distanza di due anni, una nuova riforma, incarnata dal decreto-legge n. 269/2003 e dalla successiva legge n. 350 del 2003 (finanziaria per il 2004). Con tali interventi viene abbandonato il criterio del ricorso esclusivo alla gara, reintroducendo tre possibili forme di gestione: gara per il servizio, gara per il socio, *in house providing*. Viene invece mantenuto il principio di separazione tra rete e servizio.

È appena il caso di ricordare che la disciplina generale è integrata da numerose discipline di settore. Tra queste, le più importanti sono il decreto Bersani in tema di energia elettrica (d.lgs. n. 79/1999), il decreto Letta in tema di gas naturale (d.lgs. n. 164/2000), il decreto Burlando in tema di trasporto pubblico locale (d.lgs. n. 422/1997), la legge Galli in tema di servizio idrico integrato (legge n. 36/1996, ora in d.lgs. n. 152/2006, Codice dell'ambiente) e il decreto Ronchi in tema di rifiuti solidi urbani (d.lgs. n. 22/1997, ora in d.lgs. n. 152/2006, Codice dell'ambiente).

Focalizzando l'attenzione sui profili più significativi della normativa attualmente in vigore, deve sottolinearsi la distinzione effettuata tra servizi a rilevanza economica e servizi privi di rilevanza economica.

Le due tipologie sono regolate in modo diverso. In particolare, a seguito della sentenza n. 272/2004 della Corte costituzionale, è stata dichiarata l'illegittimità dell'art. 113 *bis* del TUEL, pertanto la disciplina e le forme di gestione dei servizi privi di carattere economico non possono essere contenute in una legge dello Stato, ma essere lasciate all'autonomia regionale.

Per i servizi a rilevanza economica, invece, viene riconosciuta una piena competenza della legge statale, in virtù dell'art. 117, c. 2, lett. *e*), della Costituzione. Si tratta della cd. competenza "trasversale" in tema di concorrenza, cioè di un titolo di legittimazione che consente allo Stato di intervenire con discipline normative ogniqualvolta si tratti di difendere situazioni concorrenziali già raggiunte, o anche di creare le condizioni per realizzare forme di concorrenza in settori che ne sono privi (sul carattere "promozionale" della concorrenza cfr. anche Corte cost. sent. n. 14/2004).

Si è detto, dunque, che la legge dello Stato (art. 113, TUEL) prevede per i servizi a rilevanza economica l'affidamento con gara a società di capitali, l'affidamento a società mista pubblico-privata (si tratta di una forma di PPP, partenariato pubblico-privato) o l'affidamento *in house* a società a capitale interamente pubblico, alla duplice condizione che l'Ente eserciti sulla società un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi e che la società *in house* svolga nei confronti dell'Ente affidante la parte prevalente della propria attività.

Alla luce di quanto appena ricordato, diventa decisivo capire quali siano i servizi a rilevanza economica, dal momento che nulla dice il legislatore sul punto.

La giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea (cfr. Corte giust. CE, C-475/99, sent. 25-10-2001, *Amubulanz Glöckner*), quella della Corte costituzionale (cfr. Corte cost., sent. n. 272/2004) e anche quella dei giudici amministrativi (cfr. TAR Puglia, 12-4-2006, sent. n. 1318) si sta assestando su una nozione estremamente ampia di servizi a carattere economico: la valutazione sull'economicità dev'essere potenziale, tanto che anche i servizi sociali, in alcune sentenze, sono stati considerati servizi a rilevanza economica, con la necessità di sottoporli a gara o alle altre due forme di gestione poco sopra richiamate.

In questo complesso quadro che vede il continuo intervento dei legislatori nazionale e comunitario, nonché una delimitazione per approssimazioni progressive della materia da parte dei giudici competenti, si è inserito recentemente il cd. decreto Bersani (art. 13 decreto-legge n. 223/2006, convertito con modifiche in legge n. 248/2006), che ha riformato la disciplina delle società strumentali, cioè delle società a capitale pubblico o a capitale misto, costituite o anche partecipate da enti locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività dell'ente (es. cd. *global service*, servizio informatica, etc.).

Viene previsto che tali società debbano operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti e che non possano svolgere prestazioni a favore di altri soggetti, nemmeno se a seguito di gara. La riforma, pertanto, mira a restringere l'ambito di operatività delle società strumentali, per scongiurare vantaggi anticoncorrenziali a soggetti operanti fuori dal mercato.

Viene specificato nel decreto che la riforma non si applica ai servizi pubblici locali. Questo però pone il problema del destino delle cd. società *multiutility*, cioè delle società che erogano diversi servizi, alcuni qualificabili come servizi pubblici e altri come servizi strumentali. In questi casi è necessario procedere allo scorporo delle attività dei due tipi, le prime regolate dalla normativa TUEL, le altre dalla normativa sugli appalti.

Si segnala a questo proposito l'incertezza della giurisprudenza amministrativa circa l'esatta delimitazione di cosa debba essere considerato servizio pubblico locale e cosa servizio strumentale (casi dubbi sono ad es. il servizio di riscaldamento degli edifici comunali e il servizio di refezione scolastica), circostanza che dà un certo margine di discrezionalità agli Enti locali in sede di

qualificazione dei servizi, ma che fatalmente pare destinata ad aumentare il contenzioso, con l'ulteriore rischio di disparità di disciplina sul territorio nazionale.

L'ultimo intervento di riforma, attualmente in fase di approvazione, è il cd. ddl Lanzillotta.

Si tratta di un disegno di legge (A.S. 772, presentato dal Governo al Senato il 7-7-2006), contenente deleghe al Governo per emanare entro il 2010 nuovi decreti legislativi che contengano la disciplina dei servizi pubblici locali a rilevanza economica. È da notare, dunque, che i tempi per l'approvazione dell'intera manovra sono lunghi e coincidono quasi con la durata massima di questa legislatura.

L'intento di fondo del ddl Lanzillotta è quello di dare una nuova spinta liberalizzatrice, favorendo l'affidamento con gara ad evidenza pubblica rispetto alle altre forme di gestione.

Si noti, peraltro, che il testo originario risulta "ammorbido" a seguito del parere della Conferenza unificata Stato-Regioni dell'8-11-2006. Non sono da escludere, inoltre, ulteriori emendamenti, soprattutto volti a reinserire la gestione in economia di determinati servizi.

Il testo attuale prevede che i servizi debbano essere affidati a società di capitali a seguito di gara. In alternativa è ancora possibile il ricorso a società miste o a *in house providing*, ma in tali casi l'Ente locale deve motivare in modo particolarmente stringente i motivi che hanno impedito lo svolgimento della gara.

Significativa è anche la previsione di un più forte ruolo degli utenti, che sono chiamati, per il tramite delle associazioni dei consumatori, a partecipare alla redazione delle Carte dei servizi pubblici. Inoltre il perdurare dell'affidamento viene condizionato al positivo riscontro degli utenti, da verificarsi con indagini e sondaggi anche a campione. Tali principi sono senz'altro significativi, ma restano dubbi sulla possibilità concreta di attuazione. Inoltre sono ancora iniziative limitate in confronto a quanto auspicato dalla Commissione UE con il Libro bianco sui servizi di interesse economico generale (SIEG), del 12-5-2004.

Un limite indubbio del ddl Lanzillotta, rilevato da più parti, è quello di non prevedere alcuna "clausola sociale", cioè di non contenere strumenti di garanzia o di gradualità per i livelli occupazionali, posti a rischio con il passaggio dall'imprenditoria pubblica al sistema privatizzato/liberalizzato. Può dirsi, al proposito, che maggiori garanzie dovrebbero essere contenute già nella legge delega, posto che in mancanza di precisi indirizzi i decreti legislativi non potranno integrare più di tanto le lacune originarie, a meno di incorrere nel vizio di eccesso di delega, che ne comporterebbe l'illegittimità costituzionale.

Lorenzo Cuocolo

lorenzo.cuocolo@unibocconi.it