

TRACCIA 6

SERVIZI PUBBLICI LOCALI

Nel presente elaborato si cercherà di affrontare il difficile compito della trattazione della materia dei **servizi pubblici locali**, abbondantemente discussa nei vari trattati con tagli abbastanza teorici, privilegiando una trattazione, per quanto possibile, pratica, poiché le questioni più frequenti nella gestione dell'ente locale, riguardano appunto le modalità di affidamento dei vari servizi (palestra comunale, scuolabus refezione scolastica)

Questa materia è forse quella che ha subito nel corso degli anni il percorso più tormentato, anche per la necessità di armonizzare la disciplina nazionale con i principi comunitari

Il tema dei **servizi pubblici locali** nasce dall'esigenza che alcune attività siano rese nei confronti della collettività intera, dall'ente esponenziale rappresentativo della comunità. Il vecchio elenco del testo Giolitti delle privative comunali considerava attività proprie dell'ente locale quali la macellazione, la pesatura, lo spazzamento dei rifiuti, il trasporto locale, le fontane pubbliche, che venivano gestite in proprio dall'ente: il Comune era obbligato a garantire questi servizi e al contempo era l'unico soggetto titolato a produrle in favore della collettività di riferimento. Ciò avveniva o tramite propri uffici, tramite un'organizzazione imprenditoriale, che fa parte direttamente del Comune oppure a mezzo di azienda speciale, cioè di un soggetto che aveva caratteristiche di maggiore **autonomia**, di maggiore imprenditorialità, ma apparteneva, pur sempre all'organizzazione dell'ente locale.

Negli anni '90 emergono nuovi temi che cambiano la prospettiva rispetto alla legge Giolitti: comincia a emergere il dibattito dell'organizzazione imprenditoriale di queste attività, e allora comincia a rafforzarsi l'idea che lo strumento migliore per produrle sia quello delle società di capitali, che costituiscono un modello organizzativo più efficiente. Cominciano a introdursi istituti come società di capitali a prevalente **partecipazione** pubblica, perché si rafforza l'idea che i soggetti che agiscono secondo le regole del diritto privato, riescono a garantire una maggiore efficienza nell'erogazione di questi servizi.

Quindi si comincia a parlare di privatizzazione formale: di trasformare

i soggetti pubblici, che gestiscono queste attività, in soggetti di diritto privato, ma sempre riconducibili al pubblico, perché la proprietà delle società è una proprietà prevalentemente pubblica, ma questi soggetti giuridici funzionano in base alle regole del diritto privato, e non alle regole del diritto pubblico. Le attività rimangono sostanzialmente riservate ai comuni e sono organizzate, regolamentate, disciplinate dalle amministrazioni locali.

Si insinua però il secondo nodo del problema e cioè l'esigenza di tutelare il mercato: perché se si tratta di attività di produzione di beni e servizi, se si tratta di attività d'impresa comincia a emergere un problema di tutela del mercato, e quindi di stabilire delle regole per la scelta del soggetto privato

Occorre partire da una premessa e cioè che non abbiamo una definizione di **servizi pubblici locali**: in assenza di una definizione legislativa di carattere generale, la nozione di servizio pubblico è stata oggetto di diverse elaborazioni giurisprudenziali e dottrinarie. Si sviluppano, in particolare, due teorie: una concezione soggettiva, secondo la quale è servizio pubblico l'esercizio di un'attività non autoritativa assunta da un pubblico potere, e la teoria oggettiva, che individua il servizio pubblico in quello che svolge un'attività indirizzata e coordinata a fini sociali a favore della collettività. Si dà quindi rilievo all'attività svolta, indirizzata a fini sociali, per la collettività, indipendentemente dal fatto che "a monte" vi sia un soggetto pubblico. L'erogazione del servizio pubblico, finalizzato allo sviluppo economico e sociale della comunità, può avvenire direttamente o indirettamente, ma sempre per il soddisfacimento dei bisogni della collettività.

La materia dei servizi pubblici fu innovata dalla L. 142/90, la cui impostazione è stata ripresa dal TUEL: la norma si differenzia nettamente rispetto a quella precedente, perché non elenca più i numerosi servizi assumibili dai comuni, ma che ne stabilisce i principi per le forme di gestione. Il legislatore, non elencando i possibili servizi, in tal modo sottolinea l'**autonomia** dell'ente locale nello scegliere quelle attività che meglio si adattano a soddisfare le esigenze della propria collettività. Infatti il Comune, essendo l'ente che rappresenta la propria comunità e ne promuove lo sviluppo (art. 3 TUEL), costituisce da sempre l'interlocutore primario nelle numerose e complesse esigenze della popolazione, che si concretizzano nella richiesta di servizi. Fatti salvi i servizi locali indispensabili (cfr. D.M. 28.5.1993) la rilevanza pubblica del servizio sta quindi nell'utilità che ne deriva a quella specifica collettività.

L'autorità pubblica individua, in un determinato momento storico, che un bisogno della collettività non è soddisfatto dal mercato; non tutti i bisogni fondamentali devono essere soddisfatti mediante un intervento dell'autorità pubblica. Pensate al cibo o all'abbigliamento, sono bisogni

fondamentali dell'uomo, ma non vengono soddisfatti dall'autorità pubblica. Non è che il comune si preoccupa che ci sia almeno un ristorante in ogni quartiere, o che ci sia un negozio di abbigliamento aperto la notte o a Natale...ci pensa il mercato, a soddisfare il bisogno di cibo e abbigliamento.

Se però l'autorità pubblica seleziona un bisogno ritenuto rilevante, che non è soddisfatto dal mercato, in base al suo funzionamento, allora individua degli obblighi di pubblico servizio da porre in capo agli operatori, o ad un singolo operatore, in modo tale da soddisfare quella domanda.

Se io ritenessi che nel mio comune la presenza di più compagnie private di trasporto locale urbano arrivi a garantire che non vi siano fasce di cittadini tagliate fuori dal trasporto, e che proprio il gioco di mercato fa sì che il prezzo del biglietto sia abbastanza basso, in questo caso non dovrei intervenire.

Quando decide di intervenire l'ente? Quando ritiene, per esempio, che per un disagio territoriale o economico, fasce di popolazione o zone del territorio rischiano di non essere coperte da un servizio fondamentale, per cui alcuni cittadini potrebbero non godere di quel servizio. In questo caso occorre organizzare il servizio sotto forma di pubblico servizio.

Quali sono questi obblighi di pubblico servizio che fanno sì che un'attività economica diventi di pubblico servizio?

L'ordinamento europeo ne individua alcuni, ad esempio l'obbligo di Universalità. Si ritiene che un determinato servizio debba raggiungere tutto un territorio o debba essere offerto a tutti i cittadini di una determinata area, con determinate caratteristiche minime, ad esempio, che il trasporto urbano debba raggiungere tutte le zone della città o, potenzialmente, debba essere fruibile da tutti i cittadini della collettività, e con delle caratteristiche minime, ad es. che anche nei quartieri periferici ci sia almeno una corsa al giorno. La continuità: si ritiene che un servizio debba essere erogato in maniera continuativa, ne debba essere garantita la continuità, senza interruzioni; restando nell'esempio di cui sopra, il trasporto pubblico locale, deve essere erogato anche di notte perché ritengo che sia fondamentale, erogarlo senza soluzione di continuità, anche durante le festività. Obblighi di accessibilità: si ritiene che un determinato servizio debba essere accessibile da tutti i cittadini,, a condizioni economiche che lo rendano accessibile anche alle fasce più deboli.

Negli obblighi di pubblico servizio si interviene perché la libera iniziativa economica privata non risulta idonea a soddisfare i bisogni della collettività. Come si interviene? Stabilendo che gli operatori debbano soddisfare gli obblighi di pubblico servizio selezionati in modo tale che quel servizio risponda ai bisogni della comunità per come sono stati individuati. E quindi è evidente che il tutto ha una funzione dinamica: ciò

che è bisogno oggi, potrebbe non esserlo domani.

Altra importante distinzione: il servizio di interesse generale, o servizio pubblico è una attività di produzione di beni e servizi rivolta ai cittadini; perché se si rivolgono i beni e i servizi all'autorità pubblica invece si fanno i servizi strumentali. Sono entrambe attività di produzione di beni e servizi però se ne fruisce il cittadino è pubblico servizio, nell'altro caso è l'autorità pubblica che fruisce del servizio: nel primo caso avremmo i **servizi pubblici locali**, nel secondo caso i servizi strumentali. Quindi i **servizi pubblici locali**, nell'accezione che qui interessa, sono attività di produzione di beni e servizi rivolte ai cittadini, assoggettate ad un regime giuridico differenziato i, che consiste nel regime degli obblighi di pubblico servizio, giustificati dalla necessità di conseguire un interesse pubblico, un interesse collettivo, quello che nel lessico europeo si definisce una missione di interesse generale.

Dopo aver visto cosa sono gli obblighi di pubblico servizio, dobbiamo considerare che essi rappresentano altrettanti costi: se il mercato non offre quelle attività o non le offre a quelle condizioni, non lo fa perché non lo ritiene remunerativo, perché la logica del mercato è una logica di remunerazione delle attività, anzi della massima remunerazione possibile. Se non si viene obbligati alcune cose non si farebbero mai. Pertanto se questi obblighi di pubblico servizio sono un costo, come viene compensato tale costo?

Le modalità di compensazione possono essere diverse:

1) Una prima forma di compensazione degli obblighi di pubblico servizio è quella di porla in capo a tutti gli operatori, cioè si individua uno degli operatori che fa il pubblico servizio, gli altri operatori pagano un contributo, costituiscono un fondo e questo fondo paga il pubblico servizio.

2) Oppure imponendo delle tariffe a carico dei cittadini che compensassero questo surplus di costo per l'operatore economico

3) La forma più semplice rimane però il contributo pubblico: l'autorità pubblica si fa carico del servizio, attraverso un contributo all'operatore economico. C'è tuttavia un aspetto che in Italia si tende a sottovalutare, e cioè che ogni forma di intervento diretto o indiretto dell'autorità pubblica in favore di uno o più imprenditori economici configura un aiuto di Stato. I cd. aiuti di Stato.

Secondo l'ordinamento europeo gli aiuti di stato sono illegittimi; il Trattato Europeo sottolinea come gli aiuti di stato non siano consentiti. Sono consentiti solo quando e nella misura strettamente necessaria servono alla realizzazione di una missione di interesse generale, servono a soddisfare un interesse generale, quindi sulla base di un criterio di proporzionalità quando non si può soddisfare altrimenti un bisogno di interesse generale.

Come già detto, negli anni '90 del secolo scorso, nasce l'esigenza di rompere la dimensione eminentemente pubblicistica della gestione dei **servizi pubblici locali**, proprio per arginare i contributi pubblici agli imprenditori privati, aprendo verso modelli aziendalistici di efficienza.

In particolare, con l'abrogato art. 22 l. n. 142/1990 (confluito nell'art. 113 TUEL) si operavano due importanti rivoluzioni:

1) In primo luogo, mutava la forma dell'azienda speciale, definita all'art. 23, l. 142/90 come: "ente strumentale dell'ente locale dotato di personalità giuridica, di **autonomia** imprenditoriale e di proprio statuto";

2) in secondo luogo, veniva introdotto lo strumento privatistico della società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale, costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio al fine di erogare il servizio in modo efficiente. Il modello scelto dal legislatore del 1990 lasciava libero l'ente pubblico nella scelta del modello di gestione del servizio pubblico, la PA, infatti, poteva disporre che i pubblici servizi potessero essere gestiti nelle seguenti forme:

-in economia: quando le modeste dimensioni o le caratteristiche del servizio rendevano non opportuna la costituzione di un'azienda o di un'istituzione;

-concessione a terzi: qualora sussistevano ragioni di carattere tecnico (per il fatto che le attrezzature tecnologiche di gestione richiedevano professionalità, esperienze o ingenti capitali di cui l'amministrazione non dispone) ovvero di natura economica (allorché il costo del servizio affidato a terzi comportava un costo di gran lunga inferiore) che non permettevano all'ente pubblico di intervenire direttamente;

-a mezzo di azienda speciale: quando lo svolgimento del servizio implicava un'attività imprenditoriale caratterizzata da snellezza, managerialità ed **autonomia**;

-a mezzo d'istituzione, per l'esercizio di servizi sociali che non avevano rilevanza imprenditoriale;

-a mezzo di società per azioni a prevalente capitale pubblico, qualora si ravvisasse l'opportunità in relazione alla natura del servizio da erogare di fare partecipare alla gestione altri soggetti pubblici o privati;

-a mezzo dell'unione fra più comuni, come fase transitoria, la gestione era assicurata tramite convenzione fra comuni in vista della definitiva fusione degli stessi.

Il TUEL disciplina le modalità di affidamento dei servizi pubblico locali. L'art. 112 del D. Lgs. 267/2000, rubricato espressamente come "**Servizi pubblici locali**", di fatto, non contiene alcuna definizione di tale istituto giuridico e si limita a rilevare che i **servizi pubblici locali** debbano avere "... per oggetto produzione di beni e attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali". Il D.L. 30 settembre 2003, n. 269, (convertito nella Legge 24 dicembre 2003 n.

350), ha modificato gli articoli 113 e 113/bis del D. Lgs. 267/2000, distinguendo fra servizi aventi rilevanza economica e servizi privi di tale rilevanza.

L'art. 35 della legge n. 448/2001 opera (attraverso l'introduzione dell'art. 113-bis, d.lgs. 267/2000) una netta distinzione tra:

- **servizi pubblici locali** rilevanti sotto il profilo industriale: per i quali si distingue tra proprietà e gestione e si prevede, per quest'ultima, l'affidamento ad operatori economici attraverso procedure di evidenza pubblica ovvero l'affidamento diretto a società maggioritarie pubbliche all'uopo costituite;

- **servizi pubblici locali** privi di rilevanza industriale: dove la gestione deve essere operata direttamente dall'ente locale o indirettamente da soggetti allo stesso riconducibili.

L'ente pubblico, quando sceglie la forma di gestione, deve tener presente la tipologia del servizio: per quelli aventi rilevanza industriale, deve preferire l'affidamento a privati a seguito di gara pubblica, salvo che voglia affidare il servizio a società maggioritarie pubbliche all'uopo costituite.

Essendo stata aperta una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia, il legislatore nazionale, con l'art. 14, d.l. n. 269/2003 e l'art. 4, comma 234, l. 350/2003, torna a modificare la disciplina contenuta negli articoli 113 e 113/bis del D. Lgs. 267/2000, così cercando di ricomporre il dialogo con le istituzioni comunitarie.

Con il d.l. 269/2003, in primo luogo il legislatore supera la nozione di **servizi pubblici locali** rilevanti sotto il profilo industriale, per accedere a quella di **servizi pubblici locali** di rilevanza economica (cui si affiancano quelli privi di rilevanza economica); in secondo luogo ritiene necessario limitare la sopravvivenza degli affidamenti pregressi operati senza l'utilizzo di procedure di evidenza pubblica, ammettendo la possibilità di affidamenti diretti solo in due casi: ossia in presenza di una relazione cd. "in house" tra l'ente pubblico ed il soggetto cui viene affidata la gestione del servizio, o nei casi di società a capitale sociale misto pubblico-privato, nelle quali il socio privato viene scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica.

Pertanto l'affidamento diretto si ammette solo in due casi: *in house providing* o società mista, tra pubblico e privato con il privato scelto a seguito di gara con procedura ad evidenza pubblica.

Con il decreto 112/2008 il legislatore favorisce la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale; e, in virtù di quanto prescritto ai sensi dell'art. 117 co. 2, l. e) ed m), della Cost., garantisce il diritto di tutti gli utenti alla universalità ed accessibilità dei **servizi pubblici locali** ed al