

Sull'affidamento diretto dei servizi pubblici locali alle società miste

di Gianrocco Catalano

Nota alla circolare n.12727 del 19.10.2001 della Presidenza del Consiglio dei Ministri e al decreto del Ministero dell'Ambiente del 22.11.2001.

E' del tutto legittimo l'affidamento diretto di un servizio pubblico locale ad una società mista qualora l'ente locale eserciti sulla società medesima del servizio un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano.

1. La circolare 12727

La circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri n. 12727, si apre con la comunicazione che la Commissione dell'Unione europea "ha avviato nei confronti dello Stato italiano una procedura di infrazione per la violazione delle disposizioni comunitarie sotto il profilo dell'applicazione della normativa in materia di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali, materia che è oggetto della proposta di riforma legislativa contenuta nel disegno di legge finanziaria 2002.

La circolare non specifica a quale procedura di infrazione si fa riferimento.

Se fosse quella avviata con la nota del 31.7.99 dalla Commissione, va detto che tale procedura, il cui richiamo è già stato utilizzato strumentalmente nelle precedenti legislature per rimuovere il sistema dell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali e per introdurre il meccanismo della gara per l'individuazione di ogni soggetto gestore, riguardava l'introduzione di una normativa fiscale di favore da applicare alle aziende speciali, ai consorzi azienda e alle società miste.

Tale normativa, a dire il vero, trova e trovava una sua giustificazione, in parte nel fatto che con l'acquisto della personalità giuridica da parte delle aziende speciali, il legislatore ha previsto la possibilità di trasferire i beni in proprietà alle aziende medesime, le quali si trovano oramai in regime di autonomia patrimoniale perfetta, ed in parte in un sistema volto ad agevolare le trasformazioni delle aziende speciali in spa attraverso l'introduzione di un periodo di moratoria fiscale per le imposte dirette che, oramai, dal 31.12.1999, è scaduto.

Evidentemente per assurdo, se la legge 142/90, non fosse intervenuta a conferire alle aziende speciali la personalità giuridica, mantenendole organi dei comuni, com'è tutt'ora in Germania, sarebbe mancato il presupposto impositivo costituito dal trasferimento dei beni e, probabilmente, non si sarebbe avviata alcuna procedura di infrazione.

2. La normativa e la giurisprudenza comunitaria

Indipendentemente dalle procedure di infrazione avviate dalla Commissione europea, però, va definitivamente chiarito, non essendo la circolare in oggetto molto chiara in proposito, che la normativa europea non ha disciplinato volutamente gli affidamenti e le concessioni di servizi pubblici locali.

Tali affidamenti, infatti, come ha statuito, la Corte di Giustizia, le cui sentenze hanno un valore interpretativo vincolante, non rientrano nella sfera di applicazione, né della direttiva 93/38, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, né della direttiva 92/50, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi.

La sentenza della Corte di Giustizia n. 324/98, ha ben ricostruito che, sia nella sua proposta 13 dicembre 1990 sia nella sua proposta modificata di direttiva del Consiglio 28 agosto 1991, 91/C 250/05, che hanno portato all'adozione della direttiva 92/50 relativa agli appalti pubblici di servizi in generale, la Commissione aveva esplicitamente proposto di includere la "concessione di pubblico servizio" nella sfera di applicazione di tale direttiva.

Essendo tale inclusione giustificata dall'intento di "garantire la coerenza delle procedure di aggiudicazione", la Commissione ha precisato, nel decimo considerando della proposta 13 dicembre 1990, che "le concessioni di pubblici servizi devono rientrare nel campo d'applicazione della presente direttiva.

Tuttavia, nel corso della procedura legislativa, il Consiglio ha eliminato ogni riferimento alle concessioni di pubblici servizi, in particolare a causa delle differenze esistenti tra gli Stati membri per quanto riguarda la delega della gestione dei servizi pubblici nonché le modalità di tale delega, che potrebbero creare una situazione di fortissimo squilibrio nell'accesso a detti appalti di concessione.

Una sorte analoga era stata del pari riservata alla posizione della Commissione espressa nella sua proposta di direttiva del Consiglio 18 luglio 1989, 89/C 264/02, relativa alle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua, di energia e fornitrici di servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, sfociata nell'adozione della direttiva 90/531, che è stata la prima direttiva in tali settori in materia di aggiudicazione di appalti pubblici ed ha preceduto la direttiva 93/38, nella quale la Commissione aveva parimenti proposto per i suddetti settori talune disposizioni destinate a disciplinare le concessioni di pubblici servizi.

Tuttavia, come risulta dal punto 10 del documento 5250/90 ADD 1 22 marzo 1990, intitolato "Motivazione del Consiglio", il Consiglio medesimo non ha accolto detta proposta della Commissione di includere nella direttiva 90/531 le norme relative alle concessioni di servizi pubblici, in quanto siffatte concessioni esistevano in un solo Stato membro e, in mancanza di uno studio approfondito sulle diverse forme di concessione di servizi pubblici accordate negli Stati membri nei detti settori, non si doveva procedere alla regolamentazione di questi ultimi.

Alla luce di tali elementi, va constatato che la Commissione stessa non ha proposto di includere le concessioni di servizi pubblici nella sua proposta di direttiva del Consiglio 27 settembre 1991, 91/C 337/01, che modifica la direttiva 90/531 (GU C 337, pag. 1), che è sfociata, in seguito, nell'adozione della direttiva 93/38.

Ne consegue che il legislatore comunitario ha deciso di escludere le predette concessioni dalla sfera di applicazione della direttiva 93/38.

3. La normativa e la giurisprudenza italiana

Non v'è dubbio, pertanto, che in base alla normativa comunitaria e statale, l'affidamento del servizio ad una società mista prevista dall'art. 113 del t.u. 267, possa essere deliberato dall'ente locale senza necessità che venga preventivamente espletata una pubblica gara, posto che quella mediante società a prevalente partecipazione pubblica locale deve ritenersi una forma di gestione diretta del servizio da parte dello stesso ente locale.

L'opzione dell'ente locale per quel modello di gestione comporta, infatti, l'affidamento diretto e "privilegiato" del servizio alla società appositamente costituita, il cui oggetto consiste proprio nello svolgimento dell'attività economica in cui il servizio stesso si concreta.

Non vi è motivo alcuno, quindi, per ritenere che l'affidamento diretto di un pubblico servizio ad una società per azioni maggioritaria o minoritaria o a responsabilità limitata a prevalente partecipazione pubblica locale contrasti con la normativa comunitaria, posto che questa e in particolare la direttiva 92/50/CEE (recepita con il d.l.vo 17 marzo 1995, n° 157) non disciplina la materia.

Ed, infatti, mentre i servizi presi in considerazione dalla citata direttiva consistono in prestazioni effettuate a vantaggio dell'ente pubblico aggiudicatore, relativamente alle quali il prestatore è

remunerato con un corrispettivo a carico dell'ente (cd. appalti di servizi), quelli disciplinati dall'attuale art. 113 del t.u cit., costituiscono servizi resi ad una utenza collettiva in relazione ai quali gli esercenti provvedono alla applicazione di tariffe (cd. servizi pubblici).

In tal senso si è in giurisprudenza espressamente orientata la Corte di Cassazione, ss.uu., 6 maggio 1995, n. 4989, secondo la quale, "una volta deliberata (ovviamente con procedure di diritto pubblico) la costituzione di una società per azioni per la gestione di un determinato servizio locale, non necessita un (ulteriore) provvedimento di concessione in senso tecnico (che presupporrebbe un procedimento di valutazione e selezione degli aspiranti-concessionari): l'opzione dell'ente per quel modello di gestione comporta, infatti, l'affidamento diretto e privilegiato del servizio alla società appositamente costituita, il cui oggetto consiste proprio nello svolgimento dell'attività economica in cui il servizio stesso si concreta".

4. I servizi oggetto dell'affidamento diretto

Sia la giurisprudenza comunitaria che quella italiana si sono spinte, peraltro, ancora oltre fino a configurare come forme di affidamento diretto di servizi pubblici anche delle attività assimilabili a dei veri e propri appalti di servizi.

In particolare, la Corte di Giustizia con la sentenza 107/98, riguardante l'affidamento della gestione del servizio di riscaldamento di taluni edifici comunali e la fornitura di beni per lo svolgimento del servizio medesimo, ha stabilito che la direttiva 93/36 (riguardante gli appalti di forniture), si applica, solo se si tratta di un contratto concluso per iscritto a titolo oneroso avente per oggetto, in particolare, l'acquisto di prodotti.

Ora, si legge nella sentenza, "è pacifico nella fattispecie che l'Azienda speciale Agac fornisce prodotti, ossia combustibili, al comune di Viano dietro pagamento di un corrispettivo. Relativamente all'esistenza di un contratto, il giudice nazionale però deve verificare se vi sia stato un incontro di volontà tra due persone distinte".

Ovvero, conformemente all'art. 1, lett. a), della direttiva 93/36, è necessario, in linea di principio, "che il contratto sia stato stipulato, da una parte, da un ente locale e, dall'altra, da una persona giuridicamente distinta da quest'ultimo".

Si è invece fuori dal campo di applicazione della direttiva nel caso in cui, l'ente locale eserciti sulla persona affidataria del servizio "un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano".

La predetta giurisprudenza della Corte risulta conforme, peraltro, a quella del Consiglio di Stato, (cfr., Cons. St., sez. II, 28 febbraio 1996, n. 366/96, parere) che si è pronunciato in merito alla legittimità dell'affidamento del servizio di progettazione da parte del comune di Roma ad una società mista definendo l'esatta qualificazione del rapporto tra ente locale azionista e la società.

La norma delinea una "gestione diretta" del servizio pubblico a mezzo di una società per azioni a prevalente capitale pubblico.

Il rapporto tra ente locale e società si svolge nell'ambito di un modulo essenzialmente pubblicistico, qualificato dalla gestione diretta del servizio.

La forma organizzativa ex art. 22, lett. e), della legge n. 142 del 1990 è alternativa rispetto alle altre modalità di gestione previste nelle lettere precedenti del medesimo comma 3 e, in particolare, rispetto allo strumento concessorio, previsto espressamente alla lettera b).

Sul piano giuridico, la società per azioni costituisce un "organo indiretto" dell'Amministrazione, deputato alla gestione del servizio pubblico (conf. Cass. Sez. Un., 29 dicembre 1990, n. 12221).

Ciò posto, "deve ritenersi che l'art.22, comma 3, lett. e), della legge n.142 del 1990 consenta l'affidamento diretto all' "Agenzia" dei servizi di progettazione delle opere di competenza degli enti locali azionisti, rientranti nel programma del Giubileo del 2000".

L'esclusione della necessità di procedimenti concorsuali di affidamento discende dal modulo organizzatorio della "gestione diretta" di cui alla disposizione suindicata.

Tale conclusione non appare in contrasto con la normativa comunitaria, ove si consideri che questa è applicabile soltanto quando la prestazione di servizi si fonda su contratti di appalto (cfr. VIII "Considerando" premesso alla Direttiva 92/50), mentre - come è stato espressamente affermato in giurisprudenza per fattispecie in certo senso analoghe a quella che viene in rilievo nella presente sede - la pubblica Amministrazione nell' esercizio -delle attività istituzionali ed organizzative, non incontra limiti derivanti dalla disciplina comunitaria (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 13 febbraio 1996, n. 147; Cass., Sez. Un., 6 maggio 1995, n. 4990).

5. Il decreto del Ministero dell'Ambiente del 22.11.2001 e le circolari esplicative.

Del tutto infondati, in base a quanto affermato, sono i tentativi di ritenere illegittimo l'affidamento diretto della gestione dei servizi pubblici locali sulla base della normativa comunitaria.

Sono paradossali a tal proposito le circolari esplicative del Ministero dell'Ambiente del 17.10. 2001 e 22.11.2001, quest'ultima riferita al decreto dello stesso Ministero del 22.11. 2001, avente ad oggetto "le modalità di affidamento in concessione a terzi della gestione del servizio idrico integrato".

Mentre il decreto sembrerebbe riferibile unicamente alla disciplina delle concessioni a terzi, come letteralmente affermato all'art. 1 dello stesso, intese come modello alternativo per la gestione del servizio idrico rispetto alla società mista e alle aziende speciali o consortili, le circolari affermano che il regime unico ed indifferenziato per l'affidamento del servizio idrico integrato, anche a società miste, sia esse maggioritarie che minoritarie, è quello della gara, adducendo presunti contrasti con la normativa comunitaria e utilizzando un linguaggio a dir poco intimidatorio per gli amministratori dei soggetti aggiudicatori che non si allineino ai precetti in esse contenuti.

L'applicazione delle circolari ministeriali determinerebbe che oggi, dopo svariati ricorsi amministrativi derivanti dalle procedure di gara espletate per la scelta dei soci di minoranza delle società di gestione e dopo aver incontrato innumerevoli difficoltà legate alla partecipazione di decine e decine di comuni, le Autorità d'ambito, che si stanno accingendo, appunto, ad ultimare il tortuoso percorso definito dal nostro stesso legislatore pochi anni orsono, dovrebbero ricominciare tutto daccapo provvedendo a scegliere i soggetti gestori tramite gara.

In tutto ciò vale la pena accennare come la materia dei servizi pubblici locali, sia oggi, in seguito alla riforma costituzionale, riservata alla legislazione esclusiva delle regioni, alcune delle quali hanno già espresso una forte disapprovazione verso l'operato del Ministero dell'Ambiente dichiarando, peraltro, di non volersi allineare al disposto ministeriale.

C'è pertanto un forte rischio che si producano delle spaccature interpretative e legislative tra le regioni medesime e lo Stato.