

Sulle holding per la gestione dei servizi pubblici

di Gianrocco Catalano

1 Premesse

La controversia su cui sono intervenute prima la sentenza del TAR Toscana n. 25/2001 e poi quella del Consiglio di Stato n. 5004 del 24.9.2001, ha riguardato in parte, talune delicate problematiche derivanti dall'applicazione della normativa statale e regionale emanata in materia di risorse idriche (legge 4.4.1997 n.36 e l.r. di attuazione 21.7.1995 n.81, nonché l.r. 4.4.1997 n.26), in parte, l'operazione di concentrazione dei servizi pubblici e più specificamente l'operazione di riorganizzazione del modello generale di gestione dei servizi locali idrici, energetici ed ambientali promossa da taluni Comuni compresi nel territorio di un ATO (ATO 3 Toscana) proprietari di aziende pubbliche.

Il complesso procedimento di concentrazione e riorganizzazione attuatosi prevede, in sintesi, la costituzione di una società holding, (Publiservizi, s.p.a.), con funzioni di coordinamento, derivante dalla trasformazione di un'azienda speciale e controllata per oltre il 99% dagli Enti pubblici e la costituzione di tre società di scopo di cui una destinata alla gestione dei servizi idrici, interamente controllate dalla predetta holding.

In base alle conclusioni del Tar Toscana, tale impianto giuridico non rientra nella previsione né dell'art. 113 del t.u. 267/2000, né nell'art 116 del cit. t.u.: quindi per l'affidamento del servizio ad una società di scopo da parte di un ATO occorrerebbe una gara trattandosi di rapporto concessorio.

2 La sentenza del TAR Toscana n. 25

Riassunti i principali aspetti della controversia, vediamo qual'è stato l'iter logico sulla base del quale il TAR si è pronunciato.

Partendo da una riesame del quadro normativo il Tar ha ben ricostruito come la legge n.36 del 1994 ha voluto ricondurre ad una disciplina globale ed unitaria la tutela e l'uso delle risorse idriche comprese nel territorio nella considerazione che "tutte le acque superficiali e sotterranee, ancorché non estratte dal sottosuolo, sono pubbliche e costituiscono una risorsa che è salvaguardata ed utilizzata secondo criteri di solidarietà" (art.1).

La legge introduce, in proposito, per la prima volta il concetto di servizio idrico integrato, costituito dall'insieme dei servizi pubblici di captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili, di fognatura e di depurazione delle acque reflue, delineando per esso una nuova metodologia di gestione strettamente collegata ad una nuova organizzazione territoriale denominata "ambito territoriale ottimale" da individuare e delimitare dalle Regioni con apposita legge sulla base dei criteri fissati dall'art.8 comma primo. L'art.9 della legge stabilisce, in proposito, che per ogni ambito territoriale ottimale delimitato, i comuni e le province ricadenti al suo interno organizzino il servizio idrico integrato provvedendo alla sua gestione mediante le forme, anche obbligatorie, previste dalla legge 142 del 1990 (ora t.u. 267/2000). E' previsto che i rapporti fra gli enti locali ed il gestore siano regolati da un'apposita convenzione e dal relativo disciplinare, secondo il modello tipo adottato da ogni Regione (art.11). Fino all'organizzazione del servizio idrico integrato le aziende speciali, gli enti ed i consorzi pubblici esercenti i servizi idrici, ove non sia deliberato lo scioglimento, confluiscono nel soggetto gestore secondo le modalità e le forme stabilite nella convenzione ed il nuovo gestore subentra agli enti preesistenti nei termini e con le modalità stabilite nella convenzione e nel relativo disciplinare; mentre le società e le imprese consortili concessionarie dei servizi alla data di entrata in vigore della legge, mantengono la gestione fino alla scadenza della relativa concessione.

In base all'art.10 della legge 36 del 1994, le gestioni esistenti potevano (o possono) continuare a gestire i servizi loro affidati fino all'organizzazione del servizio idrico integrato secondo le modalità

indicate nel precedente articolo 9, ossia sino alla costituzione della società di gestione, se aziende pubbliche o sino alla scadenza della relativa concessione, se società o imprese consortili concessionarie. La norma, in sostanza, evidenzia un periodo transitorio all'interno del quale è disciplinata la fase di dismissione delle precedenti gestioni esistenti con la previsione dello scioglimento o confluenza delle ex aziende pubbliche nel nuovo soggetto gestore affidatario del servizio, al quale devono essere trasferiti i beni e gli impianti delle imprese già concessionarie.

Il Tar Toscana ha ben ravvisato come sia sottesa nella stessa ratio della legge la previsione del mantenimento della situazione gestionale esistente e comunque il divieto implicito, una volta costituito l'AATO, di procedere a trasformazioni o modifiche sostanziali dell'assetto organizzativo delle gestioni esistenti che possano interferire nel procedimento di dismissione e avvicendamento disciplinato dalla norma indicata.

In sostanza la legge Galli ha inteso cristallizzare la situazione in atto al momento della sua entrata in vigore, relativamente alla gestione del servizio idrico.

3 La gestione a mezzo holding

La complessa operazione di concentrazione che prevede lo scioglimento delle aziende pubbliche di gestione e la creazione di una società holding interamente partecipata ed una società di scopo affidataria degli stessi compiti di gestione che dovranno essere assunti dalla società appositamente costituita nell'AATO, 3 si pone in evidente contraddizione con la legge 36 del 1994 e le leggi regionali di attuazione.

In sostanza la costituenda società di scopo non poteva coincidere "con la s.p.a. di cui al protocollo di intesa sottoscritto dai comuni in base alla delibera dell'Assemblea n.34/37 del 30.9.1997 con la quale l'Autorità di Ambito medesima, aveva scelto la forma di gestione del servizio idrico integrato individuando nella società mista a prevalente capitale pubblico locale il soggetto gestore dell'ambito".

Il modello al quale si sono ispirati gli enti locali in questione appartiene ad un assetto societario che finisce per contraddire, in ultima analisi, quello delineato dall'art. 113, lett. e) del t.u. 267. Infatti, nell'operazione di concentrazione di che trattasi si parte da più organismi pubblici (aziende e società per azioni create secondo le forme indicate dall'art.113 cit.) per arrivare, a conclusione del complesso procedimento e contraddittoriamente rispetto alla norma di riferimento, ad una società holding (la Publiservizi) e ad una società di scopo (la Publicacqua, per la gestione del servizio idrico integrato) il cui pacchetto azionario è interamente in mano alla stessa holding ed è, quindi, un soggetto (interamente privato) in alcun modo partecipato dagli enti titolari dei servizi i quali non hanno alcun diretto controllo.

Né vale sostenere che la società holding sia da qualificare come organismo di diritto pubblico in quanto interamente controllato da enti pubblici. Infatti, una società di capitali avente caratteristiche di holding non è prevista né dall'art.22 della legge 142 del 1990 né dall'art.12 della legge 23.12.1992 n.498 (ora artt. 113e 116 del t.u. cit.) né è assimilabile alle forme societarie dalle stesse norme disciplinate laddove la stessa (come nella specie) non è costituita per essere affidataria diretta di un servizio pubblico, ma per svolgere funzioni di coordinamento dei servizi pubblici affidati ad altre società appositamente costituite.

Neppure può essere utile ai fini della conformità dell'assetto societario alle forme societarie indicate dalle norme del t.u. 267/2000, in materia di servizi pubblici locali, il disposto dell'art.17, comma 51, della legge 127 del 15.5.1997 (art. 115 t.u.), a tenore del quale "i comuni, le province e gli altri enti locali possono, per atto unilaterale, trasformare le aziende speciali costituite ai sensi dell'articolo 22, comma 3, lettera c), della legge 8 giugno 1990, n. 142, in società per azioni, di cui possono restare azionisti unici per un periodo comunque non superiore a due anni dalla trasformazione". E ciò per l'ovvia ragione che la trasformazione disciplinata dalla suddetta norma è solo quella attuata ai soli ed esclusivi fini della costituzione di una società a totale partecipazione pubblica che dovrà

assumere la gestione del servizio pubblico in luogo dell'azienda trasformata. Donde l'inapplicabilità della stessa norma al di fuori dell'ipotesi espressamente prevista.

La gestione attraverso una holding partecipata da enti pubblici, controllante una società di scopo a cui gli enti medesimi vorrebbero affidare direttamente il servizio non appare, in definitiva, secondo il Tar in linea con l'impianto normativo in vigore.

Una volta stabilito che la società di scopo che avrebbe dovuto gestire il servizio idrico integrato non corrisponde al modello normativamente individuato dal legislatore occorre specificare come non sia nella fattispecie applicabile la deroga alla regola dell'affidamento del servizio a mezzo gara: tale deroga, infatti, può valere solo nei confronti delle società cui l'ente locale affidante partecipa direttamente e non nei confronti di società il cui pacchetto azionario di controllo appartenga ad altra società.

La circostanza che tale società sia interamente controllata da enti pubblici non sposta i termini della questione, perché in tal caso la procedura di selezione concorsuale doveva almeno celebrarsi per la costituzione della holding, occorrendo addivenire ad un assetto organizzativo-gestionale coerente con il modello delle società di capitali, attraverso la scelta di un socio imprenditore idoneo allo scopo, effettuata in base ad un aperto confronto concorsuale disciplinato da regole predeterminate in ordine in specie ai requisiti economico- finanziari, alle capacità tecniche occorrenti ed anche (occorrendo) alle offerte progettuali funzionali alla migliore gestione del servizio.

Sul punto, l'orientamento giurisprudenziale più recente, nel quale il Tar si riconosce, indica nello strumento concorsuale il necessario passaggio procedimentale che gli enti titolari dei servizi devono perseguire per la scelta del soggetto privato (imprenditore) più adeguato alle esigenze di gestione del servizio pubblico (C.S., sez.V, 19.2.1998 n.192).

4 La presenza dei privati nella società

Il ruolo ed il peso della presenza del privato, inoltre, sono una prerogativa della forma data dalla società dei capitali rispetto alle altre forme indicate dall'art.22.

Il ruolo non può che essere quello dell'apporto fattivo e costruttivo della professionalità e mentalità di un socio tecnico (ossia imprenditore), maturate nelle esperienze acquisite in un mercato in cui vige il principio della libera concorrenza. Il peso, quello idoneo a rendere effettivo l'apporto professionale sopra specificato a tutto vantaggio dell'efficienza, efficacia ed economicità della gestione del servizio affidato alla società partecipata. Invero, anche tenendo presente la prevalenza del capitale pubblico, è da ritenere che la presenza del socio privato, ancorché minoritario, non possa prescindere, di norma, dalla qualificazione dello stesso nel campo tecnico imprenditoriale in cui la società è destinata ad operare. Comunque, anche ammettendo che la partecipazione minoritaria possa limitarsi al solo profilo finanziario, è indubbio che tale partecipazione in ogni caso debba risultare significativa e non meramente simbolica.

Ad avviso del Tar, la presenza in una società a partecipazione pubblica di un socio (Banca) non tecnico- nell'accezione data al termine in questione (ossia non imprenditore)- nei limiti inferiori dell'1%, non soddisfa sostanzialmente i requisiti perché possa ritenersi rispettata la ratio del disposto normativo contenuto nel citato articolo 22.

5 La sentenza del Consiglio di Stato

La sentenza del Tar Toscana n. 25 è stata impugnata dinanzi al Consiglio di Stato che con la sentenza n.5004 del 24.9.2001, ha dichiarato l'annullamento della sentenza di primo grado ritenendo l'originario ricorso inammissibile per carenza di ogni interesse attuale e concreto al suo accoglimento.

In sostanza il Consiglio di Stato ha osservato che l'interesse soggettivo cui era improntato il ricorso originario era quello ad una corretta concorrenzialità, che non è stata lesa nella fattispecie in esame

in cui non si ravvisa, per i giudici dell'appello, l'assunzione di atti o provvedimenti immediatamente lesivi della sfera giuridica del ricorrente originario.

Dalla predetta operazione di concentrazione e svolgimento del pubblico servizio idrico integrato, potrebbe, infatti, unicamente insorgere una posizione di interesse non tanto alla rimozione tout court degli atti impugnati, sibbene all'eventuale determinazione di non affiancare nel capitale sociale un altro socio privato rispetto alla banca partecipante per meno dell'1%.

In definitiva se è vero che il Consiglio sotto l'aspetto processuale ha accolto l'appello annullando la sentenza del Tar, non ritenendo leso l'interesse a concorrere dell'originario ricorrente, è pur vero che non si è addentrato nella merito della controversia relativo all'affidabilità o meno di un servizio pubblico direttamente ad una società partecipata o controllata da una holding di proprietà degli enti titolari del servizio medesimo.

Si ritiene, pertanto, che sotto l'aspetto sostanziale i principi espressi dalla sentenza del Tar Toscana siano tuttora gli unici riferimenti giurisprudenziali in materia.