

*Servizi pubblici locali a rete e affidamento senza gara: società di capitali o azienda speciale? Pro e contro di un possibile futuro divieto.*

di GIULIANO VOSA

Nella materia dell'affidamento da parte degli enti territoriali dei servizi pubblici di rilievo locale, va profilandosi all'orizzonte delle innovazioni legislative un tema di rilievo non solo amministrativo, ma costituzionale a tutto tondo.

Tale sensibile novità fa capo alla l. n. 124 del 2015, "Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche", meglio nota come "legge Madia" di riforma della P.A., in forza della quale è stato redatto lo schema di decreto legislativo recante il "Testo Unico sui servizi pubblici locali di interesse generale" che non ha ancora concluso il suo *iter* per l'emanazione.

A voce dell'art. 7, comma 1, lett. d), di tale schema, la gestione mediante azienda speciale è consentita soltanto "limitatamente ai servizi diversi da quelli a rete".

Quali ragioni sostengono tale divieto, e quali invece militano per una soppressione del medesimo? E' opportuno, affacciandosi ad un dibattito che coinvolge ragioni di carattere giuridico, amministrativo, economico e politico-costituzionale, ripercorrere brevemente l'evoluzione dei modelli – azienda speciale, da un lato; società di capitali in mano pubblica, dall'altro – che raffigurano i poli contrapposti dello scenario disegnato dal legislatore.

L'ordinamento dei servizi pubblici si struttura in un cospicuo intreccio di fonti interne ed europee, fra le quali il diritto dell'Unione svolge una parte preponderante. A diritto vigente, si prevede che un Ente territoriale, a determinate condizioni di fatto e di diritto, possa affidare la gestione di un pubblico servizio secondo tre modalità: affidamento ad un privato mediante gara; affidamento a società mista pubblico-privata mediante l'indizione di una c.d. gara a doppio oggetto, in cui le prestazioni siano specificate sia nella natura, sia nella durata; affidamento *in house* a soggetto – società di capitali,

ovvero Azienda speciale – integralmente partecipata dall’Ente territoriale di riferimento, che su di essa esercita controllo organico.

Tali forme, che anche il diritto comunitario presenta come intercambiabili, sono in realtà profondamente diverse; non solo perché si ispirano ad opzioni gestionali ben distinte, ma anche perché a tali opzioni si riconducono visioni divergenti dei rapporti fra potere ed individuo.

Il D.P.R. n. 902 del 1988, regolamento di esecuzione che disciplina le aziende di servizi dipendenti dagli enti locali, introduceva, nel campo dei servizi pubblici, uno strumento detto azienda speciale, per il quale un servizio pubblico, in luogo di gestirsi direttamente in economia dall’Ente comunale di riferimento (art. 1) poteva essere destinato ad una struttura separata, con a capo un Direttore ed una Commissione amministratrice (art. 32ss.; art. 15ss). Da allora, questo modello di gestione di servizi pubblici è venuto sviluppandosi in molteplici direzioni; intrecciandosi tra l’altro, com’è noto, con il percorso compiuto dalle società statali in mano pubblica, che hanno tipicamente assunto la forma della società di capitali. La differenza tra le due forme giuridiche è paradigmatica: in quest’ultima, la proprietà della struttura aziendale si rappresenta mediante quote o azioni, potendo dunque frammentarsi e dividersi fra più soci – uno dei quali, in ipotesi, privato, ascrivendosi all’Ente pubblico di riferimento la quota di maggioranza.

Paradossalmente, il modello della società di capitali in mano pubblica, largamente impiegato dallo Stato fin dagli anni Venti e per tutto il Novecento, è venuto diffondendosi fra gli enti territoriali proprio mentre, a livello nazionale, la sua fortuna era in netto declino, come dimostra la soppressione del Ministero delle Partecipazioni statali nei primi anni ’90. Negli anni ’90, e con maggior vigore nei primi anni del nuovo Millennio, la società di capitali in mano pubblica si è fatta strumento assai comune per la gestione di un pubblico servizio a rilievo locale.

Il Testo Unico degli Enti locali (TUEL) adottato con d.lgs. n. 267 del 2000, non ha mancato di disciplinare all’art. 114 l’azienda speciale, annoverandola tra le possibili forme di gestione di pubblico servizio; tuttavia, in più punti evidenzia

un atteggiamento di favore per il modello di società di capitali in mano pubblica. Difatti, le molteplici disposizioni di cui all'art. 113 TUEL, come modificate varie volte nel corso degli anni Dieci, testimoniano di un crescente interesse verso la forma della c.d. società di capitali mista pubblico-privata. All'art. 116, inoltre, il TUEL disciplina la trasformazione da Azienda speciale a società di capitali in mano pubblica. Tale previsione, conferendo veste giuridica alla volontà politica di "privatizzare" i colossi delle partecipate, consentirebbe all'Ente di riferimento la vendita di pacchetti di quote o azioni, cedendo a soggetti privati, pur con i limiti previsti dall'art. 113 TUEL, una quota del soggetto giuridico cui era demandato un certo servizio pubblico.

Il modello delle società di capitali miste è venuto diffondendosi in misura senz'altro preponderante rispetto a quello dell'azienda speciale, relegato di fatto nel cielo dell'obsolescenza. Lo testimonia, fra l'altro, una giurisprudenza ormai già consolidata del Consiglio di Stato, ove si riconosce la valenza generale della previsione di cui all'art. 113 TUEL, suscettibile di espandersi al di là delle ipotesi tassativamente previste dalla legge.

Tuttavia, negli ultimi anni, l'istituto delle società di capitali in mano pubblica è venuto a sopportare tensioni forti, e tra loro contrastanti. Per un verso, le corrottele e malversazioni che sono venute affiorando all'interno delle amministrazioni pubbliche, specie degli enti territoriali, hanno vellicato un sentimento di rigetto verso questo tipo di strumenti, considerati – per l'elasticità strutturale e funzionale che possiedono, senz'altro maggiore di quelle degli uffici pubblici – fonte di sprechi ed indebiti arricchimenti a tornaconto delle *élite* economiche del Paese. Di qui, in uno all'esigenza di ristrutturazione della spesa pubblica e di generale contenimento dei costi, una linea politica ed amministrativa che spinge verso la riduzione, l'accorpamento e lo smantellamento delle società in mano pubblica, in vista di un'apertura al capitale privato che sia non più episodica, ma strutturale. Per altro verso, con l'impovertimento diffuso originato dalla crisi globale, emerge la consapevolezza di un tema politico, oltre che economico ed amministrativo, di non secondario rilievo: e cioè che l'approvvigionamento di beni e servizi indispensabili alla vita

individuale e collettiva – come, ad esempio, l’acqua – non può essere gestito secondo le logiche che presiedono al conseguimento di un lucro privato, e dovrebbe dunque sottrarsi, per natura, alla disciplina delle società di capitali.

A quest’ultimo filone, pur recessivo nella legislazione nazionale, vanno ricondotti taluni atti amministrativi, adottati da enti territoriali sulla scorta dei risultati del *referendum* c.d. “sull’acqua pubblica” del giugno 2011, mediante i quali tali enti rivendicano la propria *autonomia politica* nel riconoscere una *nuova* valenza di diritto costituzionale a tali beni, che vengono dichiarati “comuni”. Secondo la narrazione costituzionalistica che sottende la teorica dei beni comuni, tale qualifica comporterebbe che il relativo servizio debba essere gestito secondo forme che non prevedano alcuna commistione col privato, giacché per definizione insuscettibili di sostenere un fine lucrativo. Gli utili provenienti dalla gestione di tale servizio, infatti, andrebbero *in toto* re-impiegati per il miglioramento dello stesso. Tale miglioramento, tuttavia, ha da considerarsi secondo una visione che idealmente non può ricollegarsi alla mera strategia aziendale del soggetto gestore, ma deve avere riguardo al valore universalistico che si ascrive alla relazione tra tali beni e la persona umana intesa in senso assoluto, oltre le categorie di spazio e tempo. S’innestano qui, nella rappresentazione teorica dei beni comuni, le numerose ed eterogenee elaborazioni sulla responsabilità *intra-generazionale* e al contempo *inter-generazionale*, che lega, attraverso la fruizione di taluni beni, persone collocate in luoghi e momenti storici diversi, al di là delle strettoie della rappresentanza politica territoriale e del nesso che dai governanti per tal via legittimati è istituito col soggetto gestore.

Fra tali forme, spicca appunto l’azienda speciale di cui al D.P.R. 902/1988 ed all’art. 114 TUEL. Il riconoscimento in capo ad un determinato bene della natura di “comune”, allora, consentirebbe non solo la gestione *in house* del relativo servizio, ma altresì l’amministrazione del medesimo con le forme di cui al “vecchio” D.P.R. 902/1988, debitamente ridisegnate per rispondere alle “nuove” esigenze che a tali elaborazioni teoriche sottenderebbero. Chi ha optato, nella gestione di un pubblico servizio, per il regime dell’azienda

speciale, si è trovato a introdurre, nella struttura aziendale e nelle forme di raccordo di questa con l'Ente comunale, organi peculiari, volti a istituire un legame diretto tra la comunità dei fruitori del bene, attuali e potenziali, e coloro che ne gestiscono il servizio. Tali organi costituiscono libere interpretazioni della diarchia tra Direttore e Commissione amministratrice, la quale sta a modello normativo di riferimento.

*ABC* – Acqua Bene Comune Napoli, azienda speciale per il servizio idrico integrato, sia per le dimensioni aziendali, sia per la robusta caratterizzazione politica che ne ha segnato il percorso, si pone come esempio di azienda speciale preposta alla gestione di un pubblico servizio. *ABC* infatti è frutto di una trasformazione eguale e contraria rispetto a quella prevista dall'art. 116 TUEL: una trasformazione da S.p.A. in mano pubblica, partecipata al 100% dal Comune di Napoli (ARIN) a un'azienda speciale di diritto pubblico. Con ciò, l'Amministrazione comunale ha inteso esplicitamente pregiudicare, salvo ulteriore speculare trasformazione, la possibilità di cedere parte delle quote o azioni dell'azienda a un socio privato. Un caso, se si vuole, paradigmatico dell'istituzione di un modello in parte "vecchio" ma fondato su un'idea "nuova" del rapporto fra beni e collettività, nonché delle forme di gestione dei servizi che quei determinati beni si volgono ad offrire. Di contro, l'opzione che il legislatore delegato si accinge a privilegiare, apparentemente senz'altro margine di flessibilità, potrebbe collocare nel campo dell'illecito l'esperienza di *ABC*, nonché quella, analoga, in cui potrebbero avventurarsi nuove realtà locali che pure hanno manifestato la volontà politica di tornare ad una gestione pubblica, o mantenerla. Si pensi, ad esempio, al caso di Latina, ove il servizio idrico è gestito da una società di capitali mista (Acqualatina S.p.A.) che ha mostrato nel tempo i difetti ascrivibili ad un modello che consente di compiere operazioni in tutto estranee, anzi talvolta apertamente nocive, rispetto all'oggetto primario dell'attività aziendale, ma in tutto rispondenti ad una logica di convenienza privata degli interessati, come i rappresentanti politici locali hanno da ultimo vibratamente sostenuto. Ci si chiede, allora, perché vietare che l'autonomia politica degli enti territoriali si esprima nel senso di precludere l'ingresso di soci

privati nella gestione di servizi a rete di rilievo locale. Quali le ragioni che militano, di contro, a favore di tale divieto?