Il mondo degli Enti Locali

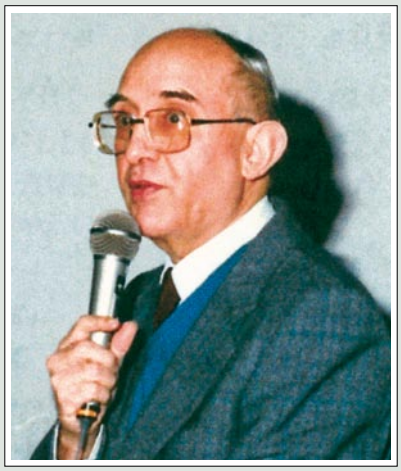
Discussioni, proteste, malcontento, ma alla fine tutti si piegano alla legge

Decreto Bersani e le norme per ridurre le spese degli enti pubblici

di Giosuè Nicoletti

Uno dei primi provvedimenti del nuovo Governo è stata l'approvazione del cosiddetto Decreto legge "BERSANI" (4 luglio 2006 N. 223) che è stato convertito nella Legge 4 agosto 2006 n. 248.
Il Decreto è ben noto, non foss'altro per le discussioni provocate in ordine ad alcuni provvedimenti tesi a creare liberalizzazioni od introdurre elementi di concorrenzialità in diverse aree come: taxi, trasporto pubblico locale, vendita farmaci, RC auto, vendite promozionali, tariffe professionali, conti correnti bancari, compravendite automotomezzi, ecc.
Compito di questa rubrica è quello di illustrare le problematiche degli enti locali e, quindi, illustreremo, dopo alcuni accenni all'articolo 12, le norme contenute nell'articolo 13 del Decreto dal titolo *"Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici locali e a tutela della concorrenza"*.
Il testo definitivo degli articoli è il seguente:

Art. 12: Disposizioni in materia di circolazione dei veicoli e di trasporto comunale e intercomunale



Giosuè Nicoletti

1. Fermi restando i principi di universalità, accessibilità ed adeguatezza dei servizi pubblici di trasporto locale ed al fine di assicurare un assetto maggiormente concorrenziale delle connesse attività economiche e di favorire il pieno esercizio del diritto dei cittadini alla mobilità, i comuni possono prevedere che il trasporto di linea di passeggeri accessibile al pubblico, in ambito comunale e intercomunale, sia svolto, in tutto il territorio o in tratte e per tempi predeterminati, anche dai soggetti in possesso dei necessari requisiti tecnico-professionali, fermi restando la disciplina di cui al comma 2 ed il divieto di disporre finanziamenti in qualsiasi forma a favore dei predetti soggetti. Il comune sede di scalo ferroviario, portuale o aeroportuale è comunque tenuto a consentire l'accesso allo scalo da parte degli operatori autorizzati ai sensi del presente comma da comuni del bacino servito.

2. A tutela del diritto alla salute, alla salubrità ambientale ed alla sicurezza degli utenti della strada e dell'interesse pubblico ad una adeguata mobilità urbana, gli enti locali disciplinano secondo modalità non discriminatorie tra gli operatori economici ed in conformità ai principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione, l'accesso, il transito e la fermata nelle diverse aree dei centri abitati di ciascuna categoria di veicolo, anche in relazione

alle specifiche modalità di utilizzo in particolari contesti urbani e di traffico. Per ragioni di sicurezza della circolazione, possono altresì essere previste zone di divieto di fermata, anche limitato a fasce orarie. Le infrazioni possono essere rilevate senza contestazione immediata, anche mediante l'impiego di mezzi di rilevazione fotografica o telematica nel rispetto della normativa vigente in tema di riservatezza del trattamento dei dati personali.

Art. 13: Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza

1. Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti, in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, nonchè, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, nè in affidamento diretto nè con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti. Le società che svolgono l'attività di intermediazione finanziaria prevista dal testo unico di cui al decreto legislativo 1°settembre 1993, n. 385, sono escluse dal divieto di partecipazione ad altre società od enti.

2. Le società di cui al comma 1 sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1.

3. Al fine di assicurare l'effettività delle precedenti disposizioni, le società di cui al comma 1 cessano entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto le attività non consentite. A tale fine possono cedere, nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, le attività non consentite a terzi ovvero scorporarle, anche costituendo una separata società da collocare sul mercato, secondo le procedure del decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 1994, n. 474, entro ulteriori diciotto mesi. I contratti relativi alle attività non cedute o scorporate ai sensi del periodo precedente perdono efficacia alla scadenza del termine indicato nel primo periodo del presente comma)

4. I contratti conclusi, dopo la data di entrata in vigore del presente decreto, in violazione delle prescrizioni dei commi 1 e 2 sono nulli. Restano validi, fatte salve le prescrizioni di cui al comma 3, i contratti conclusi dopo la data di entrata in vigore del presente decreto, ma in esito a procedure di aggiudicazione perfezionate prima della predetta data.

L'articolo 12: Possibilità per i Comuni di istituire nuove tariffe di linee di trasporto pubblico

Le motivazioni dell'articolo 12 sono chiaramente espresse nella relazione di accompagnamento al decreto legge:

La previsione di diritti di esclusiva nello svolgimento dei servizi di interesse generale di rilievo economico, svolti in ambito locale non garantisce di per sé né il miglioramento della qualità del servizio, né la sua articolazione e flessibilità in relazione alla crescente diversificazione dell'esigenza dell'utenza.

D'altro canto, la presenza di ingenti immobilizzazioni economiche, così come avviene per il possesso dei mezzi pubblici necessari all'esercizio del trasporto passeggeri di linea in ambito locale, osta ad un ulteriore sviluppo del settore mediante il ricorso alle regole di mercato e la conseguente offerta concorrenziale di più opzioni all'utenza, che, quindi, per una parte non accede al servizio pubblico in esame, facendo ricorso al proprio automezzo privato, con gravi ripercussioni sulla situazione del traffico e dell'inquinamento urbano.

I comuni interessati potranno, quindi, prevedere, a fianco del servizio pubblico, tratte sulle quali possano competere anche operatori privati, in possesso dei necessari requisiti tecnici, professionali e morali, che opereranno sul mercato secondo criteri imprenditoriali, prefissando autonomamente orari e tariffe senza oneri di servizio pubblico, restando quindi esclusi anche da ogni forma di sussidio pubblico.

La competizione, lungo alcune tratte, tra servizio pubblico locale e nuovi servizi privati di linea aperti all'accesso del pubblico, comporterà quindi, senza alcun aggravio per la pubblica finanza, una positiva dinamica competitiva, che potrà determinare, da un lato, il progressivo miglioramento della qualità del servizio offerto dal gestore del servizio pubblico e, dall'altro, una progressiva articolazione e differenziazione dell'offerta del servizio, secondo modalità dirette a fasce differenziate di utenza, di modo che l'offerta del nuovo servizio privato interesserà presumibilmente anche molti soggetti che oggi non si avvalgono usualmente del servizio pubblico, comportando un aumento complessivo della domanda di trasporto di linea, con benefici effetti anche sul piano della mobilità urbana.

L'articolo 13: Le restrizioni alle Società pubbliche strumentali

Le motivazioni dell'articolo 13 del decreto Bersani sono analoghe a quelle dell'intero provvedimento e sono indicate nel primo comma delle norma in esame. Precisamente:

a) evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza o del mercato determinate da situazioni di affidamenti senza gara che pongono alcune società a partecipazione pubblica in situazione di privilegio, potendo contare su una rilevante quota di attività;
b) assicurare parità degli operatori pubblici (che godono di posizioni privilegiate di monopolio) e privati (che operano quotidianamente sul mercato).

Per poter meglio comprendere le nuove disposizioni occorre accennare preliminarmente alla diversa natura dei servizi che possono essere prestati all'ente locale. Essi sono classificabili in tre grandi gruppi:

1. servizi resi all'ente locale acquisibili dal medesimo di regola a seguito di gara d'appalto;
2. servizi resi alla popolazione che, quindi, hanno natura di servizi pubblici distinguibili, a norma di legge, tra servizi a carattere economico e servizi privi di rilevanza economica. I primi possono essere affidati dall'ente locale con una delle tre modalità stabilite dall'articolo 113, comma 5 del Testo unico dell'ordinamento degli enti locali (gara pubblica; società mista con partner scelto con gara; gestione cosiddetta "in house" affidata senza gara). La disciplina dei servizi "non economici" è, invece, sottratta allo Stato e riservata alle sedi regionale e locale (in altri termini il Comune può provvedere con norme statutarie o regolamentari);
3. servizi "liberi" e cioè offerti sul mercato e non soggetti ad alcun vincolo di natura pubblicistica (se non quelli generali riguardanti le attività economiche).

Nella giurisprudenza, sia nazionale che comunitaria, la distinzione tra servizi resi alle pubbliche amministrazioni e prestazioni di servizi al pubblico è sufficientemente chiara: la prima categoria viene ricondotta

alla nozione di "appalto" la seconda a quello di "concessione di servizio pubblico". Negli appalti pubblici il soggetto affidatario presta il servizio a favore dell'Ente il quale utilizza direttamente od indirettamente le sue prestazioni al fine dell'eventuale erogazione di servizi alla collettività nella concessione, mentre l'impresa concessionaria sostituisce la pubblica amministrazione nello svolgimento dell'attività diretta al soddisfacimento dell'interesse collettivo e viene remunerata dall'utenza stabilendo un rapporto "triangolare: ente pubblico-impresa concessionaria-utente del servizio).

Per alcune tipologie di servizi l'attribuzione di natura di "servizio reso all'amministrazione" oppure di " servizio pubblico" è oggetto di discussione: per tutti si può portare l'esempio del servizio gestione "calore" (e cioè la gestione delle caldaie e non il teleriscaldamento che è un servizio "a rete") che recentemente la Magistratura amministrativa ha ritenuto avere natura di servizio pubblico; decisione che ha sollevato motivate perplessità.

Ambito soggettivo ed oggettivo

Il richiamato articolo 13 del Decreto "Bersani" riguarda solamente i servizi del primo gruppo essendo espressamente indicate come destinatarie della norma le società costituite per *"la produzione di beni e* ***servizi strumentali*** *all'attività degli enti"*: in sede di conversione in legge del decreto si è posto termine ad ogni discussione indicando espressamente come escluse dall'applicazione della norma le attività considerate "servizio pubblico".

Conclusivamente: l'ambito oggettivo delle norme in esame è costituto dalle attività strumentali, mentre l'ambito soggettivo è rappresentato dalle società costituite o partecipate (e quindi non solamente le società controllate) dagli enti locali.

I limiti imposti alle società si possono così sintetizzare:

a) debbono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti;
b) non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pub-

blici o privati né in affidamento diretto né a seguito di gara;
c) non possono partecipare ad altre società o enti;
d) debbono avere un oggetto sociale esclusivo;
e) non possono operare in violazione alle norme del comma 1 dell'articolo in esame.

Circa il primo limite si può ricordare che tra le condizioni per gli affidamenti senza gara (secondo la terminologia corrente "in house o in house providing") vi è quella che *"la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano"* . La migliore dottrina aveva quantificato questo limite nella misura dell'80% del fatturato; una recente decisione UE ha invece superato questo criterio quantitativo e ha indicato che si deve porre l'accento sugli aspetti qualitativi dell'attività. I limiti stabiliti dalla nuova Legge 248/06 sono evidentemente più rigorosi, in quanto si richiede che la totalità dei servizi venga prestato all'ente (o agli enti) locali. A questa finalità è indirizzata anche la limitazione di cui alla lettera b) sopra elencata. Di essa si è sottolineato il particolare rigore considerando che si esclude anche la partecipazione a gare, limite imposto sia alle società a totale capitale pubblico che alle società miste (anche se il socio è stato scelto con gara). La "ratio" della norma sembra essere il presupposto che l'attività svolta a favore dell'ente locale possa costituire una base tale da consentire, in sede di gara, l'offerta di condizioni più favorevoli e quindi sostanzialmente determinare una distorsione della concorrenza; motivazione solo in parte fondata. Si è rilevato, tra l'altro, che ad ogni gara d'appalto partecipano soggetti diversi come caratteristiche, come dimensioni, come specializzazione o come dotazioni tecniche o finanziarie: non per questo ne risulta una limitazione della concorrenza.

In verità, anche in base a quanto apparso sulla stampa economica specializzata, nel mirino del legislatore più che le società pubbliche locali vi sono le società regionali (ad esempio quelle per i servizi informatici e ICT) che realizzano per gli enti proprietari fatturati di milioni di euro. Si veda in proposito la ricerca sul mercato tecnologico nelle mani della P.A. pubblicata sulla Rivista *Guida agli Enti Locali* de *Il Sole 24 Ore* n. 28 del luglio u.s. dalla quale risulta un fatturato delle società regionali ICT per oltre 500 milioni di euro.

Il limite di cui alla lettera c) riguarda la formazione di gruppi societari facenti capo a società strumentali.

Coerente con le finalità della norma (ma anche con il nuovo diritto societario che impone al riguardo la chiarezza) è l'obbligo dell'oggetto sociale esclusivo. Le interpretazioni sono, peraltro, difformi. Alcuni autori ritengono che il legislatore abbia inteso legittimare solamente le società monobusiness; altri interpretano la limitazione nel senso di esclusività delle prestazioni a favore dell'ente locale: quest'ultima appare l'interpretazione preferibile e più coerente con la finalità di ampliamento della concorrenza.

Periodo transitorio; cessione delle attività consentite

Le attività non consentite debbono cessare, secondo l'articolo 13 entro 12 mesi dalla sua entrata in vigore (4 luglio 2006), termine prolungato a due anni da un emendamento proposto alla Finanziaria 2007.

L'obbligo riguarda anche gli appalti acquisiti mediante gara da enti non soci. Le opzioni consentite sono due: la cessione del contratto oppure lo scorporo. Nel primo caso vanno seguite le procedure ad evidenza pubblica (previste dal codice contratti).

Gli amministratori della società (riteniamo d'intesa con gli enti) dovranno, al riguardo, considerare le motivazioni economiche e sociali ed anche gli aspetti fiscali.

Lo scorporo è da intendersi in senso atecnico e quindi anche come "scissione" come è tradizionale nella legislazione relativa ai servizi pubblici, (si veda in proposito il comma 9 dell'articolo 35 della Legge 448/01 che prevede l'obbligo dello scorporo delle reti a favore della società "patrimoniale" e quindi una "scissione").

Per la cessione della partecipazione l'ente potrà seguire le procedure di cui al decreto legge 332/94 (legge 474/94) che consente anche la procedura negoziata, pur imponendo "modalità trasparenti" e non discriminatorie, finalizzate anche alla diffusione dell'azionariato tra il pubblico dei risparmiatori e degli investitori istituzionali.

Sanzioni

I contratti relativi alle attività non consentite (ed ovviamente non cedute o scorporate) perdono efficacia decorsi dodici mesi dall'entrata in vigore del decreto Bersani. Quelli stipulati successivamente sono colpiti da nullità assoluta. E' noto che il contratto inefficace è contratto valido che, tuttavia, non produce più effetti giuridici e quindi non avrà più efficacia vincolante fra le parti che non dovranno più eseguirne. Si tratta, quindi, di una sanzione la cui attuazione pur doverosa è lasciata alle parti, mentre nel caso di nullità, prevista per i contratti stipulati successivamente all'entrata in vigore del Decreto Bersani, qualunque interessato può farla valere.

Conclusioni

Il periodo transitorio accordato dal Governo (e protratto dal Parlamento) potrà consentire alle amministrazioni comunali una ponderata valutazione delle decisioni da assumere nell'interesse dell'Amministrazione stessa e della popolazione.

Giosuè Nicoletti
Dottore Commercialista