

Università degli Studi di Salerno

Dottorato di ricerca in “ Teoria delle Istituzioni Nazionali e Comunitarie tra Federalismo e Decentramento”

Coordinatore: Prof. E. M. Marengi

Dottorando: Dott. Roberto Guarino

“I servizi pubblici locali tra esternalizzazioni e società pubbliche”

Abstract della Tesi finale

Nella ricerca proposta dal titolo “*I servizi pubblici locali tra esternalizzazioni e società pubbliche*” si sono analizzate le modalità attraverso le quali, a partire dalla legge di disciplina delle municipalizzazioni del 1903, la Pubblica Amministrazione gestisce i servizi pubblici locali. Si è cercato, innanzitutto, di circoscrivere l’ambito dei servizi pubblici locali, ricostruendo, sulla base delle teorie elaborate dalla dottrina, una possibile nozione generale di servizio pubblico locale. L’individuazione di una definizione non ha soltanto un valore teorico, ma risulta determinante per attribuire, in ordine ad un dato servizio, la competenza in capo all’ente locale. Non tutti i servizi, infatti, sono di interesse pubblico locale, ma soltanto quelli che abbiano determinate caratteristiche soggettive ed oggettive. La definizione proposta tiene conto sia dell’imputabilità del servizio, sia dell’attività, sia della *species* di prestazioni.

Individuata una possibile definizione di carattere generale, si è analizzato il fenomeno delle cosiddette “esternalizzazioni”, consistenti nello spostamento di funzioni o di attività pubbliche al di fuori dell’apparato amministrativo. Non sempre lo spostamento all’esterno dell’apparato amministrativo determina risultati migliori in termini di qualità, efficienza, efficacia ed economicità. Si è cercato di dimostrare come sia necessario un procedimento nel quale vengano riuniti e valutati i principi posti alla base dell’organizzazione dell’attività; all’interno di tale procedimento deve valutarsi la possibile forma organizzativa esterna in rapporto alla modalità ordinaria interna, sulla base dei principi di efficienza, efficacia, economicità, adeguatezza e proporzionalità.

Nel capitolo II si è ripercorsa la disciplina dei servizi pubblici locali dalla legge di disciplina delle municipalizzazioni del 1903, alla riforma della legge 142 del 1990 e successive modificazioni, sino agli ultimi interventi legislativi del 2008 e del 2009.

Attraverso le modifiche legislative succedutesi nel corso degli anni, il settore dei servizi pubblici locali è stato aperto alle imprese private. In particolare, la società mista rappresenta una forma di partenariato pubblico- privato, riunendo nello stesso organismo societario due diverse categorie di soci, con finalità diverse.

Inizialmente, il capitale pubblico doveva essere di maggioranza, onde consentire il controllo da parte dell’ente pubblico. Successivamente, il vincolo del capitale pubblico maggioritario venne abolito nell’ottica di favorire una maggiore apertura al mercato. Alle aziende speciali, inoltre, mentre in un primo momento fu attribuita la facoltà di trasformarsi in società per azioni, in seguito si impose l’obbligo della trasformazione. Si è assistito, nel corso degli anni, ad una crescente espansione dell’intervento dei privati nello svolgimento di attività pubbliche. Nel settore dei servizi pubblici locali, in modo particolare, la gestione in favore dei privati ha visto una continua evoluzione.

Se, nel capitolo I, si è cercato di dimostrare la necessità di un procedimento preventivo per la scelta di esternalizzare una determinata attività, dall'analisi dell'evoluzione della disciplina dei servizi pubblici locali, sino agli ultimi interventi di riforma, si è evidenziato come si sia giunti all'affermazione della regola generale dell'affidamento in favore di soggetti privati. Dalla riforma del 2008 e del 2009 emerge, piuttosto, la necessità di un procedimento preventivo per la gestione diretta (*in house*) del servizio.

La regola, oggi, è l'affidamento in favore di privati selezionati tramite procedure competitive ad evidenza pubblica. L'eccezione è divenuta la gestione *in house*, che non è più forma ordinaria di conferimento, ma richiede presupposti socio-economico-territoriali particolari. Soltanto ove ricorrano tali speciali presupposti, che rendano non opportuno il ricorso al mercato, l'amministrazione può gestire internamente il servizio, senza l'ausilio dei privati. Tali presupposti non sono valutati dall'amministrazione titolare del servizio, ma dall'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato, la quale è chiamata ad esprimere un parere sulla base di una relazione redatta dall'amministrazione. L'amministrazione non decide più, attraverso il proprio potere di autodeterminazione, la modalità di gestione tra esercizio *in house* e conferimento ad imprese private o miste, ma è obbligata ad esternalizzare il servizio nella normalità dei casi, a vantaggio del mercato. Nel caso in cui ritenga non utile il ricorso al mercato, ricorrendo i presupposti suddetti, è obbligata ad un procedimento preventivo, costituito dalla formulazione di una relazione e l'invio della stessa all'Authority per l'espressione del parere. Anche se tale parere non è vincolante per l'amministrazione, risulta evidente come la scelta sia condizionata e non libera, nel senso che, oggi, l'amministrazione è obbligata a conferire il servizio ad imprese private o a società miste ed il potere di autodeterminazione ed autorganizzazione è limitato dal principio dell'apertura al mercato.

Il principio del mercato, oggi, prevale sul potere discrezionale dell'amministrazione di scelta delle modalità di gestione.

Le recenti modifiche del 2009, inoltre, hanno riproposto la società mista quale forma ordinaria di conferimento del servizio, a condizione che il socio privato venga scelto tramite procedure competitive, le quali abbiano ad oggetto anche l'attribuzione di specifici compiti operativi in loro favore e che la parte di capitale privato sia almeno del 40 per cento. Si è passati, pertanto, dal capitale pubblico maggioritario, nella prima versione della 142, alla partecipazione minima del privato del 40 per cento. Anche nell'ipotesi di partenariato pubblico- privato, pertanto, viene favorita la partecipazione delle imprese private e l'apertura al mercato.

Il legislatore è intervenuto, inoltre, sulla disciplina contenuta nel codice civile relativa alle società partecipate dallo Stato o da enti pubblici. La tendenza, derivante dall'Unione Europea, è quella di un ridimensionamento dei poteri speciali spettanti al socio pubblico, al fine di porre sul medesimo piano soci pubblici e privati. Prima di tali interventi, i soci pubblici della società godevano di prerogative speciali in ordine alla nomina e revoca di amministratori e membri di controllo. A seguito delle modifiche introdotte, tali poteri speciali richiedono necessariamente la partecipazione del socio pubblico al capitale della società. E' stato abrogato, infatti, l'art. 2450 c.c., che consentiva la facoltà di nomina e revoca a prescindere dalla partecipazione al capitale. Inoltre, i maggiori poteri sono oggi attribuiti, ai sensi dell'art. 2449 c.c. novellato, in "proporzione" alla partecipazione al capitale.

Il socio pubblico gode ancora di poteri speciali nella compagine societaria, ma le sue prerogative sono notevolmente ridotte rispetto al passato.

Particolare attenzione è stata rivolta alla possibilità di utilizzare il tipo della società a responsabilità limitata per finalità pubbliche. Tale tipo societario, a seguito della riforma delle società di capitali del 2003, ha assunto una struttura ed una connotazione particolarmente flessibili, capace di adattarsi alle esigenze delle singole imprese. Si è analizzata la disciplina dello Statuto, dei diritti particolari, dei conferimenti e dell'amministrazione della s.r.l., al fine di dimostrare la compatibilità tra questo tipo sociale e la presenza nel capitale del socio

pubblico. Le possibilità offerte dalla nuova disciplina della s.r.l. consentono una regolazione del potere pubblico all'interno della società.

Infine, in ordine alle società partecipate da soggetti pubblici, si è analizzata l'antica questione della compatibilità tra fine di lucro nelle società e fine pubblico. Si è teorizzata la sussistenza nel nostro ordinamento di una "causa pubblica" delle società. La letteratura in materia, sino ad oggi, non ha considerato l'esistenza di una vera e propria finalità pubblica, legittimata indirettamente dalla previsione dell'art. 2449 c.c.. Il contratto di società si presenta, nella normalità dei casi e secondo lo schema principale, orientato alla causa lucrativa, ma può anche avere causa cooperativa e consortile. L'art. 2449 c.c. legittima la presenza nel capitale delle società di un socio pubblico e, pertanto, afferma la possibilità che il contratto di società possa avere causa pubblica.