

La riforma dei servizi pubblici locali

DI FEDERICO DINELLI

1. Premessa.

A giudicare dalla copiosità degli interventi normativi che si sono succeduti in poco meno di un decennio, si direbbe che la materia dei servizi pubblici locali sia stata scelta dal legislatore come campo di elezione per dare sfoggio della sua vitalità. A partire, infatti, dal Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (approvato con D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, di seguito TUEL), sono intervenuti dapprima l'articolo 35 della L. 448/2001, innovando profondamente in senso pro-concorrenziale l'articolo 113 del TUEL, poi l'articolo 14 del D.L. n. 269/03 (convertito in L. n. 326/03), il quale, tornando sullo stesso articolo 113, ha attuato quella che può considerarsi una "controriforma", se guardata dal punto di vista dell'applicazione delle norme sulla concorrenza ai servizi pubblici locali.

Dopo le note vicende relative alla gestazione di un'ulteriore riforma, che non avrebbe mai visto la luce, nel corso della passata legislatura (si allude al D.D.I. AS 772, c.d. "Lanzillotta", recante delega al Governo per il riordino dei servizi pubblici locali), l'ennesimo intento riformatore si è concretizzato nell'approvazione, ad opera dell'attuale maggioranza parlamentare, dell'articolo 23-*bis* del D.L. n. 112/2008, inserito mediante la legge di conversione n. 133/2008 e rubricato "Servizi pubblici locali di rilevanza economica".

Il presente contributo, lungi dal voler approfondire l'intera tematica, che certo meriterebbe lo spazio di una monografia¹, dei servizi pubblici locali, si pone lo scopo di evidenziare i profili di novità e (quelli spesso connessi) di criticità di cui il citato articolo 23-*bis* è portatore. Il carattere di "commento" che connota il lavoro spiega, inoltre, da una parte, perché le problematiche che di volta in volta verranno in evidenza saranno affrontate con un grado di approfondimento limitato; dall'altra, perché i riferimenti bibliografici saranno ridotti a quelli essenziali.

2. Obiettivi e campo di applicazione.

Oltre a costituire un settore di rilevanza strategica per l'economia del Paese, i servizi pubblici locali rappresentano un terreno naturale di incontro-scontro tra esigenze e valori differenti, quali il soddisfacimento dei bisogni primari degli

¹ Tra le opere di carattere monografico che si sono recentemente occupate del tema, si vedano S. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, 2004 e G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005, nonché, da ultimo, S. MANGIAMELI (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, 2008.

individui, la tutela della concorrenza, la salvaguardia dell'autonomia degli enti territoriali e, in alcuni rilevanti casi², la protezione dell'ambiente.

L'indiscutibile difficoltà insita nell'identificare un punto di equilibrio fra simili istanze offre una spiegazione – anche se non una giustificazione – all'instabilità derivata dal rapido susseguirsi dei numerosi interventi normativi.

Da ultimo, con l'articolo 23-bis del D.L. n. 112/2008, si è compiuto un ulteriore intervento, del quale, pur con la dovuta cautela³ e fatti salvi i profili di incostituzionalità⁴, sembra possibile ipotizzare un certo grado di longevità. Ciò non solo per via dei solidi equilibri politici che si riscontrano in capo all'attuale maggioranza governativa, ma anche perché (almeno) l'impianto complessivo della riforma appare, stavolta, più chiaro che in passato.

L'enunciazione degli intenti del provvedimento è affidata al comma 1: vi si legge che *“Le disposizioni del presente articolo disciplinano l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in applicazione della disciplina comunitaria e al fine di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale, nonché di garantire il diritto di tutti gli utenti alla universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettere e) e m), della Costituzione, assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione”*.

Come tutte le enunciazioni di principio, anche questa va verificata analizzando le disposizioni che la attuano. Occorre sottolineare, però, che già l'enfasi con cui la norma è formulata lascia intravedere una “attenzione” del legislatore verso il valore della concorrenza ben più “spiccata” di quanto non lo fosse nel 2003. Difatti, il primo comma dell'articolo 113 TUEL (nella versione risultante dall'articolo 14 del D.L. n. 269/03), nel prevedere che *«Le disposizioni del presente articolo (...) concernono la tutela della concorrenza»*, si limitava soltanto a giustificare la propria potestà legislativa nell'ottica della ripartizione delle competenze effettuata dall'articolo 117 Cost.. Oggi, invece, l'intento del legislatore è manifestato con espressioni più estese, dalle quali traspare la convinta adesione ideologica al proposito liberalizzatore: si aspira, così, a *«favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici»*, mentre si specifica, pleonasticamente e forse non del tutto correttamente, che la disciplina introdotta costituisce applicazione della

² Si pensi, ad esempio, al servizio idrico integrato o a quello di gestione del ciclo dei rifiuti, che infatti trovano la loro disciplina nel D.Lgs. n. 152/2006, c.d. “codice dell'ambiente”, per i quali v. i contributi specifici presenti in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2008.

³ Cautela tanto più necessaria se si considera l'influenza che potrebbero esercitare le più recenti vicende riguardanti l'economia globale.

⁴ Dei quali si darà conto nel seguito del lavoro.

normativa comunitaria. Stupisce, poi, che la finalità di «*garantire il diritto di tutti gli utenti alla universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni*» sia introdotta da un “*nonché*”, come se si trattasse di uno scopo (tutto sommato) secondario rispetto all’implementazione degli spazi del mercato. Tale formulazione tradisce l’inclinazione a considerare la concorrenza più come un valore in sé che non come uno strumento finalizzato a realizzare la migliore soddisfazione degli utenti.

Un comma che fino a questo momento si è visto essere di carattere programmatico, si chiude con un’importante enunciazione prescrittiva: «*Le disposizioni contenute nel presente articolo si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili*». La norma afferma con forza la portata onnicomprensiva della riforma, ed imprime ad una materia caratterizzata da notevole frammentazione settoriale una decisa connotazione unitaria. Anche i settori dell’energia e del gas⁵, nonché quello del trasporto pubblico locale⁶, che l’articolo 113 TUEL teneva al di fuori del proprio campo di applicazione, vengono ad essere assoggettati alle disposizioni generali, espressamente indicate come prevalenti su quelle speciali, introdotte dall’articolo 23-*bis*. Alcune disposizioni particolari – che tra l’altro non hanno il fine di attenuare, ma semmai quello di rafforzare il significato complessivo della riforma – si registrano soltanto, come si vedrà, con riferimento al servizio idrico integrato.

Ancora per quanto riguarda l’ambito di applicazione della nuova normativa, non è superflua la precisazione per cui i servizi pubblici⁷ – rispetto ai quali si può predicare un provvedimento di affidamento, ovvero, con espressione più specifica, di *concessione*⁸ – vanno tenuti debitamente distinti dai servizi che possono formare oggetto di un *appalto pubblico*. La differenza fra tali fattispecie non attiene al profilo ontologico dell’attività svolta, ma è stabilita dal diritto positivo e risiede nelle modalità di remunerazione del soggetto prestatore. Difatti, mentre il corrispettivo dell’appalto è rappresentato dal prezzo che viene corrisposto dall’amministrazione

⁵ Disciplinati rispettivamente dai decreti legislativi 16 marzo 1999, n. 79, e 23 maggio 2000, n. 164.

⁶ Disciplinato dal D.Lgs. 19 novembre 1997, n. 422.

⁷ Sulla nozione di servizio pubblico, con specifico riferimento all’ambito dell’amministrazione locale, v. il recente contributo di A. POLICE, *Sulla nozione di servizio pubblico locale*, in *I servizi pubblici locali*, a cura di S. Mangiameli, cit., p. 65 ss, al quale si rinvia, altresì, per ulteriori riferimenti bibliografici.

⁸ Che l’affidamento di un servizio pubblico locale coincida, almeno in linea di principio, con la figura giuridica della concessione di servizi, si evince anche dalla circostanza che l’articolo 113, comma 15-*bis*, del TUEL, utilizza più volte ed espressamente il termine di “concessione” allo scopo di indicare ogni affidamento di servizi pubblici locali da tale articolo disciplinato, nonché dalla circostanza per cui il comma 11 prevede che i rapporti tra ente locale e società erogatrice del servizio debbono essere disciplinati mediante *contratti di servizio*, anziché mediante contratti di appalto. Ancora, l’articolo 117 TUEL individua espressamente nella tariffa il corrispettivo dei servizi pubblici, prevedendo altresì che “qualora i servizi siano gestiti da soggetti diversi dall’ente pubblico per effetto di particolari convenzioni o concessioni dell’ente o per effetto del modello organizzativo di società mista, la tariffa è riscossa dal soggetto che gestisce i servizi pubblici” (comma 3).

appaltante (la quale generalmente è anche destinataria diretta della prestazione⁹), il corrispettivo per l'erogazione di un servizio pubblico in concessione è rappresentato, almeno in via prevalente, dal diritto di sfruttarne economicamente la gestione, riscotendo direttamente presso la comunità degli utenti – che quindi ne sono destinatari – la relativa controprestazione (in questi termini, esplicitamente, l'articolo 3, comma 12, del D.Lgs. n. 163/2006, recante Codice dei contratti pubblici¹⁰). Così, a titolo esemplificativo, poiché il corrispettivo del servizio di trasporto pubblico risulterà per lo più dall'incameramento del prezzo dei titoli di viaggio acquistati dagli utenti, ci si troverà dinanzi ad una concessione di servizi e non già di un contratto di appalto. Viceversa, costituiscono normalmente oggetto di un appalto i servizi di pulizia degli edifici pubblici, di informatizzazione degli uffici o di illuminazione delle strade. Facendo leva sull'indicato criterio di distinzione, la Corte di Giustizia CE ha espressamente qualificato come *concessione di servizi* l'affidamento della gestione di un parcheggio pubblico a pagamento, per la quale il prestatore riceveva come corrispettivo le somme versate dai terzi per l'utilizzo del parcheggio¹¹.

⁹ Il profilo del destinatario della prestazione, unitamente a quello concernente la natura giuridica (pubblica nel caso della concessione, privata nel caso dell'appalto) della fonte costitutiva del rapporto, è stato considerato, fino all'adozione della direttiva 92/50/CEE, come il vero *discrimen* tra concessioni di servizio pubblico e appalti di servizi. Si riteneva, infatti, che le prime fossero identificate dall'aver ad oggetto servizi svolti a favore degli utenti, mentre i secondi prestazioni di "facere" a favore del committente. A partire dall'entrata in vigore della suddetta direttiva, poi, l'elemento discriminante tra le due fattispecie si è venuto a posizionare sulle modalità di remunerazione, come indicate nel testo. Resta l'ipotesi decisamente più frequente, tuttavia, da una parte, che le prestazioni sottostanti una concessione di servizi abbiano per destinatari i terzi; dall'altra, che la prestazione oggetto dell'appalto abbia per destinataria l'amministrazione aggiudicatrice. In argomento, esaurientemente, cfr. G. GRECO, *Gli appalti pubblici di servizi e le concessioni di pubblico servizio*, in *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, a cura di F. Mastragostino, Padova, 1998, p. 7 ss., il quale aggiunge alla differenza basata sull'elemento formale della modalità di remunerazione, la differenza di ordine concettuale secondo cui "con gli appalti di servizi (...) un'Amministrazione si avvale di un'impresa pubblica o privata che svolge normalmente (...) attività imprenditoriali", mentre "le concessioni (...) conferiscono all'impresa privata un servizio di pertinenza pubblica e, così, un ambito di mercato riservato all'Amministrazione" e che questa potrebbe gestire in vari modi.

Sulle concessioni nei servizi locali, cfr., ancora, la monografia di R. CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, 1998.

¹⁰ Di attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.

¹¹ Cfr. CGCE, sentenza 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen GmbH c. Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG*. In seguito, la questione è stata nuovamente affrontata dalla Corte di Giustizia (sentenza 18 luglio 2007, causa C-382/05) all'esito di un procedimento di infrazione avviato dalla Commissione proprio nei confronti dell'Italia. In tale situazione (per l'approfondimento della quale si rinvia al commento di C.F. CODUTI, *Appalto pubblico o concessione di servizi? La Corte enfatizza il criterio del rischio*, in *Rass. Avv. Stato*, 2007, 2, p. 64 ss.), la Corte ha ribadito che "si è in presenza di una concessione di servizi allorché le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione ed implicano che quest'ultimo assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione". Da ultimo, cfr. anche CGCE, sentenza 13 novembre 2008, causa C-324/07, *Coditel Brabant SA*. Anche nella giurisprudenza interna è stata più volte sottolineata la differenza tra concessione e appalto di servizi. V., ad esempio, Cons. Stato, Sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080; 15 gennaio 2008, n. 36; 30 aprile 2002, n. 2294; Sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2636. Di recente, il

La rilevanza di tale distinzione, non sempre colta dagli enti locali¹², si esprime ovviamente nella diversità delle discipline giuridiche applicabili: mentre agli appalti di servizi, infatti, anche se aggiudicati da enti locali, si applica *in toto* il codice dei contratti pubblici, alle concessioni di servizio pubblico si applicano soltanto i principi generali da tale codice desumibili, quali i «principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità» (così l'articolo 30 del codice dei contratti). A questa regola valida su un piano generale si sovrapporrà, poi, la disciplina di cui all'articolo 23-bis, ogniqualvolta venga in considerazione la concessione di servizi pubblici caratterizzati dalla dimensione locale dei bisogni cui sono rivolti.

In altri termini, il campo di applicazione di tale articolo può essere precisato nel senso che esso comprende tutte le concessioni di servizi pubblici facenti capo ad enti locali. Va aggiunto, per completezza, che la norma prende in considerazione, con continuità rispetto all'assetto precedente, i soli servizi «*di rilevanza economica*», il che non potrebbe essere diversamente in quanto soltanto con riferimento ad essi si pone l'esigenza di salvaguardare le istanze del mercato concorrenziale¹³. La rilevanza economica del servizio deve essere valutata tenendo presente l'ampia nozione comunitaria di "*impresa*", la quale designa, come è noto, ogni attività di produzione di beni e servizi astrattamente idonei ad essere collocati sul mercato, indipendentemente dalla natura (che quindi può essere anche di

TAR Molise, Campobasso, Sez. I, 2 luglio 2008, n. 677, ha stabilito che "l'affidamento del servizio di distribuzione del gas metano configura una concessione di servizi proprio in considerazione del fatto che la controprestazione per la gestione del servizio non è rappresentata dal pagamento di un prezzo (sicché non è configurabile alcun contratto oneroso per l'ente committente), ma dal diritto di gestire la rete applicando direttamente agli utenti le tariffe imposte dall'Autorità per l'energia elettrica ed il gas; emerge dunque dal suesposto schema il rapporto trilaterale tra amministrazione, concessionario ed utenti, posto che, una volta affidata la gestione della rete, il concessionario agisce in luogo dell'amministrazione, provvedendo alla fornitura del gas, mentre nei confronti dell'amministrazione è tenuto al pagamento di un canone annuo fisso (...). Per tale ragione, quindi, il rischio della gestione resta interamente a carico del concessionario in quanto, a fronte di costi certi, la redditività del servizio resta essenzialmente aleatoria, essendo collegata ai corrispettivi percepiti direttamente dagli utenti. Accertato che si versa in materia di concessione e non di appalto di servizi ne discende che la normativa comunitaria e quella nazionale derivata in materia di affidamenti di appalti pubblici non può trovare applicazione (...)".

¹² Cfr. A. PIOGGIA, *Servizi pubblici e autonomia locale: i limiti del diritto interno e del diritto comunitario*, in *Riv. giur. quadr. pubbl. serv.*, 1999, p. 107, la quale rileva come talvolta le amministrazioni locali erroneamente "assumono come pubblici servizi, gestendoli nelle forme previste per essi, attività come imprese di pulizie, assicurazioni, gestioni alberghiere, agenzie per la vendita di immobili: tutti esercizi dei quali è quanto meno improbabile che un ente debba farsi carico al fine di assicurarne una piena fruizione alla collettività".

¹³ La pretesa del legislatore statale di disciplinare anche le modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica è stata in passato censurata dalla Corte costituzionale, per mezzo della sentenza n. 272 del 2004. In essa la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 113bis del TUEL, affermando che la competenza esclusiva dello Stato in materia di tutela della concorrenza non può consentire a quest'ultimo d'invadere il campo, di legislazione regionale, dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica, in relazione ai quali un'esigenza di promozione della concorrenza non si pone affatto.

pubblica amministrazione) del soggetto che la espleta¹⁴. La Commissione europea ha inoltre chiarito che la distinzione tra servizi economici e servizi non economici ha natura *dinamica*, in quanto l'evoluzione tecnologica, economica e sociale può aggiungere il requisito della economicità ad attività che per l'innanzi ne risultavano sprovviste¹⁵.

L'ampia nozione di attività economica che s'impone all'interprete fa sì che l'ambito dei servizi pubblici sottratti al dominio dell'articolo 23-*bis* abbia carattere, in linea di fatto, residuale, laddove l'ipotesi più frequente è viceversa rappresentata dalla natura economica del servizio.

3. La modalità di gestione ordinaria: l'affidamento a terzi con gara.

Così delineata la materia ed entrando ora nel vivo delle disposizioni che la disciplinano, si deve prestare massima attenzione alla regola generale enunciata al comma 2, in forza del quale «*Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria, a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità*».

La norma generalizza e massimizza la portata applicativa del modulo gestorio per cui deve essere conferito ad un soggetto scelto all'esito di una procedura di gara, nella quale si realizzi la c.d. concorrenza *per* il mercato, il compito di erogare il servizio pubblico. È evidente, su questo punto, la *discontinuità* rispetto alla disciplina previgente di cui all'articolo 113, comma 5, del TUEL, che invece poneva il modulo in questione su un piano di parità rispetto agli altri modelli gestionali costituiti dall'affidamento a società mista (nella quale il socio privato fosse stato scelto con gara) e dall'affidamento diretto a società cc.dD. *in house*¹⁶.

Posto, quindi, che vi è una chiara opzione legislativa a favore dell'affidamento a terzi con gara, occorre verificare secondo quali modalità tale gara debba svolgersi. Sul punto, la norma non fornisce indicazioni che vadano oltre il richiamo ai principi

¹⁴ Tali acquisizioni sono il frutto della giurisprudenza comunitaria che si è sviluppata a partire dalla sentenza 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Hofner*, e che ha trovato una tappa fondamentale nella famosa sentenza 11 dicembre 1997, causa C-55/96, *Job centre*, nella quale la Corte di Giustizia ha riconosciuto carattere di impresa, con conseguente applicazione dell'articolo 86 TCE, all'attività – che in Italia era riservata agli uffici pubblici di collocamento – di intermediazione tra domanda e offerta di lavoro.

¹⁵ Cfr. Libro verde sui servizi di interesse generale del 21 maggio 2003, pubblicato su *Servizi pubblici e appalti*, 2003, p. 471 ss.

¹⁶ Il dato per cui il citato articolo 113, comma 5, assumeva come paritarie le indicate forme di gestione, non può essere revocato in dubbio, se sol si considera che, ai sensi del successivo comma 5-*bis*, si stabiliva il principio per cui le normative di settore, al fine di superare assetti monopolistici, potevano introdurre «*criteri di gradualità nella scelta di conferimento del servizio*». Vi era, pertanto, nell'espressa apertura verso la possibilità di una *gradazione* dei modelli di gestione affidata alle normative settoriali, l'implicita affermazione della loro equiordinazione ed equipollenza come principio di ordine generale.

generali del diritto europeo recepiti nel codice dei contratti pubblici, dal che si ricava l'ulteriore conferma per cui lo strumento di gestione che il legislatore ha in mente – nonostante non lo dichiari mai in modo esplicito – altro non può essere che quello della "concessione". Le procedure competitive per la individuazione del soggetto gestore non sono pertanto soggette a particolari formalità imposte da disposizioni di dettaglio, essendo soltanto necessario che le modalità in concreto scelte dall'amministrazione risultino idonee ad assicurare un'effettiva, e non solo apparente, sollecitazione delle energie del mercato¹⁷.

Indugiando ancora sulle modalità di svolgimento della procedura di selezione, ci si può porre l'interrogativo se si applichi in tale contesto la norma di cui all'articolo 30, comma 3, del codice dei contratti pubblici, nella parte in cui obbliga l'amministrazione concedente a scegliere il concessionario «previa gara informale cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi».

Per motivi di ordine sistematico, sembrerebbe preferibile una risposta negativa. Ed infatti, l'articolo 23-*bis*, comma 2, nel richiamare il Trattato CE e il codice dei contratti pubblici, elenca una serie di principi che, a cominciare da quello di trasparenza, sono posti nell'identica sequenza in cui sono posizionati nel suddetto articolo 30, comma 3. Salvo ipotizzare un'improbabile coincidenza, se ne può quindi argomentare che il legislatore, laddove lo avesse voluto, non avrebbe avuto difficoltà a richiamare anche la norma sopra riprodotta. D'altra parte, un'ulteriore divergenza tra le norme in questione si rinviene nel fatto che mentre l'articolo 30, comma 3, fa menzione di una «gara informale», l'articolo 23-*bis* utilizza l'espressione, assai più pregnante, di «*procedure competitive ad evidenza pubblica*». Se ne deve trarre la conclusione che il legislatore ha inteso assicurare alle procedure di affidamento dei servizi pubblici locali una forma di pubblicità più intensa di quella prevista in generale per le altre concessioni di servizi, con la conseguenza che l'articolo 23-*bis* deve più correttamente essere ricondotto, in quest'ottica, nell'alveo dell'articolo 30, comma 4, del codice dei contratti, ai sensi del quale «Sono fatte salve discipline specifiche che prevedono forme più ampie di tutela della concorrenza».

Resta da dire, ancora in ordine alle modalità di svolgimento della gara, che queste potranno formare oggetto di legislazione regionale, come chiarito dalla Corte costituzionale nella nota sentenza n. 272 del 2004¹⁸.

¹⁷ È facile prevedere che un ruolo determinante sarà volto, su questo punto, dalla giurisprudenza amministrativa, la quale dovrà abituarsi, più di quanto non lo sia stata finora, a discernere tra le ipotesi di vera gara e le ipotesi di mera *parvenza* di essa.

¹⁸ In tale pronuncia la Corte costituzionale ha, tra l'altro, dichiarato l'illegittimità dell'articolo 113, comma 7, del TUEL, limitatamente al secondo e al terzo periodo, giacché, nell'indicare "dettagliatamente e con tecnica autoapplicativa, i vari criteri in base ai quali la gara viene aggiudicata", tale norma va al di là della pur doverosa tutela degli aspetti concorrenziali inerenti alla gara.

Quanto al diverso profilo concernente la legittimazione soggettiva a partecipare alle procedure di gara, occorre evidenziare l'ampiezza della platea dei potenziali candidati, i quali vengono individuati dalla norma con un generico riferimento a «*imprenditori*» o a «*società in qualunque forma costituite*». Viene in tal modo recepito il principio espresso dalla Corte di Giustizia nella c.d. sentenza "Frigerio"¹⁹, con la conseguenza che anche le società di persone, quando siano abilitate dal diritto interno allo svolgimento dell'attività di impresa messa a gara, potranno aspirare a divenirne affidatarie.

Più delicata è la questione se possano partecipare alla procedura competitiva per l'affidamento del servizio le società interamente pubbliche, ovvero le società miste. Data l'assenza di esplicite indicazioni di segno contrario, è soprattutto alla luce dei principi comunitari di neutralità²⁰ e di non discriminazione che sembra doversi optare per la soluzione affermativa. Va notato, tuttavia, che l'esistenza di specifici divieti come quello contemplato dal comma 9 dello stesso articolo 23-bis (secondo cui «*I soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali non affidati mediante le procedure competitive di cui al comma 2, nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi, non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare*»), nonché dall'articolo 13 del D.L. n. 223/2006 (c.d. decreto Bersani, secondo il quale «*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, nonché, 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*

¹⁹ CGCE, 18 dicembre 2007, causa C-357/06, secondo la quale il diritto comunitario, segnatamente la direttiva 92/50/CEE, "osta a disposizioni nazionali", come quella dell'articolo 113, comma 5, lett. a), del TUEL, "che impediscono a candidati od offerenti autorizzati, in base alla normativa dello Stato membro interessato, ad erogare il servizio di cui trattasi, (...) di presentare offerte nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di pubblici appalti di servizi (...), soltanto per il fatto che tali candidati od offerenti non hanno la forma giuridica corrispondente ad una determinata categoria di persone giuridiche, ossia quella delle società di capitali". Nel caso di specie, la natura di società di persone del concorrente (si trattava, infatti, di una società in nome collettivo) ne escludeva la legittimazione a competere nell'ambito di una gara indetta per l'affidamento del servizio pubblico di gestione dei rifiuti solidi urbani. È evidente, peraltro, che la Corte di Giustizia in questo caso non si è posta minimamente, anche per la mancanza di sollecitazioni sul punto provenienti dal giudice *a quo*, il problema della differenza tra appalto di servizi, disciplinato dalla direttiva 92/50/CEE, e concessione di servizi pubblici, della quale si occupa l'articolo 113 TUEL. Qualora lo avesse fatto, è probabile che non avrebbe rilevato il contrasto di quest'ultimo con le disposizioni della direttiva citata, ma avrebbe comunque affermato la violazione diretta dei principi generali del diritto comunitario, in particolare del principio di non discriminazione.

²⁰ Secondo tale principio, come è noto, il Trattato CE "lascia del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri".

svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti»), rende difficilmente praticabile, in concreto, la legittima partecipazione alle gare delle società di proprietà pubblica.

4. *L'eccezione: presupposti e modalità per il ricorso all'in house.*

Se il comma 2 si occupa di identificare nella concessione a terzi la forma ordinaria di gestione, al successivo comma 3 è affidato il compito di disciplinare l'area delle possibili eccezioni: stabilisce infatti che «*In deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2, per situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento può avvenire nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria*».

È anche questa una fondamentale innovazione, introdotta nel segno della sussidiarietà orizzontale²¹ e della sottesa teoria dei cc.dD. "fallimenti del mercato"²². Il ruolo dell'ente locale in quanto gestore diretto (tra breve si vedrà secondo quali forme) del servizio pubblico è disegnato come *sussidiario* rispetto a quello delle imprese terze operanti sul mercato, sicché soltanto un'eventuale carenza di quest'ultimo è ritenuta idonea a giustificare tale ruolo. In altri termini, l'ente locale può assumere non solo la *titolarità*, ma anche la *gestione* del servizio attraverso la propria organizzazione – facendosi esso stesso, quindi, imprenditore – , solo a condizione che non sia possibile attingere dal mercato le forze indispensabili ad assicurare la soddisfazione delle esigenze di pubblico interesse che al servizio

²¹ Codificato nell'articolo 118, comma 4, della Cost., ai sensi del quale "Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà". Per l'interpretazione e l'analisi di tale norma, si rinvia al magistrale contributo di G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 5 ss.

²² La migliore dottrina economica, tra cui sicuramente J.E. STIGLITZ, *Economia del settore pubblico*, Milano, 2003, p. 55 ss., ha individuato almeno sei importanti situazioni nelle quali l'autonomo funzionamento del mercato si rivela inefficiente. La prima e più importante è quella rappresentata dall'insufficiente concorrenza, talvolta determinata da situazioni di monopolio naturale, seguita dall'esistenza di beni pubblici (es. la difesa nazionale) che il mercato non produce, e poi ancora dall'esistenza di esternalità negative, dalle cc.dD. asimmetrie informative, dall'incompletezza di alcuni mercati e dalla disoccupazione. Cfr., anche, S. BREYER, *Analyzing Regulatory Failure: Mismatches, Less Restrictive Alternatives, and Reform*, in (1979) 92 Harv. L.R., p. 547 ss.

Naturalmente, la scienza economica analizza tali situazioni assumendo l'esistenza di obiettivi politicamente predeterminati – espressi sotto forma di giudizi di meritevolezza – in assenza dei quali sarebbe impossibile esprimere valutazioni in ordine al grado di idoneità del mercato a soddisfarli.

Fra i giuristi che aderiscono all'impostazione secondo cui il fallimento del mercato dovrebbe costituire il presupposto al quale ancorare la valutazione in ordine alla legittimità di un intervento pubblico in economia, v. G. CORSO, *Attività amministrativa e mercato*, in *Riv. giur. pubbl. serv.*, 1999, p. 7 ss. Dello stesso Autore, cfr. anche *La gestione dei servizi pubblici fra pubblico e privato*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Milano, 1997, nonché *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2008, p. 368, dove criticamente si osserva che "l'ingresso in un settore dell'attività economica pubblica tende a marginalizzare, o addirittura a scacciare l'iniziativa economica privata".

sono sottese²³. È questo il senso del riferimento normativo a *situazioni* che, essendo contrassegnate da *peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche* del relativo contesto territoriale, non consentono un *efficace e utile ricorso al mercato*.

Come si può facilmente notare, i presupposti del fallimento del mercato sono individuati, assai genericamente, con abbondante ricorso a “concetti giuridici indeterminati”, la qual cosa lascia presagire che sul punto si svilupperà un elevato tasso di incertezza e di contenzioso. Come possibile correttivo, il successivo comma 4 stabilisce che «*Nei casi di cui al comma 3, l'ente affidante deve dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato e alle autorità di regolazione del settore, ove costituite, per l'espressione di un parere sui profili di competenza da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta*

²³ È ormai acquisita l'idea per cui alla base della stessa nozione di servizio pubblico vi sia una situazione di fallimento del mercato, la quale giustifica l'imposizione di specifici obblighi di prestazione in capo alle imprese del settore da parte dell'ente territoriale che, in questo modo, assume la titolarità del servizio. Sul punto, v. M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 194, secondo il quale la nozione di servizio pubblico “trova un'ambientazione specifica nelle situazioni di fallimento del mercato”; G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Padova, 2005, p. 187, il quale definisce i servizi pubblici come “le attività rivolte a produrre utilità per la comunità, quando il loro stesso svolgimento e le relative modalità sono determinati dalle decisioni regolative delle istituzioni pubbliche e *non dalla spontanea azione e dalle spontanee convenienze del mercato* (corsivo aggiunto)”; G. ROSSI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 2005, p. 47 ss., che, definendo il servizio pubblico come “l'attività non autoritativa che consiste in prestazioni dirette a soddisfare interessi a protezione necessaria”, ne mette in evidenza il profilo della *doverosità*, la quale si spiega con la necessità di assicurare agli utenti prestazioni che il mercato non garantisce in misura soddisfacente (il concetto di *doverosità*, anche con riferimento ai servizi pubblici, è stato approfondito da F. GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, 2005). Di diverso avviso è M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000, p. 115, secondo cui la questione del fallimento del mercato non dovrebbe essere utilizzata per la qualificazione di una determinata attività in termini di servizio pubblico, ma invece dovrebbe seguire tale qualificazione: “un servizio è infatti doveroso, indipendentemente dal fatto che il mercato riesca a soddisfarlo ovvero occorra ricorrere ad altri strumenti”.

Se il concetto di fallimento del mercato è già implicito nella nozione di servizio pubblico, allora ciò vuol dire che, nell'ottica dell'articolo 23-*bis*, per la gestione diretta del servizio da parte dell'ente locale è necessario un ulteriore “fallimento”, quello che non permette di affidare la gestione del servizio ai privati. Così, se una prima inefficienza del mercato è alla base della decisione pubblica, compiuta a monte, di assumere la titolarità e la regolamentazione del servizio, una seconda inefficienza è alla base della decisione, logicamente conseguente, di intraprenderne direttamente anche la gestione.

Questa impostazione sembra in sintonia con quanto osservato da J. E. STIGLITZ, *op. cit.*, p. 187, secondo il quale “Anche se i fallimenti del mercato forniscono una giustificazione per una qualche forma di intervento pubblico, essi, di per sé, non giustificano la produzione pubblica”. Lo stesso autorevole economista, tuttavia, nell'approfondire la tematica della produzione pubblica di beni privati con riferimento ai servizi di pubblica utilità, mostra come la circostanza per cui si tratti spesso di monopoli naturali, i quali offrono al monopolista privato la possibilità di avvantaggiarsi della sua posizione e di praticare prezzi elevati, sia idonea a giustificare l'ingresso dello Stato nella produzione. Ciò in quanto l'impresa pubblica, a differenza della privata, può permettersi di operare in una situazione di “profitto nullo”.

relazione». Con l'imporre un simile, per la verità gravoso, adempimento, il legislatore vuole evidentemente risolvere sul piano procedimentale gli inevitabili inconvenienti altrimenti connessi ad un difetto di determinazione della fattispecie sostanziale.

La necessità di compiere un'analisi di mercato, rafforzata dalla verifica successiva della competente autorità di regolazione, funge certamente da deterrente, infatti, specialmente con riferimento ai comuni di modeste dimensioni, rispetto alla scelta di ricorrere "abusivamente" ad un affidamento in deroga ai sensi del comma 3. Una motivazione di tale scelta che si risolvesse nella mera allegazione di generiche valutazioni circa l'inadeguatezza del contesto socio-economico e territoriale di riferimento ad assicurare le prestazioni reputate necessarie da parte dell'ente territoriale, sarebbe destinata ad imbattersi in una valutazione di illegittimità, nella misura in cui è richiesto che essa sia supportata da elementi obiettivi raccolti direttamente "sul campo". Ora, se si considera che lo svolgimento di una simile indagine richiede conoscenze tecniche difficilmente rintracciabili all'interno delle amministrazioni locali, e che quindi queste ultime dovranno verosimilmente rivolgersi ad apposite società di consulenza private, s'intuisce come la decisione di ricorrere alla gestione diretta del servizio venga ad assumere essa stessa, all'origine, un costo che, viceversa, non è presente in caso di opzione per la concessione a terzi.

Ancora, la stessa tempistica collegata al necessario espletamento dell'analisi di mercato, sommata a quella richiesta per la costituzione di una società, può essere talvolta idonea a scoraggiare applicazioni abusive della disposizione di cui al comma 3.

Ciò detto, è altresì necessario tenere presente che il concetto di "fallimento del mercato" è caratterizzato da un elevato grado di relatività, nel senso che la sua ricorrenza in concreto viene apprezzata in relazione agli obiettivi che al mercato vengono assegnati²⁴. Questo significa che l'idoneità del mercato a soddisfare un certo bisogno d'interesse generale diminuirà progressivamente con la crescente intensità di tale bisogno, sicché sarà la fissazione della misura di quest'ultimo da parte dell'ente territoriale a giocare un ruolo determinante ai fini della "riuscita" ovvero del "fallimento" del mercato. Consapevole di ciò, il legislatore ha tentato di

²⁴ M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale*, cit., p. 194, mette in evidenza come una valutazione sulla sussistenza di una situazione di fallimento del mercato, nonché sul grado e sulla gravità di tale fallimento, non potendo essere rimessa al mercato stesso o a chi vi opera, viene necessariamente a dipendere da una valutazione politica. In senso analogo, cfr. S. VARONE, *op. cit.*, p. 57 e F. GUALTIERI, *Servizi pubblici locali: privatizzazione e liberalizzazioni; vincoli di legge e autonomie*, in *Serv. pubbl. app.*, 2005, p. 851. Quest'ultimo afferma che "il concetto di fallimento del mercato non appare come un elemento oggettivamente definibile, quanto piuttosto come un parametro variabile a seconda dell'obiettivo previamente posto dall'amministrazione. Di conseguenza, in presenza di elevati livelli di soddisfazione da garantire, aumenteranno proporzionalmente i profili diseconomici di una determinata attività e, dunque, le finalità imposte dall'amministrazione dovranno essere ragionevolmente graduate sulla base delle effettive capacità del mercato, senza però mai perdere di vista le esigenze delle collettività di riferimento".

ancorare il più possibile a dati oggettivi del contesto di riferimento la valutazione circa l'impossibilità di ricorrere al mercato, il che dovrebbe sottrarre all'ente locale la possibilità di "fabbricarsene" il fallimento a propria discrezione, introducendo un eccesso di soggettivismo fra gli elementi da includere nella valutazione²⁵. Così, per fare un esempio, è chiaro che la fissazione, da parte di un comune, di tariffe particolarmente ridotte senza la previsione di adeguati meccanismi di compensazione, avrebbe per conseguenza l'indisponibilità degli operatori privati ad assumere la gestione del relativo servizio. In tal caso, ci si troverebbe dinanzi ad un'ipotesi di *market failure*, determinata non già dalle "peculiarità caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento", bensì esclusivamente da una decisione assunta dall'ente locale in ordine al grado di remuneratività del servizio da erogare. Per evitare situazioni di questo tipo, le quali avrebbero l'effetto di dilatare l'ambito di applicazione della deroga prevista dal comma 3, sembra corretto ipotizzare che l'analisi di mercato richiesta all'ente locale debba servire non solo, in negativo, ad accertare l'eventuale carenza del mercato in relazione ad una decisione già assunta con riguardo alle condizioni (qualitative, quantitative, tariffarie etc.) del servizio, ma anche, in positivo, a conformare il contenuto di tale decisione, con il fornire indicazioni attinenti ai costi e, in generale, alle modalità, attraverso le quali il mercato è generalmente in grado – anche prendendo a confronto altre realtà territoriali – di provvedere all'espletamento del servizio medesimo. Si viene ad esigere, per questa via, dagli enti locali, che essi osservino scrupolosamente i principi di ragionevolezza e di proporzionalità nell'assegnare al mercato determinati obiettivi d'interesse pubblico, in modo da evitare ambiziosi e pericolosi (specie per la finanza pubblica) eccessi nella valutazione politica degli *standard* da soddisfare.

Abbastanza incerta è poi la questione attinente alla funzione e alla natura del parere che la norma prevede debba essere reso ad opera dell'Autorità *antitrust* (ovvero, ove costituite, dalle specifiche autorità di settore²⁶) con riguardo agli esiti dell'indagine di mercato svolta dall'ente locale. Non è facile comprendere, invero, a causa di mancate indicazioni esplicite sul punto, se si tratti di un parere vincolante – simile ad un riesame e, come tale, perfino idoneo a censurare la valutazione compiuta dall'amministrazione precedente –, oppure se si tratti di un semplice parere che, anche se negativo, non può sortire l'effetto di costringere l'ente locale a conformarvisi.

²⁵ F. TRIMARCHI BANFI, *Considerazioni sui «nuovi» servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 954, stigmatizza come "ingannevole" l'espressione "fallimento del mercato", in quanto accomuna ipotesi di inadeguatezza dovute alla struttura non concorrenziale del mercato ad ipotesi di inadeguatezza collegate a valutazioni di carattere politico.

²⁶ L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, nella propria segnalazione al Governo e al Parlamento sulla applicazione dell'articolo 23 *bis* del D.l. n. 112/2008, datata 26 novembre 2008, ritiene di essere compresa anch'essa tra le autorità chiamate ad esprimere il loro parere, in quanto "la disciplina contenuta nell'articolo 23 bis riguarda espressamente le procedure sulle quali l'Autorità, ai sensi dei D.lgs 163/06, deve vigilare al fine di assicurarne la corretta applicazione".

L'impressione è che il legislatore abbia voluto predisporre uno strumento caratterizzato sì da notevole efficacia conformativa, ma comunque non cogente sotto l'aspetto formale. Tale soluzione appare la più coerente con il principio autonomistico che permea la nostra Costituzione, per cui si deve presumere che il legislatore, in assenza di esplicite indicazioni di segno contrario, intenda rispettare il più possibile la sfera decisionale dell'ente locale, anziché comprimerla mediante il conferimento di poteri censori in capo ad altre autorità.

La stessa Autorità *antitrust*, del resto, in una recente comunicazione interpretativa²⁷ sull'applicazione dell'articolo 23-bis, conclude con l'implicita affermazione circa il carattere non tecnicamente vincolante del parere alla medesima richiesto. Vi si legge, così, che "L'Autorità ritiene che l'Ente locale è chiamato a tenere nella dovuta considerazione le valutazioni espresse nel parere rilasciato".

La notevole efficacia conformativa che tale parere è comunque destinato ad esercitare costituisce una conseguenza diretta, oltre che della particolare qualificazione tecnica dell'Autorità da cui proviene, dell'impiego che presumibilmente vorrà farne il giudice amministrativo. Quest'ultimo, qualora la verifica dell'*Authority* in ordine alla ricorrenza dei presupposti di cui al comma 3 abbia prodotto esito negativo, sarà fortemente indotto, verosimilmente, a giudicare illegittima la scelta compiuta dell'ente locale di applicare la deroga prevista ai sensi della norma richiamata.

Un'ultima notazione, sul punto, va riservata alle conseguenze che potrebbero derivare dall'eventuale inerzia dell'autorità consultiva. La mancanza, anche in questo caso, di specifiche previsioni, fa sì che non ci sia ragione per non ricorrere alla norma generale di cui all'articolo 16, comma 2, della legge n. 241/1990, secondo cui «In caso di decorrenza del termine senza che sia stato comunicato il parere o senza che l'organo adito abbia rappresentato esigenze istruttorie, è *in facoltà dell'amministrazione richiedente di procedere indipendentemente dall'acquisizione del parere*». Né il caso in questione può essere ricondotto al comma 3 dello stesso articolo 16, il quale esclude l'applicazione della regola generale con riferimento ai pareri che debbano essere rilasciati dalle sole «amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistica, territoriale e della salute dei cittadini», tra le quali certo non rientra l'*Antitrust*.

Ciò detto in ordine ai presupposti e alle modalità che possono giustificare una deroga rispetto all'affidamento con gara del servizio, occorre soffermare l'attenzione sul significato dell'espressione normativa secondo cui «*l'affidamento può avvenire nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria*».

²⁷ AGCM, *Comunicazione sull'applicazione dell'articolo 23-bis, comma 3, del Decreto Legge n. 112/2008, convertito in legge n. 133/2008, relativo all'affidamento in house dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, del 16 ottobre 2008, rinvenibile in questa *Rivista*.

Del tutto evidente è che la disposizione faccia implicito riferimento all'istituto dell'*in house providing*²⁸, del quale la scienza amministrativistica si è molto occupata negli ultimi anni, a partire dalla famosa sentenza *Teckal* della Corte di Giustizia europea²⁹. Come è noto, il legislatore del 2003 ha pedissequamente recepito tale decisione, prevedendo al comma 5, lett. c), dell'articolo 113 TUEL, che l'erogazione del servizio pubblico possa essere conferita «a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano».

Non è questa la sede per ripercorrere le varie tappe della giurisprudenza comunitaria³⁰ che ha tentato di circoscrivere entro limiti sempre più stringenti, interpretandone restrittivamente i requisiti costitutivi, l'applicabilità della fattispecie *in house*; soltanto, occorre non dimenticare ciò che la Corte di Giustizia non è mai giunta a sostenere, e cioè che la possibilità di ricorrere all'autoproduzione del servizio da parte delle pubbliche amministrazioni nazionali debba essere subordinata alla previa verifica circa l'impossibilità per le stesse di percorrere la

²⁸ La letteratura in materia di *in house providing*, nonostante si tratti di un fenomeno abbastanza recente, è molto abbondante. In questa sede se ne può citare, a titolo esemplificativo, soltanto una piccola ma significativa parte: v. C. ALBERTI, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, p. 495 ss.; D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003; G. GRECO, *Gli affidamenti in house di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, p. 1461 ss.; S. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, cit., p. 84 ss.; R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. Amm.*, 2005, p. 9 ss.; E. SCOTTI, *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, in *Dir. Amm.*, 2005, p. 915 ss.; C. M. SARACINO, *In house providing: margini di una scelta tra libera concorrenza e cooptazione*, in *Servizi pubbl. e app.*, 2005, p. 631 ss.; C.E. GALLO, *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici: il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, n. 2/2005; R. CAVALLO PERIN e D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 51 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *Le nozioni comunitarie di amministrazione: organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, società in house*, in *Serv. pubbl. app.*, 2006, p. 34 ss.; F. GUALTIERI, *Società miste e in house providing: un rapporto da definire*, in *Serv. pubbl. app.*, 2006, p. 468 ss.

²⁹ Si tratta della sentenza 18 novembre 1999, causa C-107/98, *Teckal s.r.l. c. Comune di Viano e AGAC*, nella quale la Corte di Giustizia ha affermato che, affinché le direttive in materia di appalti pubblici trovino applicazione, "basta, 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. Può avvenire diversamente solo nel caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi 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".

³⁰ Oltre alla già citata sentenza *Teckal*, si vedano le sentenze della Corte di Giustizia: 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle*; 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen GmbH*; 10 novembre 2005, causa C-29/04, *MoD.L.ing*; 11 maggio 2006, causa C-340/04, *Carbotermo Spa*; 19 aprile 2007, causa C-295/2005, *Asemfo*; 17 luglio 2008, causa C-371/05, *Commissione c. Repubblica italiana (ASI s.p.a.)*; 13 novembre 2008, causa C-324/07, *Coditel Brabant SA*, tutte rinvenibili in questa *Rivista*.

strada alternativa del ricorso al mercato³¹. Nei tempi più recenti, poi, si intravedono nell'atteggiamento delle istituzioni comunitarie (sia della Corte di Giustizia che del Consiglio e del Parlamento) gli albori di un possibile ripensamento in ordine all'eccessiva diffidenza con cui si è guardato all'istituto in questione, al fine di renderlo più accessibile di quanto finora non sia stato³².

Alla luce di queste considerazioni, verrebbe da dire che il legislatore italiano, mediante l'articolo 23-bis, abbia voluto mostrarsi "più realista del re". Il trattamento che egli riserva all'*in house providing* con il consegnarlo ad una dimensione strettamente derogatoria e residuale, infatti, è assai più penalizzante di quello che deriverebbe dalla mera trasposizione sul piano interno delle indicazioni provenienti dall'U.E., il che equivale al perseguimento di un grado di tutela della concorrenza addirittura maggiore di quello che il diritto comunitario impone.

³¹ Nella sentenza 6 aprile 2006, causa C-410/04, *Anav*, la Corte di Giustizia, interpellata dal T.A.R. Puglia in merito alla legittimità comunitaria di una normativa interna (l'articolo 113, comma 5, del TUEL) che lascia alle amministrazioni locali piena discrezionalità in fatto di scelta fra affidamento del servizio mediante gara ed affidamento *in house*, ha risposto positivamente, ferma restando la necessità d'interpretare restrittivamente gli elementi costitutivi della fattispecie *in house*. Commentando tale decisione, F. PATRONI GRIFFI, *L'in house providing, un de profundis rinviato?*, in *Riv. dir. amm. elettr.*, p. 5, sostiene che la Corte di Giustizia abbia dato della questione portata al suo esame una soluzione a dir poco elusiva.

³² Tale atteggiamento si riscontra, in particolare, nelle recenti sentenze del giudice comunitario 19 aprile 2007, causa C-295/2005, *Asemfo*; 17 luglio 2008, causa C-371/05, *ASI s.p.a.*; 13 novembre 2008, causa C-324/07, *Coditel Brabant SA*. Nell'ambito della prima e della terza sentenza, la Corte di Giustizia ha accolto una nozione ampia di "controllo analogo" e di "attività prevalente", con riferimento a società di proprietà di più enti pubblici. Nella seconda, invece, ha escluso che la semplice circostanza per cui nell'atto costitutivo sia contemplata la possibilità dell'apertura della società al capitale privato sia idonea a determinare l'insussistenza del controllo analogo. Per quanto riguarda, poi, il Consiglio e il Parlamento europeo, è noto come questi abbiano adottato un regolamento, il n. 1370 del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia, nel quale è stabilito che "A meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale, le autorità competenti a livello locale (...) hanno facoltà di fornire esse stesse servizi di trasporto pubblico di passeggeri o di procedere all'aggiudicazione diretta di contratti di servizio pubblico a un soggetto giuridicamente distinto su cui l'autorità competente a livello locale, o, nel caso di un gruppo di autorità, almeno una di esse, esercita un controllo analogo a quello che esercita sulle proprie strutture. Se un'autorità competente a livello locale assume tale decisione, si applicano le seguenti disposizioni: a) al fine di determinare se l'autorità competente a livello locale esercita tale controllo, sono presi in considerazione elementi come il livello della sua rappresentanza in seno agli organi di amministrazione, di direzione o vigilanza, le relative disposizioni negli statuti, l'assetto proprietario, l'influenza e il controllo effettivi sulle decisioni strategiche e sulle singole decisioni di gestione. *Conformemente al diritto comunitario, la proprietà al 100 % da parte dell'autorità pubblica competente, in particolare in caso di partenariato pubblico-privato, non è un requisito obbligatorio per stabilire il controllo ai sensi del presente paragrafo, a condizione che vi sia un'influenza pubblica dominante e che il controllo possa essere stabilito in base ad altri criteri (...)*. Come si può constatare, pertanto, in materia di trasporti locali non è più indispensabile il requisito della proprietà pubblica totalitaria ai fini della sussistenza dell'*in house*. Per un commento di questo ed altri profili connessi, cfr. L. MANASSERO, *In house providing e concorrenza: il dD.L. governativo, le procedure di infrazione promosse dalla Commissione UE, le posizioni dell'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato, l'istruttoria dell'Autorità per i Contratti pubblici, ed i recenti orientamenti comunitari; il problematico temperamento con il principio di autonomia degli enti locali. Un focus sul Servizio Idrico Integrato*, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

Non è compito di chi scrive stabilire se tale atteggiamento del legislatore sia meritorio o sbagliato, opportuno o inopportuno. Se un'osservazione ci si vuol concedere, tuttavia, essa rimanda alle considerazioni svolte da chi³³ ha messo in evidenza come il rischio connaturato a simili scelte sia quello di un eccessivo *disallineamento* tra le dimensioni della sfera pubblica nel nostro e negli altri Paesi europei, con la conseguenza che i mercati italiani appaiono ben più permeabili all'ingresso delle imprese straniere, di quanto i corrispondenti mercati esteri, viceversa, non lo siano per le imprese nazionali³⁴.

A ciò si può aggiungere che, volendo il legislatore porre rimedio al fenomeno del massiccio ricorso da parte degli enti locali – con esiti troppo spesso rivelatisi disastrosi – *all'in house providing*, per il raggiungimento di tale risultato sarebbe stato sufficiente prevedere, come peraltro avviene, che le società *in house* debbano soggiacere alle regole pubblicistiche del patto di stabilità interno, dell'evidenza pubblica per la stipulazione, anche sotto-soglia, dei contratti, dell'assunzione del personale tramite concorso.

Ed invero, non v'è dubbio che la soggezione a tanto significative limitazioni di matrice pubblicistica sarebbe di per sé idonea a depauperare le società *in house* della *vis* attrattiva derivata loro dall'essere state considerate come lo strumento ideale per realizzare una "fuga" dal pubblico e dalle restrizioni che esso impone. Più che per la gestione efficiente dei servizi pubblici locali, infatti, tali società sono state spesso utilizzate come strumenti di politica occupazionale e assistenziale, nonché, cosa ancor più grave, come sedi privilegiate per la proliferazione di metodi clientelari di formazione del consenso politico.

Una volta venuti meno i presupposti affinché tutto ciò abbia a verificarsi, è evidente come l'interesse con cui gli enti locali hanno fino ad oggi guardato alla soluzione organizzativa rappresentata dall'*in house* sia destinato, inesorabilmente, a sfumare. Resterà vivo, al più, in quelle realtà che si sono distinte per aver saputo imprimere alle società in questione un'impronta autenticamente imprenditoriale, le quali subiranno le conseguenze negative dell'inadeguatezza diffusamente registratasi.

Questo rilievo permette di introdurre una considerazione critica. Il legislatore ha previsto un'unica disciplina per tutto il territorio nazionale e per tutti gli enti locali che vi sono distribuiti, per cui *l'in house providing* è stato uniformemente penalizzato a prescindere dai risultati, spesso antitetici, che ha saputo produrre nel contesto delle diverse realtà territoriali. Così vi sono aree, soprattutto settentrionali, nelle quali, nonostante l'impiego di tale modello si sia dimostrato virtuoso, esso dovrà comunque essere abbandonato, salvo dimostrarsi, con molta fatica, che il mercato non offre i mezzi per conseguire risultati altrettanto soddisfacenti.

³³ Si allude a F. GUALTIERI, *Limiti all'intervento pubblico in economia: squilibri e disallineamenti tra gli ordinamenti italiano e francese*, in *Serv. pubbl. e app.*, 2006, p. 627 ss.

³⁴ Osserva G. ROSSI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 2005, p. 58, che "la sfera pubblica è, di per sé, impermeabile (senza una decisione politica) alle acquisizioni da parte di imprese interne ed estere e crea una vischiosità alla realizzazione del mercato globale e per l'espansione delle imprese multinazionali".

L'interrogativo che si pone, allora, è il seguente: non sarebbe stato più equilibrato, facendosi leva sul principio costituzionale di differenziazione (articolo 118 Cost.), introdurre una disciplina normativa idonea a discriminare tra enti locali virtuosi e non virtuosi ai fini della fruibilità, da parte loro, dell'*in house*?

Pur nella consapevolezza che ogni criterio di distinzione reca in sé un certo margine di "ingiustizia", il legislatore avrebbe potuto avvalersi, ad esempio, del criterio meritocratico basato sulla situazione finanziaria delle società *in house* esistenti. In questo modo, i comuni che avessero già dato prova di saper gestire ottimamente le proprie imprese, avrebbero potuto continuare ad avvalersene, mentre la stessa facoltà non sarebbe stata riconosciuta ai comuni che si fossero resi responsabili di *mala gestio*, per esempio perché proprietari di società dissestate o che comunque avevano dovuto subire consistenti ricapitalizzazioni. Per quanto riguarda, poi, i comuni che non si fossero mai serviti prima di società *in house*, il criterio avrebbe potuto essere quello dell'osservanza o meno, da parte loro, del patto di stabilità interno nel corso degli anni precedenti (per esempio negli ultimi tre anni).

Certo è che l'adozione di simili criteri discretivi avrebbe ridotto notevolmente l'impatto innovativo della riforma. Altrettanto certo, tuttavia, è che quest'ultima si sarebbe mostrata assai più rispettosa della sfera di autonomia³⁵ degli enti locali, nella misura in cui avrebbe salvaguardato la potestà decisionale (almeno) di quelli dimostratisi più efficienti, anziché asservire anche questi ultimi all'imperativo della concorrenza.

Analizzando ora l'ulteriore aspetto riguardante le forme con cui può essere attuata la gestione *in house*, bisogna rilevare che, in aggiunta alla pacifica utilizzabilità del modello della società interamente pubblica (al quale fin qui si è fatto riferimento), sembrerebbe nuovamente legittimo il ricorso allo strumento dell'azienda speciale³⁶. Quest'ultima era stata relegata, con la riforma del 2003, al ruolo di possibile strumento gestorio dei soli servizi non economici, mentre il D.D.I. Lanzillotta si proponeva di riportarla in auge, addirittura ipotizzandone l'impiego senza alcun tipo di restrizione³⁷.

Allo stato attuale, poiché la norma si limita a richiedere che vi sia compatibilità fra lo strumento adottato e la disciplina comunitaria, non si vede perché dovrebbe escludersi l'utilizzabilità dell'azienda speciale, la quale è stata perfino assunta dalla

³⁵ Garantita dagli articolo 5 e 114, comma 2, Cost., ai quali si aggiunge il principio di sussidiarietà verticale di cui all'articolo 118, comma 1, Cost. Dubbi sulla legittimità costituzionale dell'articolo 23-bis per violazione del principio di autonomia degli enti locali sono espressi da L. MANASSERO, *In house providing e concorrenza*, cit.

³⁶ Per la quale cfr. G. CAIA, *Aziende speciali e società miste nella gestione dei servizi pubblici locali*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, I, Milano, 1996, p. 219 ss.

³⁷ L'articolo 2, comma 1, lett. a, del D.D.I. AS 772, conferiva al Governo la delega a "prevedere, ferma restando la possibilità per gli enti locali di gestire i servizi in economia, ovvero mediante aziende speciali che l'affidamento delle nuove gestioni ed il rinnovo delle gestioni in essere dei servizi pubblici locali di rilevanza economica debba avvenire mediante procedure competitive ad evidenza pubblica di scelta del gestore (...)".

Corte di Giustizia, in un'importante sentenza³⁸, come parametro di comparazione per valutare la corrispondenza all'*in house* di una società di capitali.

Un discorso diverso riguarda la gestione c.d. in economia, cioè quella che avviene attraverso gli stessi uffici della pubblica amministrazione, la quale era stata anch'essa pienamente recuperata dal D.D.I. Lanzillotta³⁹. Difatti, poiché nella disposizione del comma 3 dell'articolo 23-*bis* si fa menzione di un provvedimento di "affidamento", se ne può desumere che la norma richieda in ogni caso che la gestione del servizio venga delegata ad un'entità formalmente separata dall'ente locale, anziché essere mantenuta all'interno della medesima organizzazione facente capo a quest'ultimo. In questo modo il legislatore vuole ottenere che la gestione del servizio pubblico, dovendo svolgersi secondo criteri di tipo imprenditoriale, possa giovare di un organismo *ad hoc*, ferma restando la necessità di un "controllo analogo" sullo stesso da parte dell'amministrazione di riferimento.

Il comma 5 dell'articolo 23-*bis* non presenta alcun elemento di novità rispetto alla disciplina preesistente. Esso si limita a stabilire che «*Ferma restando la proprietà pubblica delle reti, la loro gestione può essere affidata a soggetti privati*». Funge da completamento di tale norma quanto previsto dai commi 3 e 4 dell'articolo 113 TUEL, il cui contenuto può essere così sintetizzato: spetta alle discipline di settore individuare i casi in cui la gestione delle reti può essere separata dall'erogazione del servizio (comma 3); in caso di separazione dal servizio, il gestore della rete può essere alternativamente rappresentato da una società *in house*, ovvero da un terzo selezionato con gara (comma 4).

Così, l'*in house providing* che, come si è visto, è destinato ad incontrare serie difficoltà applicative relativamente all'attività di erogazione del servizio esplicitandosi a valle, non è sottoposto ad altrettante limitazioni quando si tratti della gestione, a monte, dell'infrastruttura. Resta inoltre ferma, qualora si opti per la concessione a soggetti privati della rete, la necessità di individuarli mediante procedure ad evidenza pubblica.

5. Affidamenti plurimi, bacini di gara e gestione associata dei servizi.

Di ridotta entità si palesa, altresì, la portata innovativa del successivo comma 6, ai sensi del quale «*E' consentito l'affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi pubblici locali nei casi in cui possa essere dimostrato che tale scelta sia economicamente vantaggiosa. In questo caso la durata dell'affidamento, unica per tutti i servizi, non può essere superiore alla media calcolata sulla base della durata degli affidamenti indicata dalle discipline di settore*». Questa norma ricalca per gran parte il contenuto del comma 8 dell'articolo 113 TUEL, con le sole differenze per cui viene aggravato l'onere motivazionale (si richiede, infatti, che debba essere *dimostrata* la convenienza economica dell'affidamento plurimo, mentre la norma

³⁸ Ci si riferisce alla citata sentenza *Parking Brixen*.

³⁹ V. nota 26.

precedente si richiamava soltanto al presupposto della maggiore convenienza⁴⁰) e viene espunto il riferimento al servizio di trasporto collettivo, che la norma del comma 8 escludeva dall'affidabilità simultanea rispetto ad altri servizi.

Onde evitare un'eccessiva e spesso diseconomica parcellizzazione della dimensione territoriale di gestione dei servizi pubblici, il legislatore ha previsto al comma 7 che *«Le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze e d'intesa con la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, possono definire, nel rispetto delle normative settoriali, i bacini di gara per i diversi servizi, in maniera da consentire lo sfruttamento delle economie di scala e di scopo e favorire una maggiore efficienza ed efficacia nell'espletamento dei servizi, nonché l'integrazione di servizi a domanda debole nel quadro di servizi più redditizi, garantendo il raggiungimento della dimensione minima efficiente a livello di impianto per più soggetti gestori e la copertura degli obblighi di servizio universale».*

Se lo scopo di tale norma appare chiaro, altrettanto non può dirsi del suo contenuto. I destinatari della facoltà che la norma istituisce sono individuati nelle regioni e negli enti locali, i quali debbono però esercitarla previa intesa con la Conferenza unificata. Su quest'ultimo punto si può rilevare che normalmente l'intesa viene adottata non già *con*, ma *nella* Conferenza unificata, la quale delibera secondo il procedimento di cui all'articolo 9, comma 4, del D.lgs. n. 281/1997, nel quale si richiede, tra l'altro, l'assenso del Governo.

Non è chiaro, ancora, se le Regioni e gli enti locali debbano esercitare disgiuntamente ovvero congiuntamente tale facoltà, con un unico atto che potrebbe al limite assumere, in questo secondo caso, la forma dell'accordo di programma di cui all'articolo 34 TUEL. Il fatto che la norma faccia esplicito riferimento alle *rispettive competenze* di tali enti, tuttavia, induce a ritenere che tanto le Regioni quanto gli enti locali possano assumere separatamente l'iniziativa della definizione dei "bacini di gara", nel primo caso mediante leggi regionali adottate anche ai sensi dell'articolo 33 TUEL; nel secondo caso mediante convenzioni, consorzi e unioni di comuni, rispettivamente stipulati ex artt. 30, 31 e 32 TUEL (resta inteso, infatti, che gli enti locali debbono comunque esercitare in forma associata la facoltà conferita loro dal comma 7 dell'articolo 23-bis).

Letto in questi termini, ed anche in connessione con il successivo comma 10, lett. b), ai sensi del quale il Governo è delegato a *«prevedere in attuazione dei principi di proporzionalità e di adeguatezza di cui all'articolo 118 della Costituzione, che i comuni con un limitato numero di residenti possano svolgere le funzioni relative alla gestione dei servizi pubblici locali in forma associata»*, il significato del comma 7 sembra specificarsi nel senso che esso intende circoscrivere entro un ambito ben delimitato, e predeterminato sulla base di ragioni obiettive di convenienza

⁴⁰ In realtà, sembrerebbe più corretto ritenere che la nuova norma altro non faccia che esplicitare ciò che era implicito nella norma precedente.

economica, la libertà degli enti locali, finora non sottoposta a particolari limiti, di associarsi per la gestione in comune dei servizi pubblici⁴¹.

Così, la previa individuazione di un bacino di gara inclusivo di più comuni potrebbe fungere da presupposto per l'associazione di questi ultimi ai fini della gestione di uno o più servizi, mediante affidamento degli stessi ad uno o più concessionari uguali per tutti. Resta il fatto, poi, che, essendo la possibilità di associarsi riferita dal sopra riportato comma 10, lett. b), ai soli *comuni con un limitato numero di residenti*, l'attuazione del comma 7 sembra essere l'unica strada per favorire l'associazionismo dei comuni di maggiori dimensioni tra loro, ovvero di questi con i comuni minori.

Si ha, in questo modo, che una norma la quale svolge, nel contesto in cui è collocata, una sicura funzione in termini di contenimento della moltiplicazione delle centrali (identificate nei singoli enti locali) di stimolazione del mercato concorrenziale, finisce per assumere anch'essa, se rapportata al panorama normativo preesistente, una significativa carica liberalizzatrice.

Come si può desumere sulla base di queste rapide osservazioni, tale aspetto della riforma rimane in ogni caso decisamente oscuro, sicché non resta che sperare in un intervento chiarificatore sul punto.

6. Una norma ad hoc per il servizio idrico.

L'analisi dell'articolo 23-bis si deve ora soffermare sul comma 8, nel quale si rinvia una norma specificamente dettata per il servizio idrico integrato, la cui disciplina di settore si rinvia negli artt. 141 ss. del D.Lgs. n. 152/2006 (c.d. codice dell'ambiente)⁴².

Si prevede che «*Salvo quanto previsto dal comma 10, lettera e), le concessioni relative al servizio idrico integrato rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2010, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante. Sono escluse dalla cessazione le concessioni affidate ai sensi del comma 3*». Va anzitutto sottolineato che la clausola salvatoria posta all'inizio del periodo normativo risulta del tutto priva di senso, in quanto è la stessa disposizione di rimando ad escludere espressamente dal proprio campo di applicazione il settore idrico. Si tratta, con ogni evidenza, di un difetto di coordinamento tra le varie parti del testo, probabile conseguenza della "fretta" con cui quest'ultimo è stato licenziato. Per il resto, la norma si limita a

⁴¹ Si fa notare che la tendenza dell'ordinamento comunitario, espressa nelle più recenti sentenze in materia di *in house providing* (v., *supra*, nota 25), è invece nel senso di favorire la gestione associata dei servizi pubblici da parte degli enti locali, anche con ricorso a società multicomunali.

⁴² La tematica dell'acqua in rapporto all'ambiente è stata affrontata da A. PIOGGIA, *Acqua e ambiente*, in G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, cit., p. 231 ss.. L'Autrice spiega come le caratteristiche del bene da proteggere e da utilizzare incidano inevitabilmente sulla risposta organizzativa dei pubblici poteri, richiedendo l'istituzione di soggetti nuovi, non corrispondenti alle circoscrizioni territoriali tradizionali. Così, la necessità di gestire le acque in modo efficiente e razionale ha portato alla configurazione di ambiti territoriali ottimali comprensivi di più comuni.

stabilire che le concessioni del servizio idrico non effettuate con gara, né in presenza delle nuove condizioni legittimanti *l'in house* (si allude alle peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche di cui al comma 3, da valutarsi, in questo caso, *ex post*⁴³), cesseranno automaticamente, e al più tardi, il 31 dicembre 2010.

Come è stato giustamente osservato⁴⁴, la norma in esame è destinata a divenire fonte di notevoli problemi per tutte quelle realtà che abbiano optato, sulla base delle normative previgente (articolo 150, comma 3, del D.Lgs. n. 152/2006), per la gestione del servizio idrico integrato mediante affidamento diretto a società miste, nella quali il socio privato fosse stato scelto con gara. Infatti, quella delle società miste, come poi si vedrà, è una delle incognite maggiori della riforma in commento, nella misura in cui non è dato comprendere quale sorte, con esattezza, sia stata ad esse riservata. Qualora fossero poste sullo stesso piano della concessione con gara a terzi del servizio, gli affidamenti in essere potrebbero proseguire anche oltre il 2010. Nell'ipotesi contraria, ed escluso altresì che possano ricondursi al modello dell'*in house providing*, a tale data dovrebbero invece cessare tutte le gestioni attuate mediante società miste. A prescindere dall'esito che ne conseguirà, è ad ogni modo facile ipotizzare una notevole quantità di future procedure contenziose.

Sempre con riguardo al servizio idrico integrato, si fa presente, più in generale, che la disciplina delle modalità di gestione dello stesso comprendeva già una preferenza per la concessione a terzi con gara, mentre *l'in house* era praticabile soltanto in presenza di "obiettive ragioni tecniche od economiche" (articolo 150, comma 3, D.Lgs. n. 152/2006). È ovvio che la previsione attuale – alla quale anche il servizio idrico soggiace – secondo cui è possibile *l'in house* soltanto in situazioni che, per via delle peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non consentono un utile ed efficace ricorso al mercato, comporta un ulteriore aggravamento dei presupposti giustificativi dell'intervento pubblico diretto, ed apre così la strada verso la privatizzazione delle forme di gestione e di sfruttamento di un bene pubblico indispensabile qual è l'acqua.

Un'ultima notazione deve essere riservata alla questione degli ambiti territoriali ottimali, giacché si pone il problema di capire quale sia l'impatto sulla loro disciplina (articolo 147 del D.Lgs. n. 152/2006 e articolo 2, comma 38, della legge n.

⁴³ Ciò significa che non cesseranno quegli affidamenti diretti che, sulla base di una valutazione della situazione attuale, siano conformi al comma 3 dell'articolo 23-bis, mentre più dubbio è se vadano a scadenza automatica quegli affidamenti diretti che, pur essendo conformi al comma 3 con riguardo all'epoca in cui si sono verificati, non siano più conformi a tale norma nel momento attuale di durata degli stessi.

⁴⁴ Cfr. S. POZZOLI, *Una prima lettura delle novità nel settore dei servizi pubblici locali alla luce dell'articolo 23 bis del D.L. 112/2008*, in www.astrid-online.it.

244/2007⁴⁵) del sopra riportato comma 7, relativo alla definizione dei bacini di gara da parte delle regioni e degli enti locali. La prima impressione è nel senso che, dovendosi identificare ATO e bacini di gara, il nuovo comma 7, ferma restando la possibilità per le regioni di istituirli, non faccia altro che sottoporre il procedimento istitutivo degli ATO alle condizioni (intesa con la Conferenza unificata) e ai motivi (per i quali v. il paragrafo precedente) in esso contemplati.

7. I limiti all'attività degli affidatari diretti.

Il comma 9, al quale già in precedenza si è fatto cenno, introduce un importante divieto per i soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali non affidati mediante le procedure competitive di cui al comma 2, ovvero cui sia stata affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi, i quali «*non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare*». Si tratta di una misura che, implicitamente rafforzando il requisito funzionale della fattispecie *in house* – per cui la c.d. “attività prevalente” diviene praticamente “attività esclusiva” – persegue l'obiettivo di porre il funzionamento della concorrenza al riparo dalle distorsioni che potrebbero derivare dallo sfruttamento sul mercato, ad opera degli *in house providers*, delle posizioni di vantaggio dagli stessi acquisite in assenza di qualsivoglia confronto competitivo. L'extraterritorialità delle società *in house* viene dunque, in questo modo, una volta per tutte bandita dall'area della legittimità, con una disposizione la cui formulazione è ancora più ampia della corrispondente e preesistente norma di cui al comma 6 dell'articolo 113 TUEL.

Dal divieto in questione sono però escluse le società quotate nei mercati regolamentati, quindi quelle che, almeno tendenzialmente, presentano maggiori dimensioni. La *ratio* di una simile esclusione – la quale evidentemente comporta un sacrificio di notevole momento per le istanze pro-concorrenziali – è agevolmente rintracciabile nella maggior tutela che si vuole assicurare al capitale investito dagli azionisti, in quanto rappresentati, in questa ipotesi, anche dal pubblico dei comuni risparmiatori. Vi è, peraltro, implicita in tale previsione, l'idea secondo cui al concretizzarsi dell'*in house* non sia d'ostacolo la presenza nella compagine della società del c.d. azionariato diffuso, il che rappresenta una deroga – bisognerà verificare in quale misura legittima – al principio della proprietà pubblica totalitaria richiesta dalla giurisprudenza europea.

⁴⁵ Quest'ultima disposizione prevede la rideterminazione, da parte delle regioni, degli ambiti territoriali ottimali, individuando nelle province la dimensione “prioritaria” di tali ambiti, con tendenziale conferimento alle stesse delle relative funzioni di gestione del servizio idrico integrato.

Con un'importante precisazione, il comma 9 prosegue stabilendo che «*I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere alla prima gara svolta per l'affidamento, mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, dello specifico servizio già a loro affidato*». Questa norma si preoccupa in un certo senso di salvaguardare la sopravvivenza delle società *in house* esistenti, offrendo loro la *chance* di divenire nuovamente affidatarie del servizio fino ad allora svolto, previa gara alla cui partecipazione sono ammesse. Non c'è dubbio che si tratti di una disposizione opportuna e in qualche misura idonea, se ben applicata, a premiare quelle società *in house* che abbiano saputo raggiungere, nel loro trascorso, *targets* di efficienza gestionale.

D'altro lato, però, c'è anche da dire che la stessa norma desta un certo grado di perplessità, nella misura in cui sembra difficile ipotizzare lo svolgimento imparziale di una gara alla quale partecipi, con una propria società, la stessa amministrazione che la indice.

Da ultimo, sempre con riferimento a tale disposizione, non è ozioso domandarsi se, utilizzando l'espressione "*specifico servizio*", il legislatore abbia inteso escludere dal suo ambito di applicazione gli affidamenti plurimi, anche nel caso in cui ne sia dimostrata la maggior convenienza economica ai sensi del comma 6. In caso si rispondesse, come appare preferibile, positivamente a tale quesito, si avrebbe che le società *in house* cc.dD. "multiservizi" non potrebbero partecipare alla gara indetta per l'affidamento contestuale di tutti o parte dei servizi per loro tramite già gestiti, potendo, tutt'al più, aspirare a vincere la gara indetta per l'aggiudicazione di uno solo fra gli stessi.

8. *Il primo compito del delegificatore: uno statuto pubblicistico per le società in house e miste.*

Al successivo comma 10 dell'articolo 23-*bis* è affidata l'enucleazione dei criteri – che invero appaiono alquanto generici – cui deve attenersi il Governo nell'esercitare la propria potestà regolamentare in delegificazione, autorizzata per il completamento della disciplina della materia. Entro 180 giorni dal 22 agosto 2008, data di entrata in vigore della legge di conversione n. 133, il Governo, su proposta del Ministro per i rapporti con le regioni, sentita la Conferenza unificata e le competenti Commissioni parlamentari, deve infatti adottare uno o più regolamenti, ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, al fine di disciplinare tutta una serie di argomenti elencati nelle lettere da a) ad m). Tra questi, a parte quelli cui già in precedenza si è fatto cenno, si ritiene degno di attenzione in questa sede, anzitutto, quello previsto dalla lettera a), concernente «*l'assoggettamento dei soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno e l'osservanza da parte delle società in house e delle società a partecipazione mista pubblica e privata di procedure ad evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi e l'assunzione di personale*».

Oltre a far notare che già l'articolo 18 del D.L. n. 112/2008 ha previsto l'obbligo, per le società a totale partecipazione pubblica che gestiscono servizi pubblici locali, di adottare, «con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165», bisogna osservare che la norma compie scelte di grande rilievo, destinate a modificare notevolmente il volto delle società *in house* e delle società miste. Si è già detto di come tali forme di gestione dei servizi pubblici siano state spesso considerate dagli enti locali come una sorta di zona franca, dove "giocare a mani libere", al di fuori delle restrizioni e delle garanzie di stampo pubblicistico. In una tale situazione e in vacanza del legislatore, è spettato alla giurisprudenza, specialmente della Corte dei conti, il tentativo di porre un argine agli abusi molto spesso perpetrati⁴⁶.

A partire dall'entrata in vigore dei previsti regolamenti governativi, è certo che la descritta percezione che di tali società hanno avuto gli enti locali cambierà radicalmente; ciò al costo di un inevitabile "snaturamento" di strumenti pensati per favorire la gestione più efficiente di attività non esattamente riconducibili al concetto tradizionale di amministrazione.

Non v'è dubbio, relativamente a quest'ultimo profilo, che soprattutto la soggezione alle regole della contrattazione pubblica anche per gli appalti sotto-soglia (si parla infatti, semplicemente, di *procedure per l'acquisto di beni e servizi*, senza alcuna distinzione legata all'importo dei contratti) implichi un'eccessiva burocratizzazione dell'attività sociale, difficilmente compatibile con la gestione di un'impresa. Tutto ciò desta perplessità, specialmente se si considera che il legislatore ne prevede l'attuazione non solo con riguardo alle società *in house*, ma anche con riguardo alle società miste, ivi comprese quelle partecipate dal pubblico in misura soltanto minoritaria.

La parificazione nel regime giuridico di società *in house* e di società miste, quando la tendenza degli ultimi anni è stata nel senso di enfatizzarne sempre più le differenze, rappresenta un'anacronistica – oltre che poco raffinata – soluzione, la quale sortirà l'effetto di penalizzare le seconde a tutto vantaggio delle prime. Non ci vuol molto ad intuire, infatti, da un lato, che i privati saranno assai meno disponibili che in passato ad investire in organismi più somiglianti a pubbliche amministrazioni che a società di diritto privato; dall'altro, che le stesse pubbliche amministrazioni saranno ancor meno incentivate, a parità di disciplina, a preferire lo strumento che comporta l'abdicazione da parte loro ad una quota di potere decisionale. Anche dal punto di vista della tutela della concorrenza, la scelta del legislatore appare controproducente, in quanto è certo che, mentre la selezione con gara del socio

⁴⁶ E' interessante, per esempio, la deliberazione della Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Lombardia, adunanza dell'8 novembre 2006, n. 49, nella quale si afferma che la mera distinzione formale della società *in house* rispetto al Comune di controllo non rileva ai fini del Patto di stabilità interno, poiché la società assume la veste sostanziale di un ufficio del comune analogamente a qualsiasi altro ufficio comunale.

privato è comunque idonea ad interpellare il mercato, il ricorso all'*in house* ne "bypassa" completamente il ruolo.

9. *Le società miste tra affidamento diretto e doppia gara.*

Sia consentita, ora, una breve digressione dall'analisi progressiva del contenuto dell'articolo 23-bis, al fine di verificare se, in mancanza di qualsiasi previsione sul punto, le società miste (prese in considerazione soltanto dalla lett. a del comma 10), possano essere individuate quali possibili beneficiarie di un affidamento diretto. La giurisprudenza comunitaria si è sempre dimostrata molto rigida nel mantenere su piani distinti le fattispecie del partnership pubblico-privato e dell'*in house providing*, affermando costantemente che soltanto nel secondo caso si giustifica l'affidamento diretto del servizio⁴⁷. A partire da questo dato, è noto, tuttavia, come la giurisprudenza nazionale si sia più volte pronunciata sulla possibilità di procedere all'affidamento diretto in favore di società miste, nelle quali il socio privato sia stato scelto con gara (sì come previsto dall'ormai abrogato articolo 113, comma 5, lett. b, del TUEL). Il giudice nazionale si è domandato, infatti, se la gara per la scelta del *partner* privato possa intendersi come equivalente e sostitutiva – con conseguente possibilità di affidamento diretto – della gara finalizzata alla scelta del concessionario, ovvero se, per l'affidamento del servizio, sia comunque necessario l'espletamento di un'ulteriore procedura di evidenza pubblica. Dopo alcune oscillazioni⁴⁸, è intervenuto l'importante parere del Consiglio di Stato, Adunanza sez. II, 18 aprile 2007, n. 456⁴⁹, nel quale è stata espressa la seguente posizione: la gara per la selezione del *partner*, se svolta in modo tale da concentrare in una sola procedura l'attribuzione dell'incarico produttivo al c.d. "socio operativo"⁵⁰, e

⁴⁷ È a partire dalla sentenza 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle*, che la Corte di Giustizia ha cominciato ad affermare l'illegittimità dell'affidamento diretto a società miste, giacché "la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società" alla quale partecipi anche un'amministrazione aggiudicatrice, "esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi". Per un commento assai critico di tale sentenza, v. A. CLARIZIA, *Il privato inquina: affidamenti in house solo a società a totale partecipazione pubblica*, in *www.giustamm.it*. Cfr. anche A. MASSARI, *Affidamento di servizi alle società miste degli enti locali e in house providing*, in *App. e serv.*, 3/05, p. 16 ss. Tale orientamento si è pienamente conservato anche nelle pronunce più recenti, nonostante in esse – come si è già visto (*supra*, nota 23) – sia possibile scorgere i segni di un "ammorbidimento" del giudice comunitario nel rapportarsi al tema dell'*in house*.

⁴⁸ In senso negativo si sono ad esempio pronunciati il T.A.R. Lazio, sez. Latina, 5 maggio 2006, n. 210, nonché il C.G.A.R.S., sez. giur., 27 ottobre 2006, n. 589.

⁴⁹ Confermato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, nella sentenza 3 marzo 2008, n. 1.

⁵⁰ Proprio la nozione di "socio operativo" o "industriale", contrapposta a quella di "socio finanziatore", assume un'importanza centrale nell'economia del ragionamento sviluppato dal Consiglio di Stato. Solo, infatti, quando il privato sia scelto in ragione delle competenze specifiche di cui è portatore in relazione allo svolgimento di una determinata attività è possibile affermare che vi sia equipollenza con l'esternalizzazione *tout court* della stessa, con la sola variante rappresentata da un controllo pubblico più intenso. Quando il suo contributo fosse limitato, invece, all'erogazione di finanziamenti, ciò non presenterebbe alcun collegamento obiettivo con l'attività da svolgere, sicché sarebbe in ultima analisi

sempre che la procedura sia rinnovata alla scadenza del periodo di affidamento, assicura un stimolazione del mercato di intensità sufficiente a sostituire la gara per l'affidamento del servizio. Nel caso descritto non ci si trova, sostanzialmente, dinanzi ad un affidamento diretto a società mista, bensì all'affidamento con gara del servizio in favore di colui che viene contestualmente individuato come socio privato dell'amministrazione aggiudicatrice.

La soluzione in questi termini prospettata dal Consiglio di Stato sembra ormai superata per effetto della nuova normativa.

Escluso che la loro posizione possa essere assimilata a quella delle società *in house* implicitamente prese in considerazione dal comma 3, non resta che ricondurre le società miste sotto l'alveo del comma 2, il quale prevede espressamente la necessità di una procedura ad evidenza pubblica per il conferimento della gestione a favore di *imprenditori* o di *società in qualunque forma costituite*. Sembrerebbe così che le società miste, ferma restando la loro utilizzabilità, possano ottenere la concessione del servizio soltanto partecipando ad una normale procedura di gara.

Una conferma circa la correttezza di questa conclusione può essere rinvenuta proprio nella sopra riportata lett. a), comma 10, dell'articolo 23-*bis*, giacché la norma distingue tra gli *affidatari diretti di servizi pubblici locali* (di cui si prevede l'assoggettamento al patto di stabilità) da una parte, e *società in house* e *società a partecipazione mista pubblica e privata* (delle quali si prevede la soggezione all'evidenza pubblica per l'attività contrattuale e l'assunzione di personale), dall'altra. Orbene, poiché nessun dubbio circonda la riconducibilità delle società *in house* alla categoria degli "affidatari diretti", l'unico significato che alla distinzione effettuata dalla norma può essere riconosciuto consiste nell'escludere le società miste dalla medesima categoria. A tali società, pertanto, non si applicherà neppure il patto di stabilità interno.

Se quanto fin qui esposto dovesse trovare riscontro nell'interpretazione della giurisprudenza, ciò equivarrebbe, in punto di fatto, alla condanna delle società miste ad un inesorabile ostracismo. Questo perché, come è stato osservato⁵¹, è difficile immaginare che gli enti locali siano disposti ad affrontare i costi di costituzione e di gestione di una società, nonché la procedura per la selezione del *partner*, in assenza di certezze sulla possibilità di affidarle direttamente le attività da svolgere⁵². Così come, in modo analogo, difficilmente i privati accetteranno di

l'amministrazione, al di fuori di una relazione organizzativa *in house*, ad occuparsi della gestione della stessa.

⁵¹ Da parte di R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, cit., p. 193. L'A. condivisibilmente afferma che "i costi di costituzione e di gestione di una società spingeranno le amministrazioni locali o a gestire direttamente il servizio attraverso una società interamente partecipata ovvero ad optare a forme chiare di esternalizzazione attraverso la selezione del gestore tramite gara, in attuazione delle norme europee che regolano gli appalti e le concessioni".

⁵² Il Consiglio di Stato, sez. V, 3 febbraio 2005, n. 272, attribuendo rilievo decisivo alla selezione con gara del socio, afferma che "La costituzione di una società mista a capitale pubblico maggioritario non avrebbe, invero, alcuna utilità per l'ente locale che l'ha costituita, ove, poi, lo stesso ente non potesse

partecipare ad una gara per investire in una società, senza la certezza di vedersi successivamente beneficiati di un affidamento diretto.

Per evitare una simile conclusione, la giurisprudenza, sulla scia delle precedenti e più recenti pronunce, potrebbe essere indotta a “forzare” l’interpretazione del comma 2 dell’articolo 23-*bis*, in modo da farvi rientrare l’ipotesi della società mista, nella quale il socio privato sia stato individuato attraverso una gara avente le caratteristiche definite dal Consiglio di Stato nel parere n. 456.

Un peso decisivo, in questo senso, potranno avere le indicazioni che proverranno dalla Corte di Giustizia, chiamata a pronunciarsi sulla questione specifica della equivalenza tra gara per l’affidamento del servizio e gara per la scelta del socio⁵³, per effetto di una recente ordinanza di rinvio pregiudiziale del TAR Sicilia, Catania, Sez. III, 22 aprile 2008, n. 164.

10. *Gli altri contenuti della delegificazione.*

La lett. c) del comma 10 contiene l’indicazione circa la necessità di «*prevedere una netta distinzione tra le funzioni di regolazione e le funzioni di gestione dei servizi pubblici locali, anche attraverso la revisione della disciplina sulle incompatibilità*». Con tale norma si vuole evidentemente contrastare il preoccupante fenomeno della “politicizzazione” delle cariche amministrative delle società pubbliche, per cui la gestione delle stesse è stata sovente affidata a veri e propri esponenti politici, anziché a soggetti dotati di una specifica professionalità. La disciplina sulle incompatibilità, che il Governo potrà all’occorrenza riformare, è contenuta nell’articolo 63 del TUEL.

La successiva lett. d) affida ai regolamenti governativi il compito di «*armonizzare la nuova disciplina e quella di settore applicabile ai diversi servizi pubblici locali, individuando le norme applicabili in via generale per l’affidamento di tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica in materia di rifiuti, trasporti, energia elettrica e gas, nonché in materia di acqua*». Tale norma sottolinea l’importanza di addivenire all’individuazione di uno statuto comune dei servizi pubblici interessati da specifiche discipline di settore, sì da consegnare ad un unico testo normativo i contenuti generali della disciplina ai medesimi applicabile.

La gestione della fase transitoria, compresa fra l’entrata in vigore della riforma e la compiuta attuazione della stessa, è individuata quale compito del Governo per

affidarle i servizi pubblici di propria competenza. Considerato che la società a capitale misto con capitale pubblico maggioritario è costituita attraverso procedura ad evidenza pubblica e allo specifico scopo di affidarle i servizi pubblici dell’ente locale che l’ha costituita, è immediatamente consequenziale che il relativo affidamento debba avvenire in modo diretto”.

⁵³ Secondo la comunicazione interpretativa della Commissione europea, datata 5 febbraio 2008, “sull’applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)”, si può procedere all’affidamento diretto dell’appalto o della concessione contestualmente alla scelta del socio privato mediante procedure a evidenza pubblica, purché l’appalto o la concessione rientri nell’oggetto sociale specifico della società mista. Il meccanismo proposto dalla Commissione, dunque, è analogo a quello definito dal Consiglio di Stato nel parere n. 456 del 2007.

effetto della lett. e). Eccezion fatta per il servizio idrico sul quale, come si è visto, interviene direttamente il comma 8, i regolamenti dell'esecutivo dovranno così «disciplinare, (...) fermo restando il limite massimo stabilito dall'ordinamento di ciascun settore per la cessazione degli affidamenti effettuati con procedure diverse dall'evidenza pubblica o da quella di cui al comma 3, la fase transitoria, ai fini del progressivo allineamento delle gestioni in essere alle disposizioni di cui al presente articolo, prevedendo tempi differenziati e che gli affidamenti diretti in essere debbano cessare alla scadenza, con esclusione di ogni proroga o rinnovo».

Più problematica appare la successiva lett. f), secondo la quale occorre «prevedere l'applicazione del principio di reciprocità ai fini dell'ammissione alle gare di imprese estere». Nonostante la genericità, che è addirittura superiore a tutte le altre, di tale indicazione, si capisce chiaramente la finalità che essa persegue: assicurare che le imprese straniere e le imprese nazionali abbiano le stesse possibilità di accedere alle gare indette nei diversi Paesi di origine. Il problema è capire che cosa concretamente possa significare dare attuazione ad un simile (condivisibile) principio, in un contesto in cui la reciprocità è già garantita per effetto dell'adesione dell'Italia e degli altri Paesi europei all'ordinamento comunitario. Così, una norma che, nel presupposto di un'analogia misura adottata da un altro Stato membro, limitasse l'accesso alle gare interne da parte delle imprese d'origine di quest'ultimo, sarebbe certo, al pari dell'altra, comunitariamente illegittima. D'altra parte, la reciprocità neppure può essere garantita sul piano quantitativo, in quanto le dimensioni del mercato delle pubbliche commesse all'interno dei diversi Stati sono decise, con il solo limite della ragionevolezza, dagli Stati medesimi. Così il numero della gare indette da due Stati di dimensioni più o meno corrispondenti potrebbe anche variare in modo sensibile.

La norma in questione, pertanto, può essere al più utilizzata per disciplinare la reciprocità nei confronti di Paesi terzi non aderenti all'Unione europea, salva la compatibilità, anche in questo caso, con le normative di carattere internazionalistico accettate dall'Italia.

Di rilievo appare, ancora, la previsione di cui alla lett. g), ai sensi della quale il Governo deve «limitare, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale e razionalità economica, i casi di gestione in regime d'esclusiva dei servizi pubblici locali, liberalizzando le altre attività economiche di prestazione di servizi di interesse generale in ambito locale compatibili con le garanzie di universalità ed accessibilità del servizio pubblico locale». Il significato di questa disposizione sembra essere il seguente: occorre fare in modo che i servizi locali di interesse generale – analogamente a quanto si sta verificando in vari settori (poste, telecomunicazioni ecc.) in ambito nazionale – siano gestiti, all'interno del mercato, tramite più imprese in concorrenza fra loro. Laddove possibile, i servizi pubblici locali devono cioè essere liberalizzati in modo che possa svilupparsi in relazione ad essi una forma di concorrenza *nel* mercato, e non solo, come normalmente avviene, *per* il mercato. Naturalmente, ciò postula che le finalità sociali insite nel concetto

stesso di pubblico servizio vengano salvaguardate attraverso la funzione di regolazione, in particolar modo mediante l'istituzione dei cc.dD. obblighi di servizio universale, la quale dovrà in ogni caso essere espletata dagli enti locali titolari del servizio.

Per quanto riguarda, poi, i casi che la norma definisce *di gestione in regime d'esclusiva dei servizi pubblici locali*, si ipotizza che il legislatore voglia ottenere dal Governo l'eliminazione di tutte quelle "privative", istituite sulla base del testo unico sulle municipalizzazioni (R.D. 15 ottobre 1925, n. 2578) ovvero della legislazione successiva, che, pur non dovendo più trovare – almeno di norma – cittadinanza all'interno del nostro ordinamento, tuttavia si siano conservate nel corso degli anni fino all'epoca attuale⁵⁴.

Sorvolando sulla lettera h), il cui contenuto non pone particolari problemi, si può passare direttamente all'esame della lett. i). Questa prevede la necessità di «disciplinare, in ogni caso di subentro, la cessione dei beni, di proprietà del precedente gestore, necessari per la prosecuzione del servizio». Ci si trova di fronte ad un'importante misura *antitrust*, ispirata alla stessa filosofia che caratterizza le cc.dD. "misure asimmetriche" spesso adottate per la liberalizzazione dei servizi nazionali, quando sia per esempio necessario imporre all'ex monopolista, proprietario dell'infrastruttura, di consentire a tutti gli operatori l'accesso a quest'ultima⁵⁵. Così, si prevede la possibilità di limitare il diritto di proprietà del precedente gestore, al fine di rimuovere possibili ostacoli – che potrebbero essere rappresentati, ad esempio, dalla necessità di acquistare ogni volta beni strumentali molto costosi – alla realizzazione di un benefico sistema di alternanza nella gestione dei servizi pubblici locali. È auspicabile, in ogni caso, che il Governo voglia attenersi scrupolosamente, nel disciplinare tale aspetto, al principio di proporzionalità, ad esempio prevedendo che la *cessione* non sia intesa soltanto nel senso di trasferimento della proprietà, ma anche nel senso più ampio di trasferimento del godimento del bene.

Senz'altro opportuno, ancora, è il proposito espresso nella lettera l), di «prevedere adeguati strumenti di tutela non giurisdizionale anche con riguardo agli utenti dei

⁵⁴ È il caso, ad esempio, del servizio di trasporto funebre del Comune di Roma, tuttora illegittimamente gestito con diritto di privativa ai sensi dell'articolo 1, comma 1, n. 8, R.D. 2578/1925 da parte di A.M.A. S.p.a., società le cui azioni sono detenute interamente dallo stesso Comune di Roma. Tra l'altro, nonostante la sopravvivenza *contra legem* della privativa, a Roma opera una grande quantità di imprese funebri private, tenute però al pagamento in favore di A.M.A. "di una sorta di diritto fisso equivalente alla tariffa ordinaria di ultima categoria, ai sensi dell'articolo 5, Del. Gov., n. 4138/1936 che così recita: «eccezionalmente potrà essere consentito l'uso di mezzi di trasporto privati, riconosciuti idonei dal Capo dei Servizi funebri, previo pagamento del diritto stabilito per l'uso del carro di ultima classe». Evidentemente l'eccezione è divenuta regola". In questo senso e per altre informazioni, cfr. F. GUALTIERI, *Servizi pubblici locali: privative e liberalizzazioni*, cit., p. 857 s., nota 50.

⁵⁵ Per un'analisi delle caratteristiche che presenta oggi la regolazione pubblica dell'economia, nell'ambito della quale le misure asimmetriche per la liberalizzazione dei mercati svolgono un ruolo di primaria importanza, cfr. il recente contributo di M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008.

servizi». L'idea che gli interessi degli utenti debbano incontrare forme di tutela non soltanto giurisdizionali è stata da tempo messa in atto dal nostro legislatore. Già il D.Lgs. n. 286/1999 prevede all'articolo 11, comma 2, relativamente ai servizi locali, che con atti di indirizzo e coordinamento adottati dal Presidente del Consiglio d'intesa con la Conferenza unificata, si debbono stabilire «(...) *le condizioni di tutela degli utenti, nonché i casi e le modalità di indennizzo automatico e forfettario all'utenza per mancato rispetto degli standard*».

Il ritorno del legislatore su questo aspetto fa dunque presumere che la normativa finora in vigore non abbia dato i frutti sperati.

L'ultimo dei compiti assegnati al Governo concerne l'individuazione espressa, come sempre più spesso accade in fatto di delegificazione, delle norme abrogate ai sensi dell'articolo in commento. In questo modo si elude sostanzialmente il meccanismo previsto dall'articolo 17, comma 2, della legge n. 400/1988, il quale prevede che debba essere la fonte primaria ad individuare le norme che saranno abrogate a partire dall'entrata in vigore del regolamento delegato⁵⁶.

In attesa che venga adempiuta tale mansione, il successivo comma 11 stabilisce, a proposito dell'articolo 113 TUEL, che questo è abrogato «*nelle parti incompatibili con le disposizioni di cui al presente articolo*». Alcune "incompatibilità" e "compatibilità" tra la nuova e la vecchia disciplina sono state evidenziate nel corso della trattazione; per tutte le altre si resta in attesa degli imminenti regolamenti governativi.

L'articolo 23-bis si chiude con la clausola per cui «*Restano salve le procedure di affidamento già avviate alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto*». È stato condivisibilmente osservato⁵⁷ che tale disposizione ha senso soltanto nella misura in cui la si voglia riferire alle procedure di affidamento diretto a società *in house* già avviate in assenza dei presupposti di cui al comma 3. Quale significato può avere, infatti, il fare salve procedure di gara che, essendo state intraprese sotto il vigore dell'art 113, comma 5, del TUEL, siano comunque perfettamente compatibili con la nuova disciplina? Né può immaginarsi che la norma faccia salva ogni procedura già avviata, anche se posta in essere in violazione della normativa precedente, perché ciò rappresenterebbe un'assurdità.

Si tratta allora, con tutta evidenza, di una disposizione inserita più che altro allo scopo di rassicurare gli enti locali, che abbiano già intrapreso procedure di affidamento, circa la possibilità di portarle a termine sotto l'egida della precedente

⁵⁶ Osserva S.M. CICONETTI, *Le fonti del diritto italiano*, Torino, 2001, p. 381 s., che "appare sempre più frequente il ricorso, da parte delle leggi di delegificazione, a forme di abrogazione innominata (come la formula «sono abrogate tutte le norme incompatibili con la presente legge») attraverso le quali il legislatore compie soltanto apparentemente un'abrogazione espressa, ma in realtà opera un'abrogazione tacita, implicitamente attribuendo al regolamento il compito d'individuare le singole norme abrogate. Né sono mancate ipotesi ancora più gravi, nelle quali è la legge stessa che affida espressamente al regolamento il compito di individuare le norme abrogate".

⁵⁷ Da parte di S. POZZOLI, *Una prima lettura delle novità*, cit., p. 5.

normativa, senza la necessità di sospensioni o revoche giustificate con l'intervento della riforma.

11. *Ragionevoli dubbi di costituzionalità.*

Si è lasciata alle conclusioni la considerazione per cui decisamente elevato appare il rischio che alcuni aspetti della disciplina introdotta con l'articolo 23-bis vadano incontro ad una censura di illegittimità costituzionale.

In primo luogo, poiché, come è noto, i servizi pubblici locali non costituiscono una materia di competenza dello Stato, la Corte costituzionale potrebbe, come in passato è già avvenuto, censurare le disposizioni che, non essendo strettamente serventi rispetto alla finalità di tutelare (intesa anche nel senso dinamico di "promuovere") la concorrenza, siano responsabili di un'indebita compressione della competenza legislativa regionale⁵⁸. Poiché norme di questo tipo, però, paiono destinate a rinvenirsi specialmente nei futuri regolamenti di delegificazione, il problema specifico che si pone, in questo caso, diviene quello delle possibili forme di sindacato da esercitarsi su una fonte di rango secondario. Al riguardo sono possibili diverse strade: o si considerano i regolamenti delegati come atti sostanzialmente legislativi ai fini del giudizio di costituzionalità⁵⁹; o si sottopone al vaglio di costituzionalità la legge delega per come attuata dai regolamenti; oppure, ancora, si ammette con riferimento ai regolamenti il conflitto di attribuzioni tra i poteri dello Stato, di modo che le Regioni possano per questa via conseguire l'annullamento. Quale ulteriore e plausibile alternativa si può ipotizzare, altresì, che le Regioni intervengano a disciplinare profili di loro competenza già normati mediante i regolamenti statali, dando per scontata la prevalenza su questi ultimi della disciplina così introdotta. Ed infatti la Corte costituzionale⁶⁰ ha già affermato il principio per cui "l'emanazione dei regolamenti statali di delegificazione, riguardanti eventualmente ambiti materiali di competenza regionale, non ha alcun effetto abrogativo né invalidante sulle leggi regionali in vigore, sia emanate in attuazione

⁵⁸ Alcune Regioni hanno proposto ricorso contro l'articolo 23-bis, tacciandone d'illegittimità costituzionale varie disposizioni. Abbastanza condivisibile, in particolare, è l'impugnativa proposta dalla Regione Liguria, con il ricorso n. 72 del 22 ottobre 2008, contro il comma 10, lettere da a) ad l), in quanto ritenuto in contrasto con il principio costituzionale secondo cui lo Stato è dotato di potestà regolamentare solo con riferimento a materie di sua competenza esclusiva, mentre le lettere in questione coinvolgerebbero "materie oggetto di potestà concorrente (come il coordinamento della finanza pubblica, fondamento della lettera a) o esclusiva delle regioni (come nel caso della gestione associata dei servizi pubblici locali, oggetto della lettera c)".

⁵⁹ Si deve tuttavia considerare che la Corte costituzionale ha sempre negato la sindacabilità dei regolamenti, in quanto atti sprovvisti di forza di legge. Nella sentenza n. 427 del 2000, la Corte ha però affermato che i regolamenti sono sottoposti ad un controllo che ne assicura la conformità al sistema costituzionale da parte dei giudici ordinari e amministrativi, mentre il giudizio di legittimità costituzionale vero e proprio può essere intrapreso nei confronti delle leggi che autorizzano il Governo ad intervenire con regolamento, ove il vizio sia riconducibile a tali leggi "per avere, in ipotesi, posto principi incostituzionali o per avere omesso di imporre principi in materie che costituzionalmente li richiedano".

⁶⁰ Corte cost., sentenza 23 luglio 2002, n. 376.

dei principi di semplificazione, sia semplicemente preesistenti, né produce effetti di vincolo per i legislatori regionali. Le norme regolamentari vanno semplicemente a sostituire, *in parte qua*, le norme legislative statali di dettaglio che già risultassero applicabili, a titolo suppletivo e cedevole, in assenza di corrispondente disciplina regionale. E' questa l'unica lettura (...) che si rivela coerente con il sistema e con i presupposti costituzionali".

In secondo luogo, si è già accennato alla problematica legata all'eccessiva compressione che la riforma determina con riferimento all'autonomia costituzionalmente garantita degli enti locali. A tutt'oggi, invero, se si esclude la breve parentesi rappresentata dal periodo di vigenza dell'articolo 35 della L. n. 448/2001⁶¹, non era mai accaduto che il legislatore interferisse in maniera tanto invasiva con la potestà decisionale degli enti locali, fino al punto di assegnare a questi ultimi, di fatto, una sola possibilità in ordine all'individuazione del modello di gestione dei servizi pubblici⁶². Ciò, tra l'altro, in un contesto complessivo nel quale lo Stato mantiene per sé, relativamente alla gestione dei servizi pubblici nazionali, margini assai più ampi di discrezionalità⁶³.

Anche a prescindere dalla problematica, pressoché irrisolvibile, della riconducibilità dei servizi locali alle categorie delle funzioni *fondamentali, proprie* ovvero *conferite*⁶⁴ agli enti locali, ciò che non appare in ogni caso contestabile è che i servizi pubblici appartengano al patrimonio storico delle funzioni espletate da tali

⁶¹ Questo articolo aveva già introdotto l'obbligo della concessione a terzi con gara.

⁶² Quella della tassatività delle forme legislativamente previste di gestione dei servizi locali, in rapporto all'autonomia degli stessi, è una problematica risalente, sulla quale in dottrina si sono registrate in passato ampie convergenze, ma anche significative divisioni. Così, sotto il vigore dell'articolo 22 della legge n. 142/1990, il quale prevedeva cinque diverse modalità di gestione, l'opinione (quasi) unanime della dottrina, facendo leva sul carattere dettagliato della norma e sul tipo di espressione da essa utilizzata ("i comuni e le province possono gestire i servizi pubblici nelle seguenti forme"), fu nel senso della tassatività delle forme ivi previste. V., ad esempio, M. CAMMELLI, *Quadro di riferimento normativo in ordine alle modalità di gestione dei servizi pubblici*, in *Atti del Convegno nazionale di Reggio Emilia*, 1991, p. 15 ss. e G. CAIA, *Assunzione e gestione dei servizi pubblici locali di carattere industriale e commerciale*, in *Reg. e gov. loc.*, 1992, p. 60 ss.. Di diversa opinione, G. ROSSI, *I servizi pubblici locali (tipologia delle formule organizzative e analisi delle problematiche)*, in *Studi in onore di Giuseppe Guarino*, Padova, 1998, p. 500 ss., faceva notare come, non essendo univoca l'espressione normativa, non vi fosse ragione di darne un'interpretazione "così restrittiva da incidere sullo stesso concetto di autonomia locale, intesa come possibilità di ricorrere a soluzioni che non siano escluse dalla legge".

Vendendo ad oggi, è certo che l'articolo 23-bis non offre spazio per un dibattito di questo genere. L'unica questione che può essere affrontata in termini analoghi è, al più, quella già trattata nel testo con riguardo alle società miste e alla possibilità per le stesse di ottenere un affidamento diretto, nonostante la norma non lo preveda. È auspicabile che si possa pervenire ad una soluzione positiva, anche confidando in ragionevoli indicazioni sul punto da parte della Corte di Giustizia.

⁶³ La gestione in mano pubblica, del resto, è la regola in settori strategici come le poste, l'energia e i trasporti, che pure si stanno progressivamente aprendo alla concorrenza per effetto del diritto europeo. Per una sintetica ma molto efficace ricognizione delle trasformazioni in atto con riferimento a tali settori, cfr. G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 388 ss.

⁶⁴ Secondo la varia terminologia utilizzata dagli artt. 117 e 118 Cost.. Per il dibattito al riguardo, cfr. T. NICOLAZZI, *Servizi pubblici locali: funzioni fondamentali degli enti locali o prodotti del mercato?*, in *Serv. pubbl. app.*, 2005, p. 553 ss., e la bibliografia ivi citata.

enti, specialmente dai comuni. Ne deriva che il ridurre questi ultimi al ruolo di meri esecutori di una singola opzione legislativa è operazione che non può compiersi se non al prezzo di depauperarne fortemente, probabilmente oltre la soglia della ragionevolezza, l'autonomia organizzativa, in un settore fondamentale e quantitativamente preponderante della loro attività⁶⁵.

In precedenza si è utilizzato il concetto di "asservimento" per qualificare la relazione che si viene a stabilire, per effetto dell'articolo 23-bis, tra la posizione degli enti locali e il valore della concorrenza. In effetti, sembra proprio che il legislatore nazionale intenda dequotare le autonomie locali al rango di semplici strumenti al servizio della concorrenza, il che avviene, come si è visto, da una parte, senza neppure introdurre opportuni correttivi basati sul principio di differenziazione; dall'altra, senza poter invocare a "giustificazione" alcuna costrizione di tipo comunitario⁶⁶.

Una simile mancanza di equilibrio, difficilmente, ad avviso di chi scrive, potrebbe superare il vaglio della legittimità costituzionale.

Comunque vada, si può concludere con una certezza: i traguardi della stabilizzazione e della pacificazione di una materia in travaglio costante da almeno otto anni a questa parte sono ancora lontani all'orizzonte.

⁶⁵ G. ROSSI, *I servizi pubblici locali*, cit., p. 494, dopo aver sottolineato come l'autonomia degli enti locali trovi nella legge statale non già la propria fonte di legittimazione, che invece è costituzionale, ma soltanto il proprio limite, afferma che "l'attività degli enti territoriali, nelle materie di loro competenza, non può essere configurata come 'esecutiva' delle leggi statali o regionali". Secondo questa impostazione, le leggi che limitano l'autonomia degli enti locali devono essere interpretate in modo restrittivo, e quindi, laddove possibile, nel senso meno preclusivo di ulteriori soluzioni rimesse alla discrezionalità di tali enti.

Poiché con riferimento all'articolo 23-bis, tuttavia, non vi è spazio per interpretazioni ispirate al *favor libertatis*, la strada verso la declaratoria di incostituzionalità sembra l'unica percorribile al fine di salvaguardare l'autonomia degli enti territoriali minori.

⁶⁶ Si è visto, infatti, che il diritto comunitario non obbliga le amministrazioni locali a fare ricorso al mercato, ma ne salvaguarda pienamente la facoltà di autoproduzione. Ciò resterà vero almeno fintantoché la materia dei servizi pubblici locali – ammesso che mai accadrà – sarà fatta oggetto di direttive comunitarie di liberalizzazione. Cfr., in questo senso, F. MERUSI, *Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, Bologna, 2002, p. 79 s.