amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 3/2023

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudio, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sańchez-Mesa Martĩnez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Salvatore Villani, Stefania Terracciano.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

La distinzione tra funzioni di regolazione e gestione nella nuova disciplina sui servizi pubblici locali di rilevanza economica. Brevi riflessioni sul regime transitorio di cui all'art. 33 comma 2 del D.lgs. n. 201/2022, alla luce di alcuni orientamenti della Corte dei Conti e dell'AGCM.

Bruno Mercurio

(Ricercatore di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli L'Orientale)

Sommario

1. Introduzione. La nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e il divieto per gli enti di governo di partecipare alla gestione. – 2. Una disciplina tormentata: le tappe salienti. – 3. La delega per il riordino dei servizi pubblici locali nella legge 118/2022; e i principi cardini del d.lgs. n. 201/22. – 3.1. Una parentesi sull'in *house*. - 4. La distinzione tra funzioni di regolazione e gestione nell'assetto organizzativo degli enti locali. – 5. Il regime transitorio di cui all'art. 33 comma 2 e l'interpretazione restrittiva della Corte dei Conti e dell'A.G.C.M.– 6. Profili critici dell'orientamento esaminato e una possibile lettura alternativa delle norme. Conclusioni.

Abstract

The art. 6 of Legislative Decree no. 201/22 provides, in paragraph 1, the distinction between regulation and management functions in the organizational structure of local authorities, establishing in the following paragraph 2, that the government bodies of the optimal territorial areas and the authorities specifically established for the regulation and control of local public services may not directly or indirectly participate in persons responsible for the management of the service, while this is permitted to the individual local authorities falling within the same ambit. For local entities, art. 33 a transitional regime to which a restrictive reading by the Court of Auditors and the AGCM is taking away its effectiveness.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

1. Introduzione. La nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e il divieto per gli enti di governo di partecipare alla gestione.

Il recente Decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201 si pone come disciplina di riordino dei servizi pubblici locali di rilevanza economica[1], ossia di quei servizi suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo che la legge a monte o gli enti locali mediante atti politici di assunzione, nell'esercizio delle funzioni ad essi attribuite[2], individuano come necessari per la soddisfazione dei bisogni delle comunità territoriali di riferimento e che, se affidati esclusivamente al mercato, non sarebbero svolti o lo sarebbero a condizioni differenti ed incompatibili con l'esigenza di assicurare prestazioni minime accessibili e qualitativamente e quantitativamente adeguate[3]. L'art. 2, comma 1 lett. c) del citato decreto equipara tale peculiare categoria di servizi a quella che la normativa europea definisce di interesse economico generale (SIEG), comprendendovi attività commerciali assoggettate a specifici obblighi di servizio in quanto strettamente connesse a finalità di interesse comune che giustificano forme di intervento pubblico per le quali, ai sensi dell'art.106, comma 2, del TFUE, è ammessa una deroga alle regole sulla concorrenza, quando queste ostino all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata[4].

[1] In attuazione della delega contenuta all'articolo 8 della legge 5 agosto 2022, n. 118.

[2] L'art. 13 del D.Lgs.18 agosto 2000 n. 267, Testo Unico Enti Locali, individua le funzioni spettanti al comune, prescrivendo al comma 1 che: "Spettano al comune tutte le funzioni amministrative che riguardano la popolazione ed il territorio comunale, precipuamente nei settori organici dei servizi alla persona e alla comunità, dell'assetto ed utilizzazione del territorio e dello sviluppo economico, salvo quanto non sia espressamente attribuito ad altri soggetti dalla legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze".

[3] Cfr. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna 2022 p. 359 e ss. Sulla necessità che del servizio si faccia carico, direttamente o indirettamente l'ente locale competente, T.A.R. Milano sez. III, 3 luglio 2020, n. 1274. Anche il giudice ordinario nella sentenza sez. Sezioni Unite: Cass. SS. UU., 30 marzo 2000, n. 7 e nella sentenza Cass. Sez. II, 2 novembre 2001, n. 14032, ha escluso che costituisca servizio pubblico ogni attività privata soggetta a controllo o mera autorizzazione da parte di un'Amministrazione pubblica, essendo invece necessario che l'attività oggetto del servizio pubblico sia mirata a soddisfare direttamente esigenze della collettività.

[4] Ai sensi dell'articolo 14 TFUE, "l'Unione e gli Stati membri, ciascuno nell'ambito delle proprie rispettive competenze e

nell'ambito di applicazione dei Trattati, provvedono affinché tali servizi operano sulla base di principi e condizioni, in particolare economiche e condizioni finanziarie, che consentano loro di adempiere alla loro missione". La CGUE ha definito più volte il perimetro entro cui opera la deroga alle norme sulla concorrenza e sul divieto di aiuti di stato ritenendo necessario che l'attività svolta rientri nella nozione di servizio d'interesse economico generale e corrisponda ad una precisa ed espressa volontà degli organi statali competenti di farsi carico dello stesso; che le ragioni di tale scelta siano motivate sulla base di un confronto con le alternative offerte dai modelli aperti al mercato; che gli obblighi cui è assoggettato il gestore siano definiti sulla base di parametri previamente definiti in modo chiaro e trasparente. Cfr. Corte giustizia UE, sez. IV, 15 maggio 2019, n. 706. Sulla originaria previsione contenuta nell'art. 90 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea del 25 marzo 1957, R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI, *Commentario CEE*, Vol2, Milano, 1966, p. 1965. A. PERICU, *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, Milano, 2001. Per una recente ricostruzione delle principali posizioni in dottrina e degli orientamenti C.G.U.E. A. DI GIOVANNI, *I servizi di interesse generale tra poteri di autorganizzazione e concessione di servizi*, Torino, 2018. pp. 5 -22.

Tali modelli speciali di gestione, come è noto, sono a loro volta classificabili in base alla ampiezza della richiamata deroga che può essere assoluta, con la sottrazione al mercato delle attività, mediante l'autoproduzione pubblica o la riserva ad un monopolio esistente, oppure relativa. In questo secondo caso, essa si realizza con la costituzione di un monopolio nel mercato finale rivolto agli utenti, attraverso il riconoscimento di diritti di esclusiva ad una o più imprese selezionate nel rispetto delle regole sulla concorrenza, mediante procedure di evidenza pubblica (concorrenza per il mercato) e legate all'amministrazione da un atto di concessione che ne disciplina gli obblighi; oppure attraverso la compensazione dei soli costi correlati all'adempimento di prestazioni fornite da un numero indeterminato di soggetti autorizzati ad operare in concorrenza fra loro, sulla base di una convenzione con l'amministrazione volta ad assicurare il servizio anche a chi non ha la possibilità economica di accedervi, nel rispetto degli obblighi stabiliti dal regolatore (concorrenza nel mercato)[5]. Per tutte le descritte ipotesi, l'intervento pubblico va sempre contenuto entro i limiti di proporzionalità ricavati dalla Corte di giustizia europea e dal giudice interno dai principi stabiliti all'art. 106 del TFUE, ripreso nell'art. 8, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287 per la tutela della concorrenza e del mercato, ossia solo per quanto strettamente necessario al raggiungimento del fine pubblico ad esso sotteso[6].

Così, il principio di concorrenza assume nel suo rapporto con le esigenze di servizio pubblico, una rilevanza strumentale più che finalistica. Esso, infatti, costituisce il mezzo primario attraverso cui favorire, grazie ai vantaggi per i consumatori derivanti dalla competizione fra operatori economici nel mercato, la più ampia accessibilità ai servizi e concorrere, per tale via, al raggiungimento del fine principale perseguito dalla U.E, costituito dal progresso economico e sociale delle comunità appartenenti agli degli Stati membri (preambolo al TFUE, secondo capoverso)[7]. Di tal che, modelli di gestione alternativi a quelli totalmente aperti al mercato, che escludono o limitano la concorrenza, sono ammissibili nella misura in cui risultino gli

[5] A. MASSERA, I *servizi pubblici tra regole della concorrenza e responsabilità pubblica*, in *Diritto pubblico*, 2/19, 439-482.

[6] Fin dalla storica a sentenza del 24 luglio 2003, Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg (C-280/00, EU:C:2003:415) si è affermato il principio per cui sono ammissibili forme di aiuto necessarie al compimento del compito impartito al beneficiario, ai sensi dell'articolo 106, paragrafo 2, TFUE. Sul tema, Cfr. sentenza dell'8 marzo 2017, Viasat Broadcasting UK/Commissione, C-660/15 P, EU:C:2017:178, punto 34. Il principio è ripreso attraverso l'applicazione deiretta dei principi primari di matrice europea e sulla base della normativa interna sulla concorrenza dal giudice interno, Consiglio di Stato sez. II, 19 aprile 2023, n.3982; Consiglio di Stato, sez. VI, 20 novembre, 2015, n. 5284; Tribunale Roma sez. XVI, 4 marzo 2020.

[7] Sul rapporto tra l'ordinamento interno e quello dell'unione europea in tema di servizi pubblici locali, R. CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno ed ordinamento europeo in* Dir. Amm. 2000, p. 1; A. TRAVI, , *Servizi pubblici e tutela della concorrenza fra diritto comunitario e modelli nazionali*, in *Il diritto amministrativo dei Paesi Europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, a cura di Falcon, Padova, 2005.

unici strumenti possibili in un contesto sfavorevole al mercato perché antieconomico o siano più idonei di quelli concorrenziali a garantire gli obiettivi di crescita e benessere della UE.

Tale approccio è ripreso dal nuovo Testo unico sui servizi pubblici locali che, all'art. 14 comma 1, riconosce agli enti locali, nell'esercizio della loro autonomia, la facoltà di far gestire un determinato servizio, ritenuto di interesse pubblico, a un singolo operatore o a un numero limitato di operatori e di organizzarne la gestione secondo il modello della società interamente pubblica, della società mista pubblico/privato o dell'affidamento a privati in esclusiva o in convenzione.

Il successivo comma 2, però, impone alle amministrazioni titolari del servizio di svolgere una approfondita istruttoria circa l'effettiva convenienza del ricorso ai modelli alternativi a quello concorrenziale, ponderando attentamente la convenienza della scelta, da motivare con una analisi rigorosa, esaustiva ed imparziale dei costi e benefici di ciascuna forma di gestione possibile nel contesto in cui il servizio dovrà essere erogato[8].

Nel caso di affidamenti *in house* di importo superiore alle soglie di rilevanza europea, inoltre, l'art.17 comma 2 prevede che la motivazione della deliberazione di affidamento del servizio dia espressamente conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato[9], mentre il successivo art. 19 comma 1 impone una durata dell'affidamento diretto che, in funzione della prestazione richiesta, risulti proporzionata all'entità degli investimenti previsti indicati nel contratto di servizio.

Tale disciplina si applica sia se titolare del servizio è l'ente locale singolo sia nell'ipotesi, oggetto di questo lavoro, per cui la legge prevede una gestione associata obbligatoria nella forma degli ambiti ottimali cui è preposto un ente esponenziale degli interessi dei Comuni obbligati a consorziarsi (ente d'ambito).

Ma è sul piano dello svolgimento delle funzioni autoritative di regolazione e controllo, costituenti compiti imprescindibili che le istituzioni sono chiamate a svolgere in questo peculiare settore[10], che la disciplina in analisi introduce novità rilevanti nel caso di affidamento *in house*. Ed invero, l'art. 6 del d.lgs. n. 201/22 prevede, al comma 1, la distinzione tra funzioni di regolazione e gestione nell'assetto

[8] Secondo lo schema dell'analisi "swot" dei punti di forza e debolezza, delle opportunità e delle minacce, utilizzate nella programmazione aziendale strategica ed applicata alla pianificazione delle attività di tipo no autoritativo (economiche e non) per valutare l'opportunità di presa in carico delle stesse da parte degli enti pubblici

[9] Tanto , secondo il citato comma, << illustrando, anche sulla base degli atti e degli indicatori di cui agli articoli 7, 8 e 9, i benefici per la collettività della forma di gestione prescelta con riguardo agli investimenti, alla qualità del servizio, ai costi dei servizi per gli utenti, all'impatto sulla finanza pubblica, nonché agli obiettivi di universalità, socialità, tutela dell'ambiente e accessibilità dei servizi, anche in relazione ai risultati conseguiti in eventuali pregresse gestioni in house>>.

[10] D. SORACE., *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2000, p.114 e ss. F. DE LEONARDIS, *Natura e carattere degli atti di regolazione pubblica dell'economia,* in Dir. Econom, 2018

organizzativo degli enti locali[11], stabilendo al successivo comma 2, che gli enti di governo degli ambiti territoriali ottimali e le autorità specificamente istituite per la regolazione e il controllo dei servizi pubblici locali non possono direttamente o indirettamente partecipare a soggetti incaricati della gestione del servizio, mentre ciò è consentito ai singoli enti locali rientranti nell'ambito stesso.
Il comma 3 riconosce la possibilità di detenere partecipazioni nelle società affidatarie anche a ciascun ente locale rispetto ai propri servizi, prevedendo, in questo caso, l'obbligo di escludere gli organi e gli uffici preposti alle funzioni di regolazione dallo svolgimento di qualunque funzione o attività inerenti alla gestione del servizio stesso e al suo affidamento e introducendo, al successivo comma 4, una serie di ipotesi di inconferibilità di incarichi di amministrazione e controllo delle società partecipate in questione agli organi di indirizzo politico e di gestione nonché ai consulenti dell'ente coinvolti nelle attività di regolazione e controllo del servizio stesso.
La norma, che segue uno schema già adottato dal legislatore in altre ipotesi di convivenza in capo alla medesima amministrazione di funzioni fra loro incompatibili[12], sebbene sia condivisibile nella *ratio*, suscita alcune perplessità che saranno oggetto di riflessione in relazione al diverso trattamento riservato all'ente locale singolo che da titolare del servizio può mantenere in capo a sé sia le funzioni di regolazione e controllo che quelle di gestione, rispetto agli enti d'ambito, che pure sono qualificati come enti locali[13], per i quali tale possibilità è stata esclusa, prevedendosi all'art. 33 un regime transitorio volto a salvaguardare nei settori dei servizi pubblici ambientali (servizio idrico integrato e servizio di gestione dei rifiuti urbani) il rispetto degli impegni assunti con il PNRR (comma 1) e, per il solo settore di rifiuti l'attuazione di piani di ambito in via di definizione (comma 2) al quale una lettura estremamente restrittiva da parte della Corte dei conti e dell' AGCM su cui ci soffermerà criticamente nel prosieguo, sta sottraendo effettività.

---

[11]. 3. Qualora gli enti locali titolari del servizio e a cui spettano le funzioni di regolazione assumano direttamente o per mezzo di soggetto partecipato la gestione del servizio, le strutture, i servizi, gli uffici e le unità organizzative dell'ente ed i loro dirigenti e dipendenti preposti a tali funzioni di regolazione non possono svolgere alcuna funzione o alcun compito inerente alla gestione ed al suo affidamento.

[12] Si pensi alle ipotesi di incompatibilità in materia di contratti pubblici contenuta nell'art. 77, comma 4, d.lg. n. 50 /2016, in base al quale i commissari di gara non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta o la possibilità riconosciuta agli enti titolari di funzioni di pianificazione di individuare al proprio interno anche un organo competente ad formulare la valutazione ambientale strategica sul piano redatto dalla stessa amministrazione, purché sussista un adeguato grado di autonomia in capo all'organo valutatore.

[13] La corte costituzionale ha chiarito che l'autorità d'ambito dotata di personalità giuridica e di autonomia decisoria, è qualificabile come ente locale in quanto ente esponenziale di una forma di associazione obbligatoria fra enti locali cui è trasferito l'esercizio di competenze ad essi spettanti, Cfr. Corte cost. 11 ottobre 2012 n. 226.

2 Una disciplina tormentata: le tappe salienti.

Storicamente, la nozione di servizio pubblico locale acquista autonoma rilevanza giuridica, all'inizio del secolo scorso, con il processo di nazionalizzazione e municipalizzazione di attività che fino a quel momento erano state svolte dai soggetti privati in forma di impresa, processo che, si era avviato già all'alba della unità, in settori *non profit*, con la Legge "Crispi" n. 6972/1890 di pubblicizzazione delle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza.

Da detto fenomeno, che costituiva il precipitato delle teorie, allora dominanti, circa la necessità per uno Stato moderno di intervenire nella sfera dell'impresa privata, al fine di soddisfare attraverso i pubblici servizi i bisogni collettivi[14]; ma anche del crescente interesse, parallelo a quello di industrializzazione di livello europeo che aveva portato alcuni Comuni a costituire aziende municipalizzate o a riscattare concessioni da privati già prima del 1903, sul modello di quelle già operative in Gran Bretagna, scaturì, nel senso che vi trovò la sua *ratio*, la legge 29 marzo 1903, n.103 (cd. legge Giolitti) istitutiva delle aziende municipalizzate, che viene considerata la prima legge generale sui servizi pubblici[15].

Successivamente riformata dalla R.D. del 4.2.1923, n. 253 ed infine sistematizzata nel T.U. 15 ottobre 1925, n. 2578, la disciplina prevedeva che i servizi pubblici fossero svolti dalle amministrazioni locali, in virtù di uno specifico atto di assunzione; attraverso le forme dirette di gestione individuate nell'azienda speciale; nella gestione in economia o attraverso la forma della concessione ai privati.

La legge Giolitti, se lasciava in sospeso la individuazione delle categorie riferibili al servizio pubblico,[16] non poneva grandi dubbi in ordine alla sua nozione, venendo lo stesso ad identificarsi con quello assunto da un soggetto pubblico (Stato o Comune), secondo la teoria oggi conosciuta come soggettiva[17].

Tale nozione ha, però, rivelato ben presto i propri limiti, nella misura in cui non era idonea a ricomprendere, da un lato le attività d'impresa poste in essere dall'amministrazione nei settori non riconducibili alle finalità proprie dei pubblici

---

[14] Il cd. socialismo municipale, si afferma come manifestazione dell'autonomia comunale che vuole gestiti i servizi pubblici di maggior rilievo economico sociale attraverso attività di natura economica, ma sottratte all'economia di mercato. Per un approfondimento G. BOZZI, *Municipalizzazione dei servizi pubblici*, in *Enc. Dir.*, XXVIII, Milano, 1977, 368

[15] G. CAIA, *Finalità e problemi dell'affidamento del servizio idrico integrato ad aziende speciali*, in *Foro amm.*, Tar, 2011, 663 ss.

[16] La legge individuava, in modo non tassativo, 19 categorie di servizi che la giurisprudenza ha di fatto ampliato nel tempo a mano, amano che la casistica lo richiedesse. Sulla qualificazione dei servizi pubblici come categoria aperta e cangiante al mutare delle esigenze e alle trasformazioni socio economiche G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. II, parte III, Milano, 1920, 193; L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, cit., 55 ss. e M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo, Bologna*, 2013, 370.

[17] La ricostruzione è riconducibile a A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, in *Trattato di diritto amministrativo italiano, a cura di Orlando, VI, Milano, 1923*. P. 6 e ss,; G. MIELE, *Pubblica funzione e servizi pubblico*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1987, 136 ss., G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni,* cit. p. 197.

servizi e, dall'altro, le attività gestite da privati assimilabili per i bisogni che soddisfacevano a servizi pubblici[18].

Si è andata, così progressivamente affermando l'esigenza di una definizione oggettiva di servizio pubblico che ne delineava i contorni in base alla rispondenza delle attività svolte alla pubblica utilità ed al pubblico interesse[19].

Con l'avvento della Repubblica, la Costituzione all'art. 41, che consente alla legge di indirizzare le attività private a fini sociali, in combinato con l'art. 43, che prevede la possibilità di riservare originariamente o di trasferire allo Stato "determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale", ha offerto ai sostenitori della teoria oggettivistica un solido fondamento, per qualificare come servizio pubblico ogni attività economica pubblica o privata, di interesse generale, subordinata ai programmi e ai controlli ritenuti dalla legge opportuni per indirizzarla e coordinarla a fini sociali; ferma restando la possibilità, per lo Stato, di assumere la gestione diretta, per riserva originaria o trasferimento, di quelle attività collegate , fra l'altro e per quanto ci interessa, ad interessi pubblici essenziali e a situazioni di monopolio[20].

Anche la teoria oggettiva, tuttavia, si è rivelata non esaustiva o meglio si è ritenuto che la sua genericità, potenzialmente suscettibile di accogliere nella nozione qualsiasi fenomeno economico riconducibile ad un interesse collettivo, non corrispondesse allo spirito dell'istituto e soprattutto esponesse all'attività di controllo programmazione pubblica interi settori dell'economia con il rischio di rallentare il mercato ed ingessare i pubblici poteri[21].

Si è così aperta la terza strada, intermedia fra le due posizioni, secondo cui, pur dovendosi avere riferimento all'interesse soddisfatto dall'attività economica e non al suo gestore, detto interesse, per connotare di pubblicità il servizio, deve coincidere con un fine istituzionale individuato dal legislatore nazionale o regionale e affidato alla cura di una amministrazione pubblica attraverso il conferimento delle relative funzioni; oppure individuato direttamente da un ente locale territoriale nell' esercizio della sua autonomia costituzionalmente garantita, proprio allo scopo di riconoscere, oltre che soddisfare, gli interessi della comunità rappresentata[22].

---

[18] F. TRIMARCHI BANFI, *Considerazioni sui nuovi servizi pubblici, in Riv. Trim. dir.pubbl. comun.*,2002, p. 945.

[19] Per la compiuta formulazione della teoria oggettiva, U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964; S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1912; Vitta, *Diritto amministrativo*, Torino, 1954; E. PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Messina, 1931; M.S. GIANNINI, *Profili giuridici della municipalizzazione con riguardo particolare alle aziende*, in *Riv. Amm.*, 1953; G. VACCHELLI, I servizi pubblici comunali e l'industria per l'illuminazione elettrica, Riv. Dir. Comm., 1906, 120 ss. F. ZUELLI, *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, Milano, 1973.

[20] V. PARISIO, *Servizi pubblici e monopoli*, in E. PICOZZA (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico dell'economia*, Rimini, 1996, 687, ss.

[21] P. CIRIELLO, *Servizi pubblici*, in *Enc. Giur.*, vol. XXVIII, Roma, 1992, 1 ss.

[22] F. TRIMARCHI, cit. p.4.

Ne discende che le finalità perseguite attraverso il servizio debbano corrispondere ad esigenze della collettività che richiedono, per essere garantite, standard minimi di quantità e qualità, oltre che di accessibilità e la presenza di un determinato tipo di organizzazione del servizio mirata ad assicurare determinate modalità di gestione.
In linea con questa teorizzazione, l'art. 22 della legge 8 giugno 1990 n. 142, recepito dall'art. 112 della legge 267/2000 Testo Unico degli Enti Locali, oggi abrogato dall'art. 37 del decreto legislativo n. 201 del 2022 ribadiva che <<gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni e attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo delle comunità locali>>.
Tale visione è stata fatta propria, poco dopo, dalla riforma del Titolo V della Costituzione del 2001 che, recependo le suggestioni del dibattito avviatosi negli anni '90, con la riforma delle autonomie ed acceleratosi nel 1997, attraverso le leggi note come "Bassanini" ha costituzionalizzato il principio di sussidiarietà che nella sua accezione orizzontale (art. 118 comma 4 Cost.) sgancia definitivamente la nozione del servizio pubblico locale dalla gestione esclusivamente pubblica favorendo l'autonoma iniziativa dei cittadini per lo svolgimento di attività di interesse generale[23].
Sono evidenti in queste riforme le basi su cui si sono affermati, nell'ambito dei contratti pubblici aventi ad oggetto l'erogazione di servizi di spiccata valenza sociale, modelli organizzativi di amministrazione condivisa, fondati su un rapporto dal basso verso l'alto che parte dai cittadini e arriva all'amministrazione[24].
L'insieme delle norme richiamate evidenzia una forte cointeressenza nell'ambito dei servizi pubblici locali di tipo economico e non, fra l'elemento personalistico direttamente riconducibile all'art. 2 della costituzione e quello della gestione di matrice imprenditoriale o comunque organizzativa[25].
Ciò ne ha reso tormentata la disciplina, in particolare nel primo decennio degli anni duemila, in cui alla tendenza verso la privatizzazione di questi servizi da parte del legislatore interno, è corrisposta una forte reazione contraria dei cittadini.
In particolare, la legge 28 dicembre 2001, n. 441 ha introdotto, all' art. 113-*bis* del TUEL, la distinzione tra servizi "di rilevanza industriale" e servizi "privi di rilevanza

---

[23]. Sull'operatività del principio nei servizi pubblici F. Merloni, *Privatizzazioni e sussidiarietà: quale amministrazione? locale? in Sussidiarietà e Pubbliche amministrazioni* (a cura di F. ROVERSI MONACO), *Rimini, Maggioli, 1997, pagg.235-245.* M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici e di aziende autonome speciali*, Torino, 1997, *passim*.

[24] Il riferimento è all'art. 6 del nuovo codice dei contratti pubblici contenuto nel D.lgs., 31 marzo 202 n. 36 relativo ai (Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale. Rapporti con gli enti del terzo settore.

[25] F. BASSI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1998, 32 ss.; S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, 123 ss.; G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, in L. MAZZAROLLI-G. PERICU-A. ROMANO-F. ROVERSI MONACO-F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, vol. II, Bologna, 2005, 131 ss.: R. VILLATA, *Pubblici Servizi*, Milano, 2003, 1 ss; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 233 ss.

industriale", assoggettando i primi al regime di concorrenza attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica, e prevedendo, per i secondi, l'affidamento diretto.
Siffatta distinzione è stata considerata inidonea a cogliere l'ampiezza del fenomeno, in quanto aveva riguardo esclusivamente al modo tecnico di produzione del servizio pubblico. Per tale ragione, la disciplina dei servizi pubblici locali è stata successivamente modificata dal decreto legge 30 settembre 2003, n.269, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 dicembre 2003, n. 350, che ha, invece, introdotto la distinzione tra servizi pubblici "a rilevanza economica" e servizi pubblici "privi di rilevanza economica". Quest'ultima norma è stata, tuttavia, dichiarata incostituzionale nel 2004, in quanto i servizi privi di rilevanza economica, non attenendo alla tutela della concorrenza, devono essere considerati estranei alla competenza statale ai sensi dell'art. 117 della Costituzione[26].
In questo quadro, si è inserito l'art. 23-*bis* del decreto-legge n. 112 del 2008, (conv. L. n. 133 del 2008), che, oltre ad abrogare tacitamente l'art. 113 del Tuel, con l'obiettivo di liberalizzare il settore, ha sancito la regola della procedura a evidenza pubblica per gli affidamenti dei servizi pubblici a rilevanza economica e la possibilità di affidamento a una società mista a condizione che venisse espletata una gara «a doppio oggetto», per l'affidamento del servizio e per la scelta del socio privato. Al contrario, l'affidamento *in house* veniva configurato come derogatorio e, pertanto, subordinato a un parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e all'esistenza di "situazioni eccezionali". Anche questo intervento normativo ha avuto vita breve, in quanto l'art. 23-bis, è stato abrogato a seguito del referendum svoltosi del 12 e 13 giugno 2011 con cui ne è stata deliberata l'abrogazione.
Successivamente, il governo è intervenuto sulla materia con l'articolo 4 del decreto-legge n. 138 del 2011, introducendo una nuova disciplina generale dei servizi pubblici locali che prevaleva sulle singole discipline di settore incompatibili, ma non si applicava al servizio idrico integrato, al servizio di distribuzione di gas naturale, al servizio di distribuzione di energia elettrica, al servizio di trasporto ferroviario regionale e a quello della gestione delle farmacie comunali.
Si prevedeva che di regola la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica dovesse essere rimessa alla concorrenza nel mercato, con la sola possibilità per gli enti locali di introdurre diritti di esclusiva, sulla base di un'analisi di mercato che ne comprovasse la necessità e previo parere favorevole vincolante dell'Autorità garante della concorrenza, in favore di soggetti individuati tramite l'espletamento di procedure di gara.

[26] Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 20 luglio 2004, n. 272; in dottrina cfr. I. T. TESSARO, *Miti e no: l'Idra di Lerna e i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica,* in Lexitalia.it; F. CASALOTTI, *La Corte costituzionale e i criteri di riparto delle competenze con riferimento ai servizi pubblici locali dopo la riforma del Titolo V Parte II della Cost.: la sentenza n. 272 e l'ordinanza n. 274 del 2004*, in forumcostituzionale.it.

Era, inoltre, contemplata la possibilità di affidamento del servizio a società miste, con gara a doppio oggetto. Anche tale disciplina, tuttavia, in quanto riproduttiva di quella oggetto del precedente *referendum* abrogativo è stata dichiarata incostituzionale[27].
In questo frangente, la giurisprudenza della Corte Costituzionale si è orientata nel senso di applicare i principi della normativa europea relativa alle regole concorrenziali minime per le gare ad evidenza pubblica che affidano la gestione di servizi pubblici di rilevanza economica[28] per colmare il vuoto normativo, continuandosi, invece ad applicare alcune disposizioni rimaste in vigore sulla scelta delle modalità di affidamento del servizio che è rimessa dall'articolo 34 del decreto legge n. 179/2012[29], all'ente di governo dell'ambito o bacino territoriale, al quale partecipano obbligatoriamente gli enti locali.

3. La delega per il riordino dei servizi pubblici locali nella legge 118/2022 e i principi cardini del dlgs.n. 201/22.
Il vuoto determinatosi nel 2012 si è protratto per lungo tempo. Dopo un incompiuto tentativo di riordino promosso, nel 2015, dalla legge Madia[30] contenente una delega[31] non esercitata nei termini prescritti[32], la riforma della normativa di settore è stata inserita, da ultimo, tra quelle strategiche per il piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR).
Più precisamente, nella legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021[33], all'articolo 8, è stata prevista una delega legislativa con l'ambizioso obiettivo di coordinare la disciplina dei servizi pubblici locali con quella sui contratti pubblici e sulle società a partecipazione pubblica e con le discipline di settore. L'obiettivo dichiarato è quello di riordinarne la disciplina, anche tramite l'adozione di un apposito testo unico, coordinandola con la normativa in materia di contratti pubblici

27 Cfr. Corte Costituzionale sentenza 20 luglio 2012, n. 199; in dottrina cfr. A. LUCARELLI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 e la questione dell'inapplicabilità del patto di stabilità interno alle S.P.A. in house e alle aziende speciali*, in Federalismi.it, 2012; M. DELLA MORTE, *Abrogazione referendaria e vincoli al legislatore, Forum di Quaderni Costituzionali*; A. CABIANCA, *Il trasporto pubblico locale ai tempi della crisi: il punto dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 ed il decreto c.d. spending review* (d.l. n. 95/2012), in *Federalismi.it., 2012;* F. ZAMMARTINO, *Problemi e prospettive in materia di gestione dei servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199 del 2012, in Giustamm*, giugno 2013.

28 Cfr. Corte cost. sentenza 26 gennaio 2011, n. 24.

29 Convertito dalla legge17 dicembre 2012, n. 221.

30 Legge 7 agosto 2015, n. 124.

31 Cfr. Relazione illustrativa legge 7 agosto 2015, n. 124. In particolare, all'art. 19 della legge citata, il Parlamento delegava il Governo ad intervenire sulla disciplina dei servizi pubblici locali di interesse economico generale, al fine di assicurare la chiarezza delle regole, la semplificazione normativa e di garantire la tutela e promozione del fondamentale principio della concorrenza.

32 Cfr. F. CAPALBO, *Società a Partecipazione Pubblica e Servizi Pubblici Locali: inquadramento sistematico e disciplina alla luce del D.Lgs. 175/2016 e della sentenza della Corte costituzionale 251/2016*, Napoli. 2017.

33 Legge 5 agosto 2022, n. 118.

e di società a partecipazione pubblica per gli affidamenti in autoproduzione, oltre che con le discipline settoriali[34].

Fra i principi e criteri direttivi per il Governo determinati al comma 2 del citato articolo 8, meritano attenzione in questa sede: l'individuazione delle attività di interesse generale il cui svolgimento è necessario al fine di assicurare la soddisfazione delle esigenze delle comunità locali (lett. a); la separazione, a livello locale, tra le funzioni regolatorie e le funzioni di diretta gestione dei servizi (lett. c); la definizione dei criteri per l'istituzione di regimi speciali o esclusivi, tenendo conto dei principi di adeguatezza e proporzionalità e in conformità alla normativa europea (lett. d); e la previsione che la scelta del modello *in house* sia assunta nel rispetto di un preciso obbligo motivazionale concernente l'efficienza del servizio (lett. g).

La delega è stata esercitata con l'approvazione del già citato decreto legislativo n.201/2022 che delinea il quadro normativo per l'organizzazione e la gestione dei servizi di interesse economico generale a livello locale[35].

Si tratta di un riordino, più che di una vera e propria riforma, sebbene la sua importanza strategica è immediatamente precisata al comma 5 dell'art.1, secondo cui le disposizioni del decreto costituiscono norme fondamentali di riforma economico-sociale della Repubblica[36] e costituiscono esercizio della potestà legislativa esclusiva statale in materia di livelli essenziali delle prestazioni ai sensi dell'art. 117 comma 2 lett. e) e di funzioni fondamentali del Comuni, ai sensi della lett. p) del medesimo articolo della Costituzione.

Sempre l'articolo 1 ci consente di individuare una gerarchia tra i valori sottesi alla disciplina dei servizi pubblici[37] ossia tra la necessità di promuovere dinamiche competitive funzionali a garantire la concorrenza come modalità di espressione delle

---

[34] Cfr. Atti del Governo sottoposti a parere - A.G. 003 - Dipartimento Istituzioni AC0085 - 22 novembre 2022 - Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

[35] A. SCAVOLINI, *Le risorse per la rinascita dell'Europa: programmi, caratteristiche, vincoli e limiti*, in AA.VV., *La gestione del* Recovery Plan. *Le Amministrazioni pubbliche tra esigenze di riforma e problemi operativi*, a cura DI B.G. MATTARELLA, L. FIORENTINO, M. CARDONE, Quaderni della Rivista *Amministrazione in cammino*, agosto 2021, 25.

[36] per cui sono suscettibili di essere applicate nelle regioni a statuto speciale e nelle province autonome di Trento e di Bolzano, compatibilmente con i rispettivi statuti Sul tema cfr. Sentenza Corte Cost. n 238/2013 per la quale << È da premettere che la giurisprudenza di questa Corte ha già esaminato la problematica dei rapporti tra lo Stato e le Regioni a Statuto speciale, anche con specifico riferimento alla Regione Valle d'Aosta/, relativamente al riparto di competenze in materia di tutela paesaggistica, dichiarando costituzionalmente illegittime norme regionali che si ponevano in contrasto con disposizioni previste dal codice dei beni culturali e del paesaggio, qualificate norme di grande riforma economico-sociale>>. Nello stesso senso Corte Cost. sentt. nn. 226/2009, 378/2007, 51/2006.

[37] Sul conflitto tra i valori richiamati cfr. M. DUGATO, *La crisi del concetto di servizio pubblico locale tra apparenza e realtà*, in *Diritto amministrativo*, n. 3/2020, p. 511-530; I servizi pubblici locali Dossier a cura del Servizio Studi della Camera dei deputati sulla disciplina dei servizi pubblici locali di interesse economico generale. Serie Documentazione e ricerche, n.100 - 21 febbraio 2020; G. TAGLIANETTI *Effettività dei servizi pubblici e tutela dei diritti fondamentali nella prospettiva europea*, in Nuove autonomie, n. 3/2017, p. 483-506; A. ROMANO, *Il cittadino e la pubblica amministrazione, in Il diritto amministrativo degli anni '80*, Milano, 1987.

libertà economiche di rilevanza eurounitaria (libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi) e i valori sociali di qualità, sicurezza, accessibilità e parità di trattamento da garantire ai cittadini e, più in generale agli utenti dei servizi ritenuti di interesse generale (comma2). In particolare, la formulazione della disposizione considera l'esercizio delle libertà economiche strumenti privilegiati rispetto al raggiungimento degli obiettivi di crescita e coesione sociale che costituiscono il fine principale cui l'azione e l'organizzazione pubblica devono tendere[38].

Tale approccio risulta chiaro dalle norme del decreto legislativo in esame sulla istituzione e organizzazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, contenute nel Titolo III del decreto in cui le possibilità, nell'esercizio del potere discrezionale dell'ente locale, di istituire un servizio ulteriore rispetto a quelli previsti dalla legge (art. 10 comma 3), di imporre obblighi di servizio ad operatori sul mercato (art 12), di attribuire diritti speciali o esclusivi (art.13), di scegliere una modalità di gestione limitativa del mercato (art. 14 comma comma1), ivi compresa la gestione *in house* (art. 17), sono tutte subordinate ad una istruttoria che dimostri,sulla base delle diverse soluzioni possibili, che la prestazione non possa essere resa in modo adeguato da parte delle imprese operanti nel mercato o da parte dei cittadini singoli e associati, secondo il principio di sussidiarietà orizzontale (art. 10 comma 4).

Siffatto assetto implica che l'ente locale eroghi direttamente il servizio solo in ipotesi limitate e che il suo ruolo si svolga, essenzialmente, esercitando le funzioni di indirizzo e controllo con cui sovrintendere all'intero ciclo di vita del servizio di interesse generale. Tali funzioni, definite fondamentali dall' art. 1 comma 4 del d.lgs. n. 201/22, sono irrinunciabili e incomprimibili[39] e costituiscono il presupposto per l'attuazione dei principi generali stabiliti all'art. 3 attraverso cui assicurare centralità al cittadino e ai suoi bisogni (art.3 commi 1 e 4) [40].

---

[38] Sul punto si rinvia alle considerazioni svolte nel paragrafo introduttivo.

[39] La Corte costituzionale ha chiarito, da tempo risalente, che nel rispetto delle autonomie locali è precluso alle leggi nazionali, ovvero anche regionali prevedere limitazioni a determinate competenze comunali a meno che ciò non sia giustificato dalla sussistenza di concorrenti interessi generali, collegati ad una valutazione più ampia delle esigenze diffuse nel territorio. In proposito cfr. Corte Costituzionale, 24 luglio 2015, n. 189; Consiglio di Stato sez. IV, 4 dicembre 2017, n.5711.

[40] Il carattere generale della disciplina dettata dal Dlgs 201/2022 e le affermazioni di principio in essa contenute, sono, altresì, confermate dall'art. 4. Tale ultima disposizione, stante l'applicabilità - a tutti i servizi pubblici locali, compresi i settori speciali - si preoccupa di risolvere possibili conflitti tra norme. A tal proposito è espressamente previsto da un lato che la disciplina integra quella già esistente in caso di lacune e dall'altro la sua prevalenza in caso di conflitto con quella già vigente, in particolare nei settori speciali. Tale principio non è assoluto, infatti la disciplina di settore è prevalente nei casi in cui sia lo stesso decreto a prevedere una disciplina derogatoria o di coordinamento per ciascun singolo settore, come espressamente sancito ad esempio con riguardo ai servizi di distribuzione dell'energia elettrica e del gas naturale (art. 4 e 35) e dei trasporti a fune (art. 36). Sono, infine, previste disposizioni di coordinamento per specifici settori: trasporto pubblico locale (articolo 32), servizio idrico e gestione dei rifiuti (articolo 33), farmacie (articolo 34).

3.1 Una parentesi sull'in house

L' evoluzione del modello *in house*[41] si muove da sempre sul sottile crinale del rapporto fra regola e eccezione e tale contrapposizione è sempre stata imputata alla necessità di salvaguardare le esigenze sottese alla concorrenza e al dialogo competitivo[42].

Infatti, in disparte gli indici identificativi, oggi in parte codificati, ma individuati dalla giurisprudenza europea e da quella nazionale sin dalla *Teckal* del 1999, l'intera evoluzione della figura si è mossa da un lato nella direzione del riconoscimento del suo carattere di ordinaria modalità di aggiudicazione[43] e per altro verso nel riconoscimento alla figura in esame di un carattere derogatorio rispetto all'affidamento con gara.

Come anticipato nell'introduzione, l'ordinamento UE[44] ammette la scelta dell'autoproduzione dei servizi. In questo senso la Corte di giustizia[45] ha più volte precisato che l'ordinamento comunitario non pone alcun limite alla libertà per le amministrazioni di optare per un modello gestionale di autoproduzione quale espressione del principio di libera organizzazione[46]. Nel sistema normativo UE, dunque, il principio di concorrenza viene in rilevo a valle della scelta che si pone all'amministrazione fra l'internalizzazione e l'esternalizzazione de servizio. Solo laddove essa opti per il secondo di tali modelli, infatti, occorrerà applicare in modo coerente i principi libero-concorrenziali.

Tuttavia, come si è visto, anche per l'Unione Europea la scelta dell'autoproduzione deve essere fondata su motivazioni capaci di offrire una idonea prova di resistenza

---

[41] Sul tema in generale si richiama: C. CONTESSA, *L'in house providing quindici anni dopo: cosa cambia con le nuove direttive,* in C. CONTESSA, D. CROCCO, *Appalti e concessioni. Le nuove direttive europee, Roma, 2015;* D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2009, *passim*; A. CASSATELLA, *Partecipazione 'simbolica' alle società in house e requisito del controllo analogo*, in: Giur. It., fasc. 7/2014, 2588, ss.; C. VOLPE, *Le nuove direttive sui contratti pubblici e l'in house providing: problemi vecchi e nuovi. Relazione svolta al 61° Convegno di studi amministrativi, in: www.giustizia-amministrativa.it.*; GIUSTI, *Società in house – I requisiti dell'in house fra princìpi giurisprudenziali e nuove regole codificate*, in: *Giur. It.*, fasc. 4/2017, 439, ss.

[42] Sul punto cfr. E. CODAZZI, *La giurisprudenza sulle società c.d.in house: spunti per una riflessione sul tema tra "anomalia" del modello e (in)compatibilità con il diritto societario, in: Giurisp. Comm., fasc. 2/2015, p. 236, segg.*

[43] A livello nazionale: Cons. di Stato, III, 24 ottobre 2017, n. 4902; Cons. Stato, V, 18 luglio 2017, n. 3554; Cons. di Stato, sez. V, 10 settembre 2014, n. 4599.

[44] In questi termini il considerando 5 della Direttiva 2014/24/UE, secondo cui "*è opportuno rammentare che nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva*"

[45] In questo senso: sentenza della Grande Sezione in data 9 giugno 2009, in causa C-480/06; Sentenza 6 aprile 2006, in causa C-410/04.

[46] In questi termini si è espressa la Commissione europea nella *Comunicazione interpretativa sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati* – PPPi documento C(2007)6661 del 5 febbraio 2008, la quale ha chiarito che "*nel diritto comunitario, le autorità pubbliche sono infatti libere di esercitare in proprio un'attività economica o di affidarla a terzi, ad esempio ad entità a capitale misto costituite nell'ambito di un partenariato pubblico-privato. Tuttavia, se un soggetto pubblico decide di far partecipare un soggetto terzo all'esercizio di un'attività economica a condizioni che configurano un appalto pubblico o una concessione, è tenuto a rispettare le disposizioni del diritto comunitario applicabili in materia*".

circa la possibilità che nel mercato il servizio non possa essere reso in maniera più soddisfacente, accessibile ed inclusiva in relazione ai bisogni della comunità, secondo un parametro di valutazione dato dalla proporzionalità.

Nell'ordinamento interno si assiste, invece, ad un percorso inverso che testimonia una evidente diffidenza del legislatore nei confronti del modello *in house.* Viene infatti espressamente stabilito, all'art. 4 commi 7 e 8 del d.l. 6 luglio 2012 n. n. 95[47] un divieto pressocché assoluto per le amministrazioni di ricorrere al modello in questione, dovendo acquisire sul mercato i beni e servizi strumentali alla propria attività (comma 7) e potendo ricorrere all'affidamento diretto solo a favore di società a capitale interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione *in house*.

Inoltre, a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale del comma 8[48], per un lungo periodo di tempo, secondo i giudici del Consiglio di Stato l'affidamento diretto non risulta più percorribile dalle pubbliche amministrazioni, operando unicamente il principio dell'affidamento con gara di cui al co. 7[49]

Successivamente, il codice dei contratti pubblici all' art. 192 e il Testo Unico in materia di società partecipate, all'art. 16, che rappresentano il primo tentativo di fornire all'istituto in esame una disciplina positiva dotata di compiutezza, riaprono all'affidamento diretto ma, a differenza dell'approccio europeo, vincolano la scelta ad una serie di gravosi adempimenti volti a dimostrare, a monte la convenienza del ricorso al modello[50].

In particolare, il comma 2 dell'articolo 192 del d. lgs. n. 50/2016 subordina l'affidamento *in house* ad una motivazione aggravata che dia conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato e dei benefici per la collettività connessi all'opzione per la forma di gestione prescelta, "*anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche*".

Nonostante i dubbi espressi dal Consiglio di Stato[51] sulla compatibilità della norma con il diritto UE e quelli espressi dal il Tribunale amministrativo regionale della Liguria[52], che ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 192 nella parte in cui prevede che le stazioni appaltanti diano conto, nella motivazione del provvedimento di affidamento *in house*, «*delle ragioni del mancato ricorso al mercato*», la norma è stata giustamente considerata compatibile sia con il diritto UE, sia con il la Costituzione[53], rientrando nella

[47] Convertito con modificazioni dalla L. 7 agosto 2012, n. 135
[48] Cfr. Corte Costituzionale, con sentenza 16 - 23 luglio 2013, n. 229.
[49] Cfr. Cons. di Stato, III, 7 maggio 2015, n. 2291.
[50] In argomento: Cons. di Stato, V, 22 novembre 2017.
[51] Cfr. Cons. di Stato, ordinanza 7 gennaio 2019, n. 138.
[52] Cfr. Tar Liguria, ordinanza 15 novembre 2018, n. 886.
[53] Cfr. Corte Costituzionale 27 maggio 2020, n. 100.

discrezionalità del legislatore statale la possibilità di imporre limiti al principio di autoregolazione.
A sua volta, l'art. 16 comma 1 del D. legis. n. 175/16 consente affidamenti diretti di contratti pubblici da parte delle amministrazioni solo a società costituite per tale scopo e con intero capatale pubblico.
Il d. lgs. n. 201/2022 si pone nella medesima direzione, anche se viene introdotta un'importante novità che, come vedremo, riguarda proprio i servizi a rilevanza economica a rete.
In via generale, l'art. 17, contenuto nel titolo III Capo II del decreto rubricato "Forme di gestione del servizio pubblico locale", prevede espressamente tra le modalità di organizzazione del servizio pubblico locale, quella *in house*. Al comma 1, in particolare, il legislatore richiama la disciplina, quanto ai limiti e alle modalità, già prevista in materia di contratti pubblici e di cui al Testo unico in materia di società partecipate, confermando la logica sussidiaria dell'istituto.
Con una formulazione in larga parte sovrapponibile a quella dell'art. 192 del codice dei contratti pubblici, il comma 2 dell'art. 17 prevede, per gli affidamenti c.d. sopra soglia, una motivazione qualificata da parte dell'ente locale della scelta o della conferma del modello dell'autoproduzione, ai fini di una efficiente gestione del servizio[54].
Le riflessioni fin qui svolte ci introducono alla questione specifica oggetto di esame che riguarda l'interpretazione restrittiva che alcune sezioni regionali di controllo della Corte dei Conti e l'A.G.C.M. hanno dato delle disposizioni di coordinamento previste all'art. 33 del d. lgs. n. 201/22, in relazione al divieto per gli enti di governo degli ambiti territoriali ottimali, sulla cui base la gestione dei rifiuti urbani è obbligatoriamente organizzata[55], di partecipare direttamente o indirettamente a soggetti incaricati della gestione del servizio previsto dall' art. 6 comma 2 del medesimo decreto, in attuazione del principio di distinzione tra funzioni di regolazione e gestione nell'assetto organizzativo degli enti locali in materia di servizi pubblici locali, stabilito al primo comma del medesimo articolo. Tale principio, infatti, sebbene non la escluda, costituisce un ulteriore limite oggettivo e codificato alla possibilità di ricorrere alla forma di gestione *in house* nel nostro ordinamento.

4. La distinzione tra funzioni di regolazione e gestione nell'assetto organizzativo degli enti locali in materia di servizi pubblici locali.

[54] Tale motivazione deve indicare quali benefici per la collettività della forma di gestione prescelta con riguardo agli investimenti, alla qualità del servizio, ai costi dei servizi per gli utenti, all'impatto sulla finanza pubblica, nonché agli obiettivi di universalità, socialità, tutela dell'ambiente e accessibilità dei servizi, anche in relazione ai risultati conseguiti in eventuali pregresse gestioni in house , tenendo conto dei dati e delle informazioni risultanti dalle verifiche periodiche di cui all'articolo 30".
[55] Ai sensi dell'art 200 del d. lgs n. 152/06.

L'art. 6 del d.lgs. 201/2022 rappresenta la prima esplicazione del criterio di delega previsto dall'art.8 comma 2 della l. 118/2022 e cioè quello di "adeguata considerazione nell'individuazione del regime giuridico delle differenze tra i servizi di interesse economico generale a rete e gli altri servizi pubblici locali di rilevanza economica"[56].

Tale distinzione è, altresì, individuata sul piano delle definizioni dall'art. 2, ove il legislatore, dopo aver dettato alla lett. c) la definizione di servizio pubblico economicamente rilevante, definisce alla lett. d) "servizi di interesse economico generale di livello locale a rete" o "servizi pubblici locali a rete" quei servizi di interesse economico generale di livello locale suscettibili di essere organizzati tramite reti strutturali o collegamenti funzionali necessari tra le sedi di produzione o di svolgimento della prestazione oggetto di servizio, sottoposti a regolazione ad opera di un'autorità indipendente". La sussistenza della rete, oltre ad avere una rilevanza sul piano strutturale, assume rilevanza anche sul piano della disciplina e del regime giuridico del servizio, in quanto vengono in rilievo esigenze ulteriori e diverse, comunque funzionali ai valori sociali sottesi ai servizi pubblici locali.

Come anticipato, l'art. 6 pone, al comma 1, il principio di distinzione e di esercizio separato tra funzioni di regolazione, di indirizzo e di controllo e funzioni di gestione dei servizi pubblici locali. Viene specificato che il principio si applica a livello locale e riguarda esclusivamente i servizi a rete[57].

La disposizione è, altresì, volta a soddisfare l'esigenza segnalata dalla Corte Costituzionale di evitare "la commistione, in capo alle medesime amministrazioni, di ruoli tra loro incompatibili"[58], imponendo la distinzione sia in via di principio sia con misure applicative tra soggetto regolatore e soggetto regolato, soggetto controllore e soggetto controllato.

Su tali presupposti, il comma 1 dell'art. 6 del decreto delegato prevede che "ferme restando le competenze delle autorità nazionali in materia di regolazione economico-

---

[56] Sulle peculiarità dei servizi pubblici a rete, si veda S. TORRICELLI, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità. Un'analisi a partire dal settore dei servizi «a rete»*.

[57] Il principio era già stato introdotto con il D.p.r. 7 settembre 2010, n. 168, art. 8. Le norme del regolamento perseguono tale obbiettivo attraverso una serie di incompatibilità e divieti rivolti a coloro che a vario titolo operano nelle funzioni di stazione appaltante, di regolazione, di indirizzo e di controllo (amministratori, dirigenti, responsabili, consulenti collaboratori), ed ai rispettivi familiari (il coniuge ed i parenti ed affini entro il quarto grado). In dottrina G. SIRIANNI, *La separazione tra funzioni di regolazione di gestione nei servizi pubblici di rilevanza economica, secondo il DPR 108 del 2010. Molto rumore per nulla?* in *Amministrazione in cammino*18.05.2011.

[58] Secondo la Consulta, nel comparto dei servizi pubblici locali di interesse economico generale sono presenti numerosi operatori partecipati dagli enti pubblici territoriali affidanti. Pertanto, la distinzione tra funzioni di regolazione e compiti di gestione dei servizi pubblici locali, risulta essenziale per garantire imparzialità e neutralità nell'ottica di tutela degli utenti e di raggiungimento degli obiettivi individuati nell'art. 1 e 3 del medesimo decreto. Cfr. Corte Costituzionale 15 marzo 2013, n. 4. Sul tema, A. CARDONE, *Autorità indipendenti, tutela della concorrenza e leale collaborazione,* in *Foro di Quaderni Costituzionali*, 5 luglio 2013.;

tariffaria e della qualità, a livello locale le funzioni di regolazione, di indirizzo e di controllo e quelle di gestione dei servizi pubblici locali a rete sono distinte e si esercitano separatamente".

Tale distinzione si attua con modalità differenti. Se titolare delle funzioni di controllo è l'ente di governo di un ambito ottimale o una delle autorità specificamente istituite per la regolazione e il controllo dei servizi pubblici locali, questi non possono direttamente o indirettamente partecipare a soggetti incaricati della gestione del servizio che, però, potrà essere svolto da una società partecipata dagli enti locali ricompresi nell'ambito. (art. 6 comma 2)

Qualora, invece, titolare del servizio è l'ente locale singolo cui spettano le funzioni di regolazione, nell'ipotesi in cui questo voglia assumere direttamente o per mezzo di soggetto partecipato la gestione del servizio, dovrà adottare misure organizzative adeguate a far sì che le strutture, i servizi, gli uffici e le unità organizzative dell'ente ed i loro dirigenti e dipendenti, preposti allo svolgimento di funzioni di regolazione, non possano svolgere alcuna funzione o alcun compito inerente alla gestione ed al suo affidamento (art. 6 comma 3).

Inoltre, al comma 4, sono state introdotte una serie di ipotesi di inconferibilità, già richiamate in apertura del presente lavoro, tra soggetti cui spettano funzioni di regolazione e soggetti incaricati della gestione del servizio (comma 5)[59].

5. Il regime transitorio di cui all'art. 33 comma 2 e l'interpretazione restrittiva della Corte dei Conti e dell'A.G.C.M.

Le previsioni dell'art. 6 del d.lgs. n. 201/22, finalizzate alla distinzione fra funzioni di regolazione e gestione dei servizi pubblici negli enti locali, vanno raccordate con quanto disposto dal successivo art. 33 rubricato "Disposizioni di coordinamento in materia di servizio idrico e di gestione dei rifiuti urbani". Tale norma, al comma 1, prevede che il divieto stabilito all'art. 6 comma 2 di assumere partecipazioni nei soggetti gestori non si applichi alle partecipazioni degli enti di governo dell'ambito del servizio idrico integrato e dei servizi di gestione dei rifiuti urbani in relazione agli affidamenti in essere alla data di entrata in vigore del decreto stesso. Ciò al fine di garantire il rispetto degli impegni contenuti nel PNRR relativi agli investimenti in infrastrutture ambientali per la transizione ecologica.[60]

Il secondo comma dell'art. 33, invece, introduce una deroga transitoria volta a "facilitare l'attuazione dei piani d'ambito in via di definizione" e prevede che il descritto divieto si applichi alle partecipazioni degli enti di governo dell'ambito del servizio di gestione dei rifiuti urbani, a decorrere dal 30 marzo 2023. In buona

[59] per cui sussiste la preclusione temporanea fino ad un anno dalla cessazione della causa di inconferibilità a ricevere incarichi di amministrazione o controllo societario o gestione del servizio.

[60] Imponendo in questo caso, il rispetto delle disposizioni dell'articolo 6, comma 3 relative alle misure organizzative di separazione delle funzioni previste per gli enti locali singoli.

sostanza, gli enti d' ambito del solo servizio di gestione di rifiuti urbani non possono direttamente o indirettamente partecipare a soggetti incaricati della gestione del servizio a partire dalla data del 30 marzo 2023.

Questa disposizione è stata oggetto di una interpretazione estremamente restrittiva da parte della Corte dei Conti espressasi sul punto in più occasioni[61] nell'esercizio delle sue funzioni di controllo, ai sensi dell'art. 5, comma 3, del d. lgs. n. 175 del 2016, condivisa anche dall' Autorità garante delle Concorrenza e del mercato[62], sebbene in modo fugace, nell'ambito degli ulteriori controlli posti in capo alla stessa dal medesimo articolo del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica[63] , relativi alla possibilità di esercitare i poteri di cui ai primi due commi dell'articolo 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287[64].

Secondo questo orientamento, la deroga prevista dall'art. 33 comma 2 avrebbe operato esclusivamente se entro la data del 29 marzo gli enti d'ambito che potevano beneficiarne avessero provveduto, non solo ad acquisire le partecipazioni, ma anche ad affidare la gestione del servizio, facendo la norma rifermento al soggetto "incaricato".

Sul piano sistematico, viene proposto l'argomento per cui la norma contenuta nel comma 2 dell'art, 6, sarebbe un corollario, ovvero una mera declinazione del

---

[61] Corte conti, Sezione controllo Campania, delibere 23/02/2023, n. 13; 29/03/2023 n. 85; Corte Conti, sezione controllo Puglia delibera 5/03/2023, n. 36.

[62] Pareri AGCM sulle delibere di acquisizione di partecipazioni dei Consigli d'ATO Napoli 1 (delibera n. 6 del 27 marzo 2023 – parere rif. S4652 del 12/05/2023) e Napoli 3 (delibera n. 3 del 27 marzo 2023 – parere rif. S4654 del 12/05/2023). I pareri in questione, trattano solo in apertura e in modo molto superficiale la questione oggetto di questo articolo e si concentrano invece su aspetti puntuali relativi all'istruttoria svolta dai rispettivi enti di governo degli ambiti prima di deliberare il modello di gestione *in house.*

[63] Tale disposizione prevede che "L'amministrazione invia l'atto deliberativo di costituzione della società o di acquisizione della partecipazione diretta o indiretta all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che può esercitare i poteri di cui all'articolo 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287, e alla Corte dei conti, che delibera, entro il termine di sessanta giorni dal ricevimento, in ordine alla conformità dell'atto a quanto disposto dai commi 1 e 2 del presente articolo, nonché dagli articoli 4, 7 e 8, con particolare riguardo alla sostenibilità finanziaria e alla compatibilità della scelta con i princìpi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa. Qualora la Corte non si pronunci entro il termine di cui al primo periodo, l'amministrazione può procedere alla costituzione della società o all'acquisto della partecipazione di cui al presente articolo".

[64] A mente del quale "1. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato.2. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette, entro sessanta giorni, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'Autorità può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni.2. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette, entro sessanta giorni, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'Autorità può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni".

principio, di cui al comma 1[65] secondo cui le funzioni di regolazione, di indirizzo e di controllo e quelle di gestione dei servizi pubblici locali a rete sono distinte e si esercitano separatamente. Non essendo stata differita dal regime transitorio in esame anche questa disposizione, la stessa trova applicazione immediata anche nei confronti degli enti di governo. Ne consegue che la semplice delibera di scelta del modello di gestione e l'atto di costituzione di una società a capitale interamente pubblico o l'acquisto di un pacchetto azionario, secondo lo schema dell' *in house*, avvenuti entro il termine previsto dall' art. 33 comma 2 del d.lgs. n. 201/23, senza il materiale affidamento della gestione del servizio, non consente di ritenere rispettato il principio di distinzione tra soggetto regolatore/controllore e soggetto regolato/controllato e di esercizio separato delle relative funzioni in presenza.
In buona sostanza, sulla base della lettura combinata delle disposizioni dettate dai commi 1e 2 dell'art. 33, il 29 marzo 2023, costituirebbe il termine ultimo non solo per l'acquisto della partecipazione ma anche per l'affidamento del servizio pubblico.
In base all'argomento teleologico, inoltre, non viene ravvisata alcuna esigenza transitoria di coordinamento rispetto ad operazioni societarie, che alla data di entrata in vigore del decreto di riordino dei servizi pubblici locali, non erano state neppure deliberate.
Anche seguendo l'argomento letterale, secondo la Corte, si perverrebbe alla medesima conclusione. L'art. 33 comma 2, infatti, differisce il termine iniziale di applicazione dell'art. 6, comma 2, il quale prevede espressamente il divieto per gli enti di governo d'ambito di partecipare «direttamente o indirettamente soggetti incaricati della gestione del servizio», pertanto è quest'ultima disposizione a presupporre già l'esistenza dell'affidamento dell'incarico di gestione del servizio per cui <<non rileverebbe una qualsiasi partecipazione, ma una partecipazione "qualificata" dal riferirsi ai soggetti incaricati della gestione del servizio>>[66].
Secondo la Corte, ove ai fini dell'applicazione dell' art. 33, comma 2, si ritenesse sufficiente l'adozione, entro il 29.3.2023, di un mero atto deliberativo di costituzione di una società o di acquisizione di un partecipazione, per poi procedere, solo in un momento successivo, all'affidamento in house del servizio, <<si perverrebbe all'inaccettabile conclusione di rinviare l'applicazione del divieto in esame a un termine non identificabile, perché rimesso alla volontà degli enti di governo d'ambito e dei soggetti da questi ultimi incaricati della gestione del servizio>>.
A supporto di tale ultimo argomento, si osserva, infine, che in ogni caso, ciò che rileva ai fini dell'applicazione del regime transitorio non è la mera adozione dell'atto deliberativo, bensì la sottoscrizione dell'atto costitutivo o del contratto di acquisto

[65] Ciò sarebbe desumibile dallo stesso incipit del comma 2 "al fine di garantire il rispetto del principio di cui al comma I", il quale disvelerebbe lo stretto legame tra il divieto di acquisire partecipazioni con il principio di distinzione tra funzioni regolatorie e quelle di gestione diretta.
[66] Corte conti, Sezione controllo Campania, delibera 23/02/2023, n. 13.

della partecipazione, in quanto il procedimento di formazione di una società o quello di acquisizione di una partecipazione in un organismo già esistente, consta di una fase pubblicistica "preordinata ad autorizzare l'assunzione di una partecipazione societaria o la costituzione di una società" e di una fase privatistica caratterizzata da atti negoziali che si collocano a valle della decisione dell'ente pubblico di ricorrere al modello societario.
Ciò, per la Corte dei Conti, è desumibile anche dall'art. 2, comma 1, lett. f) del TUSP, nel quale la "partecipazione" è definita come la titolarità di rapporti comportanti la qualità di socio in società" ed è solo con la stipulazione del contratto di acquisizione della partecipazione o dell'atto costitutivo che l'ente pubblico acquista la qualifica di socio.
Infine, viene creato un singolare collegamento fra il primo comma dell'art. 33 che, come visto, prevede l'esclusione dall'applicazione dell'art. 6 comma 2 alle gestioni già in essere alla data di entrata in vigore del decreto ed è motivato con esigenze di salvaguardia degli obiettivi del PNRR e il termine del 30 marzo stabilito nel secondo comma per la diversa fattispecie che si sta esaminando motivata dalla volontà di consentire la conclusione dei percorsi di definizione dei piani d'ambito.
Tale collegamento viene a sua volta messo in relazione con l'art. 17 comma 3 del d.lgs. 201/2022 che prevede prima della stipula del contratto di servizio con la società costituita ex novo o con quella di cui si sono acquisite le quote, un c.d. *stand still period* di sessanta giorni dalla pubblicazione della delibera di affidamento del servizio alla società *in house*. Ciò impedirebbe di deliberare l'affidamento *in house* in tempo utile per giovarsi della clausola di salvezza di cui al comma 1 dell'art. 33, che consente la prosecuzione dellesole gestioni in essere ossia di quelle per le quali c'è stata la stipulazione del contratto".

6. *Profili critici dell'orientamento esaminato e una possibile lettura alternativa delle norme. Conclusioni*

Le richiamate delibere della Corte dei Conti sembrano del tutto obliterare la finalità principale per cui il regime transitorio previsto dall'art. 33 comma 2 del d.lgs. n. 201/22 è stato introdotto che, a parere di chi scrive, non è quella di conservare l'attività già svolta dagli enti di governo di ambito in relazione ai piani in corso di definizione in una logica protesa ad attuare i principi di economicità ed efficienza dell'azione amministrativa, ma quella di salvaguardare l'esercizio già svolto della funzione fondamentale di indirizzo sottesa alla attività di pianificazione, con cui i Consigli d'ambito, rappresentanti indiretti delle comunità rientranti nell'ambito, si sono espressi in ordine alla conformazione che il servizio deve assumere. Tanto, ferma restando la necessità che l'eventuale scelta della forma di gestione *in house*, per essere legittima, sia assistita da tutti i presupposti che ne giustifichino il ricorso, con

conseguente esclusione dei modelli aperti totalmente o parzialmente al mercato, già ampiamente analizzati e dei quali deve essere dato conto.
Posto sotto questa luce, l'approccio della magistratura contabile appare rigido al punto da costituire una forma di *interpretatio abrogans* della disposizione in esame, merita una revisione critica.
In particolare, in relazione all'argomento sistematico utilizzato dalla Corte, una interpretazione logico – sistematica delle norme del d.lgs. n. 201/22, induce a ritenere che il divieto di concentrazione tra funzioni regolatorie e funzioni gestorie in capo ad un unico soggetto di cui al comma 1 dell'art.6 costituisca senz'altro principio generale, mentre il successivo comma 2 si configuri come una specificazione attuativa del principio stesso sancito al comma precedente.
Ciò non impedisce al legislatore di prevedere che l'attuazione del principio debba coordinarsi con esigenze proprie di alcuni settori e con tempi e modalità che possono derogare o comunque differire l'applicazione ordinaria del principio. In questo senso, l'art. 33 comma 2, non costituisce una deroga al principio generale, ma una forma transitoria di coordinamento della disciplina attuativa prevista al comma 2 dell'art. 6, con le esigenze proprie di taluni settori, individuati dallo stesso art. 33.
Da un punto di vista logico, la previsione di una normativa derogatoria di "coordinamento" quale l'art. 33, suggerisce l'impiego di criteri interpretativi capaci di favorirne una concreta applicazione, che nel caso di specie, è volta al soddisfacimento del dichiarato intento del legislatore di dare "piena attuazione degli impegni contenuti nel piano nazionale di ripresa e resilienza" e di "consentire l'attuazione di piani di ambito in via di definizione". Da ciò deriva che una lettura autonoma dei due commi dell'art. 33 non solo è possibile ma è anche necessaria.
Le due disposizioni non dovrebbero essere lette congiuntamente, in quanto hanno finalità tra di loro diverse con cui il legislatore ha voluto introdurre due deroghe di contenuto differente al principio di separazione tra attività di regolazione e attività di gestione e la cui diversità si giustifica proprio con riguardo al diverso fine che ha inteso perseguire: in un caso l'attuazione del PNRR, nell'altro la necessità di non disperdere tutte le attività poste in essere dalla pubblica amministrazione per la redazione dei piani d'ambito, sia sul piano economico e, quindi, delle risorse investite, sia in termini di mezzi giuridici impegnati, sia come detto, per salvaguardare la funzione fondamentale di indirizzo politico già espressa di adottare la forma di gestione *in house*[67] .
L'interpretazione della Corte dei Conti secondo cui entro il termine del 30 marzo 2023 stabilito dall'art. 2 dell'art. 33 si debba pervenire all'affidamento del servizio

[67] D'altra parte, l'inopportunità della lettura combinata dei due commi, è facilmente ravvisabile anche dal diverso ambito soggettivo di operatività delle deroghe. Mentre il primo comma si riferisce sia alle partecipazioni degli enti di governo dell'ambito del servizio idrico integrato di che a quelle degli enti di governo dei rifiuti urbani il secondo comma, invece, si riferisce solo alle seconde.

perché la gestione possa essere definitivamente sottratta alla concorrenza, ai sensi della diversa previsione di cui al comma, è da ritenersi, perciò, in contrasto con i principi generali dell'ordinamento richiamati dall'art. 12 delle preleggi, per cui le norme devono essere interpretate senza attribuire ad esse altro senso rispetto a quello fatto palese dal significato proprio delle parole e nel rispetto delle intenzioni del legislatore.

Peraltro, il collegamento individuato dall'organo di controllo fra le previsioni dei due commi dell'art. 33 renderebbe sostanzialmente inapplicabile la previsione di cui all'art. 33 comma 2 a tutte le ipotesi non ancora esistenti di gestione, non essendo materialmente oltre che tecnicamente possibile, nel trimestre di differimento riconosciuto agli enti d'ambito rispetto alla entrata in vigore del decreto, svolgere i plurimi adempimenti puntualmente richiamati dalla stessa Corte dei Conti perché si addivenga all'affidamento del servizio e quindi vi sia una gestione esistente che consenta l'operatività della previsione del comma 1 dell'art.33.

A sua volta, l'argomento teleologico, in base al quale una lettura disgiunta dei due commi dell'art.33 non sarebbe giustificata da alcuna esigenza reale di coordinamento non tiene adeguatamente conto del fine di consentire non solo la definizione ma anche l'attuazione di piani di ambito ancora in via di definizione che si propone il comma 2. Non a caso, l'art. 33 comma 2 non fa alcuna menzione all'affidamento del servizio, riferendosi esclusivamente alle "partecipazioni".

In questo sensom se la nozione di partecipazione cui fare riferimento fosse quella tecnica di cui all'art. 2 comma 1, lett. F del TUSP, come ritenuto dalla Corte, il termine del 29 marzo non avrebbe potuto mai essere rispettato da enti d'ambito che non avessero già approvato il relativo piano.

Ciò in quanto, come evidenziato nell'analisi svolta, prima di procedere ad avviare la vita commerciale della società, l'atto costitutivo della stessa o acquisitivo della partecipazione in un sogetto già esistente è soggetto ad una serie di adempimenti, fra cui il controllo sia della Corte dei Conti che dell'AGCM da cui sono scaturiti gli orientamenti analizzati[68] (60 giorni) e l'ulteriore periodo di sospensione della stipula del contratto previsto dall'art. 117 comma 3 che decorre dalla pubblicazione della delibera di avvenuto affidamento del servizio al soggetto gestore (ulteriori 60 giorni).

In questo senso, il termine partecipazione non può non essere messo in relazione con la finalità della deroga consentendo di ritenere soddisfatto il requisito con l'adozione dell'atto che individua la forma di gestione e delibera sulla costituzione della società *in house* o sull'acquisizione di partecipazioni in società già esistenti. entro il termine assegnato dal legislatore.

[68] come dimostra il fatto che tutte le delibere con cui la stessa si è pronunciata sono intervenute a fine marzo, cioè a ridosso della scadenza del termine.

La lettura proposta si fonda sull' assunto per cui le norme del d. lgs. n. 2012/22 che attribuiscono all'ente titolare del servizio l'autonomia nella determinazione di condizioni, principi, obiettivi e standard (art. 8 comma 2), così come nella scelta delle modalità di gestione (art. 14), in quanto espressioni delle funzioni fondamentali attribuite all'ente titolare del servizio, non possono essere limitate dall'applicazione di altre disposizioni dello stesso decreto o di fonti settoriali ulteriori.
Pertanto, nel caso di conflitto potenziale, fra più interpretazioni possibili delle norme giuridiche positive, deve essere privilegiata quella più conforme alla Costituzione[69].
Così, il rispetto della funzione fondamentale di indirizzo politico che si realizza attraverso le attività di assunzione, programmazione e scelta del modello di gestione di un servizio pubblico locale, impone di interpretare le norme che possano in qualche modo limitare detta funzione nella maniera sempre più favorevole a garantire il pieno esercizio della stessa, anche a tutela del principio democratico che negli enti locali conosce la sua attuazione più viva.
Tanto più che nel caso di specie, è il legislatore stesso a bilanciare, a monte, il principio di separazione fra funzioni di indirizzo e controllo e funzioni di gestione in capo all'ente di governo dell'ambito rifiuti, introdotto con il divieto di partecipazione alla gestione, imposto dall'art. 6 comma 2 con l'attuazione della deroga prevista all'art. 33 comma 2 del d.lgs. n. 201/22, prevedendo in questo secondo caso che all'ente d'ambito si applichino le disposizioni previste dall'art. 6 comma 3 per tutti gli enti locali che prevedono l'adozione di misure idonee a non creare interferenze fra gli uffici e le strutture che si occupano della funzione di controllo con quelli che, invece, si occupano della gestione.

[69] Sulla portata autoapplicativa dei principi fondamentali e integrativa di quelli generali, V. CRISAFULLI, *A proposito dei principi generali del diritto e di una loro enunciazione legislativa, in Jus 1940, 193 ss.*