

LE PRINCIPALI NOVITA' NEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI. ALCUNI ASPETTI PROBLEMATICI DELLA RIFORMA

Paolo Polimanti

Sommario: 1. La libera concorrenza nei servizi pubblici locali: una meta irraggiungibile? – 2. Le novità introdotte dall'art. 23 bis della legge 133/2008 e dall'art. 15 del d.l. 135/2009. Le modalità di affidamento del servizio: a) la procedura competitiva e l'affidamento a società miste quale opzioni ordinarie – 3. Segue ... b) Le modalità di affidamento "in deroga" – 4. Segue ... c) Le altre novità della riforma: il divieto di partecipazione a gare; la durata degli affidamenti diretti ed il periodo transitorio; i bacini di gara; il personale – 5. Alcune zone d'ombra della riforma: a) l'individuazione delle disposizioni abrogate nell'art. 113 TUEL e nelle discipline di settore; b) L'affidamento simultaneo di più servizi e i bacini di gara; c) Servizi di interesse generale e servizi pubblici locali; d) i rigidi vincoli del patto di stabilità; – 6. Profili di tenuta costituzionale – 7. Considerazioni conclusive

1. La libera concorrenza nei servizi pubblici locali: una meta irraggiungibile?

Nel corso del secolo XX, nel settore dei servizi pubblici locali, il legislatore si è sempre opposto alla introduzione di un regime di libera concorrenza nel timore che una gestione meramente imprenditoriale, finalizzata solo alla massimizzazione dei profitti, non avrebbe tenuto conto delle esigenze sociali sottese alla necessità di garantire a tutti i cittadini la possibilità di assicurarsi determinati servizi a condizioni non eccessivamente onerose. A questo si sono aggiunte le resistenze delle amministrazioni pubbliche ad introdurre un regime effettivamente concorrenziale, con la prevedibile conseguenza che il settore è stato oggetto di un lungo processo di riforma il quale, avviato nel 1990, ad oggi non può dirsi ancora concluso.

L'origine di questo processo coincide con l'art. 22 della legge 8 giugno 1990, n. 142, il quale apre il settore, se pur timidamente, alle dinamiche concorrenziali, anche se, sotto la spinta del diritto comunitario¹, il legislatore sarà costretto, da lì a qualche anno, a varare una seconda riforma. Infatti,

¹ La riforma del 1990 è figlia di un'epoca in cui il principio della concorrenza in relazione ai servizi pubblici non era stato ancora pienamente recepito dal nostro legislatore, venne modificata proprio sotto la spinta di un atto di messa in mora nell'ambito di una procedura di infrazione ex art. 226 trattato CE. Con l'atto 8 novembre 2000 (sg. (2000)D/108243) in www.dirittodeiservizipubblici.it, la Commissione ha affermato che l'art. 22 L. 142/1990 risultava in contrasto con gli obblighi comunitari. In particolare, a parere della Commissione, la possibilità per gli enti locali di realizzare affidamenti diretti di appalti pubblici di servizi ovvero di concessioni di servizio a soggetti terzi (così considerabili in base alle linee individuate dalla sentenza Teckal) costituiva rispettivamente una violazione delle direttive 92/50/CEE e 93/38/CEE ovvero degli artt. 49 e seguenti del trattato CEE

dopo lungo ed estenuante dibattito² i servizi pubblici locali sono stati oggetto di una nuova disciplina delineata dall'art. 35 della legge 28 dicembre 2001, n. 448 (Legge Finanziaria per il 2002) che modificando l'art. 113 del T.U.E.L., (D.lgs. n. 267 del 2000, che nel frattempo aveva recepito l'art 22 della legge 142 del 1990), si poneva come obiettivo prioritario, quello dell'apertura del settore ad un regime di libero mercato³.

Il comma 1 dell'art 113 T.U.E.L., così come modificato dal citato art.35, introduce infatti una distinzione tra servizi pubblici locali di "rilevanza industriale"⁴ e quelli "privi" di tale rilevanza,

² Tentativi di riforma efficacemente ricostruiti da G. DI GASPARE, *I servizi pubblici locali verso il mercato*, in *Dir. Pubbl.*, 1999, p. 797 e ss.; G. CAIA, *le prospettive di riforma dei servizi pubblici locali e i principi in materia di servizi pubblici*, in *Nuova Rass.*, 1997, p. 1996 e ss.; G. PIPERATA, *I servizi pubblici locali: ragioni e contenuti di una riforma "difficile"*, in *Ist. Federalismo*, 2000, p. 397 e ss.; G. SANTAVITI, *La disciplina dei servizi pubblici nel disegno di legge sulla riforma delle autonomie locali*, in *Reg. gov. Loc.*, 1996 p. 47 e ss.; M. FERRI, P. BALDANZI, *I servizi pubblici locali: liberalizzazione, regolamentazione, forme di privatizzazione*, Rimini, 2000, p. 199 e ss

³ I contenuti del provvedimento di riforma riprendono, in parte, quelli ampiamente dibattuti e approfonditi durante la XIII legislatura ed in parte introducono ulteriori elementi di regolamentazione e di riassetto del settore. L'art. 35 è stato oggetto di significativi contributi da parte della dottrina italiana. In particolare, relativamente alla disciplina dei servizi pubblici locali, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 35 della legge n.448/2001, si richiamano, oltre quelle relative al numero monografico di *Dir. Regione*, N. , 2002 (dove si segnalano i contributi di A. VIGNERI, *Servizi pubblici locali al bivio*, p. 561 e ss.; V. DOMENICHELLI, *I servizi pubblici locali tra diritto amministrativo e diritto privato*, p. 637 e ss.) le analisi sulla portata generale dell'art. 35 di G. ARMAO, *I servizi pubblici locali tra riforma statale e competenze regionali*, in *Primo rapporto sullo stato delle autonomie locali*, Roma, 2002, p. 247; L. BENVENUTI, *Discrezionalità amministrativa e gestione dei servizi pubblici locali*, in *Dir. Regione*, 2002, p. 331; R. DAMONTE, *La gestione dei servizi pubblici locali dopo la finanziaria*, in *Urb. e appalti*, 2002, p. 253; M. DUGATO, *i servizi pubblici degli enti locali*, in *Gior. di dir. Ammin.*, 2002, p. 218; D. IELO, *Prime considerazioni sulla nuova riforma dei servizi pubblici locali*, in *rass. Giur. Ener. Elett.*, 2002, p. 71; M. LUCCA, *I servizi pubblici locali a rilevanza industriale dopo la legge 448 del 2001: una riforma tra regime di monopolio ed esternalizzazione dell'azionariato privato*, in *Dir. Regione*, 2002, p. 407; R. PERFETTI, *I servizi pubblici locali. La riforma del settore operata dall'art.35 della l.n.448/2001 ed i possibili profili evolutivi*, in *dir ammin.*, 2004, 4, pp.575ss.; A. VIGNERI, *Servizi pubblici locali al bivio*, in *Dir.Regione*, 2002, 4, pp561ss.; R.DAMONTE, *La gestione dei servizi pubblici locali dopo la finanziaria 2002*, pp.253-254; D. IELO, *Prime considerazioni sulla nuova riforma dei servizi pubblici locali*, in *Rass.Giuridica en.el.*, 2002, p.71ss.

⁴ La distinzione si presta, tuttavia, da subito a contrastanti interpretazioni. Secondo il codice civile, è industriale l'attività di produzione di beni e servizi, diversa dalle attività di intermediazione, di trasporto, bancaria, ed assicurativa e da quella ausiliaria alle precedenti. È quindi industriale ciò che produce un risultato nuovo, che sia bene o servizio, mediante l'impiego di fattori, capitale e lavoro, predisposti dall'imprenditore. La giurisprudenza fa riferimento, nel ricercare il carattere della rilevanza industriale a parametri vaghi, quali la rilevante organizzazione di uomini e mezzi e la complessità del processo di gestione (si veda Consiglio di Stato, sentenza 6 giugno 2003, n. 2380, in *Foro ammin.-Cons. Stato*, 2003, p. 1588), tanto che , nella difficoltà di individuare un criterio certo per la differenziazione delle due categorie basato sulla natura intrinseca del servizio, si era sostenuto che il fondamento della distinzione andava ricercato nella diversità di statuto giuridico, individuando pertanto un discrimen puramente normativo (A. GUALDANI, *Servizi a rilevanza industriale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2003, p. 13 ess.). La dottrina prevalente è concorde nell'individuare nei caratteri dell'imprenditorialità, concorrenzialità ed economicità i fattori che contraddistinguono i servizi pubblici di rilevanza industriale. Una prima tesi ricostruttiva (R. DAMONTE, *La gestione dei servizi pubblici dopo la finanziaria*, in *Urb e appalti*, 2002, p. 254) ravvisava la rilevanza industriale in quei servizi il cui svolgimento necessitasse di impianti, stabilimenti e dotazioni di carattere industriale atti a trasformare determinati beni preesistenti in nuovi beni o servizi da porre sul mercato: in questa ottica sarebbero rientrati in tale nozione i servizi di telecomunicazione , idrici, di fornitura di energia elettrica, di raccolta e smaltimento dei rifiuti e quanti altri ad essi assimilabili. In alternativa era stata prospettata la distinzione fra attività potenzialmente produttive di utili ed attività in astratto non lucrative (M. DUGATO, *I servizi pubblici degli enti locali*, op. cit., p. 219; A. MANCAZZO, *Confronti fra la nuova e vecchia disciplina sulle modalità di scelta del socio privato di minoranza di società miste*, in *Urb. e appalti*, 2002, p. 750), ovvero si era tentato di ricavare il carattere di non industrialità dalla giurisprudenza in materia di organismo di diritto pubblico (L. PERFETTI, *I servizi pubblici locali. La riforma del settore operata dall'art. 35 della l. 448 del 2001 ed i possibili profili evolutivi*, in *Dir. Ammin.*, 2002). Ulteriore chiave di lettura era quella orientata in chiave "finalistica", che puntava l'indice non tanto sullo strumento per l'erogazione del servizio (se impresa o meno), quanto piuttosto sul

quest'ultimi disciplinati dall'art. 113 *bis* T.U.E.L.⁵, prevedendo per i primi l'affidamento tramite gara ad evidenza pubblica. La procedura competitiva introdotta dalla riforma costituiva una novità di una certa rilevanza, in quanto per la prima volta l'ordinamento giuridico nazionale prevedeva l'obbligatorietà della gara per l'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali⁶.

L'art. 35, tuttavia, nel suo complesso, non permetteva un pieno adeguamento del settore ai principi comunitari in materia di tutela della concorrenza. In particolare le incompatibilità più evidenti riguardavano: a) l'affidamento diretto della gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali, quando separata dall'erogazione del servizio, a società di capitali con la partecipazione maggioritaria degli enti locali; b) gli affidamenti diretti previsti come regola in tema di gestione di servizi pubblici "privi di rilevanza industriale". Inoltre, la difficoltà di individuare i servizi considerati "a rilevanza industriale", aveva generato contenzioso in sede giudiziale.

Pertanto, la disciplina introdotta dall'art. 35 legge n. 448 del 2001, prima ancora di entrare a pieno regime, era destinata ad essere ancora modificata, anche a seguito dei numerosi rilievi mossi dalla giurisprudenza comunitaria⁷.

contenuto delle prestazioni, facendo sostanzialmente coincidere l'area con quella tipica dei servizi sociali (G. SCIULLO, *I servizi culturali degli enti locali nella finanziaria per il 2002*, in *Aedon*, n. 1/2002; in giurisprudenza TAR Campania, Napoli, 30 aprile 2003, n. 4203,). Anche quest'ultima distinzione non sembrava corrispondente alla *voluntas legis*, essendo il servizio sociale chiaramente individuato come sottoinsieme di quello privo di rilevanza industriale, conclusione avvalorata dal fatto che per tale tipo di attività l'art. 114 T.U.E.L. prevede il modello gestionale dell'istituzione, in contrapposizione ai più variegati modelli organizzativi ammessi all'area dei servizi privi di rilevanza industriale.

⁵ La rilevanza industriale del servizio, nel contesto dell'originario disposto dall'art. 35 l. n. 448/2001, andava a sostituire il precedente riferimento all'imprenditorialità, che nel sistema delineato dalla l. n. 142/1990 costituiva lo spartiacque per l'individuazione delle possibili forme di gestione (in argomento T. DI NITTO, *Commento all'art. 113*, in *La riforma degli enti locali*, Torino, 2002, p. 475; M. DUGATO, *I servizi pubblici degli enti locali*, op. cit., p. 119).

⁶ Altro elemento, di rilevante innovazione, contenuto nell'art. 35 della legge finanziaria per il 2002 concerne il vincolo di procedere alla separazione della responsabilità di gestione ed erogazione del servizio da quelle di gestione e manutenzione della rete, intesa quest'ultima come sistema di impianti e immobilizzazioni tecniche che costituiscono condizione infrastrutturale destinata a durare nel tempo, grazie alla quale è possibile procedere all'erogazione del servizio. Tale distinzione (sebbene tardiva in quanto già numerosi enti avevano conferito le reti nel capitale di imprese pubbliche locali, tra l'altro già quotate in borsa o cedute in parte a privati) fa chiarezza tra le prerogative e le responsabilità dell'ente locale, soggetto chiamato a realizzare e a mantenere le reti che consentono l'erogazione del servizio, e le prerogative di chi è invece chiamato ad esercitare la responsabilità di gestione ed erogazione del servizio. Osserva ancora A. VIGNERI, *Servizi e interventi pubblici locali*, 2004, p.207, che "L'introduzione del principio di concorrenza appare poco più di un tentativo, per le deroghe consentite, sia dall'autorizzazione a gestire a favore del privato proprietario dell'infrastruttura, sia nelle norme di carattere transitorio contenute nella legge n. 448/2001". Tuttavia "per la prima volta si legge in un testo avente portata generale dedicato ai servizi pubblici locali la parola concorrenza, anche se riferita soltanto all'erogazione del servizio (esclusa la gestione delle rete). La distinzione tra responsabilità di gestione delle reti e responsabilità di gestione ed erogazione del servizio è, almeno sul piano teorico, condizione necessaria per consentire e favorire l'introduzione di meccanismi di "competizione per il mercato" nella erogazione del servizio. E' infatti con una gestione delle reti distinta da quella del servizio che è possibile creare le condizioni per un accesso alle medesime, regolato ma non discriminatorio nei confronti degli eventuali differenti gestori

⁷ Corte di Giustizia, sentenza 18 novembre, 1999, causa C-107/98. A tale conclamata incompatibilità comunitaria, si aggiungeva una Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per le politiche comunitarie 19 ottobre 2001, n. 12727, interpretativa degli artt. 113 e seguenti del d.lgs. n. 267/2000 sull'affidamento alle società miste della gestione di servizi pubblici locali (Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per le politiche comunitarie 19 ottobre 2001, n. 12727). In quella sede, si precisava che l'affidamento della gestione del servizio alle società miste configura la fattispecie dell'appalto di pubblico servizio; per il quale si intende un contratto a titolo

Il legislatore, pertanto, varò una nuova disciplina a distanza di appena due anni attraverso l'art. 14 della l. 24 novembre 2003 n. 326 (che ha convertito in legge il d.l. n. 269/2003) e con l'art. 4, comma 234, della l. 24 dicembre 2003, n. 350⁸.

La riforma del 2003, oltre a sostituire il concetto di "rilevanza industriale" con quello di "rilevanza economica"⁹, ha provveduto a ridefinire le modalità di affidamento del servizio che, nelle intenzioni del legislatore, avrebbero dovuto fare un passo avanti verso la liberalizzazione del settore.

oneroso concluso in forma scritta tra una amministrazione aggiudicatrice ed un soggetto terzo prestatore di servizi. A tale contratto deve applicarsi la normativa comunitaria in materia costituita dalle norme del Trattato, cioè gli artt. 43 e 49, dalla direttiva che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di pubblici servizi n. 92/50/CE del 18 giugno 1992 e della direttiva n. 93/38/CE sui cosiddetti settori esclusi, e la relativa normativa nazionale di recepimento. Pertanto l'affidamento del servizio alla società mista deve avvenire di regola tramite gara con le procedure dell'evidenza pubblica.

⁸ Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2004 in G.U. 25 novembre 2003, n. 274 – S.O. n. 181. E' stato evidenziato (M. DUGATO, *La disciplina dei servizi pubblici locali*, op.cit., p. 122) che il legislatore statale nell'intervenire nuovamente sulla disciplina dei servizi pubblici locali, memore dei ricorsi già promossi dalle regioni per contestare la sua potestà legislativa sul tema, ha espressamente richiamato nel primo comma dell'art. 113 modificato il titolo di legittimazione del suo intervento costituito dal fatto che "le disposizioni che disciplinano le modalità di gestione e di affidamento dei servizi pubblici locali concernono la tutela della concorrenza e sono inderogabili ed integrative della disciplina di settore".

⁹ La dottrina, in merito alla nozione di "rilevanza economica" ha evidenziato come la matrice e l'estensione da attribuire a quel concetto non potranno che essere ricercati nell'ambito delle fonti comunitarie (S. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, op. cit., p. 209) In passato la giurisprudenza della Corte di Giustizia (Corte di Giustizia, sentenza 30 aprile 1974, causa 155/73, *Sacchi*, in Foro it., 1974, IV, col. 249) ha infatti tradizionalmente individuato nello svolgimento di attività economica il presupposto essenziale per delineare la fattispecie dell'impresa rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario della concorrenza. E', tuttavia, in tempi relativamente recenti che tale requisito ha assunto un ruolo preponderante, essendosi specificato che la qualifica di impresa va attribuita a qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dal suo stato giuridico e dalle sue modalità di finanziamento, ricomprendendovi qualsiasi attività di produzione di beni o servizi in astratto suscettibili di essere collocati sul mercato, senza che rilevi la circostanza che essa sia svolta direttamente da una pubblica amministrazione (della Corte di Giustizia, 23 aprile 1991, *Hofner*, causa C-41/90, in Raccolta, 1991, p. 1979) e ciò alla condizione che sia configurabile la presenza di un mercato almeno potenziale, o, detto in altri termini, che l'attività sia, anche solo astrattamente, gestibile dai privati con fini di lucro. E' stato quindi precisato che fuoriescono dal concetto di "economico", e quindi dalle regole concorrenziali, quelle attività che costituiscono una prerogativa intrinseca dello Stato, in quanto applicazione di tipici poteri pubblicistici. Al contempo è stato chiarito che non possono essere qualificate come economiche l'istruzione nazionale (in relazione al quale lo Stato non svolge un'attività lucrativa, ma assolve compiti di carattere generale nel campo sociale) e i regimi di base di previdenza obbligatoria che siano basati sul principio di solidarietà, in assenza di scopi lucrativi, e le cui prestazioni non risultino proporzionali all'importo dei contributi eventualmente versati (Corte di Giustizia, 17 febbraio 1993, cause riunite C-159/61 e C-160/91, *Poucet*, in Foro it., 1994, in particolare punti 18 e 19; Commissione europea, Comunicazione interpretativa *I servizi di interesse generale in Europa*, 11 settembre 1996, par. 18). Secondo l'ordinamento comunitario i servizi di interesse economico generale si distinguono dai servizi ordinari per il fatto che le autorità pubbliche ritengono che debbano essere garantiti con carattere di continuità, mediante l'imposizione di obblighi di servizio pubblico, anche quando essi non siano economicamente remunerativi e, pertanto, il mercato non sia sufficientemente incentivato a provvedervi da solo. L'attuale punto di approdo dell'elaborazione è esaurientemente sintetizzata dalla Commissione Europea nel Libro Verde sui servizi di interesse generale (COM-2003-270) del 21 maggio 2003. La Commissione, dopo aver precisato che le norme sulla concorrenza si applicano soltanto alle attività economiche, afferma che la distinzione che tra attività economiche e non economiche ha carattere dinamico ed evolutivo, essendo soggetto all'evoluzione tecnologica, economica e sociale, cosicché non sarebbe possibile fissare a priori un elenco definitivo dei servizi di interesse generale di natura non economica. In chiave di sintesi si può affermare che la giurisprudenza comunitaria ha di frequente mostrato di considerare non economiche quella attività svolte da soggetti che operano secondo un principio solidaristico, la stessa analisi casistica dimostra che lo scopo in sé per sé considerato non è elemento decisivo per la qualificazione della fattispecie, dovendo essere integrato da una valutazione in ordine alla possibilità che l'attività possa autonomamente "vivere nel mercato": in tal modo la categoria delle attività non economiche va a coincidere con le ipotesi nelle quali,

In realtà, la normativa del 2003, per quanto riguarda questo aspetto, non ha sortito gli effetti sperati. E', infatti, opinione comune che il legislatore ha fatto un passo indietro rispetto alla legge 448 del 2001, prevedendo nuovamente la possibilità, per gli enti locali, di rivestire funzioni gestorie¹⁰.

In base alla previsione del comma 5, infatti, gli enti locali accanto alle opzioni di cui alle lettere a) e b), che prevedono modelli competitivi¹¹, possono utilizzare anche lo strumento dell'affidamento 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"¹².

per un determinato assetto oggettivo – o per i vincoli normativi posti dai singoli legislatori per fini di interesse generale non sarebbe possibile l'autofinanziamento dell'impresa.

¹⁰ Secondo G. NAPOLITANO (*Regole e mercato nei servizi pubblici*, op. cit., 81) "tali disposizioni segnano un vero e proprio ritorno al passato, di dubbia compatibilità con l'ordinamento comunitario, perché traspongono le conclusioni giurisprudenziali raggiunte in materia di appalti al settore dei servizi. Né costituisce un idoneo temperamento la previsione, peraltro rinviata alle normative di settore di criteri di gradualità nella scelta delle modalità di conferimento del servizio" Nello stesso senso M. DUGATO, *La disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Gior. Dir. amm.*, 2004; parimenti critico S. VARONE, (*Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, 2004, 185) il quale segnala il pericolo "di travolgere tutta l'elaborazione giurisprudenziale che, sulla base di un faticoso percorso evolutivo, ha permesso di circoscrivere progressivamente i monopoli ed ha subordinato la legittimità degli interventi pubblici diretti ad occupare e precludere interi spazi di mercato al rigoroso rispetto di principi, quali quelli di proporzionalità e residualità, che si pongono quali strumenti per la tutela di valori e libertà cardine dell'unione europea". *Contra* A. QUIETI, A. ZUCCHETTI, *Normativa CE: concorrenza e gare in materia di servizi pubblici locali*, in *Foro amm.*, - *Cons. Stato*, p. 2003, p. 789 e ss., i quali commentando la disciplina introdotta dalla l. n. 448/2001, hanno ritenuto che, in assenza di una specifica regolamentazione comunitaria, la scelta di procedere all'individuazione del contraente privato tramite procedure ad evidenza pubblica non si sarebbe potuta considerare obbligata. Tali valutazioni non risultano comunque condivise dalla Commissione europea, che, aveva avviato una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia in ragione dell'allora vigente disciplina degli affidamenti.

¹¹ Il comma 5, infatti, dispone: "L'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio: a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica; b) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche; c) 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.

¹² Per quanto riguarda i servizi "privi di rilevanza economica" potranno, invece, essere gestiti nelle seguenti forme: a) in economia, quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio non sia opportuno procedere diversamente; b) a mezzo di istituzione; c) a mezzo di azienda speciale, anche consortile; d) a mezzo di 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 la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti pubblici che la controllano; e) a mezzo di associazione o fondazione, costituita o partecipata dall'ente locale medesimo, limitatamente ai servizi culturali e del tempo libero. Occorre, tuttavia, sottolineare che la giurisprudenza nazionale più recente ha progressivamente limitato la categoria dei servizi "privi di rilevanza economica" orientandosi verso un'interpretazione estensiva del concetto di rilevanza economica, estendendo, così il campo all'applicazione delle regole concorrenziali. Infatti, una Sentenza del TAR Sardegna (Sentenza n. 1729 del 2 agosto 2005 TAR Sardegna, sez I, Sent. n. 1729 del 2 agosto 2005) ha offerto interessanti spunti interpretativi riguardo alla nozione di servizi a rilevanza economica. L'oggetto della *querelle* riguardava un Comune che aveva affidato direttamente (secondo il modello "in house") una serie di servizi socio-assistenziali e socio-educativi (gestione della comunità alloggio per minori, del centro educativo diurno per minori e della mensa sociale, di assistenza domiciliare in favore di persone anziane o svantaggiate, di consegna di pasti caldi a domicilio, di lavanderia e stireria e la gestione del centro di aggregazione per anziani) ad una società controllata, a capitale interamente pubblico, ritenuti

Si è tentato, così, di salvaguardare il sistema da nuove censure da parte delle istituzioni comunitarie attraverso l'inserimento, nel testo legislativo, della ipotesi di affidamento diretto ammissibile secondo i requisiti stabiliti dalla sentenza c.d. *Teckal*¹³. Tuttavia, la strada percorsa dal legislatore del 2003 anziché andare nella direzione di una apertura al mercato, apre di fatto agli affidamenti diretti, in quanto la norma inserisce l'affidamento tramite gara tra le possibili alternative opzionabili dalle amministrazioni locali¹⁴.

privi di rilevanza economica. Gli stessi servizi, prima della delibera comunale che ha deciso l'affidamento diretto, erano stati esternalizzati dal Comune mediante gare di appalto. Il TAR sardo ha dichiarato illegittima la delibera comunale ritenendo che i servizi oggetto del contenzioso sono caratterizzati dalla *rilevanza economica* e, quindi, soggetti all'affidamento tramite procedura ad evidenza pubblica. Alla base della decisione del Giudice amministrativo vi è la convinzione che la distinzione tra servizi economicamente rilevanti e quelli privi di tale rilevanza è legata all'impatto che l'attività può avere sull'assetto della concorrenza ed ai suoi caratteri di redditività. Pertanto deve ritenersi di *rilevanza economica* "il servizio che si innesta in un settore per il quale esiste, quantomeno in potenza, una redditività, quindi una competizione sul mercato e ciò ancorché siano previste forme di finanziamento pubblico, più o meno ampie, dell'attività in questione". Mentre deve essere considerato *privato di rilevanza economica* quel servizio che, per sua natura o per i vincoli ai quali è sottoposta la relativa gestione, non dà luogo ad alcuna competizione e quindi appare irrilevante ai fini della concorrenza. In altri termini, "laddove il settore di attività è economicamente competitivo e la libertà di iniziativa economica appaia in grado di conseguire anche obiettivi di interesse pubblico sottesi alla disciplina del settore, al servizio dovrà riconoscersi rilevanza economica, ai sensi dell'art. 113 del D.lgs. n. 267/2000". La sentenza in questione sarà destinata ad avere importanti ripercussioni nelle modalità di gestione di molti servizi pubblici locali. La conseguenza maggiormente rilevante è che per i servizi socio-assistenziali e a quelli socio-educativi, se classificabili come servizi a rilevanza economica, non potrebbero essere adottate soluzioni gestionali consolidate in passato, quali l'affidamento ed istituzioni o ad aziende speciali, né tantomeno risulterebbero possibili affidamenti ad aziende pubbliche di servizi alla persona o a fondazioni derivanti dalle ex IPAB in base al D.lgs. n. 207/2001

¹³ Sentenza 18 novembre 1999, in causa C-107/98. La sentenza *Teckal* trae origine dall'affidamento da parte del Comune di Viano (Reggio Emilia) all'Azienda Gas-Acqua (AGAC), cui il comune partecipa, della gestione del servizio di riscaldamento di taluni uffici comunali, senza dar luogo a procedura di gara. La *Teckal*, impresa privata operante nel settore dei servizi di riscaldamento, ricorre al T.A.R. per l'Emilia Romagna adducendo che il comune sarebbe dovuto ricorrere alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici previsti dalla normativa comunitaria. Il T.A.R. sospende il giudizio chiedendo alla Corte l'interpretazione di talune disposizioni delle direttive 92/50/CE e 93/36/CE. I giudici europei hanno precisato che nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice voglia stipulare il contratto d'appalto a titolo oneroso con un soggetto anch'esso amministrazione aggiudicatrice, si applicherà la direttiva 93/36 solo se tale ente è "un ente distinto da essa sul piano formale ed autonomo rispetto ad essa sul piano decisionale". Pertanto le procedure ad evidenza pubblica non possono essere escluse solo perché l'affidatario del servizio o del servizio è una persona giuridica pubblica. L'elemento che consente di escludere l'applicabilità delle direttive comunitarie è da ricercarsi nell'assenza della terzietà dell'affidatario rispetto all'amministrazione appaltante, da valutarsi con riguardo ai principi elaborati dalla giurisprudenza comunitaria e sopra richiamati. Pertanto, osserva la Corte, nel caso in cui si sia in presenza di un vincolo contrattuale a titolo oneroso, si deve verificare la sussistenza o meno di forte controllo da parte dell'amministrazione aggiudicatrice nei confronti dell'ente aggiudicatario, analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi, che porti i due soggetti ad essere una sola e stessa persona. In tale ipotesi si esulerebbe dal regime della direttiva: infatti, la volontà negoziale verrebbe vanificata dalla capacità dell'ente territoriale di influire sul funzionamento del prestatore e l'assenza di autonomia di quest'ultimo. Presupposti per la configurabilità dell'appalto *in house* sono pertanto: a) l'amministrazione aggiudicatrice deve esercitare sul soggetto affidatario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi; b) tale soggetto deve realizzare la parte più importante della propria attività per l'amministrazione aggiudicatrice. Le condizioni debbono sussistere cumulativamente affinché l'amministrazione aggiudicatrice possa prescindere dall'applicazione delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, ma anche in tal caso non risulta chiaro se la conclusione sia valida solo per i servizi (operando all'interno della definizione di appalto pubblico come ipotesi di esclusione ex art. 6, direttiva 92/50) o anche per i lavori e le forniture (operando a livello di definizione di appalto pubblico).

¹⁴ In tal senso si veda: A. BOITANI, *Riforma e controriforma dei servizi pubblici locali*, in *Modernizzazione del paese. Politiche opere servizi pubblici*, a cura di M. A. CABIDDU, Milano, 2005, p. 197 e ss.; F. GAVERINI, *Servizi pubblici e affidamento "in house": dall'eccezione alla regola in recenti interventi legislativi*, in *Servizi pubb. e app.*, 2004, p. 729 e ss.; G. CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T. NICOLAZZI, *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Riv. Amm.*, 2004, p. 257 ss.;

Proprio questa discrezionalità nella scelta della procedura rappresenta il punto debole della riforma, in quanto la soluzione adottata dal legislatore italiano sarà successivamente sconfessata dalla giurisprudenza comunitaria. Quest'ultima, infatti, pur confermando i requisiti indicati nella sentenza Teckal per l'affidamento diretto, sanciva in modo chiaro il carattere della "eccezionalità" dell'*in house*¹⁵.

A questa situazione il legislatore cercò di porre rimedio attraverso l'ennesima riforma del settore dei servizi pubblici locali. Nel 2006 fu presentato un disegno di legge di riforma (S 772), cosiddetto "Lanzillotta"¹⁶, il quale, pur riaffermando la proprietà pubblica delle reti e degli altri beni strumentali all'esercizio, prevedeva l'obbligo, per gli enti locali, di ricorrere a procedure competitive ad evidenza pubblica per la scelta del gestore di tutti i servizi pubblici locali, ad esclusione del servizio idrico per il quale veniva esplicitata una riserva di gestione pubblica.

Inoltre, il disegno di legge, operava un drastico ridimensionamento del ricorso ad affidamenti diretti e *in house* a "specifiche e tassative fattispecie" e l'impossibilità di acquisire la gestione di servizi diversi o di estendersi in ambiti territoriali diversi per soggetti già titolari della gestione di servizi pubblici locali non affidati tramite gare competitive. L'obbligo di ricorrere a gare ad evidenza pubblica e la limitazione ai casi di affidamento diretto e *in house* (punti 2 e 3), infatti, costituiva un'innovazione rispetto all'articolo 113 del Testo Unico degli Enti Locali, che sino ad allora aveva posto sullo stesso piano le tre modalità.

A. PURCARO, *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Nuova rass.*, 2003, p. 2078 e ss.; C. TESSAROLO, *Il nuovo ordinamento dei servizi pubblici locali*, in www.dirittodeiserviziipubblici.it.

¹⁵ Cfr. Corte Gius., sentenza 8 maggio 2003, in Causa C-349/97; Corte Giust., sentenza 11 gennaio 2005, in Causa C-26/03; Corte Gius., sentenza 21 luglio 2005, in Causa C-231/03; Corte Gius., Sez. I, sentenza 6 aprile 2004, Corte Giust, Sez. VII, sentenza 10 aprile 2004, n. C-323/07 n. C-410/04.; Corte Giust., Sez. II, sentenza 17 luglio 2007, n. C-371/05. Anche la giurisprudenza amministrativa italiana si è espressa in tal senso, si veda: Cons. Stato, sez. V, 6 maggio 2002, n. 2418, anche in *Foro amm.-CdS*, 2002, p. 1231; id., 30 aprile 2002, n. 2297, in *Foro it.*, 2002, III, col. 553; nonché id., 19 aprile 2004, n. 679, in *Foro amm.-CdS*, 2004, p. 461

¹⁶ A tal fine è utile riportare l'art. del Ddl, rubricato "Finalità e ambito di applicazione"; *1. La presente legge provvede al riordino della normativa nazionale che disciplina l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali, 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 di rilevanza economica 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) ed m), della Costituzione, assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione. 2. Costituisce funzione fondamentale di comuni, province e città metropolitane individuare – per quanto non già stabilito dalla legge - le attività di interesse generale il cui svolgimento è necessario al fine di assicurare la soddisfazione dei bisogni degli appartenenti alla popolazione locale, in condizioni di generale accessibilità fisica ed economica, di continuità e non discriminazione e ai migliori livelli di qualità e sicurezza, ferma la competenza della regione quando si tratti di attività da svolgere unitariamente a dimensione regionale. 3. Le finalità pubbliche proprie delle attività di cui ai commi 1 e 2 sono perseguite, ove possibile, attraverso misure di regolazione, nel rispetto dei principi di concorrenza e di sussidiarietà orizzontale. Gli interventi pubblici regolativi pongono all'autonomia imprenditoriale e alla libertà di concorrenza delle imprese i soli limiti necessari al perseguimento degli interessi generali, nel rispetto del principio di proporzionalità. 4. Ove siano imposti alle imprese obblighi di servizio pubblico che impediscano la copertura integrale dei costi e l'utile d'impresa, devono essere previste le necessarie misure compensative.*

Tuttavia, la fine anticipata della XV legislatura e la conseguente mancata approvazione definitiva del descritto disegno di legge di riforma dei servizi pubblici locali hanno determinato un nuovo rinvio dell'attuazione di una compiuta liberalizzazione del sistema dei servizi pubblici.

Con la nuova legislatura, la spinta riformatrice non si è esaurita e, pertanto, è stata emanata non senza difficoltà, l'ennesima riforma dei servizi pubblici locali con legge 6 agosto 2008, n. 133, all'art. 23-bis¹⁷, anche al fine di tentare di arginare le sempre più numerose procedure d'infrazione avviate dalla Commissione europea contro l'Italia¹⁸. Ora a distanza di poco più di anno il legislatore ha varato la "riforma della riforma" con l'art. 15 del decreto legge n. 135 del 25 settembre 2009, recante "*Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee*" (convertito con modifiche dalla legge 20 novembre 2009, n. 166).

2. Le novità introdotte dall'art. 23 bis della legge 133/2008 e dall'art. 15 del d.l. 135/2009. Le modalità di affidamento del servizio: a) la procedura competitiva e l'affidamento a società miste quale opzioni ordinarie

La nuova riforma è intervenuta a modificare la normativa dei servizi pubblici locali a rilevanza economica provvedendo all'abrogazione dell'art. 113, D.Lgs 267/00 T.U.E.L., nelle parti in cui quest'ultima disposizione era incompatibile con le norme sopravvenute.

L'art. 23-bis della legge 133/2008, recante "*disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione*

¹⁷ Il nuovo governo ha impresso un'accelerazione improvvisa alla riforma dei servizi pubblici locali inserendo l'art. 23-bis nell'ambito del disegno di legge recante "*Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*", presentato già nel giugno 2008. Dopo le modifiche apportate dalla Commissione Bilancio e Finanze in data 14 luglio 2008 (AC 1386) ed il successivo maxi emendamento proposto dal Governo in data 17 luglio 2008, il disegno di legge è poi confluito, a seguito di stralcio, nel ddl 1441 bis del 5 agosto 2008. Quest'ultimo è stato approvato dal Parlamento che ha varato la L. n. 133 del 6 agosto 2008, la quale, oltre a modificare con l'art. 23-bis, comma 3, il testo dell'art. 113 del T.U. Enti locali, ha anche concesso al Governo la delega per dare attuazione alla riforma legislativa approvata.

¹⁸ In data 3 aprile 2008, la Commissione Europea ha avviato la procedura di infrazione n° IP/08/502 nei confronti dell'Italia: oggetto della contestazione consiste nell'affidamento del servizio idrico effettuato dall'ATO 2 Marche Centro Ancona alla società Multiservizi SpA. Ancora, si registra la procedura di infrazione n° IP/08/685 avviata dalla Commissione Europea il 6 maggio 2008, circa l'affidamento da parte del Comune di Rocca Priora, nel Lazio, ad una società per azioni di proprietà pubblica – l'Azienda Servizi Pubblici SpA – dei servizi di igiene urbana e gestione delle farmacie, detenendo il Comune di Rocca Priora lo 0,038% del capitale della società affidataria. Da ultimo, è il caso di menzionare la procedura di infrazione IP/08/123 avviata il 31 gennaio 2008 dalla Commissione Europea nei confronti della Repubblica Italiana per quanto riguarda l'aggiudicazione del servizio di gestione dei rifiuti da parte del Comune di Contigliano, pure nel Lazio, ad AMA Servizi Srl. Le argomentazioni utilizzate dalla Commissione per i procedimenti d'infrazione richiamati sono molteplici, ma tutte riconducibili ad ipotizzate violazioni dei principi di libera concorrenza e parità di trattamento degli operatori economici sul mercato, dal momento che non sarebbero rinvenibili, nei casi contestati, i requisiti della cd. sentenza *Teckal*, assunti, nelle ricostruzioni dell'autorità citata, in un'accezione particolarmente restrittiva e formale.

tributaria”, si compone di una serie disposizioni che delineano uno spazio molto ampio di riforma del sistema dei servizi pubblici locali, integrato recentemente da norme attuative di rango regolamentare. Le revisioni in senso evolutivo in esso contenute sono contraddistinte da una stretta aderenza ai principi ordinamentali ed alle sollecitazioni dell’Unione europea, ma segnano anche percorsi ulteriori, rispetto a quelli dichiarati, nei quali gli enti locali sono chiamati a ricostruire strategie, assetti, strumenti di gestione. Il riconoscimento dell’immediata precettività di una serie di disposizioni contenute nell’art. 23-*bis* e le criticità applicative della norma richiedono pertanto una analisi ad ampio spettro e modulata su molteplici punti di riferimento.

Le ragioni del nuovo intervento del legislatore vanno ricercate nell’esigenza di dare effettiva attuazione al fondamentale principio di garanzia del diritto degli utenti alla universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni (art. 117, comma 2, lett. e) e m) della Costituzione, riconducendolo alla propria esclusiva competenza legislativa in tema di concorrenza e di garanzia del diritto degli utenti, secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione¹⁹.

¹⁹ Il nuovo art. 117 Cost., infatti, non contempla fra i casi di legislazione esclusiva statale e fra quelli di legislazione concorrente né i servizi pubblici locali, né i trasporti pubblici locali, sicché, secondo il nuovo criterio di attribuzione della competenza residuale, tali materie non possono che rientrare nell’ambito della legislazione esclusiva delle regioni. Questa interpretazione ha trovato conferma nella giurisprudenza della Corte costituzionale, con la sentenza n. 272/2004, chiamata a verificare la legittimità costituzionale della normativa in tema di servizi pubblici locali sotto il profilo della illegittima invasione del legislatore statale nei confronti di ambiti che si asseriva spettassero a quello regionale. In tale sede, la Corte, dichiarò la illegittimità costituzionale dell’art. 14, comma 1, lettera e) della legge 24 novembre 2003, n. 326 e, di conseguenza, dell’art. 113, comma 7 del D.Lgs. 267/2000, là dove stabiliva, in modo dettagliato e in maniera autoapplicativa, i vari criteri di aggiudicazione della gara per la gestione e l’affidamento dei servizi pubblici locali. Tuttavia, il giudice costituzionale, in linea di continuità con la precedente pronuncia n. 14/2004, ha ritenuto legittimo l’intervento del legislatore statale in materia di servizi pubblici locali limitatamente alla disciplina “tutela della concorrenza”¹⁹, che, come è noto, rientra nel novero delle materie di competenza riservata alla legislazione esclusiva dello Stato secondo il dettato del nuovo art. 117 della Costituzione. Pertanto, sono da considerare costituzionalmente legittime tutte quelle norme che garantiscono, in “forme adeguate e proporzionate”, la più ampia libertà di concorrenza nell’ambito di rapporti – come quelli relativi al regime delle gare o delle modalità di gestione e conferimento dei servizi – i quali per la loro diretta incidenza sul mercato appaiono più meritevoli di essere preservati da pratiche anticoncorrenziali. La materia della “tutela della concorrenza”, infatti, assieme ad altre previste nel comma 2 dell’art. 117 (si pensi a quella dei livelli essenziali delle prestazioni o della tutela dell’ambiente) costituisce, sempre secondo la Corte, una materia “trasversale” attribuita al legislatore statale e la cui concreta estensione (e gli ugualmente temibili rischi di eccessiva compressione o dilatazione) rappresenta un nodo cruciale per il sistema delineato con la riforma del titolo V. L’orientamento della Corte è stato ribadito, nei suoi aspetti essenziali, anche nella successiva sentenza n. 29 del 2006 con la quale la Corte ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell’art. 7, comma 4, lettere b) e g) della Legge della Regione Abruzzo 5 agosto 2004, n. 23 recante *Norme sui servizi pubblici locali a rilevanza economica* per violazione dell’art. 117, secondo comma, lettera e), Cost. La Corte, infatti, nel riconoscere la illegittimità costituzionale delle sopra citate disposizioni per violazione dell’art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione, ha riaffermato che, alla luce dell’art. 113 del T.U.E.L., nella parte in cui disciplina la gestione e l’affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, la materia rientra, inevitabilmente, nella disciplina della concorrenza riservata esclusivamente allo Stato ex art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione. Il ragionamento svolto per i servizi pubblici locali non che essere esteso anche al settore dei trasporti pubblici locali, essendo questi ultimi ricompresi nella più ampia categoria dei primi. Infatti, se da un lato la Corte – sentenze n. 80 del 2006 e n. 222 del 2005 – sancisce, in modo chiaro, la competenza legislativa esclusiva delle Regioni in materia di trasporti pubblici locali, dall’altro lato riafferma il principio della “trasversalità” della “tutela della concorrenza” e, quindi, della permeabilità del settore alla legislazione statale. Questa impostazione ha consentito alla medesima Corte costituzionale di escludere l’illegittimità di disposizioni regionali che, nel silenzio del legislatore statale, disciplinano modelli organizzativi o fattispecie di

Il legislatore ha poi chiarito il portato del proprio intervento, stabilendo che le disposizioni contenute nell'art. 23-*bis* della L. 133/08 (come modificato dal decreto legge n. 135/2009) si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili, superando, in tal modo, i dubbi interpretativi sul rapporto tra normativa generale in tema di servizi e discipline di settore.

Sul piano metodologico, la riforma contiene una serie di prescrizioni di principio relative alle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, mentre demanda ad uno o più regolamenti governativi – da emanare entro il 31 dicembre 2009²⁰ – talune disposizioni specifiche di carattere operativo.

In linea con il disegno di legge Lanzilotta, si pone l'obiettivo di *“favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà, di stabilimento e di libera prestazione dei servizi”*²¹. Pertanto, coerentemente con i principi ispiratori, il provvedimento sancisce in modo solenne il principio della obbligatorietà della gara ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio, nel tentativo di superare l'istituto dell'*in house*, che tanto successo riscuote nelle amministrazioni locali, ma che molte volte non è rispondente ai principi comunitari riguardanti la tutela della concorrenza.

Tuttavia, quella che doveva essere la novità di maggiore rilievo sembra essere stata deponziata dal dettato dell'art. 23-*bis*, comma 3²², che nel prevedere i casi in cui le amministrazioni possono derogare alla regola generale, introduce una sanatoria generalizzata per l'utilizzazione dell'affidamento diretto senza gara.

affidamento ulteriori rispetto a quelle contemplate dall'art. 113 T.U.E.L. In particolare, con la successiva sentenza n. 29/2009, la Corte costituzionale ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale concernente una norma regionale (L.r. Abruzzo, n. 23/2004) che esclude che le società a capitale interamente pubblico, cui sia stata conferita dagli enti locali la proprietà delle reti, impianti e dotazioni patrimoniali destinati all'esercizio di servizi pubblici, possano partecipare a gare ad evidenza pubblica indette per la scelta del gestore del servizio o del socio privato delle società a capitale misto pubblico-privato. Nella fattispecie trattandosi di una materia riservata alla competenza esclusiva delle regioni, nel silenzio della legislazione statale al riguardo *“può ritenersi ammissibile che queste ultime, esercitando la propria discrezionalità legislativa, integrino la disciplina dettata dallo stato”*, sia prevedendo il divieto per le società proprietarie delle reti di partecipare alle gare in questione, sia ammettendo tale possibilità.

²⁰ Termine previsto dall'art. 15 del decreto legge 135/2009. L'art. 23 *bis*, invece, prevedeva un termine di 180 giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione.

²¹ Il primo comma dell'art. 23 *bis* dispone 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, nonche' 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. Le disposizioni contenute nel presente articolo si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili”*.

²² Art. 23-*bis*, D.L. n. 112/08, comma 3: *«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»*.

Infatti, subito dopo aver proclamato, al comma 2²³, che qualsiasi concessione di pubblico servizio deve essere concessa previo espletamento di procedura competitiva ad evidenza pubblica, il successivo capoverso, prevede una deroga - *per situazioni eccezionali 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* - che è apparentemente illimitata²⁴, in quanto di fatto lasciata alla discrezionale valutazione degli enti locali.

Tuttavia, mentre l'art. 23 bis non si soffermava a specificare le modalità di gestione possibili nell'ipotesi che le amministrazioni locali²⁵ volessero ricorrere all'affidamento in deroga, l'art. 15 del decreto legge n.135 del 2009 ha provveduto a limitare il campo d'azione alle *“società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione in house, e comunque nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano”*.

In ogni caso, nell'ipotesi dell'affidamento “in deroga” alla gara ad evidenza pubblica debbono *“dare adeguata pubblicità alla scelta”*²⁶, oltre che *“motivandola in base ad un'analisi del mercato”*²⁷. Inoltre, l'Ente locale deve trasmettere una relazione con gli esiti della verifica

²³ Art. 23-bis, D.L. n. 112/08, comma 2: *«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»*.

²⁴ Tale eccezione era stata prevista anche nel disegno di legge “Lanzillotta” nella versione emendata nel 2007 (AS 772) il quale, infatti, in deroga alla modalità di affidamento ordinario previsto all'art. 2, comma 1, lett a), prevedeva che: *«per le peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non consentono un efficace ed utile ricorso al mercato, l'affidamento a società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione in house e, in particolare, che svolga la parte prevalente della sua attività in favore dell'ente proprietario e nei confronti della quale quest'ultimo eserciti un controllo analogo a quello che esercita nei confronti dei propri uffici»*. Ma v'è di più: quest'ultimo disegno di legge, a differenza dell'art. 23 bis, tra le modalità considerate derogatorie rispetto alla gara ad evidenza pubblica, aveva ricompreso anche l'affidamento diretto a società miste, ancorché il socio privato fosse stato scelto con procedure ad evidenza pubblica *“ove ciò reso necessario da particolari situazioni di mercato”*

²⁵ Tra questi vi rientrerebbero anche le Autorità d'ambito, come chiarito dal Tar Campania, Napoli, sez. I, n. 18797 del 28 ottobre 2008.

²⁶ Per garantire l'apertura alla concorrenza (cfr. Corte di Giust. CE, 13 settembre 2007, C-260/04; Corte di Gius. CE, 13 ottobre 2005, C-458/03) è necessario che ogni interessato abbia diritto di aver accesso ad informazioni adeguate prima che venga attribuito un servizio pubblico, di modo che possa essere messo in grado di manifestare il proprio interesse a conseguirlo (cfr. Corte di giust. CE, sez. I, 10 novembre 2005, C-29/04). Pertanto, trasparenza e pubblicità devono essere date alla notizia dell'indizione della procedura di affidamento; imparzialità e non discriminatorietà devono determinare le regole di conduzione di questa. Secondo l'Anci, tuttavia la pubblicazione all'Albo Pretorio, ai sensi dell'art. 124 del TUEL sarebbe sufficiente ad ottemperare all'obbligo richiesto (Cfr. *Ancirisponde*, in *Il Sole- 24 Ore* n. 318 del 17 novembre 2008, p. 19). Orbene, non v'è chi non veda come questo “datato” sistema di comunicazione risulti assolutamente non adeguato a raggiungere gli obiettivi posti dalla norma.

²⁷ La necessità di motivare adeguatamente la scelta dell'ente locale di derogare alla regola della gara era già stata affermata in sede giurisprudenziale, ben prima dell'entrata in vigore della legge di riforma: si veda al riguardo TAR

all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito AGCM) ed alle autorità di regolazione del settore se esistenti, le quali devono, entro 60 giorni dal ricevimento della stessa (salvo proroghe, in caso di ulteriori richieste istruttorie da parte dell'Autorità), emettere un parere "preventivo"²⁸ obbligatorio, ma non vincolante²⁹.

In altri termini, per ottemperare alle richieste di cui sopra, l'Ente interessato, dopo aver preso in considerazione possibili soluzioni alternative, dovrà compiere una puntuale analisi del rapporto costi-benefici, con una proiezione dell'impatto organizzativo, economico, finanziario, patrimoniale, che la scelta effettuata potrà produrre sull'ente locale³⁰.

Pertanto, in primo luogo, la pubblica amministrazione dovrà almeno provvedere a descrivere il peculiare contesto territoriale, con particolare riguardo alle caratteristiche economiche (aree depresse, congiunture economico-finanziarie difficili) e sociali (esigenze di tariffazione al di sotto dei valori di mercato, crisi occupazionali,), ambientali (che potrebbero sconsigliare una gestione standardizzata del servizio) e geomorfologiche (come nel caso, ad esempio, dei territori montani).

In secondo luogo, ad esplicitare gli aspetti strutturali, organizzativi, economici e finanziari del servizio in questione, evidenziando i punti di criticità del mercato di riferimento (ridotti volumi di produzione, anche su base pluriennale; esistenza di oligopoli, monopoli, cartelli) che impediscono un corretto confronto concorrenziale, tramite procedura competitiva, e consigliano invece un affidamento diretto.

Infine, dovrà essere indicato anche un termine, decorso il quale dovrebbe essere plausibile che si possa tornare alla normalità; tale termine dovrà tener conto del tempo necessario per il superamento degli impedimenti³¹, che ostano alla realizzazione di un libero mercato concorrenziale, ma dovrà

Lombardia, n. 22 del 24 aprile 2001, nonché la citata sentenza Consiglio di Stato, Ad. plen., sentenza 3 marzo 2008, n. 1, che stabilisce come l'ente affidante debba comunque «motivare in modo adeguato perché si avvale di una società mista, invece di rivolgersi integralmente al mercato».

²⁸ Il termine "preventivo" è stato introdotto dall'art. 15 del decreto legge n. 135 a seguito della prassi che si era andata diffondendo di procedere all'affidamento in deroga senza attendere il parere dell'AGCM. Inoltre, l'art. 15 ha anche introdotto l'istituto del silenzio-assenso, in quanto se trascorso inutilmente i 60 giorni previsti dalla norma senza che l'AGCM abbia emesso il parere "si intende espresso in senso favorevole".

²⁹ Comunicazione Antitrust del 20 ottobre n. 2008 in www.federalismi.it, 20, 2008. In base alla suddetta Comunicazione, nel predisporre la richiesta di parere, deve inviare la seguente documentazione: a) dettagliata relazione contenente gli esiti dell'indagine di mercato effettuata, da cui risulti, in termini comparativi, la convenienza dell'affidamento diretto rispetto all'esperimento di una procedura ad evidenza pubblica; b) informazioni circa le modalità con cui sono stati resi i dati di cui al punto; c) tutte le indicazioni soggettive relative all'impresa/e interessata/e; d) dati relativi al tipo ed al valore dei servizi in questione; e) l'atto costitutivo, lo statuto e le informazioni relative al campo di attività della società affidataria; f) informazioni concernenti le caratteristiche economiche del settore o del mercato tali da giustificare l'affidamento in house; g) indicazione in merito ai principali concorrenti; h) indicazioni in merito alle eventuali forme di finanziamento o di sussidio dell'attività oggetto di affidamento e delle attività a queste connesse.

³⁰ Cfr. A. BARBIERO, *In house con radiografia*, in *Il Sole-24 Ore* del 17 novembre 2008, p. 19.

³¹ A tal proposito si richiama ancora la Circolare del Ministero dell'Ambiente del 6 dicembre 2004, *cit.*, che ammetteva l'affidamento *in house* per un periodo «obbligatoriamente limitato al tempo necessario per il superamento degli impedimenti all'effettiva messa in concorrenza del servizio».

essere determinato anche in funzione al rientro degli investimenti e alla resa qualitativa del servizio per gli utenti finali.

In buona sostanza, dovrà essere redatto un *business plan* (ovvero un piano di massima tecnico-finanziario, corredato di numeri e dati certi), da cui si dovrebbe riuscire ad evincere il venir meno della “rilevanza economica” del servizio, tale da giustificare un affidamento diretto, in deroga alla procedura ordinaria.

Va rilevato, in merito, che la nozione di rilevanza economica, come elaborata dalla giurisprudenza fa riferimento al fatto che un determinato servizio sia o meno appetibile dal mercato e che si caratterizza per l'assunzione del rischio imprenditoriale³². Nella Comunicazione sull'applicazione dell'art. 23-*bis*, allegata alla deliberazione adottata il 18 ottobre 2008, l'AGCM ha tentato una definizione macro-comprensiva nel tentativo di fare luce proprio sulla nozione di “rilevanza economica”, nella quale si afferma che solo servizi pubblici locali rilevanti economicamente tutti quelli aventi ad oggetto la produzione di beni ed attività volte a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali con esclusione dei servizi sociali privi di carattere imprenditoriale. L'AGCM assorbe nella definizione gli elementi caratteristici elaborati in ambito comunitario, focalizzando l'attenzione sull'esercizio in forma imprenditoriale ed escludendo dal quadro applicativo della procedura in deroga i servizi sociali non dotati di tale caratteristica.

Conseguentemente deve ritenersi economicamente rilevante il servizio che si innesta in un settore per il quale esiste, quantomeno in potenza, una redditività e quindi una competizione sul mercato e ciò ancorché siano previste forme di finanziamento pubblico, più o meno ampie, dell'attività in questione; può invece considerarsi privo di rilevanza quello che, per sua natura o per i vincoli ai quali è sottoposta la relativa gestione, non dà luogo ad alcuna competizione e quindi appare irrilevante ai fini della concorrenza³³.

Le ulteriori condizioni previste dalla legge (comma 2, ovvero le peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale), pertanto, potrebbero rendere un settore, potenzialmente rilevante economicamente, in concreto non particolarmente appetibile al mercato. Situazioni che potrebbero sopravvenire in qualsiasi momento a seguito di un

³² T.A.R. Liguria II Sez., 28 aprile 2005, n. 527; TAR Puglia, Bari, sez. III, 11 settembre 2007, n. 2103; Cons. Stato, Sez. V, 15 aprile 2004, n. 2155; TAR Sardegna sez. I, sentenza n. 1729 del 2 agosto 2005. In particolare quest'ultimo evidenzia che quando si presentano le caratteristiche tali da qualificare il servizio pubblico locale rilevante economicamente, la libertà di iniziativa economica è in grado di conseguire anche gli obiettivi di interesse pubblico sottesi alla disciplina del settore.

³³ In tal senso si veda TAR Sardegna, sez I, 2 agosto 2005, n. 1729 il quale stabilisce che “deve ritenersi di rilevanza economica il servizio che si innesta in un settore per il quale esiste, quantomeno in potenza, una redditività, e quindi una competizione sul mercato”.

mutamento del contesto di riferimento (economico, ambientale, sociale ecc.), su cui è difficile immaginare quale competenza possa avere l'AGCM per valutarne la fondatezza.

Va rilevato, infatti, che in tema di rilevanza economica di un servizio, la Commissione europea, nel Libro Verde sui servizi di interesse generale (COM-2003-270) del 21 maggio 2003, afferma, peraltro, che le norme sulla concorrenza si applicano soltanto alle attività economiche, dopo aver precisato che la distinzione tra attività economiche e non economiche “ha carattere dinamico ed evolutivo, cosicché non sarebbe possibile fissare a priori un elenco definitivo dei servizi di interesse generale di natura non economica”³⁴.

La motivazione, inoltre, come si è detto in precedenza, va inviata all'AGCM le quali, entro sessanta giorni, dovranno rendere un parere obbligatorio. Tuttavia, sebbene il parere sia obbligatorio non è vincolante per l'ente affidante, come d'altronde ha riconosciuto la stessa AGCM nella citata segnalazione del luglio 2008³⁵, nella quale a giudizio della stessa “il meccanismo di controllo di cui al comma 4³⁶ rappresenta l'unico argine amministrativo a interpretazioni troppo estensive sulla derogabilità. L'Autorità si impegna a svolgere al meglio la funzione, sia pure solo consultiva, che le viene assegnata”.

Inoltre, con la novella dell'art. 15, comma 4, il legislatore ha introdotto una sorta di “silenzio-assenso”, in quanto se il parere non viene reso entro sessanta giorni “... *si intende espresso in senso favorevole*”. Pertanto, alla luce dei molteplici impegni e della conseguente mole di lavoro dell'AGCM, non è difficile immaginare che in molti casi l'Autorità non riuscirà a rendere il parere nei tempi previsti.

Per tutte queste ragioni, quindi, l'attuale riforma, in definitiva, relega la procedura competitiva ad una mera scelta opzionale da parte dell'ente locale, potendo quest'ultimo disattendere il parere dell'AGCM, senza essere soggetto ad alcuna sanzione o, nella migliore delle ipotesi, procedere legittimamente all'affidamento diretto senza aver ottenuto nessun parere dall'AGCM. Pertanto, se l'*intentio legis* era quello di aprire definitivamente il settore alla libera concorrenza, l'obiettivo

³⁴ Inoltre, come evidenziato dalla Corte Costituzionale, sentenza n. 272/2004, secondo la costante giurisprudenza comunitaria spetta al giudice nazionale valutare circostanze e condizioni in cui il servizio viene prestato, tenendo conto, in particolare, dell'assenza di uno scopo precipuamente lucrativo, della mancata assunzione dei rischi connessi a tale attività ed anche dell'eventuale finanziamento pubblico dell'attività in questione.

³⁵ Cfr. AGCM, Segnalazione AS 457, 4 luglio 2008. L'Autorità rileva, inoltre, che la stessa sottolinea “con preoccupazione come l'attribuzione di tali nuove competenze non si accompagni all'assegnazione di risorse aggiuntive le quali, invece, risultano assolutamente necessarie ai fini dello svolgimento dei nuovi compiti istituzionali, pena il pregiudizio nell'efficiente adempimento anche di quelli già esistenti.”

³⁶ Il comma 4 così recita: “*Nei casi di cui al comma 3, l'ente affidante deve dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi di 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 relazione*”.

perseguito non può dirsi certamente raggiunto, in quanto la legge in esame rappresenta un compromesso al ribasso che si limita a legittimare e perpetuare lo *status quo*³⁷.

Tuttavia, l'art. 15, nonostante i limiti sopra evidenziati, ha provveduto a fare chiarezza su alcune criticità contenute nel testo dell'originario art. 23 *bis*. In particolare, potevano sorgere difficoltà interpretative derivanti dalla possibilità di ottenere due pareri tra loro discordanti da parte di altrettante autorità – l'AGCM e l'autorità di settore ove costituita – poste dalla norma in oggetto su di un piano paritario. A fronte del concretizzarsi di questa ipotesi, si sarebbe potuto concludere che, essendo i detti pareri non vincolanti, sarebbe rimasta impregiudicata la facoltà dell'ente di procedere all'affidamento diretto del servizio. Ora, l'art. 15 ha eliminato il parere delle autorità di settore, evitando, pertanto, una inutile duplicazione.

Tuttavia, la modifica più importante apportata dall'art. 15 è, senza dubbio, quella contenuta nel comma 2, ovvero l'affidamento del servizio alle società miste come modalità ordinaria, a condizione che abbiano “*la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento*”, oltre che, in conformità alla consolidata giurisprudenza comunitaria³⁸, il socio sia scelto mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica.

La modifica di questa parte dell'art. 23 *bis* nasce dall'esigenza di porre fine alle difficoltà interpretative dovute alla mancata menzione delle società miste nel suddetto articolo, lasciando appunto all'interprete il compito, non sempre agevole, di capire se l'affidamento diretto doveva essere considerato come procedura ordinaria oppure rientrante nella fattispecie del comma 3 come modalità in deroga. Con questa norma il legislatore sembra aver accolto l'orientamento dell'AGCM, la quale, nei numerosi pareri emessi in base all'art. 23 *bis*, comma 4, relativo all'attività consultiva sull'affidamento *in house*, in più occasioni ha ritenuto che “l'affidamento dei servizi pubblici locali a favore di società a capitale misto, in presenza di determinate condizioni, sia riconducibile nell'alveo delle procedure competitive ad evidenza pubblica di cui al comma 2 dell'art. 23 *bis* (...) piuttosto che tra gli affidamenti diretti di cui al successivo comma 3”³⁹.

³⁷ Cfr. R. SPADONI, *La liberalizzazione dei servizi pubblici locali dal monopolio al ... monopolio*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 15 aprile 2009

³⁸ Da ultimo si veda la sentenza della Corte di Giust., 15 ottobre 2009, C196/08, secondo la quale è legittimo l'affidamento diretto di un servizio pubblico che preveda l'esecuzione preventiva di determinati lavori, come quello di cui trattasi nella causa principale, a una società a capitale misto, pubblico e privato, costituita specificamente al fine della fornitura di detto servizio e con oggetto sociale esclusivo, nella quale il socio privato sia selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica, previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell'offerta in considerazione delle prestazioni da fornire, a condizione che detta procedura di gara rispetti i principi di libera concorrenza, di trasparenza e di parità di trattamento imposti dal Trattato CE per le concessioni.

³⁹ Cfr. AGCM Parere AS530 del 16 aprile 2009. Dello stesso tenore AGCM Parere AS538 del 7 maggio 2009; AGCM Parere AS566 del 20 maggio 2009; AGCM Parere AS558 del 28 maggio 2009

L'AGCM, tuttavia, giunge a tale conclusione sulla base di un ragionamento che appare discutibile, se non altro alla luce della recente giurisprudenza comunitaria. Secondo l'Autorità, infatti, è conforme alle norme a tutela della concorrenza l'esperimento da parte degli Enti Locali di una gara con procedura ad evidenza pubblica finalizzata non soltanto alla scelta del socio privato, ma anche allo stesso affidamento dell'attività da svolgere e che limiti nel tempo il rapporto del partenariato prevedendo allo scadere una nuova gara⁴⁰.

Non è sufficiente, pertanto, che il socio privato sia stato scelto con procedura ad evidenza pubblica: è necessario, altresì, che la gara abbia riguardato anche il servizio oggetto di affidamento, non in generale, ma con specifico riferimento alle condizioni economiche ed al periodo temporale di riferimento dell'affidamento stesso. Questo perchè, sempre secondo l'AGCM, altrimenti si giungerebbe al paradosso per cui, una volta effettuata una procedura ad evidenza pubblica per la scelta del socio privato, un ente potrebbe dare luogo ad infiniti rinnovi del medesimo affidamento ad una società mista, sottraendo di fatto il servizio al libero gioco della concorrenza, ben oltre i limiti temporali e di legittimità cui è condizionato il ricorso all'affidamento diretto⁴¹.

La posizione assunta dall'AGCM, ha trovato conforto in alcune decisioni di alcuni tribunali amministrativi i quali hanno sostenuto la necessità della gara ad evidenza pubblica, oltre che per la selezione del socio, anche per l'affidamento del servizio. Ne consegue che, secondo questo orientamento, l'affidamento senza la procedura competitiva costituisce una deroga al comma 2⁴².

Tuttavia, questo orientamento è al momento senza dubbio minoritario, soprattutto in sede comunitaria. Di tutt'altro avviso, infatti, è la giurisprudenza della Corte di Giustizia che sulla questione si è da sempre orientata per la legittimità dell'affidamento diretto alle società miste⁴³, a

⁴⁰ Cfr. AGCM Parere AS530 del 16 aprile 2009

⁴¹ Cfr. AGCM Parere AS538 del 7 maggio 2009; AGCM Parere AS566 del 20 maggio 2009; AGCM Parere AS558 del 28 maggio 2009; AGCM Parere AS530 del 16 aprile 2009.

⁴² Per l'obbligatorietà della doppia gara (sia per la scelta del socio privato, sia per l'affidamento del servizio) si è espresso il TAR Calabria, con sentenza n. 579, del 7 novembre 2008, ha stabilito che l'illegittimità dell'affidamento diretto e senza gara di un servizio pubblico ad una società mista, alla luce della nota normativa interna e comunitaria, – essendo all'uopo necessaria la partecipazione pubblica totalitaria del soggetto affidatario – “a nulla rilevando che il socio privato sia stato scelto tramite procedura a evidenza pubblica, posto che la scelta con gara del socio, effettuata al momento della costituzione della società, non fa venir meno la necessità di svolgere una pubblica gara per il singolo servizio”. L'orientamento del giudice calabrese se accolto dalla successiva giurisprudenza, metterebbe in discussione, nel silenzio del legislatore, la collocazione dell'affidamento diretto a società miste tra le forme “ordinarie” di gestione dei servizi pubblici locali per relegarle tra quelle “in deroga” previste dal successivo comma terzo. Anche il TAR Campania sez. I, sentenza del 28 luglio 2008, n. 9468, ha dichiarato l'illegittimità di un affidamento diretto ad una società mista a capitale pubblico minoritario, in cui la gara svolta per la scelta del socio privato non ha compreso la definizione e precisazione del servizio da affidare. Nel caso di specie, il socio era stato scelto alcuni anni prima dell'affidamento del servizio alla società mista, la scelta del socio era stata effettuata da una amministrazione diversa da quella che ha dopo affidato il servizio alla società mista, avendo acquisito successivamente una percentuale minima del capitale sociale.

⁴³ Cfr. Corte di giustizia europea, sentenza 18 dicembre 2007, C-357/06; Corte di giustizia europea, sentenza 11 maggio 2006, C-340/04; Corte di giustizia europea, Sez II, sentenza 17 luglio 2008, C-371/05

condizione che vengano rispettati alcuni requisiti⁴⁴, stabiliti da una copiosa giurisprudenza comunitaria⁴⁵ e che sono stati fatti propri dall'art.15 del decreto legge 135/2009.

In primo luogo, occorre che vi sia una sostanziale equiparazione tra gara per l'affidamento del servizio pubblico e gara per la scelta del socio, in cui quest'ultimo si configuri come un "socio industriale od operativo", il quale concorre materialmente allo svolgimento del servizio pubblico o di fasi dello stesso. In secondo luogo, che si preveda un rinnovo della procedura di selezione "alla scadenza del periodo di affidamento", evitando così che il socio divenga "socio stabile" della società mista, possibilmente prescrivendo che sin dagli atti di gara per la selezione del socio privato siano chiarite le modalità per l'uscita del socio stesso (con liquidazione della sua posizione), per il caso in cui all'esito della successiva gara egli risulti non più aggiudicatario.

Riguardo alla scelta del socio che dovrà gestire il servizio, contestualmente a quest'ultima occorre definire le caratteristiche della gestione stessa (ossia condizioni, modalità e durata). Inoltre, quando si indice una gara per la scelta del socio privato, occorre definire contestualmente anche l'affidamento del servizio operativo⁴⁶.

Appare isolata, pertanto, quell'orientamento giurisprudenziale che ha optato per una scelta "estrema" secondo la quale, per il solo fatto che il socio privato è scelto tramite procedura di evidenza pubblica, sarebbe in ogni caso possibile l'affidamento diretto⁴⁷. Tale ipotesi suscita notevoli perplessità per il caso di società miste "aperte", nelle quali il socio, ancorché selezionato con gara, non viene scelto per finalità definite, ma soltanto come partner privato per una società "generalista", alla quale affidare direttamente l'erogazione di servizi non ancora identificati al momento della scelta del socio e con lo scopo di svolgere anche attività *extra moenia*, avvalendosi semmai dei vantaggi derivanti dal rapporto privilegiato stabilito con il partner pubblico.

⁴⁴ Infatti, nonostante che i PPP (Partenariati Pubblico-Privati) abbiano incontrato sovente il *favor* delle istituzioni comunitarie, sia la giurisprudenza della Corte di giustizia sia i tribunali amministrativi nazionali non hanno mancato di mettere in guardia le amministrazioni locali sui pericoli derivanti dall'affidamento del servizio a società miste come elemento di disturbo del mercato privato.

⁴⁵ Si veda a titolo esemplificativo la sentenza Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza 3 marzo 2008, n. 1, che ha efficacemente ripreso un orientamento consolidato della giurisprudenza comunitaria.

⁴⁶ Cfr. TAR Campania, sez. I, sentenza del 28 luglio 2008, n. 9468. Nel caso di specie, il socio era stato scelto alcuni anni prima dell'affidamento del servizio alla società mista, la scelta del socio era stata effettuata da una amministrazione diversa da quella che ha dopo affidato il servizio alla società mista, avendo acquisito successivamente una percentuale minima del capitale sociale. In merito a questo aspetto, recentemente anche il TAR Campania sembra attestarsi sulle stesse posizioni del Consiglio di Stato, dichiarando l'illegittimità di un affidamento diretto ad una società mista a capitale pubblico minoritario, in cui la gara svolta per la scelta del socio privato non ha compreso la definizione e precisazione del servizio da affidare.

⁴⁷ Consiglio di Stato, Parere 456 del 2007; "la necessità di una gara per la scelta del socio – oltre a confermare l'esclusione della riconducibilità alla figura dell'in house – ha condotto a ritenere non corretto annoverare tale figura tipo di affidamento tra quelli "diretti". Tuttavia, sempre il Consiglio, evidenzia come "la stessa dottrina – alla luce dell'evoluzione in senso restrittivo della giurisprudenza comunitaria – ha messo in evidenza la debolezza della tesi della equiparazione automatica fra la procedura di scelta del socio e la gara per l'affidamento del servizio. Pur riconoscendo la funzionalità del modello, si afferma come ci si trovi di fronte ad una "figura peculiare che potrà presentare non pochi problemi attuativi e che, per non essere censurata, dovrà ricevere una applicazione attenta"

Tra l'altro l'attività *extra moenia* delle società miste ha determinato frequenti oscillazioni giurisprudenziali. Prima dell'entrata in vigore della attuale riforma⁴⁸, infatti, il giudice amministrativo si era attestato sul principio in base al quale le società miste, pur legittimate in via di principio a svolgere la propria attività anche al di fuori del territorio del comune dal quale sono state costituite, in quanto munite dal legislatore di capacità imprenditoriale, fossero pur sempre tenute, per il vincolo genetico-funzionale che le lega all'ente di origine, a perseguire finalità di promozione dello sviluppo della comunità di emanazione⁴⁹.

A rendere meno incerta l'attività *extra moenia* delle società miste è intervenuto ora il comma 9 dell'art. 23 *bis*, il quale ha stabilito che i soggetti titolari di gestione "in deroga", rispetto alla procedura ordinaria della gara ad evidenza pubblica, "*non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici e privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare.*"

La *ratio* della norma è evitare che l'ulteriore impegno della società non comporti una distrazione di mezzi e risorse tali da arrecare pregiudizio alla predetta collettività. Peraltro, risultando oltremodo ampliata l'elencazione dei vincoli dell'attività economica degli operatori interessati, rispetto a quanto previsto dall'ordinamento vigente, si profilano evidenti criticità riferite al rispetto dei principi comunitari con particolare riguardo a quelli della concorrenza, proporzionalità, parità di trattamento, non discriminazione e libera prestazione dei servizi⁵⁰.

3. Segue ... b) Le modalità di affidamento "in deroga"

Anche per quanto riguarda l'affidamento del servizio "in deroga" alla procedura competitiva l'art. 15 del decreto legge 135 del 2009 ha provveduto a fare maggiore chiarezza ridisegnando i contorni e i limiti della procedura derogatoria rispetto all'art. 23 *bis*, il quale non faceva menzione dei modelli gestionali ammessi.

Il nuovo comma 3, infatti, stabilisce che in deroga al comma 2, per situazioni eccezionali⁵¹, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto

⁴⁸ Per quanto riguarda la disciplina legislative previgente, l'art. 35 l.n. 448 del 2001 aveva vietato la c.d. extraterritorialità, ma solo al termine di un periodo transitorio. Tale divieto è stato abrogato dall'art. 14 l.n. 326 del 2003 (recante conversione in legge del d.l. 269 del 2003). Infine, la legge n. 350 del 2003 ha introdotto il divieto di extraterritorialità solo alla fine di un periodo transitorio (art. 113, commi 6 e 15 quater, t.u.e.l.).

⁴⁹ Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 3 settembre 2001, n. 4586

⁵⁰ Cfr. Corte di giustizia eur., sentenza 18 dicembre 2007, C-357/06

⁵¹ L'art. 15, specificando l'eccezionalità della deroga alla procedura competitiva ha recepito un orientamento della giurisprudenza sia comunitaria che nazionale che, come abbiamo visto, si è andato a consolidare nel corso degli anni.

territoriale di riferimento, non permettono un efficace ricorso al mercato, “l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione in house e comunque nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta con l'ente o gli enti pubblici che la controllano”.

Pertanto, la novella ha circoscritto il ricorso all'affidamento diretto esclusivamente a società a totale capitale pubblico nei limiti previsti dalla ormai consolidata giurisprudenza comunitaria⁵², che da tempo, ha adottato un orientamento volto al riconoscimento del principio di di autoproduzione della pubblica amministrazione⁵³. La Corte di giustizia europea, infatti, in varie occasioni ha riconosciuto la non obbligatorietà della gara pubblica⁵⁴, anche quando l'affidatario è un ente giuridicamente distinto dall'amministrazione aggiudicatrice a patto che ricorrano le condizioni c.d. “teckal”, ossia che da un lato l'amministrazione pubblica deve esercitare sull'ente giuridicamente distinto un “controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi” e che svolga “la parte più importante della sua attività con l'ente o gli enti pubblici che lo detengono”⁵⁵. Tuttavia, la Corte pur riconoscendo

⁵² Tra le decisioni più significative si segnalano le seguenti: C.G.E., Sez. II, 17/7/2008 n. C-371/05; C.G.E., Sez. I, 6/4/2006 n. C-410/04; C.G.E., Sez. VII, 10/4/2008 n. C-323/07; C.G.E., Sez. I, 11/5/2006 n. C-340/04; C.G.E., Sez. II, 17/7/2008 n. C-371/05; C.G.E., Sez. II, sentenza 17 luglio 2008, C-371/05; C.G.E., sentenza 10 novembre 2005, C-29/04; C.G.E., 13 ottobre 2005, C-458/03.

⁵³ Anche alcuni tribunali amministrativi hanno assunto un orientamento volto a riconoscere il principio di autoproduzione della pubblica amministrazione. In questo senso anche TAR Sardegna, sez. I, sentenza del 12 agosto 2008, n. 1721, nella quale si legge “la scelta per un'autorità pubblica che sia un'amministrazione aggiudicatrice di optare tre *outsourcing* e *in house providing* non è sindacabile alla stregua del diritto comunitario in presenza dei requisiti di “controllo analogo” e della destinazione prevalente dell'attività all'ente di appartenenza. Sempre il TAR Sardegna, sez. I, 21 dicembre 2007, n. 2407, il quale stabilisce che non è, infatti, vietato all'amministrazione sottrarre al mercato attività in relazione alle quali la medesima ritenga di dover provvedere direttamente con la propria organizzazione. Come è stato, efficacemente, rilevato, la creazione di un mercato comune e l'applicazione delle regole di tutela della concorrenza per garantirne il mantenimento incontrano il limite del potere di organizzazione della pubblica amministrazione riconosciuta agli stati membri dalle istituzioni comunitarie. Tale limite non rappresenta una deroga alla disciplina europea delle libertà economiche tutelate dal mercato comune, ma è definizione di ciò che non è mercato. La disciplina della concorrenza per l'aggiudicazione degli appalti e delle concessioni presuppone un rapporto con il mercato, ma la libera decisione dell'amministrazione di rivolgersi ad esso non può essere coartata per realizzare l'apertura al mercato di taluni settori di attività in cui l'amministrazione pubblica voglia, invece, ricorrere all'autoproduzione”. Inoltre, Cons. Stato, V Sez., 18/9/2003 n°5316 il quale afferma che la norme comunitarie “non interferiscono sui poteri delle pubbliche amministrazioni di adottare soluzioni organizzative che siano le più rispondenti alle esigenze che esse stesse ritengano di dover soddisfare conformemente alle leggi che le disciplinano”. TAR Lombardia, Milano, sez. III, 17 luglio 2006, n. 1837. Secondo il giudice lombardo, infatti, il modello dell'*in house providing* implica che la società affidataria sia in sostanza nient'altro che una sorta di diramazione organizzativa dell'ente locale, privo di una sua autonomia imprenditoriale e di capacità decisionali distinte da quelle dell'ente stesso, tanto da potersi parlare di, in tal caso di mera “autoproduzione” di servizio pubblico. Dello stesso parere anche il Consiglio di Stato 3 aprile 2007, n. 1514, il quale afferma che l'espressione *in house providing*, identifica il fenomeno di “autoproduzione” da parte della pubblica amministrazione, che acquisisce un bene o un servizio attingendoli all'interno della propria compagine organizzativa senza ricorrere a “terzi” tramite gara. L'ente *in house* non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stesa.

⁵⁴ Si veda da ultimo: Corte di giustizia europea, Sez. II, sentenza 17 luglio 2008, C-371/05

⁵⁵ Per quanto riguarda il requisito della “parte più importante dell'attività”, la giurisprudenza ha assunto un orientamento che possiamo definire ormai consolidato. Giurisprudenza che è stata inaugurata in materia a partire dalla sentenza della Corte di Giustizia europea, sez. I, 11 maggio 2006, n. C-340/04, c.d. *Carbontermo*. La sentenza citata

alla pubblica amministrazione il principio dell'autoproduzione, ha da sempre considerato il ricorso all'istituto dell'*in house* come l'eccezione e non la regola che, invece, deve essere la procedura competitiva ad evidenza pubblica, conformemente alle norme comunitarie poste a tutela della concorrenza⁵⁶.

L'art. 15, tuttavia, circoscrivendo la procedura in deroga esclusivamente alle società a totale partecipazione pubblica, ha richiuso la porta alle aziende speciali che, invece, sembravano tornare inopinatamente in auge con l'art. 23 *bis*⁵⁷, anche alla luce del fatto che quest'ultimo aveva fatto salvo l'art. 114 del D.lgs 267 del 2000 (aziende speciali e istituzioni).

L'art. 23 *bis*, comma 3, riguardo alla procedura in deroga si limitava ad un generico rinvio al "rispetto dei principi della disciplina comunitaria", senza entrare nel dettaglio dei possibili modelli gestionali ammissibili e, quindi, legittimando il ricorso da parte delle amministrazioni locali alle aziende speciali. In effetti, a ben guardare, l'azienda speciale potrebbe rientrare nella fattispecie dell'*in house* come prevista dalla giurisprudenza comunitaria, in quanto rispondente ai requisiti richiesti per l'affidamento diretto del servizio.

Secondo l'art. 114 del TUEL, infatti, l'azienda speciale si caratterizza per essere dotata del capitale d'impianto inizialmente conferitole dall'ente locale ed è soggetta ai poteri d'indirizzo, controllo e vigilanza da parte di quest'ultimo, che ne approva il bilancio e gli altri atti fondamentali. Ha

aveva stabilito che è necessario che le prestazioni di detta impresa siano sostanzialmente destinate in via esclusiva all'ente locale in questione e ogni altra attività di detta impresa risulta avere solo un carattere marginale. Quanto all'accertare il fatturato realizzato con l'ente locale controllante o di quello realizzato nel territorio di detto ente, occorre considerare che il fatturato determinante è rappresentato da quello che l'impresa in questione realizza in virtù delle decisioni di affidamento adottate dall'ente controllante, compreso quello ottenuto con gli utenti in attuazione di tali decisioni. Più recentemente è tornato sulla questione anche il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, sez. giur., sentenza 4 settembre 2007, n. 719. In questa sentenza la giurisprudenza della Corte si è astenuta dall'indicare parametri numerici, quali principalmente la quota di fatturato "pubblico" rispetto a quello privato. Più ancora di una soglia percentuale necessita di un giudizio pragmatico nel caso concreto che si basi, però, non solo sull'aspetto quantitativo, ma anche su quello qualitativo. In altri termini, la natura dei servizi opere o beni resi al mercato privato, oltre alla sua esiguità, deve anche dimostrarvela quasi inesistente valenza nella strategia aziendale e nella collocazione dell'affidatario diretto nel mercato pubblico e privato. Secondo la Corte siciliana, "per concludere sul punto si deve ritenere che il criterio della prevalenza ("la parte più importante ...") sia soddisfatto quando l'affidatario diretto non fornisca in misura quantitativamente irrisoria e qualitativamente irrilevante sulle strategie aziendali, ed ogni caso non fuori della competenza dell'ente controllante".

⁵⁶ Il carattere della "eccezionalità" dell'affidamento diretto rispetto alla procedura competitiva oltre che dalla novella dell'art. 23-bis è stata sancita dalla giurisprudenza comunitaria, in particolare Corte di Giustizia, sez. V, sentenza 11 maggio 2006, causa C-340/04; Corte nella sentenza 13 ottobre 2005, causa C-458/03; Corte Giustizia, sez. I, sentenza 6 aprile 2006, C-410/04. In particolare con questa ultima sentenza, la Corte di giustizia, evidenzia come le condizioni stabilite dalla sentenza *Teckal* per l'ammissibilità dell'affidamento diretto, ovvero quello del "controllo esercitato sull'ente concessionario dall'autorità pubblica concedente analogo a quello che esercita sui propri servizi" e quello relativo al fatto che detto ente deve realizzare "la maggior parte della sua attività con l'autorità detentrica", rappresentano "una eccezione alle regole del diritto comunitario" (p. 63 della sentenza). In quanto considerate eccezioni e non la regola, "le due condizioni ... debbono formare oggetto di una interpretazione restrittiva e l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano la deroga a quelle regole grava su colui che intende avvelersene".

⁵⁷ Sulle motivazioni, sotto un profilo teorico, di un ritorno all'impresa pubblica rispetto alle privatizzazioni, si veda l'interessante saggio di G. DI GASPARE, *Approccio teorico al diritto dell'economia tra common law e civil law*, in *Jus*, 2005, p. 362 e ss..

personalità giuridica e spiccata autonomia imprenditoriale, ma opera in un raggio d'azione circoscritto al territorio di riferimento⁵⁸.

E' noto, che la giurisprudenza comunitaria, in particolare, ha utilizzato l'espressione *in house providing* per identificare il fenomeno di "autoproduzione" di beni, servizi o lavori da parte della pubblica amministrazione; in altre parole attinge alla propria compagine organizzativa senza ricorrere al mercato⁵⁹. Essendo una eccezione al principio di concorrenza, l'Unione europea ha definito due importanti linee di indirizzo per i soggetti destinatari di un affidamento diretto: una linea di indirizzo riguarda aspetti strutturali che necessariamente devono preesistere agli affidamenti; l'altra si riferisce ai comportamenti dell'impresa post-affidamento. In particolare, possiamo riassumere queste linee di indirizzo nel modo seguente: a) l'impresa assegnataria di un affidamento diretto deve essere assimilata quanto più possibile al soggetto destinatario; b) l'impresa assegnataria deve essere "neutra" rispetto al mercato, ossia, non deve costituire un elemento di disturbo (distorsione) nell'ambito del mercato privato.

Ne deriva, quindi, che l'imprenditore *in house* non può essere considerato un vero e proprio imprenditore, in quanto non conosce (o conosce solo parzialmente) il rischio di mercato. Sulla questione è intervenuta recentemente anche la Corte dei Conti⁶⁰, la quale afferma, in linea con la consolidata giurisprudenza comunitaria, che l'affidamento diretto è ammesso, in deroga alla procedura di normale evidenza pubblica, tutte le volte in cui un ente pubblico decida di affidare la

⁵⁸ L'azienda speciale viene definita dall'art. 114 del Testo Unico del 2000 come "*ente strumentale dell'ente locale dotato di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e di proprio statuto, approvato dal consiglio comunale o provinciale*". I connotati caratteristici di tale modello gestionale sono la strumentalità, la personalità giuridica e l'autonomia imprenditoriale. La qualificazione dell'azienda speciale quale ente strumentale dell'ente locale rivela l'esistenza di un collegamento inscindibile tra l'azienda e l'ente locale. "Strumentalità" sta a significare che l'ente locale, attraverso l'azienda, realizza una forma diretta di gestione del servizio, in quanto essa, seppur dotata di personalità giuridica propria ed essendo, dunque, soggetto diverso dall'ente locale medesimo, che si esprime sia nel momento genetico (istituzione ed approvazione dello statuto dell'azienda da parte dell'ente), sia anche durante il suo funzionamento (approvazione degli atti fondamentali, nomina degli organi). L'ente locale, dunque, si serve dell'azienda speciale per la gestione di un servizio pubblico e, quindi, per soddisfare un'esigenza della collettività in quest'ottica spetta esclusivamente ad esso la fase "politica" della determinazione degli obiettivi e della vigilanza sul perseguimento e raggiungimento di questi. L'attribuzione della personalità giuridica, che costituisce il secondo elemento caratterizzante il modello aziendale, rende quest'ultima un soggetto a sé stante: essa dunque non appare più come un organo dell'ente locale a legittimazione separata, come era l'azienda municipalizzata prevista dal T.U. n. 2578/25. L'attribuzione dell'autonomia imprenditoriale costituisce il terzo elemento caratteristico del modello aziendale. Con essa il legislatore ha voluto evidenziare che l'azienda non deve essere vista come un organo di esecuzione delle determinazioni dell'ente locale, ma come un'impresa alla quale si applica, salvo eccezioni, la disciplina del codice civile. L'art. 114 del T.U.E.L. dopo aver definito l'azienda speciale come "ente strumentale dell'ente locale dotato di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale", stabilisce che essa deve avere un proprio statuto, ma che questo deve essere "approvato dal consiglio comunale o Provinciale"; lo statuto ed i regolamenti disciplinano, nell'ambito della legge, l'ordinamento ed il funzionamento dell'azienda. La gestione dell'azienda deve essere improntata a criteri di efficacia, efficienza ed economicità. Sussiste altresì l'obbligo di perseguire il pareggio del bilancio attraverso l'equilibrio dei costi e dei ricavi. Per di più l'art. 114 stabilisce che l'ente locale conferisce il capitale di dotazione; determina le finalità e gli indirizzi; approva gli atti fondamentali; esercita la vigilanza; verifica i risultati della gestione; provvede alla copertura dei costi sociali.

⁵⁹ Si veda anche Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 3 aprile 2007, n. 1514.

⁶⁰ Cfr. Corte dei Conti, sez. regionale di controllo per la Regione Sicilia, 2 aprile 2008, n. 14.

gestione del servizio, al di fuori del sistema della gara, avvalendosi di una società esterna che presenti caratteristiche tali da poterla qualificare come una sua *longa manus*.

Una volta che la Pubblica Amministrazione decida di ricorrere all'autoproduzione tramite l'istituto dell'*in house providing*, e soddisfatte le condizioni delle suddette linee di indirizzo, l'affidamento del servizio deve essere ritenuto legittimo. A ben vedere l'azienda speciale, come disciplinata dall'art. 114 TUEL, soddisfa tutte le condizioni che la giurisprudenza comunitaria richiede alla Pubblica Amministrazione in caso di "autoproduzione" del servizio e il suo utilizzo non può certo dirsi in contraddizione con gli orientamenti della Comunità Europea. A tal proposito occorre ricordare che in varie occasioni le istituzioni comunitarie e nazionali, hanno, almeno in linea di principio, legittimato l'impiego dell'azienda speciale.

Non va trascurata, infatti, l'apertura alla formula dell'*in house* contenuta nel regolamento approvato il 10 maggio 2007 dal Parlamento Europeo in materia di trasporto pubblico, che, a determinate condizioni, consentirà in futuro la facoltà di assegnare direttamente contratti di servizio ad operatori interni alla pubblica amministrazione.

A questo va aggiunto, infine, che il Comitato delle Regioni, nell'autorevole parere pubblicato sulla Gazzetta dell'Unione Europea in data 29 agosto 2006, ha auspicato che gli orientamenti comunitari consentano liberamente agli enti locali il ricorso all'*in house providing*. Il Comitato, nel commentare il d.d.l. 772 c.d. "Lanzilotta", che aveva previsto espressamente come forma derogatoria la gestione "in economia", affermava che "gli enti regionali e locali hanno il diritto di scegliere liberamente la loro forma di prestazione dei servizi di interesse (economico) generale. Auspica che, in questo campo, d'ora in avanti il quadro giuridico europeo resti aperto alla possibilità della produzione propria e dell'affidamento diretto ad aziende *in house* anche in senso lato, ossia aziende speciali/controllate. È necessario inoltre che anche la normativa in materia di appalti e di aiuti di Stato preveda una maggiore flessibilità per le città e le regioni"⁶¹.

Alla luce del disposto dell'art. 15, invece, il principio di autoproduzione nel settore dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, potrà trovare applicazione esclusivamente tramite società a partecipazione totale pubblica, dovendo rinunciare all'impiego dell'azienda speciale o ad altri soggetti comunque diversi dalla società a totale partecipazione pubblica. La soluzione adottata dal legislatore con il nuovo comma 3, pertanto, limita in modo drastico il principio dell'autoproduzione della pubblica amministrazione, circoscrivendo i possibili modelli gestionali ad una unica soluzione. Le ragioni di tale scelta, che a prima vista potrebbe apparire poco comprensibile, potrebbe risiedere nel limitare il più possibile il ricorso delle amministrazioni locali all'*in house* e

⁶¹ COMITATO DELLE REGIONI, *Parere*, in *Gazzetta dell'Unione Europea*, 29 agosto 2006, punto 2.12.

renderlo allo stesso tempo maggiormente aderente ai dettami della giurisprudenza comunitaria, la quale, nel corso di questi ultimi anni, ha posto dei limiti ben definiti proprio riguardo al ricorso alla società a totale partecipazione pubblica.

4. Segue ... c) Le altre novità della riforma: il divieto di partecipazione a gare; la durata degli affidamenti diretti ed il periodo transitorio; i bacini di gara; il personale.

Nel rispetto del principio di libera concorrenza, il legislatore ha previsto limiti alquanto restrittivi per quelle imprese che pur avendo un affidamento diretto da parte di un ente locale, partecipano a gare al di fuori dell'ente di competenza. In particolare, il comma 9 dell'art 23-bis apporta profonde modifiche anche al divieto di partecipazione a gare per gli affidatari diretti di servizi pubblici locali rispetto alle discipline previdenti, generali⁶² e speciali⁶³.

Sotto il profilo soggettivo, infatti, il divieto riguarda non solo tutti i soggetti, comprese le controllate e le controllanti, a cui sono stati affidati i servizi senza gara, ma anche i gestori di reti, impianti ed altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, nel caso in cui l'erogazione costituisca attività separata, con l'unica eccezione per le società quotate in mercati regolamentati.

Sotto il profilo oggettivo, inoltre, è preclusa ai soggetti sopra individuati la possibilità di acquisire qualsiasi altra commessa pubblica e perfino privata. Non più, quindi, soltanto il divieto di gestire altri servizi pubblici, anche in ambiti territoriali diversi, ma addirittura la preclusione si estende alla gestione di qualsiasi altra attività da qualunque soggetto pubblico o privato affidata. Anche in questo caso viene riproposta l'eccezione della cd. prima gara: i soggetti affidatari diretti possono partecipare alla prima gara indetta dalla P.A. per specifico servizio da loro stessi fino a quel momento gestito.

Tale divieto immediatamente operativo (ancorché in vigenza della fase transitoria), anche se strategicamente preordinato al rafforzamento della struttura concorrenziale del mercato ed in questo senso rigidamente applicato dalla giurisprudenza interna⁶⁴, si pone in palese contrasto con la libertà di iniziativa economica garantita sia dalla Costituzione, sia dal Trattato CE, nonché con il principio di ragionevolezza più volte richiamato dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale.

⁶² Art. 113, comma 6-bis e comma 15-quater del TUEL, nonché gli artt. 14 e 15 D.Lgs. 267/2000.

⁶³ Art. 18 del D.Lgs. n. 422/1997 relativo al settore del trasporto pubblico locale.

⁶⁴ Cfr. Tar Sardegna, sez. I, 11 luglio 2008, n. 1371; Tar Lombardia, sez. I, 25 gennaio 2008, n. 172; Tar Veneto, sez. III, 17 marzo 2006, n. 614.

Sul punto, peraltro, la Corte di Giustizia ha avuto modo già di pronunciarsi nella sentenza *Edf* del 2 giugno 2005 (C-174/04)⁶⁵, confortata da interventi adesivi della dottrina⁶⁶. Sotto il profilo sostanziale, infatti, è evidente che l'apertura in termini temporali sfalsati dei vari settori, riduce la possibilità concorrenziale degli operatori economici e soprattutto impedisce la gestione unificata di servizi plurimi, come invece il mercato richiede e la riforma espressamente consente (art. 23-bis, comma 6), in modo adesivo rispetto a quanto già previsto nella normativa previgente.

L'art. 15, inoltre, ha rivisto *ex novo* la disciplina del periodo transitorio facendo chiarezza su alcune zone d'ombra dell'art. 23 *bis* che avevano destato alcune difficoltà interpretative. In particolare, ha previsto un medesimo regime sia per l'affidamento *in house* (comma 8, lett. a)⁶⁷, sia per l'affidamento a società miste, che pur avendo scelto il socio privato tramite gara ad evidenza pubblica, quest'ultima non avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di compiti operativi connessi alla gestione del servizio (comma 8, lett. b). In questi due casi, la norma ha previsto la cessazione, senza necessità della deliberazione per l'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011.

L'affidamento a società miste in conformità con quanto disposto dal comma 2, ovvero che abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti connessi alla gestione del servizio, cesseranno alla scadenza prevista nel contratto di servizi (comma 8, lett. c).

La terza ipotesi si riferisce ad affidamenti diretti a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa ed a quelle da esse controllate ai sensi dell'art. 2359 codice civile. Questi affidamenti cesseranno alla scadenza prevista nel contratto di servizio a patto che la partecipazione pubblica si riduca ad una quota non superiore al 30 per cento entro il 31 dicembre 2012; in caso contrario cesseranno, senza previa deliberazione dell'ente affidante alla data sopra indicata (comma 8, lett. d).

Infine, la novella prevede una categoria residuale, ovvero tutti gli affidamenti non rientranti nelle ipotesi sopra indicati, i quali dovranno cessare entro il 31 dicembre 2010 (comma 8, lett. e).

Questa ultima norma ci impone, tuttavia, una riflessione riguardo la individuazione della casistica degli affidamenti che residuano rispetto alle fattispecie previste dalle lettere precedenti. Sicuramente fanno parte di questa categoria gli affidamenti *in house* che non risultano conformi ai principi comunitari, come, ad esempio, in quei casi in cui il gestore del servizio è una società a

⁶⁵ La Corte di giustizia afferma nella citata sentenza: "L'interesse al rafforzamento della struttura concorrenziale del mercato di cui trattasi in linea generale non può costituire una valida giustificazione delle restrizioni alla libera circolazione dei capitali".

⁶⁶ Cfr. B. GILBERTI, *Servizi pubblici locali: durata degli affidamenti, periodo transitorio e divieto di partecipazione alle gare*, in *Urb e app*, 2, 2009, p. 150.

⁶⁷ Il comma 8, lett. a), dispone che "le gestioni in essere alla data del 22 agosto 2008 affidate conformemente ai principi comunitari in materia di *in house* cessano improrogabilmente e senza necessità di deliberazione da parte dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011".

totale partecipazione pubblica ma l'ente affidante non esercita su di esso "un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi", secondo i requisiti elaborati dalla costante giurisprudenza della Corte di giustizia europea. Inoltre, sarà ricompresa in questa categoria gli affidamenti a società miste in cui il socio privato non è stato scelto con una procedura competitiva.

Tuttavia, altri casi sono di più difficile interpretazione, come ad esempio gli affidamenti *in house* a favore di aziende speciali. In questo caso occorre chiedersi se sono ricomprese tra quelli conformi ai principi comunitari, quindi rientranti nella lettera a), o al contrario, se interpretate come difformi da tali principi, rientranti nella lettera e), comma 8.

Sempre nell'ottica della razionalizzazione dei costi per la gestione del servizio, il legislatore ha dettato delle norme che permettono alle pubbliche amministrazioni di superare i propri limiti territoriali per la delimitazione del perimetro dell'area di erogazione servizio. Vi è, infatti, la possibilità per le Regioni e gli Enti locali di definire i bacini di gara per i diversi servizi "*in maniera da consentire lo sfruttamento delle economie di scala e di scopo e di favorire una maggiore efficienza ed efficacia nell'espletamento dei 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*" (comma 7).

Tuttavia, va rilevato che in alcune discipline di settore (servizio idrico integrato, ciclo integrato dei rifiuti e distribuzione di gas naturale) già era prevista un allargamento sovracomunale dell'area ottimale di gestione o del bacino di gara. Pertanto, la norma in questione estendendo il principio a tutti i settori riguardanti servizi pubblici locali, si pone l'obiettivo di limitare uno dei punti deboli del nostro sistema dei servizi locali ovvero quello della eccessiva frammentazione degli affidamenti, favorendo, appunto, lo sfruttamento di economie di scala.

Particolarmente rilevante è la questione riguardante le assunzioni del personale da parte delle società a partecipazione pubblica, alla luce del combinato disposto dell'art. 18 e del comma 10, lett. a), dell'art. 23 *bis*, entrambi della legge n. 133/08.

Secondo, infatti, l'art. 18, "*le società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica*" e le "altre" società a partecipazione pubblica o di controllo (escluse quelle quotate su mercati regolamentati) sono tenute ad adottare con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto, le prime, delle disposizioni "*di cui al comma 3 dell'art. 35 del d. lgs. n. 165/2001*" (art. 18, comma 1) e, le seconde, dei principi, "*anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità*"

(art. 18, comma 2)⁶⁸. Le “società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica” sono tenute ad adottare i citati provvedimenti entro il termine di 60 giorni, decorrente dall’entrata in vigore della legge di conversione del d.l. 112/08. Per le altre società a partecipazione pubblica o di controllo, invece, non è stato stabilito alcun termine per l’adozione dei provvedimenti in questione.

La norma, a ben vedere, non parla di servizi locali “a rilevanza economica” e, pertanto, si applica a tutte le società che gestiscono servizi pubblici locali anche “privi di rilevanza economica”. Inoltre, avendo la norma fatto riferimento a società a totale partecipazione pubblica, ma non citando le società *in house*, non è ben chiaro se queste ultime debbano essere ricomprese nella citata disposizione. Tuttavia, come è stato giustamente osservato, le società *in house* possono ben essere considerate una specie del *genus* “società a totale partecipazione pubblica” e pertanto pienamente rientranti nella previsione dell’art. 18⁶⁹.

L’art. 18, va letto dunque in combinato disposto con l’art. 23 *bis*, comma 10, lett. a), che ha introdotto anch’esso una disposizione che si occupa dell’assunzione di personale da parte delle società a partecipazione pubblica, prevedendo una delega a favore del Governo.

Esiste, quindi, un conflitto tra le disposizioni contenute nell’art. 23 *bis* e quelle contenute nell’art. 18, in quanto disciplinanti la stessa materia, che potrebbe essere risolto applicando i principi in tema di successione delle leggi nel tempo⁷⁰. Dal momento che l’art. 23 *bis* è stato introdotto con la legge di conversione, deve essere considerato disciplina successiva, rispetto all’art. 18, previsto, invece, dall’iniziale decreto legge. In ogni caso, l’art. 23-*bis*, comma 10, lett. *a*, può essere considerato *lex specialis*, rispetto alla disposizione di carattere generale contenuta nel precedente art. 18.

Inoltre, per quanto riguarda le società quotate su mercati regolamentati, che gestiscono servizi pubblici locali, non si applica l’art. 23 *bis*, comma 10, lett. *a*⁷¹, in quanto non previste in tale

⁶⁸ Il comma 2 dell’art. 18 del d.l. 112/08 riguarda le “altre” società a partecipazione pubblica o di controllo. La disposizione contenuta nel comma 2 non prevede, quindi, che tali società devono gestire “servizi pubblici locali”. Ne deriva, innanzitutto, che le società a totale partecipazione pubblica che non gestiscono servizi pubblici locali rientrano nella previsione del comma 2 e non nel comma 1 dell’art. 18. In particolare, nel comma 2 rientrano le c.d. “società strumentali” ossia le società a totale partecipazione pubblica contemplate dall’art. 13 del d.l. 223/06 e dall’art. 3, comma 27, l. 244/07. Sono esentate dall’applicazione dell’art. 18, invece, per espressa previsione del comma 3, le “società quotate su mercati regolamentati”.

⁶⁹ C. TESSAROLO, *Le assunzioni del personale da parte delle società a partecipazione pubblica alla luce delle nuove norme (art. 18 e 23 bis d.l. 112/08 e Legge 133/08)*, relazione alla giornata di studio *La riforma dell’ordinamento dei servizi pubblici locali a rilevanza economica e gli altri provvedimenti di interesse delle Società partecipate dai comuni*, Bologna 23 ottobre 2008.

⁷⁰ Cfr. C. TESSAROLO, *Le assunzioni...*, op. cit.

⁷¹ Il comma 10, dispone che “Il Governo, su proposta del Ministro per i rapporti con le regioni ed entro il 31 dicembre 2009, sentita la Conferenza unificata di cui all’articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, nonché le competenti Commissioni parlamentari, emana uno o più regolamenti, ai sensi dell’articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, al fine di: a) prevedere 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

disposizione ed invece espressamente escluse dall'art. 18, comma 3, dall'ambito di applicazione dei commi 1 e 2 dello stesso art. 18.

Tuttavia, prima che il governo emanasse il regolamento di attuazione è intervenuto nuovamente in materia il legislatore (con la manovra finanziaria 2009, L. 203/2008) modificando l'art. 18 della L. 133/08 e specificando che i vincoli in essa contenuti si applicano anche alle società a partecipazione pubblica locale, totale o di controllo, che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali. Pertanto, a seguito della novella, le predette società, in materia di assunzione di personale, hanno gli stessi limiti che ha l'ente pubblico di riferimento. Ciò, senza voler considerare il possibile profilo di illegittimità costituzionale per violazione degli artt. 5, 114 e 118 Cost.⁷², determina non irrilevanti problemi in termini di efficienza aziendale per imprese che almeno teoricamente dovrebbero operare nel mercato. Inoltre, si determina una disparità di trattamento tra gli enti che, rispettosi del dettato legislativo, hanno esternalizzato i servizi e quelli che, invece, in certi casi addirittura in violazione della legge, non lo hanno fatto. In altri termini, per questi ultimi, che continuano a gestire internamente i servizi, sarà possibile spostare il personale da un'attività ad un'altra, mentre per chi ha esternalizzato, si troverà ad operare con società la cui pianta organica rimarrà cristallizzata e vincolata ai limiti (individuati su elementi e valutazioni completamente differenti) dell'ente controllante.

Per quanto riguarda la questione dell'applicabilità della norma alle società *in house*, il regolamento di attuazione, emanato ai sensi del comma 10 lett. a), ha contribuito a fare chiarezza, stabilendo all'art. 7, comma 1, che le società *in house*, affidatarie di servizi pubblici locali, “applicano, per l'assunzione di personale, quanto previsto dall'art. 18, comma 1, del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 113”, equiparando, pertanto, le società *in house* alle società a totale partecipazione pubblica. Mentre, per quanto riguarda le società miste “a partecipazione pubblica di controllo”, il comma 2 stabilisce che vanno ricondotte nell'alveo dell'art. 18, comma 2.

5. Alcune zone d'ombra della riforma: a) l'individuazione delle disposizioni abrogate nell'art. 113 TUEL e nelle discipline di settore; b) L'affidamento simultaneo di più servizi e i bacini di

partecipazione mista pubblica e privata di procedure ad evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi e l'assunzione di personale”.

⁷² «La norma in commento, oltre a dare corpo ad una indebita “invasione di campo” del legislatore ordinario nell'esercizio di potestà che la Costituzione riconosce espressamente agli enti locali, comprimendone l'autonomia istituzionale, di cui il potere di autodeterminarsi ne costituisce l'espressione più autentica, pare porsi in contrasto anche con il diritto comunitario che considera inviolabile ed intangibile la *potestas* della P.A. di organizzarsi autonomamente al fine di esercitare al meglio i propri compiti e le proprie funzioni istituzionali» (G. GUZZO, *Reclutamento del personale nelle società pubbliche e principio di autonomia degli enti locali: dubbi e incertezze*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, luglio 2008).

gara; c) Servizi di interesse generale e servizi pubblici locali; d) i rigidi vincoli del patto di stabilità;

Da una attenta lettura dell'art. 23-*bis* emergono alcune difficoltà interpretative riguardo ai rapporti tra l'articolo in questione e la previgente disciplina; in particolare in merito al comma 11 dell'art. 23 *bis*, nella parte in cui dispone che l'art. 113 è abrogato *“nelle parti incompatibili con le disposizioni di cui al presente articolo”*. Questa operazione sembra essere affidata al regolamento di cui al comma 10, lett. m), il quale deve *“individuare espressamente le norme abrogate ai sensi del presente articolo”*. Inoltre, deve *“armonizzare”* la *“nuova disciplina”* e quelle settoriali *“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”* cioè in tutti gli ambiti regolati da norme di settore (comma 10, lett. d).

Proprio in riferimento a questo ultimo aspetto, occorre evidenziare che, l'effervescenza legislativa degli ultimi anni, non ha riguardato solo il settore dei servizi pubblici locali, ma le discipline di settore hanno talora anticipato e talora consolidato le linee riformatrici disposte in chiave generale, con le note riforme della legge finanziaria 2002 (art. 35, l.n. 448/2001) e la decretazione d'urgenza dell'autunno 2003 (art.14, d.l. 269/2003). Il legislatore, per quanto riguarda alcuni settori di rilevanza locale, ha infatti introdotto principi pro-concorrenziali che hanno anticipato, in alcuni casi anche di un decennio, la riforma dei servizi pubblici locali. Si pensi alla disciplina del trasporto pubblico locale di cui al d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422 e successive modificazioni e integrazioni⁷³

⁷³ Il D.lgs. 422 del 1997, ha introdotto sia la previsione della netta separazione delle funzioni di programmazione e regolazione (delle amministrazioni pubbliche) da quelle di gestione industriale, attribuite a società di capitali o cooperative, sia l'introduzione dell'obbligo di utilizzare meccanismi concorrenziali per l'affidamento dei servizi. Coerentemente con quanto rilevato in materia di servizi pubblici locali, anche per quanto riguarda il settore dei trasporti pubblici locali, l'*Authority*, all'indomani della riforma, precisò che *“i principi di efficienza, economicità e di promozione della concorrenza sono coerenti con un riassetto del settore volto a contenere il volume di risorse pubbliche assorbite da sussidi ai servizi di trasporto pubblico locale. L'applicazione di tali principi passa attraverso una corretta identificazione dell'estensione dell'intervento pubblico ed una verifica degli spazi praticabili per una gestione concorrenziale dei servizi. (anche mantenendo alcuni vincoli regolamentari). E' quindi necessario che l'intervento pubblico (finanziario e/o gestionale) sia circoscritto ai soli casi in cui l'iniziativa economica privata non risulta sufficiente”* (AGCM, Segnalazione del 27 febbraio 1998, AS125). Tuttavia, l'Autorità garante per la concorrenza e il mercato non si limita a circoscrivere l'intervento pubblico ma ritiene che, al fine di una piena liberalizzazione del settore occorre introdurre, ove possibile, anche effettiva concorrenza *“nel mercato”*, in quanto l'unica forma di concorrenza prevista nella riforma è quella *“per il mercato”*, con una evidente limitazione del principio di libera concorrenza. Nella segnalazione del 26 giugno 1998, infatti, ha sostenuto con decisione l'introduzione della possibilità che alcune linee siano gestite in regime di autorizzazione. in particolare quelle per le quali esiste una evidenza in merito alla profittabilità dell'esercizio (ad esempio per le linee extra-urbane), e limitando l'utilizzo dell'istituto della concessione solamente ai casi strettamente necessari. Secondo l'*Authority*, tra l'altro, l'utilizzo residuale dello strumento concessorio appare pienamente compatibile con il quadro normativo esistente mentre un diffuso impiego dello stesso sarebbe in *“contrasto con la disciplina comunitaria nonché con i principi informativi della legge delega n. 39 del 1997”*, la quale fa espressamente riferimento alla direttiva n. 91/440/Cee che ha formalizzato il criterio della separazione tra rete e servizio che costituisce, al contempo, un principio di gestione e strumento di liberalizzazione dei servizi pubblici offerti attraverso una rete. L'invito dell'*Authority* è stato accolto dal legislatore ordinario solo recentemente attraverso la legge 15 dicembre 2004, n. 308 che

o alla disciplina delle forme di gestione dell'accertamento e della riscossione dei tributi locali di cui all'art. 52 del d.lgs. 15 dicembre 1997, n. 446⁷⁴.

La disciplina sopravvenuta non riguarda solo le nuove situazioni e cioè le nuove concessioni o affidamenti a disporre da oggi, ma anche la sorte dei rapporti in corso che sono rapporti di durata, tanto che larga parte delle discipline di settore intervenute sino ad oggi riguardano il regime transitorio che viene assegnato alle concessioni o affidamenti oggi vigenti.

Tuttavia, l'entrata in vigore del di attuazione non aiuta a fare chiarezza, in quanto per il settore del trasporto pubblico locale stabilisce che *"il presente regolamento si applica in quanto compatibile con le disposizioni del regolamento (CE) 23 ottobre 2007, n. 1370/2007"*, lasciando all'interprete il difficile compito di armonizzare la disciplina prevista dal diritto comunitario con le norme nazionali di rango secondario. Mentre per quanto riguarda le discipline di settore previste dal diritto interno si limita ad escluderle dall'applicazione delle norme del regolamento, facendo salve anche alcune normative settoriali non previste dall'art. 15 d.l. 135, come nel caso delle farmacie comunali⁷⁵.

Per quanto riguarda l'individuazione delle norme abrogate a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 23 bis, è pacifico che il contenuto dell'articolo in esame non si sovrappone del tutto al contenuto dell'art. 113 del T.U.E.L. L'esigenza di considerare attentamente il rapporto di compatibilità tra le precedenti e le nuove disposizioni, deriva anche dalla circostanza che i profili di disciplina considerati dai vari commi che compongono l'art. 23 bis sono assai minori di quelli coperti dalla normativa precedente. Sicché, è ragionevole ritenere che l'art. 23 bis non sia oggi l'unica norma alle quali doversi riferire, altrimenti si avrebbe come conseguenza di dare per acquisiti vuoti di disciplina nei servizi pubblici locali. Pertanto, non è possibile considerare l'art. 23 bis come unico

ha individuato nella gara la modalità per l'affidamento del servizio di trasporto pubblico locale. Sulla riforma si veda: A. BOITANI, C. CAMBINI, *Il trasporto pubblico locale in Italia. Dopo la riforma i difficili albori del mercato*, in *Mercato concorrenza regole*, n. 1, 2002, p. 45 e ss.

⁷⁴ Richiamando le discipline sui servizi pubblici locali non si fa volutamente riferimento alla distribuzione di energia elettrica ed alla distribuzione del gas naturale. Nel primo caso, il regime introdotto con il d.lgs. 19 marzo 1999, n. 79 rende chiaro che la stessa distribuzione di energia espletata dalle ex aziende elettriche municipali (a suo tempo sottratte alla nazionalizzazione disposta in favore dell'ENEL ai sensi dell'art. 4 della legge 6 dicembre 1962, n. 1643) non rappresenta più un servizio pubblico locale, non fosse altro perché la concessione del servizio è rilasciata dal Ministro competente. Nel caso del gas naturale, parimenti caratterizzato da una separazione tra le attività della filiera della fonte di energia (attività a monte separata dalla distribuzione, a sua volta separata dalla vendita) nonché da assorbenti poteri di governo e regolazione del settore attribuiti al Ministero competente ed all'Autorità per l'energia elettrica ed il gas, le funzioni ancora formalmente riconosciute agli enti locali risultano più che altro espressive delle difficoltà di superare radicalmente – in sede di prima fase della riforma – la situazione consolidatesi nel pregresso regime del tutto privo di una specifica normativa del settore del gas naturale e quindi riflette in via residuale nella disciplina generale sui servizi pubblici locali.

⁷⁵ L'art. 1, comma 3, stabilisce, infatti, che *"Sono esclusi dall'applicazione del presente regolamento: a) il servizio di distribuzione del gas naturale, di cui al decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164; b) il servizio di distribuzione dell'energia elettrica, di cui al decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 e alla legge 23 agosto 2004, n. 239; c) il servizio di trasporto ferroviario regionale, di cui al decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422; d) la gestione delle farmacie comunali, di cui alla legge 2 aprile 1968, n. 475; e) i servizi strumentali all'attività o al funzionamento degli enti affidanti di cui all'articolo 13, comma 1, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, e successive modificazioni.*

termine di riferimento per comprendere l'attuale regime dei servizi pubblici locali e neppure come punto di arrivo della riforma della materia. Innanzitutto, in quanto, per espressa previsione dello stesso articolo, si riferisce esclusivamente ai servizi pubblici locali "a rilevanza economica", facendo, pertanto, salve le previsioni dell'art. 113 *bis* del T.U.E.L., che disciplinano i servizi "privi di rilevanza economica".

A tal riguardo, ad individuare le disposizioni abrogate dell'articolo in questione, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 23 *bis*, è intervenuto l'art. 12 il regolamento di attuazione. Quest'ultimo ha fatto salve alcune norme che da una prima lettura, molte disposizioni dell'art. 113 *bis* disciplinano fattispecie non coperte dall'art. 23 *bis*.

Il regolamento, invece, ha abrogato, inaspettatamente, il comma 7 dell'art. 113 T.U.E.L., riguardante i parametri di valutazione dei concorrenti nella gara ad evidenza pubblica, sia per la scelta del gestore del servizio sia per la scelta del socio privato in caso di affidamento diretto a società miste. Infatti, nel silenzio l'art. 23 *bis*, il comma 7 prevede che la gara di cui al comma 5, ovvero sia per la scelta del gestore sia per la scelta del socio privato in caso di affidamento diretto a società miste è indetta nel rispetto degli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza. Inoltre, le gare "*è aggiudicata sulla base del migliore livello di qualità e sicurezza e delle condizioni economiche e di prestazione del servizio, dei piani di investimento per lo sviluppo e il potenziamento delle reti e degli impianti per il loro rinnovo e manutenzione, nonché dei contenuti di innovazione tecnologica e gestionale*". Il regolamento, operando una delegificazione, ha sostituito la disciplina prevista dal comma 7, con la nuova normativa di rango secondario contenuta nell'art. 3, che, oltre a recepire il primo periodo del comma 7 dell'art. 113⁷⁶, aggiunge nuove norme per l'affidamento tramite procedura competitiva.

Un altro aspetto che ha creato qualche problema interpretativo riguarda la disciplina dell'affidamento simultaneo di più servizi e i bacini di gara. Al fine di contenere i costi di gestione e per sfruttare le economie di scala, l'articolo in esame, ai commi 6 e 7, ha dettato norme riguardanti rispettivamente l'affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi pubblici locali e la definizione dei bacini di gara per i diversi servizi.

Per quanto riguarda il primo aspetto, la norma (comma 6) stabilisce che la possibilità dell'affidamento simultaneo "*con gara di una pluralità di servizi pubblici locali nei casi in cui possa essere dimostrato che tale scelta sia economicamente vantaggiosa*". La lettura della disposizione pone due questioni interpretative. In primo luogo, occorre chiedersi se il termine

⁷⁶ L'art. 3, comma 1, infatti, recita: "*Le procedure competitive ad evidenza pubblica, di cui all'art. 23-bis, comma 2, sono indette nel rispetto degli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza definiti dalla legge statale e regionale, ove esistente, dalla competente autorità di settore o, in mancanza di essa, dagli enti affidanti*".

“gara” coincide con “le procedure ad evidenza pubblica” di cui al comma 2 riguardante l’affidamento secondo la procedura ordinaria. In secondo luogo, non è del tutto chiaro che cosa si intende con la locuzione “*economicamente vantaggiosa*”. La facoltà dell’affidamento simultaneo, già prevista dall’art. 113 TUEL, oltre ad apparire maggiormente condizionante in quanto nella nuova formulazione occorre dimostrare che sia vantaggiosa economicamente, nulla ci dice a chi debba essere indirizzato questo vantaggio economico, in particolare se all’amministrazione affidante o agli utenti del servizio, oppure ad entrambi.

Secondo l’*Antitrust*, la norma non sembrerebbe condurre ad un obbligo preventivo di dimostrazione dell’effettivo vantaggio economico di tale scelta organizzativa da parte dell’ente affidante, riducendosi, quindi, il nuovo inciso ad una sommaria necessità di verifica della sussistenza di detto vantaggio⁷⁷. Sempre secondo l’Autorità, al fine di consentire l’effettiva emersione di economie di gamma e di produzione congiunta dei diversi servizi nonché, al contempo, occorre evitare che tali gare agevolino determinate imprese già predisposte o atte all’esercizio di attività c.d. *multiutility*, andrebbero stabiliti dalla legge rigorosi criteri di considerazione e dimostrazione dell’effettivo vantaggio economico di tale scelta organizzativa. Ancora, onde favorire il più ampio confronto competitivo si segnala l’opportunità di prevedere la possibilità per le imprese di concorrere all’aggiudicazione anche di un solo distinto servizio tra quelli posti a gara.

Sempre nell’ottica della razionalizzazione dei costi per la gestione del servizio, il legislatore ha dettato delle norme che permettono agli enti locali di superare la circoscrizione comunale (o provinciale) per la delimitazione del perimetro territoriale del servizio.

Vi è, infatti, la possibilità per le regioni e gli enti locali di definire i bacini di gara per i diversi servizi “*in maniera da consentire lo sfruttamento delle economie di scala e di scopo e di favorire una maggiore efficienza ed efficacia nell’espletamento dei servizi...*” (comma 7)⁷⁸. Tuttavia, va rilevato che in alcune discipline di settore – servizio idrico integrato, ciclo integrato dei rifiuti e distribuzione di gas naturale – già si prevede la delimitazione sovracomunale del perimetro della gestione o del bacino di gara. Potrebbe essere ragionevole ritenere che il legislatore, con la citata disposizione, avesse voluto consentire la medesima integrazione territoriale in quei servizi provvisti di apposita regolazione settoriale.

⁷⁷ Cfr. AGCM, Segnalazione AS457 del 24 luglio 2008.

⁷⁸ Il comma 7 prevede, infatti, 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*”.

Orbene, se è evidente che il legislatore, con la citata disposizione, abbia voluto consentire la medesima integrazione territoriale anche in quei settori sprovvisti di apposita regolazione settoriale, tuttavia, la norma apre una pluralità di questioni⁷⁹ tutte da approfondire. Si dovrà chiarire, infatti, se la norma in questione possa incidere o meno sulle normative di settore che già prevedono lo svolgimento di gare a livello sovracomunale. Inoltre, non è chiarito quali rapporti vi possano essere tra questa norma e le altre (ad esempio, l'art. 33 del TUEL), che prevedono l'individuazione di ambiti per la gestione sovracomunale di funzioni e servizi e che cosa si intenda per "servizi a domanda debole" e in quali rapporti siano detti servizi con quelli privi di rilevanza economica.

Con l'entrata in vigore della nuova normativa, pertanto, l'identificazione dei bacini è affidata, per tutti i servizi, al duplice intervento di enti locali e regioni "nell'ambito delle rispettive competenze", "d'intesa" con la Conferenza unificata. Tuttavia, va ricordato che i servizi pubblici locali a rilevanza economica, anche per esplicita affermazione della Corte costituzionale, non sono, come insieme, materia di competenza regionale. Quindi, occorre chiedersi quale ruolo possono assumere in tal senso le regioni e gli enti locali, considerando che la norma si pone come obiettivo la tutela degli enti locali e indirettamente dei gestori incardinati sul territorio grazie alla partecipazione degli enti locali nel loro capitale. Pertanto, si presume che le regioni dovrebbero intervenire, attraverso discipline di settore, per definire gli ambiti, anche tramite intesa da raggiungere nella Conferenza unificata⁸⁰.

Tra le questioni che si sperava potessero ricevere risposta a seguito della emanazione del regolamento di delegificazione, previsto dal comma 10 dell'art. 23 bis⁸¹, ce n'è anche una di

⁷⁹ Le norme in esame, tuttavia, secondo G.CAIA, S.COLOMBARI, *Servizi pubblici locali di rilevanza economica. Prime note sulla nuova disciplina*, op. cit., presentano altri dubbi interpretativi. In particolare secondo l'A. si deve chiarire se la norma – la quale demanda alle regioni e agli enti locali la possibilità di definire "i bacini di gara per i diversi servizi" – possa incidere o meno sulle normative di settore che prevedono lo svolgimento di gare a livello sovracomunale. Ancora, si deve chiarire quali rapporti vi sono tra questa norma e le altre che hanno previsto l'individuazione di ambiti per la gestione sovracomunale di funzioni e servizi (cfr. art. 33 del t.u.e.l.) Ancora, si deve chiarire cosa si intenda per "servizi a domanda debole" e in quali rapporti siano con i servizi privi di rilevanza economica. Si deve infine chiarire quale sia la *ratio* della norma nella parte in cui si afferma che la definizione dei bacini di gara è finalizzata, tra l'altro, a garantire "il raggiungimento della dimensione minima efficiente a livello di impianto per più soggetti gestori". In particolare si tratta di chiarire se la norma vuole o meno consentire che le singole fasi del servizio possano essere gestite da soggetti diversi.

⁸⁰ Cfr. A. AMMANATI, *Frammenti di una "riforma" dei servizi pubblici locali*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 2008. secondo l'A., "in questo contesto la Conferenza potrebbe diventare la sede di elaborazione di una sorta di "guidelines" di orientamento di intervento livello regionale con l'obiettivo di prevedere assetti non troppo differenziati anche in considerazione della complessa mediazione che si dovrà realizzare tra organi regionali ed enti locali in quanto portatori di interessi diversi. Infatti, sembra difficile ipotizzare di pervenire ad una situazione tendenzialmente omogenea dal momento che il vincolo di gara può rivelarsi ampiamente superabile data la formulazione del c. 3 e lo scarso peso della motivazione e in sostanza del parere dell'*antitrust*."

⁸¹ Il comma 10 al primo capoverso prevede: "il Governo, su proposta del Ministro per i rapporti con le regioni ed entro centottanta giorni alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sentita la conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, nonché le competenti Commissioni parlamentari, emana uno o più regolamenti, ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, ..."

carattere formale. In particolare, la lettera g) del predetto comma 10 rinvia al regolamento governativo la possibilità di «*limitare, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale e razionalità economica, i casi di gestione in regime di esclusiva dei servizi pubblici locali, liberalizzando le altre attività economiche di prestazione di servizi di interesse generale in ambito locale*». La norma fa riferimento a due categorie distinte di servizi, una di derivazione europea, i servizi di interesse generale, e una nazionale, ovvero i servizi pubblici locali. In carenza di una espressa previsione normativa che qualifichi quali siano i servizi ricadenti nell'una e nell'altra categoria, va evidenziata l'incertezza normativa che permea la materia.

Sulla questione, merita evidenziare l'intervento della Confservizi⁸², la quale, in una nota a commento della legge di riforma, auspicava che il regolamento attuativo della lettera g), comma 10, potesse essere l'occasione per affrontare e risolvere finalmente tale questione tenendo, peraltro, presente che, come ricordato da ultimo dalla Commissione europea con la recente Comunicazione sui servizi di interesse generale⁸³, “spetta fundamentalmente alle autorità pubbliche, al pertinente livello (non solo nazionale quindi, ma anche regionale e locale), decidere sulla portata di un servizio d'interesse generale”.

In materia, il regolamento di attuazione è intervenuto con l'art. 2, rubricato “*misure in tema di liberalizzazione*”, il quale affida agli enti locali la verifica della realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali⁸⁴, senza affrontare, tuttavia, la questione di fondo riguardante la limitazione dei casi di gestione in regime di esclusiva, lasciando agli enti locali l'individuazione dei “*casi in cui la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità*”. Tuttavia, l'articolo citato ha il merito di non riproporre il **dualismo lessicale** tra servizi di interesse generale e servizi pubblici locali presente, invece, nell'art. 15 che si prestava a difficile interpretazione.

Occorre evidenziare, infine, le problematiche relative all'applicazione delle norme riguardanti il patto di stabilità. La scelta dell'art. 23-bis di assoggettare al patto di stabilità tutte le società che godono di affidamenti diretti ha suscitato non poche critiche⁸⁵, specie per l'inserimento fra queste anche di quelle quotate in borsa, dal momento che ciò pregiudicherebbe non solo la loro libertà

⁸² Cfr. CONFSEVIZI, *La riforma dei servizi pubblici locali recata dall'art. 23-bis del D.L. 112/2008*, Roma, 22 settembre 2008.

⁸³ Commissione Europea, *Comunicazione sui servizi di interesse generale*, 20 novembre 2007, COM(2007)725.

⁸⁴ La norma stabilisce che “*gli enti locali verificano la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali circoscrivendo l'attribuzione di diritti di esclusiva, ove non diversamente previsto dalla legge, ai soli casi in cui la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità. Tale verifica è svolta periodicamente e comunque prima di procedere al conferimento della gestione dei predetti servizi*”.

⁸⁵ Si veda *Il Sole - 24 Ore* del 21 luglio e del 13 ottobre 2008.

d'iniziativa, ma anche i risparmiatori e i soci privati dei PPP, che si troverebbero in portafoglio azioni di società a sovranità limitata per legge.

Altro problema è poi costituito dalle modalità con cui si richiede la sottoposizione al patto di stabilità: il dubbio, infatti, è se ogni singola società di pubblico servizio deve rispettare un proprio patto o deve essere l'ente a recepire i saldi delle sue società.

La prima soluzione è senz'altro più corretta (perché altrimenti si potrebbe verificare il caso che in un determinato bacino ottimale che coinvolga più enti locali, gli investimenti potrebbero essere risultare bloccati a causa delle diverse condizioni di bilancio dei singoli Comuni), ma richiede comunque la soluzione di non pochi problemi, (come, ad esempio, nel caso in cui una società sia costituita da più enti). Inoltre, l'introduzione di un patto di stabilità per ogni azienda potrebbe, comunque, produrre effetti paradossali, costringendo, ad esempio, a non effettuare investimenti in un settore dove sono necessari e consentirli magari in un altro dove potrebbero essere tranquillamente rinviati. In ogni caso, non ci si può nascondere come la norma, problemi alle amministrazioni locali; l'esternalizzazione dei servizi, infatti, era stata in molti casi un'esigenza obbligata proprio per evitare i rigidi meccanismi imposti dal patto di stabilità.

In materia, sembra quindi condivisibile la scelta fatta dall'art. 5 del regolamento di attuazione che ha assoggettato al patto di stabilità interno solo gli affidatari cosiddetti *in house*, stabilendo, inoltre, il principio della responsabilità degli enti locali dell'osservanza dei vincoli derivanti del suddetto patto.

Recentemente la Corte dei Conti per la Lombardia con il parere n. 193/2009, tornando sull'argomento in questione, sembra anticipare l'attuazione della riforma⁸⁶. La Corte specifica che nel caso di compartecipazione di più enti all'unico organismo societario *in house*, ciò che rileva non è la quota di partecipazione finanziaria al capitale sociale, quanto piuttosto il volume delle attività svolte dalla società a favore di ogni singola amministrazione partecipante. Tale spesa, quindi, andrà conteggiata ai fini della verifica dei vincoli di finanza pubblica in materia di spesa di personale da ogni singola amministrazione in base al collegamento funzionale con la società di erogazione di servizi e non in base al pacchetto azionario posseduto⁸⁷.

6. Segue... Profili di tenuta costituzionale.

⁸⁶ La Corte con il citato Parere, peraltro, richiama il proprio precedente parere n. 99/2008, in cui si era già chiarito che dovevano considerarsi sostenute dall'ente locale le spese di personale iscritte nel bilancio della società pubblica *in house*, tanto nel caso di partecipazione unica totalitaria, quanto nel caso di compartecipazione plurisoggettiva intercorsa fra i vari enti pubblici locali

⁸⁷ Cfr. A GUIDUCCI, *Società in house, il personale "pesa" sull'ente*, in *Il Sole 24 Ore*, 2 giugno 2009, p. 11.

Il legislatore del 2008 ha ricompreso l'articolato tra le materie di competenza esclusiva dello Stato (“*ai sensi dell’art. 117, secondo comma, lettere e) e m), della Costituzione*”), per la fondamentale ragione che la riforma incide in materia di “tutela della concorrenza”. A tale proposito, merita sottolineare l'eccessivo contenzioso che aveva generato la precedente normativa, ovvero la disciplina del 2003, proprio sul riparto di competenze tra Stato e regioni, in quanto, alla luce della riforma del Titolo V della Costituzione la materia è riservata alla potestà esclusiva delle regioni⁸⁸.

Tuttavia, anche riguardo la legge 133 del 2008 problemi di tenuta costituzionale sono stati sollevati in merito al regolamento di delegificazione previsto nella lettera d), sempre del comma 10, in quanto tale provvedimento ha il non facile compito di armonizzare la nuova disciplina e quella di settore relativa 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.

La norma, infatti, potrebbe riaprire la “*querelle*” relativa ai profili di incostituzionalità per violazione del riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni, ai sensi dell’art. 117 Cost., alla luce del fatto che gran parte delle norme di settore ha un'origine regionale.

Tra l'altro, la norma sembra superare quanto disposto dai commi 1, 1 *bis* e 2 *bis* dell’art. 113 TUEL, i quali escludevano espressamente dal campo di applicazione oggettivo della disciplina generale sull'affidamento e sulla gestione servizi pubblici locali, i settori del trasporto pubblico locale, dell'energia elettrica e del gas naturale.

Per quanto riguarda questo profilo, infatti, occorre rilevare che il Consiglio di Stato⁸⁹, ha stabilito, alla luce della riforma del Titolo V della Costituzione, che “l'intesa tra lo Stato e la Regione non può ritenersi sufficiente a modificare la disciplina del riparto di competenze sulla relativa potestà

⁸⁸ A tal proposito si ricorda che la Corte Costituzionale, con la nota sentenza n. 272/2004, si era già occupata della questione proprio in riferimento all'allora disciplina dei servizi pubblici locali. Tale disciplina era stata impugnata essenzialmente in quanto il regime previsto – ad avviso della Regione ricorrente – avrebbe riguardato interventi, non già di “tutela della concorrenza”, ma, più propriamente, di “promozione”, quest'ultima essendo da intendersi come materia diversa dalla “tutela” e, per ciò stesso, da ricomprendersi tra le competenze regionali ai sensi del quarto comma, dell’art. 117 della Costituzione. La Corte, dopo aver ricordato che la configurazione della tutela della concorrenza legittima interventi dello Stato volti tanto a promuovere quanto a proteggere l'assetto concorrenziale del mercato, ha rilevato che la dichiarazione contenuta nella legge, secondo cui le disposizioni sulle modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica “concernono la tutela della concorrenza e sono inderogabili ed integrative delle discipline di settore”, andava considerata alla stregua di una norma-principio della materia, alla cui luce era possibile interpretare il complesso delle disposizioni della legge nonché il rapporto con le altre norme di settore nel senso che “il titolo di legittimazione dell'intervento statale (...) è fondato sulla tutela della concorrenza (...) e che la disciplina stessa contiene un quadro di principi nei confronti di regolazioni settoriali di fonte regionale”. Il titolo di legittimazione statale, peraltro, è “riferibile solo alle disposizioni di carattere generale che disciplinano le modalità di gestione e l'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica”, con il che “solo le predette disposizioni non possono essere derogate da norme regionali”. Pertanto, proprio in applicazione del criterio della proporzionalità ed adeguatezza, che consente di delimitare l'ambito di applicazione di una “materia-funzione” qual è la tutela della concorrenza, era stata dichiarata la incostituzionalità delle previsioni dettagliate ed auto applicative che andavano al di là della doverosa tutela degli aspetti concorrenziali inerenti l'aggiudicazione dei servizi.

⁸⁹ Cfr. Consiglio di Stato, sez. consultiva, Parere del 10 febbraio 2003, n. 335.

regolamentare, trattandosi di disciplina non disponibile, in quanto stabilita in modo diretto e completo dalla Costituzione nel nuovo testo del Titolo V”.

Di diverso avviso, invece, la Corte costituzionale che, attraverso la nota sentenza n. 303/2003⁹⁰, ha stabilito che il legislatore statale, qualora esigenze di unitarietà ed indivisibilità della Repubblica lo richiedano, può – in deroga a quanto stabilito in materia di riparto di competenze legislative dal nuovo Titolo V Cost. – disciplinare (con leggi e con disposizioni di dettaglio di carattere procedurale) l’esercizio di funzioni amministrative su materie di potestà legislativa concorrente e ciò attraverso l’estensione, in base al principio di legalità, dei principi di sussidiarietà e di adeguatezza, dell’attività legislativa. In altre parole, i giudici della Corte costituzionale, evidenziando che il principio di sussidiarietà⁹¹ - a differenza di quello di decentramento - opera in senso bidirezionale e come un ascensore alloca la competenza al livello istituzionale più adeguato, ampliano il potere legislativo e regolamentare dello Stato, concedendo allo stesso (nei limiti indicati) di disciplinare materie, che pur non essendo comprese in quelle previste dall’art. 117 comma 2, necessitano di una disciplina unitaria a livello nazionale, sempre però nel rispetto dei principi di proporzionalità, ragionevolezza⁹² e leale collaborazione⁹³.

⁹⁰ Cfr. M. SCASSERA, *I regolamenti governativi di delegificazione: limiti di applicabilità alle regioni e alle province autonome prima e dopo la legge costituzionale n. 3/2001 (Sentenze n. 302/2003 e n. 303/2003 della Corte Costituzionale)*, in www.diritto.it.

⁹¹ Il principio di sussidiarietà «introduce - secondo i giudici costituzionali - un meccanismo dinamico che finisce col rendere meno rigida la stessa distribuzione delle competenze legislative, là dove prevede che le funzioni amministrative, generalmente attribuite ai Comuni, possano essere allocate ad un livello di governo diverso per assicurarne l’esercizio unitario, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza». Sul principio di sussidiarietà, inteso come criterio di distribuzione delle competenze fra i diversi livelli di governo, si vedano, fra i molti, A. MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti. Contributo allo studio dei criteri ordinatori del sistema delle fonti*, Padova, 2003; F. PIZZETTI, *Sussidiarietà, interessi degli Stati e tutela dei cittadini. La ripartizione delle competenze in un multilevel system: due prospettive per l’Unione*, in P. BILANCIA (a cura di), *Il processo costituente europeo*, Milano, 2002; P. VIPIANA, *Il principio di sussidiarietà “verticale”. Attuazioni e prospettive*, Milano, 2002; E. D’ARPE, *La Consulta censura le norme statali cedevoli ponendo in crisi il sistema. Un nuovo aspetto della sentenza 303/2003*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 2003; L. VIOLINI, *I confini della sussidiarietà: potestà legislativa “concorrente”, leale collaborazione e strict scrutiny (nota a Corte cost. n. 303/2003)*, in *Le Regioni*, 1, 2004, la quale evidenzia come sia la stessa Corte a marcare una netta differenziazione rispetto al principio dell’interesse nazionale. *Contra*: Q. CAMERLENGO, *Dall’amministrazione alla legge, seguendo il principio di sussidiarietà. Riflessioni in merito alla sentenza n. 303 del 2003 della Corte costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it; G. U. RESCIGNO, *Stato sociale e principio di sussidiarietà*, in *Quad. reg.*, 2, 2002, p. 381 ss., invece, il principio di sussidiarietà non incide sulle competenze legislative assegnate (né può spostarle), ma solo sul loro contenuto, consentendo l’allocazione delle funzioni amministrative ai diversi livelli di governo; R. BIN, *L’interesse nazionale... cit.*, p. 1213, secondo cui il principio di sussidiarietà, nel nuovo testo costituzionale, ha assorbito l’interesse nazionale, inteso come variabile livello degli interessi. Secondo Anzon, infine, non si riscontrano particolari differenze, data l’identità dei presupposti (esigenze unitarie e infrazionabili) fra il meccanismo precedente e quello attuale basato sulla sussidiarietà/adequatezza (A. ANZON, *Flessibilità dell’ordine delle competenze legislative e collaborazione tra Stato e Regioni. (Commento a Corte cost. n. 303/2002)*, in *Giur. cost.*, 2003).

⁹² Secondo A. MARZANTI, *Commento all’art. 7*, in AA. VV., *Il nuovo ordinamento della Repubblica. Commento alla L. 5 giugno 2003 n. 131 (La Loggia)*, Milano, 2003, p. 441, la discrezionalità del legislatore statale dovrà essere filtrata in base al principio di ragionevolezza, così come già da tempo precisato dalla Corte costituzionale con la sent. n. 156/95. Anche P. SALVATORE, *Le nuove prospettive del sindacato sull’eccesso di potere alla luce della riforma del titolo V della Costituzione*, in *Cons. St.*, II, 2002, p. 1601 ss., evidenzia come la ragionevolezza costituirebbe l’unico vero limite all’allocazione dinamica e flessibile delle competenze amministrative. Sul concetto di ragionevolezza come

Tuttavia, nonostante tale “concessione”, però, la Corte Costituzionale esclude che il regolamento di delegificazione possa essere adottato dallo Stato in materie ad esso non riservate e che, di conseguenza, gli stessi possano avere efficacia in capo alle Regioni e relativamente a materie di loro competenza.

Inoltre, tra i primi commenti alla nuova disciplina, vi è chi ha evidenziato che l’assenza nel comma 1 dell’art. 23-bis di principi generali e di criteri direttivi, rischia di impedire il corretto esercizio della potestà regolamentare delegata al Governo dal comma 10 del predetto articolo e di minare l’intera riforma⁹⁴. Queste riflessioni, inducono molti a richiedere una rivisitazione organica e complessiva dell’intera materia, dando certezza agli operatori e introducendo elementi di novità effettiva, che possano dare nuovo slancio ad un settore nevralgico per lo sviluppo del Paese⁹⁵.

A tal proposito si ribadisce come l’art. 23-bis non ha abrogato, ma si è aggiunto alle precedenti normative statali e regionali in materia, di cui varie dotate del carattere della specialità, con una difficoltà ermeneutica oggettiva per tutti gli operatori.

7. Considerazioni conclusive

Il processo di armonizzazione della disciplina dei servizi pubblici locali con il diritto comunitario che ha conosciuto la sua origine nel 1990, non solo non può dirsi ancora concluso, ma per certi versi sembra tornare al punto di partenza. Il tentativo del legislatore di introdurre un effettivo regime concorrenziale ha trovato lungo il suo percorso forti resistenze sia in seno al Parlamento sia da parte delle amministrazioni locali che temono la perdita di controllo di settori considerati nevralgici per le politiche locali⁹⁶.

Resistenze dimostrate dai difficili e travagliati iter parlamentari che le leggi di riforma hanno conosciuto in questi anni. I disegni di legge originari, infatti, contenevano norme ambiziose che si

principio dei principi, ovvero come strumento interpretativo di tutti gli altri principi e come obiettivo finale a cui tutti i processi decisionali devono mirare, insiste A. RUGGERI, *Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giustizia costituzionale*, in *“Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti*, Torino, 2002 e sull’argomento si vedano pure M. CALAMO SPECCHIA, *La Costituzione garantita: dalla sovranità alla ragionevolezza*, Torino, 2000 e M. LA TORRE, A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2004.

⁹³ Sul principio di leale collaborazione e più in generale sui principi dell’unità e della flessibilità dopo la riforma del Titolo V, si rinvia a S. BUDELLI, *Dinamismi centripeti del multilivello solidale*, Torino, 2007, cap. II.

⁹⁴ Cfr. S.COLOMBARI, *I “regimi transitori” e le salvaguardie nel settore idrico e negli altri pubblici servizi: rapporti con l’art. 113 del Tuel ed effetti del rinvio ai regolamenti attuativi. Le garanzie sugli affidamenti diffusi ed i vincoli di progressivo riallineamento delle gestioni sul modello ordinario*, in *Atti del convegno sulla “Riforma dei servizi pubblici locali”*, Bologna, 17 novembre 2008, che sul punto, tra l’altro, richiama la nota sentenza della C. Cost. 20 dicembre 1988, n. 1104.

⁹⁵ Cfr. S. POZZOLI, *Partecipate al rebus dipendenti*, in *Il Sole – 24 Ore*, 3 agosto 2009, 212, p. 15.

⁹⁶ Cfr. R. CHIARELLI, *La Repubblica italiana come governo degli uomini*, Torino, 2005, p.21 evidenzia come “una tendenza che ha certamente riflesso la pur limitata percezione, da parte delle forze politiche, di diffuse diffidenze nei confronti dei mutamenti più o meno epocali”

spingevano verso l'introduzione incondizionata della procedura competitiva come modalità ordinaria di affidamento dei servizi, relegando la procedura in deroga ad una condizione di subordinazione e sottoposta a limiti così stringenti da renderla quasi impraticabile. Tuttavia, nel corso dell'*iter legis* sono stati introdotti deroghe via via maggiori tali da rendere il testo finale notevolmente diverso da quello presentato in origine⁹⁷.

Le amministrazioni locali, da parte loro, non hanno mai fatto mistero della loro volontà di mantenere posizioni favorevoli ad affidamenti *in house*, mantenendo di fatto regimi di monopolio nella gestione dei servizi a rilevanza economica. Ne è la dimostrazione la quantità di contenzioso che si è riversato nei tribunali amministrativi in questi anni a seguito di ricorsi originati da società private che almeno potenzialmente avevano i requisiti per gestire servizi locali affidati, invece, a società a totale partecipazione pubblica. Va sottolineato, inoltre, che dopo l'entrata in vigore dell'art. 23 *bis*, gli enti locali hanno cercato in tutti i modi di mantenere lo *status quo*, con una netta preferenza per l'affidamento *in house* come dimostrato dalla casistica dei pareri forniti dall'AGCM ai sensi del comma 4. Quest'ultima, infatti, nonostante sia trascorso appena un anno dall'entrata in vigore della riforma ha avuto modo di emettere una quantità di pareri non trascurabile il cui esito è stato quasi per il 90 per cento negativo, ovvero contrario all'affidamento diretto a società pubbliche⁹⁸.

Stesse considerazioni per quanto riguarda l'art. 15 inserito nel decreto legge n. 135/2009, il quale, nonostante ha contribuito a far luce su molte zone d'ombra dell'art. 23 *bis*, ha lasciato invariata la procedura da seguire in caso di affidamento *in house*, che consente alle amministrazioni pubbliche di derogare alla gara ad evidenza pubblica previo parere dell'AGCM. Parere che continua ad essere obbligatorio ma non vincolante e che rappresenta il punto debole dell'attuale assetto normativo per l'introduzione di un effettivo regime concorrenziale. In altre parole, nelle recenti riforme troppe sono le deroghe e i regimi transitori che impediscono di rendere effettivamente competitivi gli affidamenti.

⁹⁷ Per quanto riguarda l'*iter legis* che ha portato a varare l'art. 23 *bis*, legge 133/2008, occorre sottolineare che il Disegno di legge n. 945, prevedeva che il parere che l'AGCM doveva esprimere nell'ipotesi che l'ente locale ricorresse alla procedura in deroga, era vincolante, per cui in caso di parere negativo si sarebbe dovuto procedere obbligatoriamente con la gara ad evidenza pubblica. Anche nel disegno di legge "Lanzilotta" n. 772 del 2006, il parere era obbligatorio e vincolante. Tutte e due le proposte, tuttavia, non hanno visto la luce; il primo perché è stato emendato per sfociare nell'art. 23 *bis*, il secondo è naufragato a seguito della fine anticipata della legislatura. La stessa AGCM, con la segnalazione AS 457, con la quale esprimeva un giudizio sulla attuale riforma, affermava che il parere consultivo che deve emanare in caso di procedura in deroga, pur utile ad arginare il diffondersi di deroghe ingiustificate, riteneva insufficiente a conseguire tale risultato.

⁹⁸ Dal luglio 2008, data coincidente con l'entrata in vigore della legge 133/2008, sono stati inviati all'AGCM un numero pari 39 richieste di parere, di cui 25 hanno avuto esito negativo, soltanto 3 hanno ricevuto esito positivo, mentre in 11 casi l'AGCM ha dichiarato il non luogo a procedere in quanto riguardanti settori che a giudizio dell'AGCM stessa non sono da ricomprendere nei servizi pubblici locali a rilevanza economica.

Le resistenze, emerse in tutta la loro evidenza in sede di approvazione del decreto legge, fanno pensare che l'attuale assetto potrebbe essere destinato a subire ulteriori modifiche in futuro. Infatti, nonostante che l'art.15 non vada nella direzione di una totale apertura alla libera concorrenza, mantenendo di fatto lo *status quo*⁹⁹, non sono mancate prese di posizione contro la modifica del'art. 23 *bis*, attraverso pressioni per il mantenimento dell'affidamento diretto a società pubbliche¹⁰⁰. Resistenze che si sono palesate anche nella disciplina del periodo transitorio che, rispetto alla'art. 23 *bis*, viene posticipato al 2011.

Inoltre, se è pur vero che l'attuale disciplina apre alla concorrenza – con i limiti di cui si è detto – in ogni caso sembra privilegiare la soluzione della concorrenza *per* il mercato anziché la concorrenza *nel* mercato che, invece, rappresenta la vera liberalizzazione, dove il cittadino-utente sceglie tra una pluralità di gestori, tutti autorizzati all'erogazione del servizio, in un quadro di regole definite dagli enti locali in virtù della loro potestà organizzativa in materia di servizi pubblici locali¹⁰¹.

⁹⁹ Occorre sottolineare che, in merito al periodo transitorio, l'art. 15 provvede ad un ulteriore slittamento del periodo di entrata in regime della riforma al 31 dicembre 2011.

¹⁰⁰ Sulla questione si veda l'articolo di, nel quale l'Autore sottolinea come nella precedente legislatura fu Rifondazione Comunista a far naufragare il Disegno di legge Lanzilotta, mentre nell'attuale Legislatura è la Lega Nord a mettersi di traverso ad effettiva apertura al mercato del settore dei servizi locali. Si sottolinea, infatti, che il 23 settembre c'è stata una prima presa di posizione di Maurizio Fugatti, capogruppo della Lega in Commissione finanze alla camera, che alla mozione di Valducci sulla liberalizzazione del settore ha replicato chiedendo al governo di preservare il sistema degli affidamenti *in house*; "La Lega si batte per preservare e difendere i patrimoni esistenti all'interno dei comuni. Patrimoni, come le società pubbliche dei servizi locali, spesso costituite nel tempo con i sacrifici, non solo economici, delle generazioni precedenti", F. CERISANO, *Acqua, privatizzazioni con il bilancino ItaliaOggi* del 24 settembre 2009.

¹⁰¹ In tal senso anche il Parere espresso dall'ANCI sul D.L. 135/2009 nell'ottobre 2009.