

Le gare per l'affidamento dei servizi pubblici locali dopo il "Cresci Italia"

Domenico Ielo - Bonelli Erede Pappalardo

Sommario: 1. Premessa: è l'ora del "denominatore". - 2. La creazione dell'esclusiva sull'esercizio del servizio locale. - 3. La reintroduzione della clausola di prevalenza e il rapporto con la normativa comunitaria. La diversa disciplina sulla causa di esclusione dalle gare per l'affidamento del servizio di trasporto per le società che detengono affidamenti diretti. - 4. Quale gara? - 5. La gara da non fare. - 6. La - diversa - nozione di concessione di servizi enucleata dall'ordinamento comunitario e recepita nel codice dei contratti. - 7. L'assunto di fondo della gara per l'affidamento della concessione del servizio. - 8. La concessione mista e i parametri Altmark. - 9. I criteri di fondo della gara. - 10. Gli obblighi del concessionario.

1. Premessa: è l'ora del denominatore

Tanto tuonò che piovve. E' il turno del "denominatore". Prima - con il Salva Italia -il Governo si è occupato della riduzione del "numeratore" (il debito pubblico) di quella frazione che esprime la situazione critica dell'Italia. Oggi è arrivato il tanto atteso impegno governativo finalizzato all'aumento del denominatore (il prodotto interno lordo). E' il turno del sospirato Cresci Italia.

Nella prospettiva del Governo, una variabile strategica essenziale della crescita è la riforma della disciplina sui servizi pubblici locali. Le premesse di tale approccio sono contenute nei primi articoli del decreto: l'abolizione di misure programmatiche delle attività economiche non proporzionali alla finalità da perseguire (e tali da discriminare l'accesso di potenziali nuovi entranti nei mercati di riferimento - art. 1); meccanismi sostitutivi (anche) nei confronti degli enti territoriali che non si adeguino a tale comunione di scopi.

A ben vedere, non siamo in presenza di una rivoluzione del settore. La nuova disciplina si pone nel solco delle riforme degli ultimi anni in tale ambito, imprimendo uno slancio più energico verso il conseguimento di obiettivi già disegnati.

Sono tre le novità di maggiore rilievo. La prima è rappresentata dalla spinta all'ottimizzazione dei servizi. I servizi devono essere organizzati e svolti secondo ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei, di dimensioni comunque non inferiori al territorio provinciale. Si replica, così, il modello già esistente nei rifiuti, nell'acqua e nel gas. Si introduce - almeno in via generalizzata - un meccanismo bastone - carota. L'affidamento con gara contribuisce a rendere virtuosi gli enti affidanti (con le ricadute

finanziarie pubbliche); la mancata applicazione della nuova disciplina espone gli enti territoriali a interventi sostitutivi.

Infine, nel settore dei rifiuti, si agevola la possibilità di accesso nel mercato dell'aggiudicazione delle concessioni anche ai nuovi entranti, che non dispongono degli impianti strumentali alla gestione del servizio. Si tratta di una novità importante, posto che la realizzazione degli impianti (soprattutto di smaltimento o di recupero) presuppone grandi investimenti che è possibile ammortizzare solo tramite gestioni di lunga durata. Ebbene prima si imponeva solo di non discriminare in sede di gara tra chi detenesse l'impianto e chi ne fosse provvisto (ad esempio in sede di attribuzione dei punteggi o valutazione delle anomalie). Oggi si va alla radice. Da un lato, la gestione integrata può comprendere solo l'avvio allo smaltimento e al recupero (e non lo smaltimento e il recupero), con la conseguente possibilità di partecipazione anche di soggetti sprovvisti di impianti di smaltimento e recupero; dall'altro i titolari degli impianti che non si siano aggiudicati l'affidamento devono consentire all'affidatario della gestione integrata l'utilizzazione degli impianti a tariffe regolate e la disponibilità "delle potenzialità e capacità necessarie a soddisfare le esigenze di conferimento indicate nel Piano d'Ambito".

Le rimanenti prescrizioni costituiscono un naturale sviluppo e adattamento della disciplina contenuta nell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 (convertito in legge 14 settembre 2011, n. 148), normativa emanata successivamente al referendum del giugno 2011, con cui era stato abrogato l'art. 23 *bis* del d.l. 25 giugno 2008 n. 112¹ (e, conseguentemente, era venuto meno il relativo regolamento di attuazione)².

In questo quadro, il Governo rimarca quello che plausibilmente può ritenersi il Filo d'Arianna degli interventi normativi che si sono susseguiti negli ultimi anni: la gara. I servizi devono essere affidati tramite una gara. O meglio, devono essere affidati con gara quei servizi la cui gestione non può essere rimessa al mercato.

Di qui lo sbarramento a molte delle scorciatoie prima utilizzate per non gareggiare. L'affidamento mediante gare è parametro determinante della virtuosità. Le risorse statali sono indirizzate prioritariamente ad affidanti e affidatari con gara. La cornice economica dell'*in house* è drasticamente ridotta da 900.000 a 200.000 euro. Soprattutto, gli enti territoriali diventano sorvegliati speciali. Tramite il meccanismo del monitoraggio previsto dall'art. 4 del Cresci Italia (d.l. 24 gennaio 2012, n. 1), la loro normativa è posta sotto l'occhio vigile dell'AGCM e della Presidenza del consiglio dei ministri. In caso di inadempienze, quest'ultima può attivare il proprio potere sostitutivo.

Il messaggio, insomma, ormai è chiaro: la gara è necessaria.

Ma che gare effettuare? Dissipato il cono d'ombra sul *se* affidare con gara, rimane la zona oscura del *come* indire la gara.

Sotto questo profilo, anche il Cresci Italia eredita le disattenzioni del passato. Anche le indicazioni contenute nell'art. 25 del "Cresci Italia" sono insufficienti a delineare una

¹ D.L. 25 giugno 2008, n. 112, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 25 giugno 2008, n. 147, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 6 agosto 2008, n. 133, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 21 agosto 2008, n. 195.

² D.P.R. 7 settembre 2010, n. 168, regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, a norma dell'articolo 23 *bis*, comma 10, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133.

disciplina precisa su tale (delicato) profilo. Vi si ritrovano solo paletti e non vere e proprie indicazioni sulle modalità di svolgimento della gara.

Piuttosto, si disegna un preciso obiettivo all'estensione del meccanismo del partenariato. Si vuole rendere più appetibile la realizzazione delle reti, per esempio, rendendo maggiormente flessibile lo strumento della concessione di lavori o della finanza di progetto. Si intende "scaldare" le opere fredde tramite il nuovo contratto di disponibilità. Insomma, si intende dare buone ragioni (economiche) al privato per investire i propri capitali in opere e servizi pubblici.

Ma tali innovazioni accrescono - e non diminuiscono - il nodo delle modalità di affidamento. Gli enti territoriali dovranno essere farsi carico di applicare procedure ad evidenza pubblica per la scelta del *partner* privato, che devono per forza di cose adattarsi alle peculiarità dell'affidamento in partenariato.

Ne conseguono alcuni interrogativi. L'ente affidante è vincolato a osservare solo le poche prescrizioni contenute nel testo unico degli enti locali? Rispondendo affermativamente, più che una discrezionalità, avremmo una libertà nella determinazione delle regole sulle gare che riguardano l'affidamento di attività che, per un verso, riguardano settori cruciali dell'economia (gas, acqua, trasporti, ecc.) e, per altro verso, intercettano esigenze essenziali della collettività. L'ente affidante finirebbe per assomigliare a quei cuochi di grido che sono sostanzialmente autorizzati a introdurre nei propri piatti qualunque ingrediente, anche il più stravagante.

Da scartare è anche la soluzione opposta, ossia quella di considerare l'affidante sostanzialmente vincolato a osservare le prescrizioni del codice dei contratti. Tale ipotesi assimilerebbe il nostro emblematico cuoco a cucinare - anzi a riscaldare - un meste piatto già pronto, con sostanziale svuotamento dell'autonomia riconosciuta agli enti locali.

Scontato, quindi, è il richiamo alla teoria aristotelica del giusto mezzo. L'affidante deve osservare una serie di regole giuridiche, ma può specificare e contestualizzare tali regole in sede di affidamento. Come si illustrerà, più che applicare regole giuridiche l'affidante dovrà parametrare le regole della gara al sistema della traslazione del rischio di gestione, e cioè all'elemento di reale connotazione della concessione di servizio.

Di qui gli interrogativi cui si tenterà di rispondere nella presente relazione: i) quali regole giuridiche osservare nell'affidamento dei servizi pubblici locali; ii) come indire la gara; iii) quali criteri seguire per contestualizzare le regole giuridiche di fondo rispetto alle proprie esigenze.

2. La creazione dell'esclusiva sull'esercizio del servizio locale

L'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 prevede (salvo i casi dell'*in house*) lo svolgimento di una gara per l'affidamento dei servizi pubblici locali. La gara dovrà avere ad oggetto l'affidamento del servizio nell'ambito territoriale ottimale.

In realtà, tale sistema non vige sempre. Si affida il servizio con gara, creando un'esclusiva nello svolgimento del servizio, solo laddove il servizio non sia liberalizzato, e cioè suscettibile di essere svolto da più soggetti in regime di libera concorrenza e senza esclusive. O meglio, sussiste il meccanismo della gara in quanto a monte vi sia stata la c.d. decisione di esclusiva (e cioè la decisione di riservare a un solo

soggetto lo svolgimento di un servizio pubblico locale).

Operano in regime di esclusiva, come precisa l'art. 8, comma 2 della l. 287 del 1990 (legge *antitrust*) le imprese “*che, per disposizione di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato*”, esercitando un'attività che altri soggetti non possono esercitare. Il legislatore, pertanto, prevede la possibilità che il servizio pubblico locale sia svolto in regime liberalizzato (o di concorrenza nel mercato), *non più* assoggettato a regime di esclusiva³. E' il caso delle attività inerenti al settore (di pubblica utilità) delle comunicazioni elettroniche, settore interamente liberalizzato (art. 3 comma 2 del d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259)⁴. Nelle comunicazioni elettroniche tutti i soggetti economici possono operare. Lo svolgimento di tali attività è libero, e l'esplicazione delle medesime può essere assoggettato solo ad atti di controllo a carattere conformativo. Conseguentemente si deve riconoscere, in capo ad ogni impresa che possiede le caratteristiche per operare in tale settore, una posizione giuridica al rilascio al provvedimento che consente l'accesso ai relativi mercati (autorizzazione generale). Eventuali atti amministrativi (quale l'autorizzazione generale) non assumono mai carattere accrescitivo della sfera giuridica o di azione degli operatori, ma forniscono una semplice connotazione di tipo permissivo a posizioni giuridiche immanenti alla sfera giuridica del destinatario⁵. Nelle comunicazioni elettroniche, pertanto, opera la regola della "concorrenza nel mercato", che si contrappone alla concorrenza "per il mercato".

Al contrario, la disciplina sui servizi pubblici locali - e in particolare quello riguardante l'affidamento con gara - riguarda le imprese che sono preposte ad erogare tali servizi sulla base di un atto pubblicistico che conferisca alle medesime una posizione di diritto esclusivo (si pensi alla gestione del servizio idrico integrato, alla gestione dei rifiuti ai trasporti locali: tutte attività svolte in regime di esclusiva)⁶.

A ben vedere, alcuni servizi pubblici locali *devono* essere assoggettati a esclusiva, perché così dispone la legge. Si pensi ai trasporti, alla distribuzione del gas, ai rifiuti, al

³ Il giudice amministrativo ha rilevato come, per effetto dell'attuazione dei principi di non discriminazione e di libertà di concorrenza, tanto il diritto europeo quanto quello interno stiano progressivamente eliminando i monopoli e, talvolta, escludano la possibilità di configurare un'amministrazione concedente rispetto a servizi liberalizzati, C. St., adunanza plenaria, ord. 30 marzo 2001 n. 1. Sui rapporti tra soggetti privatizzati e cura degli interessi generali, F. De Leonardis, *Legalità, autonomie e privatizzazioni*, in *RTDP*, 2000, 241

⁴ Il tema è trattato da A. Ogus, *La regolazione dei servizi privatizzati*, in *I servizi a rete in Europa*, Milano 2000, 19.

⁵ F. Bonelli, *Privatizzazione dei servizi pubblici*, in *Il codice delle privatizzazioni nazionali e locali*, Milano, 2001, 24.

⁶ In base alla normativa comunitaria: a) costituisce diritto esclusivo la posizione giuridica assicurata ad una impresa da un atto legislativo, regolamentare o amministrativo che le riservi la facoltà di fornire un servizio o di effettuare un'attività all'interno di una determinata area geografica; b) costituisce diritto speciale la posizione giuridica assicurata a un numero limitato di imprese da un atto legislativo, regolamentare o amministrativo che, all'interno di una determinata area geografica, limiti a due o più il numero di dette imprese autorizzate a fornire un servizio o a svolgere un'attività, non conformandosi a criteri di obiettività, proporzionalità e non discriminazione, o designi, non conformandosi a tali criteri, varie imprese in concorrenza, autorizzandole a fornire un servizio o a svolgere un'attività, o conferisca a ciascuna impresa, non conformandosi a tali criteri, vantaggi legali o regolamentari che influiscono sostanzialmente sulla capacità di qualsiasi altra impresa di fornire lo stesso servizio o di svolgere la medesima attività nella stessa area geografica in condizioni sostanzialmente equivalenti.

ciclo idrico integrato (con l'eccezione della fase di recupero, che, com'è noto, il gestore integrato svolge in regime di concorrenza con altri operatori). In questo caso, ovviamente, l'ente non può liberalizzare il servizio.

Vi sono servizi pubblici locali che *possono* essere assoggettati a esclusiva (da parte degli enti locali). Si tratta, ovviamente, di una discrezionalità limitata: tale assoggettamento è possibile purché ricorrano alcuni presupposti, sebbene la sussistenza di tali presupposti possa essere discrezionalmente apprezzata dall'ente locale.

La decisione di escludere un'attività dalla *concorrenza nel mercato* (più operatori concorrono tra loro nell'offerta dei propri servizi) e di assoggettarla alla *concorrenza per il mercato* (più operatori concorrono tra loro per essere designati unici offerenti del servizio) si regge sul presupposto dell'impossibilità, per la libera iniziativa economica privata, di garantire il servizio alla collettività.

Tale decisione, in ogni caso, è procedimentalizzata. Infatti, l'art. 4 del d.l. n. 138 prevede un meccanismo imperniato: i) sull'individuazione dei contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e sulla verifica della realizzabilità concorrenziale del servizio; ii) sull'emanazione di una delibera quadro (in esito alla verifica) che opti per la liberalizzazione (con conseguente eliminazione dei diritti di esclusiva) o per l'illustrazione di fallimenti del mercato (con l'imposizione dell'esclusiva e conseguente esigenza di affidamento con gara del servizio); iii) sulla pubblicità e invio AGCM della delibera quadro, per l'espressione di un parere obbligatorio avente ad oggetto la ragionevolezza della previsione dell'esclusiva.

Il Cresci Italia ha accentuato la rilevanza di tale fase. In assenza della delibera quadro, l'ente locale non può prevedere diritti di esclusiva.

3. La reintroduzione della clausola di prevalenza e il rapporto con la normativa comunitaria. La diversa disciplina sulla causa di esclusione dalle gare per l'affidamento del servizio di trasporto per le società che detengano affidamenti diretti.

Tra le modifiche più importanti, si segnala la reintroduzione nel nuovo testo della c.d. clausola di prevalenza, ossia della previsione che sancisce la prevalenza della normativa generale sui servizi pubblici locali rispetto alle discipline di settore con essa incompatibili (prevista dall'art. 4, comma 34). Contenuta nel comma 1 dell'art. 23 *bis* abrogato⁷, tale clausola era stata espunta dalla disciplina post referendaria.

Oggi, a conferma della forte vincolatività che il Governo intende attribuire alla disciplina sui servizi pubblici locali, la clausola di prevalenza è stata reintrodotta.

Il che, tuttavia, pone una serie di interrogativi riguardanti il rapporto tra la normativa in materia di servizi pubblici locali e quella di settore, soprattutto nei casi in cui la disciplina di settore è data dal diritto comunitario.

Il tema si complica quando la disciplina sia sancita da un Regolamento comunitario e tale disciplina sia non solo diversa, ma anche incompatibile con quella prevista da

⁷ L'art. 23 *bis*, comma 1, del d.l. n. 112 del 2008 (ora abrogato) disponeva che “*Le disposizioni contenute nel presente articolo si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili*”.

quella disposta dall'art. 4. E' il caso del Regolamento (CE) n. 1370/2007 del 23 ottobre 2007 che disciplina la materia dei servizi pubblici di trasporto⁸.

Tale Regolamento:

(i) sancisce la regola dell'affidamento con gara dei contratti di trasporto (art. 5, paragrafo 3);

(ii) prevede, come deroga, la possibilità di affidamento diretto a soggetti che abbiano i requisiti comunitari dell'*in house* (art. 5, paragrafo 2);

(iii) subordina l'operatività degli affidamenti diretti alla condizione che tanto l'affidatario *in house* quanto i soggetti su cui l'affidatario eserciti una influenza anche minima svolgano la loro attività *intra moenia* (cioè all'interno del territorio dell'affidamento diretto) con divieto di partecipazione a procedure di gara al di fuori del territorio dell'autorità competente a livello locale (art. 5, paragrafo 2, lett. b);

(iv) stabilisce una disciplina particolare in relazione al periodo transitorio, che decorre dal 3 dicembre 2009 (data di entrata in vigore del Regolamento) al 2 dicembre 2019 (art. 8, paragrafo 2).

In particolare, l'art. 8 dispone che dalla seconda metà del periodo transitorio (ovvero dal 2014) le autorità affidanti possono escludere dalle gare i soggetti che, nell'ambito del proprio portafoglio complessivo di affidamenti in esclusiva (di contratti di trasporto), dispongano di un numero di affidamenti non conformi al Regolamento che rappresenti una quota superiore alla metà dei propri affidamenti complessivi (in esclusiva)⁹.

Confrontando le prescrizioni dell'art. 4, comma 33, del d.l. n. 138 del 2011 con le omologhe previsioni del Regolamento, si evince come entrambe le discipline siano dirette a salvaguardare la contendibilità dei mercati dei servizi pubblici locali dai possibili effetti distorsivi causati dalla presenza di operatori che godono di situazioni di monopolio. Se tale finalità è comune (nella legislazione nazionale e comunitaria) il meccanismo giuridico utilizzato per perseguirla è diversificato.

Sul fronte nazionale, il comma 33 dell'art. 4 sancisce un divieto generalizzato, posto a carico degli affidatari diretti di servizi pubblici locali, di acquisizione di servizi ulteriori o in ambiti territoriali diversi (rispetto a quelli oggetto dell'affidamento diretto). Tale divieto non contempla alcun parametro qualitativo, temporale o quantitativo di graduazione dell'applicabilità dello stesso¹⁰.

⁸ Regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1170/70.

⁹ Ai fini dell'applicazione di tale norma, devono intendersi non conformi al Regolamento: i) gli affidamenti che non siano stati disposti in base ad una gara aperta, trasparente e non discriminatoria (secondo i criteri fissati dal Regolamento); ii) gli affidamenti diretti (in assenza di gara) disposti in favore di soggetti che non avevano i requisiti comunitari per l'*in house* (art. 8, paragrafo 4). Simmetricamente, in base all'art. 8, a partire dal 2014 non possono essere esclusi dalle gare per l'affidamento di servizi pubblici di trasporto soggetti che detengano nel proprio portafoglio di affidamenti in esclusiva una quota di affidamenti conformi al Regolamento (affidamenti con gara equa o affidamenti *in house* coerente con i principi comunitari) superiore alla metà del complesso di affidamenti in esclusiva.

¹⁰ Né è basato su criteri tramite i quali poter valutare se effettivamente l'ingresso di terzi operatori possa comportare un pregiudizio degli assetti concorrenziali nel mercato di riferimento. Si prevedono

Pur perseguendo la medesima finalità pro-concorrenziale, la prospettiva seguita dal legislatore comunitario è maggiormente articolata e graduale, posto che sono introdotti precisi limiti temporali, tipologici e quantitativi all'operatività del divieto alla partecipazione alle gare per l'acquisizione di contratti di servizio di trasporto posto a carico del soggetto che detenga affidamenti diretti. Anzitutto, il divieto di operatività *extra moenia* per gli affidatari diretti (sancito dall'art. 5, paragrafo 2, lett. b) del Regolamento) è temperato da un periodo transitorio durante il quale il divieto non opera (diversamente il divieto per gli affidatari diretti di acquisire servizi locali fissato dal legislatore nazionale opera anche nel periodo transitorio)¹¹.

Inoltre, durante il regime transitorio previsto dal regolamento (e precisamente nella seconda fase, ovvero dal 2014 al 2019) viene introdotta una seconda regola asimmetrica, la quale a sua volta è agganciata a precisi parametri quantitativi e qualitativi. In dettaglio, premesso che lo stesso legislatore comunitario riconosce che possono essere indette nuove gare (volte all'affidamento del servizio di trasporto locale) durante il periodo transitorio previsto dal Regolamento comunitario, si attribuisce al partecipante la possibilità di non essere escluso dalla gara, purché dimostri di detenere nel proprio portafoglio di contratti di trasporto in esclusiva una quota di affidamenti (sempre di trasporto) conformi al Regolamento (affidamenti con gara equa o affidamenti *in house* coerente con in principi comunitari) superiore alla metà del complesso di affidamenti in esclusiva. Inoltre, non possono essere escluse le imprese che gestiscono i servizi oggetto della gara. La ratio di questa previsione è consentire l'esclusione dalle gare dei soli operatori che, in considerazione della rilevanza quantitativa degli affidamenti diretti di cui dispongono, siano in grado di creare un rischio effettivo di distorsione della concorrenza nella gara (laddove, come si è detto, il legislatore nazionale ha introdotto un divieto generalizzato che rischia, in concreto, di produrre effetti anti-concorrenziali, e cioè effetti contrari a quelli voluti dal legislatore)¹².

E' evidente, quindi, la diversità di disciplina sul versante italiano e comunitario. Quella italiana adotta un approccio regolatorio *ex ante* e di portata generalizzata; quella comunitaria adotta un approccio teso a graduare l'intervento pubblico e ad evitare che gli eventuali divieti possano tradursi, a loro volta, in barriere legali all'accesso anticompetitive.

A ben vedere, in relazione alla questione in esame, si contrappongono due opposte

esclusivamente eccezioni, ovvero tipologie di casi in cui il divieto non opera. Si tratta dei casi di società quotate, della selezione del socio privato da individuare con gara a doppio oggetto e di quelli relativi alla partecipazione alla c.d. prima gara (e cioè alla selezione successiva alla cessazione del servizio, avente ad oggetto i servizi forniti dagli affidatari diretti). Fuori da tali casi, il divieto assume una portata generalizzata

¹¹ La *ratio* di tale previsione è, evidentemente, quella di tenere conto della circostanza che il passaggio da un regime fatto, in prevalenza, di affidamenti senza gara ad un concorrenza per il mercato "piena" può avvenire in modo efficace solo in modo graduale.

¹² Inoltre, rispetto ai partecipanti i quali non soddisfino tali requisiti, l'esclusione non è automatica. La norma, infatti, configura tale esclusione come facoltà delle autorità competenti. Queste ultime dispongono, a tal fine, di un potere discrezionale finalizzato a valutare le circostanze del caso concreto, il cui esercizio è subordinato all'osservanza di parametri sostanziali (divieto di discriminazione) e procedurali (comunicazione alla Commissione europea dell'intenzione di applicare tale normativa e informativa dei potenziali operatori all'inizio della gara).

finalità pubblicistiche. L'esigenza di salvaguardare la concorrenzialità dei mercati dei servizi pubblici locali da eventuali sussidi incrociati spinge, come illustrato, ad escludere i titolari di affidamenti diretti da tale mercato. All'opposto, l'esigenza di rendere maggiormente contendibili tali mercati (caratterizzati da una situazione di oligopolio naturale) spinge a garantire la massima partecipazione, allargando la platea dei soggetti che possono competere per l'acquisizione di tali servizi (tramite il meccanismo della concorrenza per il mercato).

La prospettiva verso cui si è indirizzato il legislatore nazionale privilegia nettamente la prima esigenza pubblicistica; la soluzione adottata dal legislatore comunitario attua invece un temperamento di tali finalità. Si ritiene, pertanto, che tale secondo percorso sia maggiormente aderente al principio "ordinamentale" di proporzionalità e, più precisamente, al canone della c.d. necessità (corollario indefettibile del canone della proporzionalità). Tale canone ammette un intervento regolatorio penetrante solo nei limiti in cui non sia sostituibile con una misura meno "invasiva" (che, cioè, comprometta meno l'assetto concorrenziale che si intende sacrificare). In applicazione del canone della necessità, infatti, il Regolamento pone barriere all'accesso al mercato dei servizi pubblici locali solo nei limiti in cui siano realmente necessarie. Inoltre, il legislatore comunitario: i) subordina l'operatività del divieto alla sussistenza di presupposti quantitativi, evitando così i possibili effetti negativi della norma nazionale; ii) ne rimette comunque l'apprezzamento concreto alle autorità pubbliche competenti (che in genere sono i soggetti pubblici che indicano la gara per l'affidamento del contratto di servizio).

Occorre esaminare, a questo punto, in che termini si ponga tale diversità di regime giuridico. In base all'art. 288 TFUE "*il regolamento ha portata generale. Esso è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati Membri*" (a differenza delle direttive, che in via di principio vincolano solo sul risultato da raggiungere, lasciando agli Stati membri discrezionalità sulle concrete modalità di conseguimento della finalità posta dalla direttiva). Come tale, il regolamento comunitario acquista efficacia negli Stati membri senza che sia necessario un atto di ricezione o di adeguamento da parte dei singoli ordinamenti statali¹³. E l'effetto di tale applicazione diretta è quello della "primazia" tra le fonti giuridiche: subordinatamente (solo) alla Costituzione, la norma del regolamento assume valenza primaria e prevalente su tutte le altre fonti normative.

La regola dell'immediata applicazione ammette alcune deroghe. Tali deroghe riguardano i casi in cui il regolamento necessiti (per il suo contenuto generale) comunque di un atto di recepimento nell'ordinamento nazionale o quelli in cui sia il regolamento stesso a richiedere una prescrizione di recepimento o a sancire la prevalenza della disposizione nazionale (assumendo, così, carattere dispositivo e, a volte, suppletivo)¹⁴.

¹³ Cfr. G. Tesauro, *Diritto comunitario*, 2005, 161.

¹⁴ In proposito, la Corte di giustizia ha osservato che "*in conseguenza della natura stessa dei regolamenti e della loro funzione nel sistema delle fonti del diritto comunitario, le disposizioni dei detti regolamenti, producono, in genere, effetti immediati negli ordinamenti giuridici nazionali, senza che le autorità nazionali debbano adottare misure di attuazione, talune loro disposizioni possono tuttavia richiedere, per la loro applicazione, l'adozione di misure di esecuzione da parte degli Stati membri*" Corte di Giustizia delle Comunità europee, 11 gennaio 2001, *Monte Arvosu S.r.l.*, C-403/98).

Lo stesso Regolamento prevede alcune prescrizioni applicabili nei limiti in cui non vi sia una diversa prescrizione nazionale. Ciò vale, ad esempio, a proposito dell'*in house*, la cui l'ammissibilità è subordinata all'inesistenza di un divieto previsto dalla normativa nazionale (art. 5, paragrafo 2) o al limite quantitativo entro il quale sono consentiti gli affidamenti diretti (art. 5, paragrafo 4). Tuttavia, tra tali previsioni - in cui il Regolamento pone una disciplina valida ove non diversamente disposto a livello nazionale - non rientrano quelle previsioni del Regolamento che sono state esaminate nel paragrafo precedente, ovvero quelle previsioni che prevedono una disciplina diversa rispetto a quella sancita dal comma 33 dell'art. 4 (ammettendo entro rigorosi limiti la partecipazione alle gare da parte di soggetti che detengono affidamenti diretti).

Sempre sul piano del rapporto tra fonti giuridiche (fonte nazionale e comunitaria), si rileva che, rispetto alla disciplina nazionale (comma 33), quella prevista dal Regolamento assume carattere affatto speciale. Basti solo considerare che la disciplina prevista dal d.l. n. 138 del 2011 riguarda tutti i servizi pubblici locali, mentre quella sancita dal Regolamento riguarda solo i servizi di trasporto (con una disciplina diversificata a seconda della tipologia di servizio di trasporto). Vi sono, poi, altre previsioni esplicite che hanno l'effetto di restringere notevolmente la portata applicativa del Regolamento. Quest'ultimo non si applica, per esempio, alla concessione di lavori o ai casi in cui il contratto di servizio di trasporto venga affidato tramite appalto di servizi. Complessivamente, si può ritenere che la disciplina prevista dal Regolamento assuma carattere di marcata specialità rispetto a quella prevista dal comma 33 dell'art. 4.

Si ritiene che, rispetto alla disciplina prevista dal comma 33, quella sancita dagli artt. 5 e 8 del Regolamento si ponga non solo in termini di specialità, ma anche di incompatibilità. Ovviamente tale incompatibilità riguarda esclusivamente le (poche) fattispecie che ricadono sotto l'impero di entrambi i corpi normativi, ovvero l'acquisizione di servizi pubblici locali di trasporto da parte di imprese che (anche tramite controllanti o controllate) dispongano di contratti di trasporto in esclusiva affidati direttamente.

Tale incompatibilità è duplice. Per un verso, in base alla normativa comunitaria il gestore del servizio di trasporto (che sia anche affidatario diretto) vanta la pretesa - fondata sul regolamento - a potere partecipare a gare finalizzate all'aggiudicazione di contratti di trasporto nella prima parte del periodo transitorio (dal 2009 al 2014). Per altro verso, tale soggetto vanta la pretesa (fondata sempre sul Regolamento) di poter partecipare alle gare laddove soddisfi la condizione della quota maggioritaria degli affidamenti conformi al Regolamento (nella seconda fase del periodo transitorio). In entrambi i casi, tale pretesa è incompatibile con il divieto generalizzato sancito dall'art. 33.

Il rapporto di incompatibilità costituisce un elemento decisivo. Si consideri, infatti, che la Corte costituzionale è stata investita più volte della questione inerente ai rapporti tra la normativa nazionale e quella comunitaria sull'affidamento dei servizi pubblici locali, affermando che legittimamente la seconda può essere maggiormente rigorosa rispetto alla prima (introducendo divieti maggiori o ulteriori). La stessa Consulta, tuttavia, ha precisato che tale maggiore rigore, da parte della normativa nazionale, è ammesso in tutti i casi in cui il regime più rigoroso, introdotto dal legislatore nazionale, sia compatibile con la disciplina comunitaria. Il presupposto di tale percorso

argomentativo è sintetizzato dalla Corte nel modo seguente: le norme nazionali in materia di servizi pubblici locali che introducono un regime maggiormente restrittivo rispetto a quello previsto dalla legislazione comunitaria sono (comunitariamente) legittime laddove tali “ *disposizioni ... non costituiscono né una violazione né un’applicazione necessitata della richiamata normativa comunitaria ed internazionale, ma sono semplicemente con questa compatibili ...* ” (Corte cost., 17 novembre 2010, n. 325). Non a caso, le ipotesi in cui è stato ammesso un regime nazionale maggiormente rigoroso rispetto a quello comunitario avevano come parametro di riferimento le direttive o i principi dei Trattati, ovvero prescrizioni di carattere finalistico che lasciano ampia facoltà discrezionale al legislatore dello stato membro sulle modalità di conseguimento dell’obiettivo comunitario.

La questione in esame, invece, è diversa. Su un piano formale, come rilevato, siamo in presenza di un regolamento comunitario, immediatamente applicabile. In questo caso, pertanto, esiste una disciplina puntuale a livello sovranazionale che lascia ben poche possibilità applicative al legislatore nazionale.

Sul piano sostanziale, il regime previsto dai due ordinamenti - nell’ipotesi di partecipazione a gare da parte di imprese di trasporto (che detengano affidamenti diretti) nella prima parte del periodo transitorio comunitario o in quella di partecipazione da parte di imprese di trasporto con quota maggioritaria conforme al Regolamento nella seconda fase del periodo transitorio comunitario - è antitetico. In questi casi, infatti, mentre il Regolamento (che ha efficacia diretta nell’ordinamento italiano) ammette la partecipazione, il comma 33 dell’art. 4 la esclude.

Ebbene la giurisprudenza nazionale e comunitaria è ormai pacifica nel ritenere che, in presenza di un contrasto tra normativa nazionale e normativa comunitaria immediatamente applicabile, lo Stato membro è tenuto a disapplicare la normativa interna e ad applicare quella comunitaria. E tale obbligo di disapplicazione grava non solo sugli organi giurisdizionali¹⁵ ma anche sulle autorità amministrative dello Stato membro¹⁶.

Del resto, lo stesso decreto Cresci Italia ha riconosciuto tale prevalenza, nella parte in cui ha affermato che al comma 34 del d.l. 138 del 2011 sono apportate le seguenti modificazioni: “*con riguardo al trasporto pubblico regionale ferroviario sono fatti salvi, fino alla scadenza naturale dei primi sei anni di validità, gli affidamenti e i contratti di servizio già deliberati o sottoscritti in conformità all’articolo 5 del regolamento CE n. 1370/2007 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007 ed in conformità all’articolo 61 della legge 23 luglio 2009, n. 99 ...* (art. 25 d.l. 1 del 2012).

4. Quale gara?

¹⁵ In tale pronuncia la Corte costituzionale ha affermato che “*fra le possibili interpretazioni del testo normativo prodotto dagli organi nazionali va prescelta quella conforme alle prescrizioni della Comunità*”. Nel caso però che “*vi sia irriducibile incompatibilità fra la norma interna e quella comunitaria, è quest’ultima, in ogni caso, a prevalere*” (Corte costituzionale, 8 giugno 1984, n. 170, *Granital*).

¹⁶ Tra le tante, Commissione c. Italia, causa 48/71, sentenza 13 luglio 1972; *Costanzo*, causa 103/88, sentenza 22 luglio 1989; *Lary*, causa C-118/00, sentenza 28 giugno 2001.

Passiamo alle modalità di affidamento dei servizi non liberalizzati. L'art. 4 prevede una triplice forma di affidamento dei servizi:

- a) imprenditori scelti con gara;
- b) a spa miste con socio privato che abbia una quota superiore al 40 % scelto con gara doppio oggetto;
- c) affidamento diretto, a società pubbliche totalitarie con requisiti dell'*in house*, nei limiti della soglia (ridotta dal Cresci Italia) dei 200.000 euro.

Viene reintrodotta, pertanto, l'*in house*, assoggettandolo a un limite quantitativo ancora più rigido. Una previsione del genere è prevista dal Regolamento 1370/2007. Ivi, infatti, si ammette l'affidamento diretto del contratto di servizio. A differenza della normativa italiana, tuttavia, quella comunitaria (di settore) ammette senza limiti l'affidamento *in house* e consente (in aggiunta) l'affidamento diretto per i contratti di valore inferiore a 1.000.000 di euro. L'ammissibilità di tale affidamento diretto, tuttavia, è subordinata all'inesistenza di un divieto previsto dalla normativa nazionale (art. 5, paragrafo 4 del reg. n. 1370); divieto che invece vige con riferimento alla normativa italiana.

Si ritorna all'interrogativo di partenza. Che gara effettuare?

Le indicazioni contenute nel comma 11 dell'art. 4 del d.l. n. 138 sono generiche. E tale genericità è voluta. Per dimostrarlo, facciamo un passo indietro. Con sentenza 27 luglio 2004 n. 272 la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 1, lettera *e*) del d.lgs. n. 269 del 2003, che qualificava le prescrizioni introdotte in materia di gare per l'affidamento del servizio "*integrative delle discipline di settore*", ravvisando la non conformità a Costituzione della fissazione legislativa, da parte dello Stato, dei (troppo) dettagliati criteri per le gare di affidamento del servizio, nonché l'obbligo di considerare questi criteri come parte integrante del contratto di servizio¹⁷.

Con questa pronuncia, infatti, la Consulta ribadisce un principio più volte affermato in altre statuizioni: la mancata inclusione di una materia - quale quella dei servizi locali

¹⁷ In questa vicenda giudiziaria la Regione Toscana chiamava la Consulta a decidere su una presunta invasione da parte dello Stato nella sfera di attribuzioni che gli artt. 117 e 118 della Costituzione riservano alle Regioni. Tale invasione, secondo la Regione, sarebbe stata attuata con l'articolo art. 14 del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, che modifica gli articoli 113 e 113 *bis* del d.lgs. 2000 n. 267, in materia di servizi locali. Ad avviso della Regione, attraverso una normativa finalizzata a promuovere - e non a tutelare - la concorrenza nei servizi locali, lo Stato avrebbe disciplinato un ambito (quello, appunto, dei servizi pubblici locali) che esula dalle proprie competenze legislative. Segnatamente, sono queste le censure di incostituzionalità sollevate: a) introduzione, da parte del legislatore statale, di una disciplina dettagliata in materia di servizi pubblici locali di cui lo stesso legislatore ha affermato l'attinenza alla tutela della concorrenza, la forza integrativa e l'inderogabilità da parte della disciplina di settore (e quindi di quella regionale); b) contrasto di questa disciplina dettagliata ed autoapplicativa con l'art. 117 della Costituzione, derivante dalla mancanza di una riserva di legislazione esclusiva statale in materia di servizi locali; c) impossibilità di considerare le prescrizioni statali sui servizi locali come espressione della competenza legislativa statale esclusiva in materia di "tutela della concorrenza" (art. 117, secondo comma, lettera *e*), della Costituzione), in ragione del carattere di normativa di promozione, e non di tutela della concorrenza, delle prescrizioni contenute nell'art. 14; d) contrasto con l'art. 118 della Costituzione derivante - stante l'inesistenza di una competenza statale esclusiva in materia di servizi locali - dalla mancata indicazione, nell'atto legislativo, dei presupposti per l'intervento legislativo statale in sussidiarietà e dalla mancanza di un'intesa con la regione.

- nell'elenco fissato dall'art. 117 della Costituzione (attribuzioni in cui lo Stato vanta competenze esclusive e concorrenti) non si traduce in un'automatica attribuzione alla potestà residuale regionale. In questo caso, per esempio, non si traduce in un'attribuzione che esclude ogni competenza statale¹⁸, posto che lo Stato potrebbe rinvenire la propria legittimazione a legiferare in virtù della propria potestà legislativa esclusiva in materia di "tutela della concorrenza". Materia, questa, cui la Consulta attribuisce un significato talmente ampio da abbracciare anche interventi di regolazione preordinati alla promozione della concorrenza.

Ma, sembra leggersi tra le righe della sentenza, a tutto c'è un limite. Come per le altre c.d. materie-funzioni (cioè le materie trasversali), infatti, la materia della tutela della concorrenza può legittimare interventi statali in ambiti non espressamente riservati alla competenza statale solo entro limiti rigorosi. Questi limiti sono la proporzionalità e l'adeguatezza. Non è proporzionale, secondo la Corte, né adeguato un intervento normativo che, lungi dal fissare prescrizioni di carattere generale in funzione pro-concorrenziale, si spinga sino a dettare previsioni dettagliate che, come tali, si traducano in una compressione non necessaria dell'autonomia regionale.

Pur facendo salvo, in via di principio, l'intervento legislativo statale in materia di servizi locali a rilevanza economica, la Consulta esprime una censura specifica di incostituzionalità. Secondo la Corte, la (troppo) dettagliata disciplina in materia di gare per l'affidamento dei servizi, contenuta nell'art. 14, comma 1, lettera e) del d.lgs. n. 269 del 2003 esorbita dai limiti della necessaria proporzionalità ed adeguatezza degli interventi legislativi statali a tutela della concorrenza. Soprattutto a partire dalla importante sentenza *Reg. Marche c. Pres. Cons.*¹⁹, la Consulta considera la proporzionalità (insieme alla ragionevolezza) uno dei criteri fondamentali per la risoluzione dei conflitti di competenza tra Stato e Regioni; in particolare nei caso in cui lo Stato assuma competenze che potrebbero interferire con le attribuzioni che la Costituzione attribuisce alle Regioni²⁰.

Si torna al punto di partenza, quindi: quali regole di devono seguire nell'affidamento dei servizi pubblico locali? L'affidante è vincolato a osservare: i) solo l'art. 4 del d.l. n. 138; ii) il codice dei contratti; iii) altre regole?

E se deve osservare altre regole, di che regole si tratta?

Mi sia consentita, al riguardo, una pausa di riflessione. A chi scrive, infatti, torna alla

¹⁸ Sul punto, A. Benedetti, *Competenze statali e principi e coordinamento della finanza pubblica*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 7/2004, 737.

¹⁹ Corte cost., 1 ottobre 2003, n. 303, *Reg. Marche c. Pres. Cons.*, in *Foro it.*, 2004, I, 1004.

²⁰ In questo caso, secondo la Corte lo sconfinamento dalla proporzionalità ed adeguatezza dipendeva dall'effetto combinato di due fattori. Il primo è l'estremo dettaglio delle prescrizioni contenute in questa norma, che fissa in modo molto specifico i criteri della gara volta all'affidamento del servizio. Il secondo fattore è l'incidenza della prescrizione contenuta nel comma 7, che attribuiva a tutta la normativa contenuta nell'art. 14 - e quindi anche a quella sulle gare - un'immediata portata integrativa della disciplina di settore (e quindi anche di quella regionale). Ad avviso della Consulta, l'estremo dettaglio nella fissazione dei criteri di gara per l'affidamento del servizio "va al di là della pur doverosa tutela degli aspetti concorrenziali inerenti alla gara, che peraltro appaiono sufficientemente garantiti dalla puntuale indicazione ... di una serie di standard ... nel cui rispetto la gara appunto deve essere indetta ed aggiudicata". Questo regime, secondo la Corte, non permette di inserire requisiti ulteriori dell'aspirante, quali, ad esempio, precedenti esperienze di gestione nel settore.

mente la famosa poesia “I limoni” di Montale: “*talora ci si aspetta di scoprire ... il filo da disbrogliare che finalmente ci metta nel mezzo di una verità*”.

Qual è il filo da disbrogliare in questo caso?

5. La gara da non fare

Prima mozione, di metodo: quando una materia è complessa conviene fare prima lo scultore e poi il pittore. Prima di dire quale gara fare, iniziamo a verificare che tipo di gara non deve essere svolta per affidare il servizio. La gara da non indire è quella per l'affidamento di un appalto. Precisamente le gare per l'affidamento dei servizi pubblici locali non sono: i) né le gare per gli appalti indetti da parte dell'ente affidante; ii) né le gare per gli appalti indetti da parte dell'affidatario (il codice dei contratti all'uno si applica necessariamente, all'altro solo a determinate condizioni). Si tratta, invece, delle gare per scegliere chi sta in mezzo: l'affidatario del servizio pubblico locale.

E' utile un passo indietro nel tempo. Si potrebbe iniziare con il proverbiale “*c'erano una volta le concessioni*”. Secondo l'impostazione tradizionale, le concessioni amministrative sono atti attraverso i quali è trasferita (concessioni traslative) o conferita *ex novo* (concessione costitutiva) al concessionario una posizione legittimante nuova, non appartenente in precedenza alla sua sfera giuridica ed il cui esercizio sarebbe illecito se non fosse espressamente consentito²¹. Il rapporto concessorio presenta tanto un rilievo pubblicistico (rapporto pubblicistico derivante dall'atto di concessione) quanto privatistico (obbligazioni contrattuali assunte dalle parti con la stipula della convenzione)²².

Comportando il trasferimento al concessionario di funzioni pubblicistiche istituzionalmente spettanti all'amministrazione concedente, la concessione determinava la sostituzione del concessionario medesimo all'amministrazione nell'esercizio di poteri autoritativi. La concessione poteva essere di beni (godimento beni pubblici), di servizi (erogazione servizi pubblici) e di lavori (curare la realizzazione opere pubbliche).

Volgendo sempre lo sguardo al passato, le caratteristiche principali delle concessioni di pubblico servizio sono tre.

²¹ Giannini ha precisato che la linea di demarcazione tra autorizzazione (atto diretto a rimuovere un limite ad una posizione giuridica preesistente in capo al privato) e concessione (atto con cui si conferisce ad un soggetto una posizione legittimante che prima non rientrava nella sua sfera giuridica) appare vieppiù vaga e sfumata. Da tempo si segnala, infatti, l'esistenza di figure autorizzatorie - le autorizzazioni costitutive - il cui effetto è la creazione, in capo al destinatario, di posizioni giuridiche sostanzialmente nuove, autonome ed indipendenti da altre eventualmente preesistenti. Tale situazione ricorrerebbe soprattutto in relazione attività private il cui svolgimento presuppone un preventivo atto di assenso delle amministrazioni. Si è, per converso, evidenziata l'esistenza di tipologie di atti concessori, quali quelli aventi ad oggetto beni a fruizione collettiva, maggiormente rispondenti allo schema autorizzatorio, e non a quello concessorio. Si pensi alle concessioni radiotelevisive. In questo caso, infatti, qualificandosi l'etere come un bene comune le cui *utilitates* (le radiofrequenze) evidenziano una sproporzione tra risorse e fabbisogno, secondo alcune ricostruzioni l'atto di controllo pubblico - la concessione - riveste nella sostanza funzione autorizzatoria (M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, 1191).

²² In materia, fondamentali sono le ricostruzioni di O. Ranalletti, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giurisprudenza italiana*, 1894; per una ricostruzione in chiave costituzionalistica della fenomenologia concessoria, C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1975.

Sul piano strutturale, e salvo le considerazioni che si svolgeranno di seguito, tali atti assumono tipicamente carattere complesso. Sono composti, in genere, da un atto amministrativo con cui l'amministrazione rimuove limiti di carattere pubblicistico all'esercizio del servizio e da una convenzione deputata alla regolazione degli aspetti essenziali del rapporto che intercorre tra amministrazione e concessionario²³. Sotto il profilo funzionale, la concessione costituisce uno strumento attraverso il quale viene affidata ai privati la gestione di attività economiche preordinate ad erogare alla collettività prestazioni essenziali. Infine, *quoad effectum*, attraverso le concessioni di pubblico servizio viene attribuita, a soggetti estranei rispetto alla struttura organizzativa delle amministrazioni, la legittimazione ad esercitare, in nome proprio (e non come organo), pubbliche potestà in virtù di una norma che (eccezionalmente) attribuisce al privato un potere funzionalizzato all'esercizio di un interesse pubblico²⁴. In tal modo, assumendo la titolarità di un *munus publicum*²⁵, i concessionari di pubblico servizio diventano, in alcuni casi, un centro attivo di imputazione di effetti giuridici nei confronti di un ente pubblico²⁶. Da questa valenza organizzativa consegue, sul piano funzionale, che il concessionario, in quanto organo indiretto delle amministrazioni, può porre in essere atti obiettivamente amministrativi²⁷.

Sotto questo profilo, vige una distinzione fondamentale tra attività strumentali e istituzionali. Sono strumentali gli appalti. Precisamente, l'appaltatore: i) non è compartecipe dell'attività amministrativa svolta dalla committente; ii) non è chiamato all'esercizio di pubblici poteri; iii) non ha una relazione continuativa con l'amministrazione (è tenuto a svolgere la commessa oggetto dell'affidamento). Sono attività istituzionali le concessioni. Il concessionario, infatti: agisce sulla base di una convenzione di affidamento di compiti specifici da esercitare per conto dell'amministrazione; è chiamato a partecipare all'attività istituzionale dell'ente pubblico concedente; può porre in essere atti amministrativi (per esempio indire gare pubbliche) e, come tale, è tenuto al rispetto (nel compimento di tali atti) dei principi del procedimento amministrativo. Il dato è importante perché in base all'art. 7, comma 2, del codice del processo amministrativo "*per p.a. si intendono soggetti ad essa equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento*". Sussiste

²³ Dall'atto amministrativo derivano in capo al privato concessionario posizioni soggettive di interesse legittimo; dal successivo accordo scaturiscono, invece, situazioni di diritto soggettivo.

²⁴ Quest'ultimo profilo rivela la valenza di tipo organizzatorio delle concessioni, che vanno ricondotte all'interno della categoria dei c.d. *munera* convenzionali.

²⁵ Giannini, *op. cit.* I, 129.

²⁶ La concessione di pubblico servizio costituisce un embrione, e al contempo un antecedente, del fenomeno, oggi ampiamente diffuso, delle c.d. esternalizzazioni (o *outsourcing*) delle attività amministrative (si pensi all'esternalizzazione della gestione della rete statale). Precise indicazioni di diritto positivo sulle esternalizzazioni si ricavano nella legge 28 dicembre 2001, n. 448 (legge finanziaria per il 2002).

²⁷ A. Sandulli, *Il procedimento*, in Trattato di diritto amministrativo *Diritto amministrativo generale*, Milano, 2000, 1131. È importante sottolineare, al riguardo, che l'effetto della c.d. "traslazione di pubblici poteri" (trasferimento di potestà pubblicistiche dalle amministrazioni ai concessionari) si realizza solo se esiste un'apposita previsione legislativa. In altri termini, il trasferimento dell'esercizio di potestà pubbliche non si realizza per il fatto stesso che sia stata posta in essere la concessione, ma in quanto la legge consente, in determinati casi, che l'esercizio di potestà pubbliche possa eccezionalmente trasferito tramite atto concessorio.

ordinariamente un rapporto di servizio tra amministrazione e concessionario. Tale rapporto comporta: i) l'affidamento al privato di compiti specifici da esercitare per conto della p.a.; ii) il vincolo - per il privato - all'osservanza di precise regole giuridiche proprie dell'amministrazione affidante.

Negli ultimi anni sembra scomparire il concetto di concessione: si parla di gestore del servizio e di contratto di servizio. Per fortuna tale concetto ricompare nel codice del processo amministrativo. L'art. 133 comma 1, lett. c), assoggetta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le "*controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio*".

A ben vedere, lungi dall'essere nominalistica, la distinzione tra concessione e appalto è sostanziale.

Nella prospettiva comunitaria, non rileva tanto il destinatario del servizio (amministrazione o utente) o l'affidamento di pubblici servizi. Rileva il dato finanziario: ciò che connota un contratto come concessione è soltanto l'acquisizione del rischio da parte del privato. Sussiste una concessione e non un appalto quando la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente l'opera realizzata o il servizio erogato.

Anche secondo l'impostazione tradizionale la concessione è nettamente distinta rispetto all'appalto. Principale elemento di distinzione è la circostanza che nell'appalto la prestazione viene erogata (nell'ambito di un rapporto bilaterale) all'amministrazione. Nella concessione, invece, la prestazione del concessionario è erogata (nell'ambito di un rapporto trilaterale) all'utenza.

Inoltre, nel caso di affidamento di un appalto esiste una netta distinzione tra sequenza pubblicistica a monte (individuazione del contraente e affidamento allo stesso del contratto) e sequenza privatistica a valle (stipulazione del contratto). La sequenza pubblicistica: *i*) è regolata da norme di diritto pubblico; *ii*) si svolge mediante atti amministrativi; *iii*) è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo. La sequenza privatistica a valle (conclusione ed esecuzione del contratto), con alcune eccezioni, è disciplinata da norme di diritto privato ed è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario.

All'opposto, nella concessione di servizi, l'atto amministrativo (di affidamento) e il contratto (che regola i rapporti tra privato e p.a.), lungi dall'essere nettamente separati, sono strettamente avvinti. Non a caso, al riguardo, si parla di concessione-contratto o contratto accessivo al provvedimento²⁸: le amministrazioni provvedono, così, a regolare la fattispecie tramite un provvedimento amministrativo a cui accede un contratto (denominato correntemente convenzione ma più correttamente definito "contratto di servizio"), attraverso il quale le parti definiscono i rispettivi diritti ed obblighi²⁹.

²⁸ Cassazione, sezioni unite, 29 dicembre 1990 n. 12221, in *Foro amm.* 1991 p. 925.

²⁹ In materia, M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, 1191. Come precisato da Pericu le somiglianze con il modello dell'evidenza pubblica sono apparenti. In entrambe le ipotesi vi è una fase pubblicistica che si concreta in un atto amministrativo unilaterale cui segue una convenzione; peraltro, nell'una e nell'altra ipotesi l'atto amministrativo svolge un ruolo e produce effetti giuridici profondamente diversi. La disciplina del rapporto contrattuale, nei contratti ad evidenza pubblica, deriva integralmente dal contratto stesso e non dagli atti della fase pubblicistica che lo precede. Nella fattispecie

6. La - diversa - nozione di concessione di servizi enucleata dall'ordinamento comunitario e recepita nel codice dei contratti

Il diritto comunitario - e a valle il codice dei contratti pubblici - prevede l'istituto della concessione di servizi. Tale concetto tende a sovrapporsi - ma non coincide - con quello della concessione di pubblico servizio illustrato nel punto precedente. Sul fronte comunitario, infatti, il contratto si qualifica come concessione laddove il contraente assuma a proprio carico il rischio economico derivante dalla gestione dell'opera realizzata o di un servizio, assicurandosi non già un corrispettivo predeterminato e di pressoché certa riscossione a carico della "stazione appaltante", bensì i soli proventi che potranno essere tratti dalla fruizione che i terzi effettivamente faranno del servizio. Il che implica l'assunzione di una ben diversa alea a carico del concessionario. Se invece tale alea è posta in capo all'amministrazione (in un rapporto bilaterale privato-amministrazione), si dovrebbe tendere a classificare il contratto come appalto. In tale eventualità, il costo del servizio grava sostanzialmente sull'amministrazione (posto che il contraente non si remunera attraverso i proventi derivanti dalla sua gestione)³⁰.

Nella concessione di servizi il privato, semplicemente, accetta quell'alea di gestione dell'opera con soddisfazione del proprio interesse economico sulle eventuali tariffe.

Si possono quindi trarre alcune conclusioni.

Anzitutto, poiché l'oggetto dell'affidamento non è un appalto, non si possono affidare le concessioni con criteri identici rispetto a quelli utilizzati per l'affidamento degli appalti. Soprattutto, non si deve mascherare un appalto da concessione. Ad esempio, viene in rilievo un appalto mascherato da concessione quando: i) nella convenzione sia previsto il rimborso del finanziamento, a favore del concessionario, a carico dell'amministrazione concedente; ii) oppure il concessionario beneficia del ripianamento delle perdite dovute all'accertamento successivo della non remuneratività del piano economico finanziario.

Insomma, è necessario il trasferimento in capo all'affidatario del rischio di gestione. Si richiama, al riguardo, la distinzione comunitaria tra appalto e concessione. L'appalto è contratto (tipico o atipico) tramite il quale l'amministrazione aggiudicatrice si approvvigiona a titolo oneroso lavori, servizi e forniture. La concessione, invece, presuppone l'assunzione da parte dell'affidatario del rischio di gestione. Tale è l'alea connessa al conseguimento della remunerazione del capitale utilizzato per realizzare l'opera, tramite i proventi della gestione. Tale assunzione, ovviamente, comporta il riconoscimento di una maggiore autonomia imprenditoriale del concessionario che assume il rischio.

7. L'assunto di fondo della gara per l'affidamento della concessione del servizio

In base a quanto precede, sembra potersi intravedere, a questo punto, il filo da

concessoria, invece, il rapporto trova la sua disciplina integrale in due diversi atti giuridici: l'atto amministrativo e la convenzione accessiva; entrambi essenziali e reciprocamente integranti; G. Pericu, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in AA. VV. *Manuale di diritto amministrativo*, II, Bologna, 2005, 310 ss.

³⁰ Tar Lombardia - Milano, sez. III, 8 maggio 2007, n. 2580; Cons. St., sez. V, 19 settembre 2008, n. 4520.

disbrogliare.

Tramite la gara per l'affidamento della concessione del servizio pubblico locale si ricerca il miglior soggetto idoneo ad assumere il rischio di gestione, ma di una gestione ottimale del servizio. Una gestione che garantisca il conseguimento degli specifici obblighi di servizio pubblico e di servizio universale indicati - in via specifica, come recentemente imposto dal Cresci Italia - nella delibera quadro dell'ente affidante.

Le regole sostanziali della gara devono muovere da un assunto di fondo: l'affidamento della concessione configura un partenariato. Conseguentemente, la scelta - tramite selezione - del partner deve consentire l'allocazione ottimale delle risorse in partenariato (*Value for Money*). Il dato si ritrae soprattutto dall'art. 3, comma 15 ter del codice dei contratti. Tale norma considera quali contratti di partenariato (cui recentemente è stato aggiunto anche il contratto di disponibilità) i contratti finalizzati alla progettazione, costruzione, gestione, manutenzione opera pubblica o pubblica utilità - tra cui le concessioni - con allocazione dei rischi e finanziamento da parte del privato ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti.

Che vuol dire allocazione dei rischi?

Si tratta del trasferimento del rischio associato a una serie di eventi che influenzano gli investimenti e la gestione del servizio (nella concessione di servizi). Tali sono tipicamente: a) aumenti di costi nella costruzione dell'infrastruttura; b) scostamenti temporali rispetto ai tempi previsti di costruzione (ritardo nei tempi di ultimazione dei lavori); c) gestione infrastruttura (rischio di manutenzione e rischio di incremento dei costi operativi); d) rischi di contrazione della domanda. Allocazione perché non tutti i rischi sono trasferibili. Esiste, infatti, il c.d. rischio trattenuto. Tale è il rischio che non può essere trasferito al concessionario. Si pensi alle modifiche legislative che abbiano ricadute sull'esecuzione e gestione dell'opera. Lo stesso art. 4 del d.l. n. 138 richiama alcune ipotesi di rischio trattenuto: la garanzia di commisurazione dell'affidamento alla consistenza degli investimenti; la garanzia del gestore uscente al valore contabile non ancora ammortizzato dei beni strumentali.

Ne consegue che non possono essere trasferiti tutti i rischi di gestione. Il corollario di tale principio è la necessità di una valutazione preventiva di quali rischi possano essere compatibili con l'equilibrio economico finanziario. Dal confronto della concessione con analoghe figure, è possibile formulare la seguente graduazione: i) lavori in economia, rispetto ai quali l'affidatario non assume alcun rischio; ii) appalto, rispetto al quale l'affidatario assume il rischio a quotare l'offerta; iii) concessione mista (accompagnata da compensazioni a favore del concessionario per lo svolgimento da parte di quest'ultimo anche di attività fuori mercato), che comporta in capo all'affidatario un'assunzione del rischio parziale; iv) concessione, con assunzione del rischio di gestione da parte dell'affidatario (fatto salvo i casi di rischio trattenuto).

In base a quanto precede, si ritiene che un servizio pubblico locale non possa essere affidato tramite lo strumento dell'appalto, ma occorra necessariamente ricorrere alla concessione. Nell'eventualità di un affidamento mediante appalto, avremmo una duplice conseguenza. Per un verso, verrebbe violata la normativa dell'art. 4, posto che è evidente che le norme ivi previste (si pensi per esempio ai criteri previsti dall'art. 11) fanno riferimento al meccanismo concessorio.

Vi sarebbero, poi, conseguenti responsabilità erariali. A proposito dell'affidamento di

servizi pubblici locali, il legislatore prevede l'istituto della concessione di servizi - e non dell'appalto di servizi - soprattutto perché il meccanismo del partenariato consente un finanziamento a carico del privato della gestione del servizio. Finanziamento con capitali privati che, invece, è escluso nel caso dell'appalto. Conseguentemente, dall'affidamento tramite appalto (che comporta un esborso per l'amministrazione) del servizio locale - piuttosto che tramite concessione (che in linea di principio non comporta un esborso) - vi sarebbe una maggiore spesa a carico dell'amministrazione che potrebbe configurare un danno erariale.

8. La concessione mista e i parametri Altmark

Come accennato, al concessionario deve essere trasferito il rischio della remunerazione tramite gestione del servizio. Vi sono casi, tuttavia, in cui la possibilità di tale remunerazione non è possibile *ex ante*. Si tratta dei casi in cui alcune attività o segmenti pertinenti alla gestione del servizio pubblico locale siano fuori mercato.

Viene in rilievo, in tali ipotesi, il meccanismo della concessione mista, ovvero dell'affidamento della gestione accompagnato da un finanziamento delle attività in perdita (c.d. compensazioni). Tale eventualità ricorre nei casi in cui si ponga l'obiettivo necessità di assicurare al concessionario l'equilibrio economico finanziario investimenti/gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare. Si pensi all'imposizione di prezzi inferiori al costo servizio più utile (ad esempio nel trasporto pubblico locale o nella realizzazione di termovalorizzatori).

In tali ipotesi, tuttavia, si pone il problema dell'*an* e del *quantum* dell'erogazione, soprattutto sul versante del rispetto della normativa sugli aiuti di Stato.

Previste dagli artt. 107 - 109 TFUE, le norme sugli aiuti di stato sono finalizzate a evitare che il sostegno finanziario pubblico possa determinare un'alterazione della competizione tra le imprese all'interno del mercato comune³¹. Pertanto, in linea di principio gli aiuti sono incompatibili con il mercato e possono essere ammessi solo laddove ricorrano circostanze eccezionali. Ciò posto, perché vi sia un aiuto di Stato, sono necessari i seguenti presupposti: a) concessione di vantaggi attraverso risorse pubbliche; b) vantaggio concesso a un'impresa o a una produzione rispetto alle altre; c) effetto distorsivo della concorrenza; d) incidenza di tale distorsione sugli scambi tra gli Stati membri³².

Ciò premesso, un'importante sentenza della Corte di giustizia (sentenza *Altmark*) ha affermato che le sovvenzioni all'incarico della gestione di un servizio pubblico non sono aiuti (ma compensazioni) quando costituiscono contropartita per adempiere a una missione di interesse pubblico, purché vi sia un'applicazione rigorosa del nesso di corrispettività tra compensazione data all'incarico della gestione del servizio pubblico e assolvimento dell'obbligo di servizio pubblico a suo carico. Il contributo deve essere trasparente e proporzionale.

In particolare, perché possa essere erogata la compensazione è necessario che:

³¹ Cfr. G. Tesaro, *Diritto comunitario*, 2005, Padova, pag. 775.

³² Cfr. *Norme comunitarie applicabili agli aiuti di Stato*, *Vademecum* della Commissione europea - Direzione generale della Concorrenza - del 30 settembre 2008; Comunicazione della Commissione, *Orientamenti comunitari relativi all'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato in relazione allo sviluppo rapido di reti a banda larga*, 2009/C 235/04 in G.U.U.E. del 30 settembre 2009.

a) l'impresa beneficiaria sia stata incaricata dell'assolvimento di un obbligo di servizio (c.d. SIEG) definito in modo chiaro;

b) i parametri sulla base dei quali è stata calcolata la compensazione devono essere definiti preventivamente in modo trasparente, con chiara correlazione tra somma da erogare e attività in perdita (al fine di evitare sussidi incrociati).

c) la compensazione non deve eccedere quanto è necessario per coprire gli oneri di servizio; tenendo conto dei costi e di un margine ragionevole di utile;

In questa prospettiva, occorre distinguere tra: i) attività o segmenti in perdita (da finanziare tramite compensazione; ii) attività concorrenziali (che non si possono finanziare).

Per questo motivo, con riferimento ai servizi pubblici locali la definizione degli obblighi di servizio deve essere collegata con quella parte della delibera quadro che illustra i fallimenti del sistema concorrenziale.

9. I criteri di fondo della gara

Le procedure di affidamento della concessione di servizi sono prescritte dal comma 3 dell'art. 30 del codice dei contratti pubblici. Ivi si prevede l'obbligo di scelta del concessionario nel rispetto dei principi - desumibili dal Trattato CE e dalla normativa interna in materia di contrattualistica pubblica - di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità. E' necessaria una "gara informale", cui sono invitati almeno cinque concorrenti (laddove sussistano in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione) e con predeterminazione dei criteri selettivi.

Occorre rispettare anzitutto la parità di trattamento, che impedisce di introdurre criteri selettivi discriminatori. Inoltre, l'amministrazione deve quanto meno prevedere una procedura selettiva paraconcorsuale³³. La concessione è affidata sulla base della previa adozione di un atto di carattere generale. Tale atto deve essere adottato prima e indipendentemente dall'individuazione di qualsiasi aggiudicatario. Solo a valle dell'adozione di tale atto, potrà essere esperita la procedura amministrativa selettiva di carattere paraconcorsuale.

In realtà, quelli imposti dal terzo comma dell'art. 30 del codice dei contratti pubblici sono vincoli minimali. Poiché nella categoria della concessione di servizi possono rientrare commesse differenti - per il valore economico, per la diversa distribuzione del rischio, per il difforme oggetto delle prestazioni - alla diversità del rapporto deve corrispondere un differente grado di apertura alla concorrenza e, pertanto, un diverso grado di vincoli procedurali e sostanziali finalizzati a garantire la massima concorrenzialità nell'affidamento della commessa. E' proprio il principio di

³³ Per il Consiglio di Stato, adunanza generale, 28 settembre 1995, n. 95/95 in *Ragiusan*, 1997, fasc. 159, 298, in sede di concessione di ausili finanziari o attribuzione di vantaggi a persone od enti pubblici e privati, ai sensi dell'art. 12, l. 7 agosto 1990 n. 241, la predeterminazione dei criteri e delle modalità ad essi correlati (nonché il loro rispetto) da parte delle amministrazioni è rivolta alla trasparenza dell'azione amministrativa e si atteggia a principio generale in forza del quale l'attività di erogazione dell'amministrazione deve in ogni caso rispondere a referenti oggettivi, e quindi definiti precedentemente al singolo provvedimento, nonché pubblici.

proporzionalità che costituisce il canone di misurazione di tali oneri. Rileverà, ad esempio, l'ammontare economico del contratto, l'impatto che esso avrà sul mercato, la sua possibile rilevanza transfrontaliera, la sfera dei possibili soggetti interessati, in Italia come negli altri Stati membri. Quanto più rilevante sarà nel complesso il *contratto* di concessione tanto più aperto dovrà essere il procedimento e tanto più accurate dovranno esserne le regole, le forme ed i presidi a tutela della *par condicio*.

Secondo la giurisprudenza amministrativa in sede di affidamento, mediante concessione, di servizi pubblici di rilevanza comunitaria, il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento comunitario (derivanti principalmente dagli artt. 43 e 49, Trattato Ce), nonché dei principi generali che governano la materia dei contratti pubblici (enucleabili dalle direttive in materie di appalti di lavori, servizi, forniture e settori esclusi), comporta, per l'amministrazione procedente, l'obbligo di operare con modalità che preservino la pubblicità degli affidamenti e la non discriminazione delle imprese, mediante l'utilizzo di procedure competitive selettive (Cons. St., Sez. IV, 17 gennaio 2002 n. 253; Tar Sardegna, sez. I, 23 febbraio 2007, n. 309).

L'assunto in base al quale gli obblighi pubblicistici possono assumere, in relazione alla rilevanza della fattispecie, un'elevata intensità trova conferma nelle discipline di settore sull'affidamento di concessioni di servizi a rilevanza economica. Esse prevedono, a tal fine, veri e propri obblighi di gara pubblica sostanzialmente analoghi a quelli previsti per l'affidamento di appalti pubblici.

Al riguardo, il richiamo maggiormente rilevante riguarda la normativa sui servizi pubblici locali e il relativo obbligo di gara posto dall'art. 4.

Come accennato, tuttavia, viene posto l'obbligo di gara pubblica ma non ne vengono fissate le regole. Presumibilmente, le regole di gara dovranno essere tanto più rigorose quanto più rilevante (soprattutto sul piano economico) sia la commessa.

Disposizioni analoghe vigono in materia di: *i*) affidamento della gestione integrata dei rifiuti solidi urbani, che deve avvenire "*mediante gara disciplinata dai principi e dalle disposizioni comunitarie, secondo la disciplina vigente in tema di affidamento di servizi pubblici locali ...*" (art. 202, d.lgs. 2 aprile 2006, n. 152); *ii*) concessione di distribuzione del gas "*affidata esclusivamente mediante gara ... aggiudicata sulla base delle migliori condizioni economiche e di prestazione del servizio, del livello di qualità e sicurezza, 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 presentati dalle imprese concorrenti*" (art. 14, d. lgs. 23 maggio 2000, n. 164); *iii*) affidamento della gestione del ciclo delle acque che deve avvenire "*tramite gara disciplinata dai principi e dalle disposizioni comunitarie ...*" (art. 150, d. lgs. 2 aprile 2006, n. 152).

10. Gli obblighi del concessionario

Nella concessione di pubblico servizio, il "rischio della gestione" deve trovare adeguati sistemi di compensazione idonei ad assicurare gli interessi essenziali dell'utenza. A prescindere da specifiche regole previste dalle diverse normative di settore, il gestore di un pubblico servizio deve osservare una serie di regole giuridiche: deve redigere e rispettare una carta del servizio pubblico; deve garantire standard qualitativi di servizio nei confronti dell'utenza; non può interrompere senza giustificato

motivo il servizio, pena l'assoggettamento alla sanzione penale di interruzione di pubblico servizio; è assoggettato ai poteri di vigilanza, controllo e sanzionatori delle Autorità di settore (per i settori in cui sia stata istituita un'Autorità indipendente di vigilanza) o comunque di soggetti pubblici.

Per esempio, precisi obblighi a carico del concessionario sono stati previsti dall'art. 2, comma 461, della legge 24 dicembre 2007 n. 244 (legge finanziaria per il 2008). Tale articolo ha introdotto prescrizioni specifiche finalizzate a rafforzare i diritti degli utenti dei servizi pubblici locali. Per precisione occorre distinguere gli obblighi che tale articolo pone, rispettivamente: *i)* a carico degli enti affidanti la gestione dei servizi; *ii)* in capo al gestore del servizio.

Il contratto di servizio - che viene stipulato a valle della selezione del gestore - generalmente contiene previsioni e standard specifici a tutela dell'utenza. In linea con questa funzione tipica, con il comma 461 il legislatore ha inteso vincolare entrambe le parti contraenti: *i)* all'introduzione di clausole obbligatorie nel contratto di servizio; *ii)* alla predisposizione di adeguati strumenti di verifica dell'osservanza di tali clausole (previsti sempre nel contratto di servizio).

Segnatamente, in base al comma 461, l'ente affidante dovrà inserire nel contratto di servizio una clausola che imponga al gestore l'emanazione di una Carta della qualità del servizio, che il concessionario selezionato dovrà redigere e pubblicizzare "*in conformità ad intese con le associazioni di tutela dei consumatori e con le associazioni imprenditoriali interessate*"³⁴. In base al comma 461, infatti, grava sul gestore - e non sull'ente - il compito di redigere la Carta della qualità. Sull'ente affidante, invece, incombe il dovere di inserire nel contratto di servizio l'obbligo per il gestore di redigere tale Carta. Analogamente, sempre in base al comma 461, il contratto di servizio dovrà prevedere apposite clausole dirette a istituire meccanismi di verifica *ex post* (rispetto all'erogazione del servizio) dell'adeguatezza (quantitativa e qualitativa) delle prestazioni erogate dal gestore. Tali sono:

- a) la consultazione delle associazioni dei consumatori;
- b) la verifica periodica, con la partecipazione delle associazioni dei consumatori, dell'adeguatezza dei parametri qualitativi e quantitativi fissati nel contratto di servizio;
- c) l'istituzione di un sistema di monitoraggio permanente del rispetto della qualità del servizio, "*sotto la diretta responsabilità dell'ente locale*" e con la partecipazione delle associazioni dei consumatori;
- d) l'istituzione di una sessione annuale per la verifica del funzionamento dei servizi cui partecipino l'ente locale, il gestore e le associazioni dei consumatori.

I costi di tali attività devono essere finanziati con un prelievo, predeterminato nel contratto di servizio, a carico del gestore. Tale prelievo è una contribuzione pubblica che, per legge, deve essere fissata a valle della gara, e precisamente al momento della redazione del contratto di servizio (lett. *f* del comma 461).

³⁴ La Carta deve indicare: *i)* gli standard di qualità e quantità delle prestazioni erogate, determinati nel contratto di servizio; *ii)* le modalità di accesso alle informazioni; *iii)* le regole per la proposizione dei reclami; *iv)* le forme di conciliazione tra utente e gestore e di proposizione dei ricorsi giudiziari; *v)* le modalità per ottenere i rimborsi.