

Università degli Studi del Molise

Dipartimento Giuridico

**Settore Scientifico Disciplinare IUS/21 Diritto Pubblico Comparato
DOTTORATO DI RICERCA XXVI° CICLO**

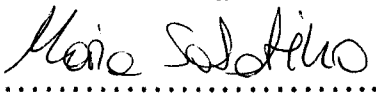
**“Persona impresa e lavoro: principi e tutele di diritto
interno, internazionale, comunitario e comparato”**

***La gestione dei servizi pubblici locali di
rilevanza economica: un mercato da aprire
alla concorrenza***

Relatore
Chiar.mo Prof.
Francesco Paolo Traisci

..........

Dottoranda
Maria Sabatino
Matr. 143296

..........

Anno accademico 2012-2013

INDICE

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

1. *Il mercato dei servizi pubblici locali*
2. *Liberalizzazioni e concorrenza nei servizi pubblici locali*
3. *Prospettive di evoluzione del sistema dei servizi pubblici locali*
4. *I servizi pubblici locali e la concorrenza nell'ordinamento giuridico italiano*

Capitolo I

POLITICA DELLA CONCORRENZA: PIETRA DI VOLTA DEL MERCATO INTERNO

- 1.1 Servizi pubblici locali tra fughe in avanti pro concorrenziali e correzioni di rotta.
- 1.2 Il significato economico della concorrenza e i servizi pubblici locali.
- 1.3 Concorrenza “nel mercato” e concorrenza “per il mercato”.
- 1.4 Politiche della concorrenza e politiche industriali
- 1.5 Storia della politica della concorrenza, dagli Stati Uniti all’Unione Europea fino ad arrivare ai paesi membri (Italia).
- 1.6 Lo Sherman Act e le sue prime applicazioni.
- 1.7 Gli sviluppi normativi dopo lo Sherman Act.
- 1.8 Le leggi Antitrust in Europa e la nascita della CEE.
- 1.9 La legge Antitrust italiana del 1990.
- 1.10 Elementi principali della disciplina della concorrenza.
 - 1.10.1 *Le Intese.*
 - 1.10.2 *Gli abusi di posizione dominante.*
 - 1.10.3 *Le operazioni di concertazione.*
- 1.11 Gli obiettivi della politica della concorrenza.
 - 1.11.1 *Il benessere sociale.*
 - 1.11.2 *Tutela delle piccole imprese.*
 - 1.11.3 *Promozione dell’integrazione economica fra gli Stati.*

1.11.4 *Garantire equità.*

1.11.5 *Ragioni politiche, sociali e ambientali.*

Capitolo II

L'ACCIDENTATO PERCORSO LEGISLATIVO DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI E LE FASI DELL'EVOLUZIONE

2.1 Servizi pubblici locali: evoluzione storico-normativa.

2.1.1 *Le origini del sistema dei servizi pubblici locali.*

2.1.2 *La legge 8 giugno 1990 n. 142.*

2.1.3 *L'art. 35 della legge 28 dicembre 2001 n. 448.*

2.1.4 *L'art. 14 del decreto legge 30 settembre 2003 n. 269.*

2.2 Dal socialismo municipale ai tentativi di liberalizzazione del settore.

2.2.1 *I servizi pubblici locali dopo la riforma del titolo V della Costituzione.*

2.2.2 *L'art. 23-bis della legge 6 agosto 2008 n. 133.*

2.2.3 *L'art. 15 del decreto legge 25 settembre 2009 n. 135.*

2.3 La recente evoluzione del quadro nazionale sui servizi pubblici locali.

2.3.1 *La disciplina dei servizi pubblici locali a seguito del referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011.*

a) *Normativa di riferimento*

b) *Effetti della consultazione sulle gestioni in essere*

c) *Le modalità di affidamento post-referendum*

2.3.2 *Articolo 4 della legge 14 settembre 2011 n. 148 e le modifiche introdotte dalla legge 12 novembre 2011 n. 183 c.d. "legge di stabilità 2012".*

Capitolo III

IL SERVIZIO PUBBLICO LOCALE: UN CONCETTO IN CONTINUA EVOLUZIONE

3.1 Il servizio pubblico locale: nozione e profili distintivi.

3.2 Le due concezioni di servizio pubblico locale:

- *La concezione soggettiva*

- La concezione oggettiva

3.3 Alla ricerca di una definizione attuale di servizio pubblico.

a) Il servizio pubblico nel nuovo ordinamento degli Enti locali.

b) Riforme amministrative, principio di sussidiarietà e ruolo degli Enti locali nella definizione del servizio pubblico.

3.4 Le categorie: servizi “di rilevanza economica” e “privi di rilevanza economica”.

3.4.1 I criteri di distinzione dopo la sentenza Consiglio di Stato n. 6529/2010.

3.5 I servizi pubblici locali nel diritto comunitario: principio di concorrenza e interessi generali.

3.6 Incamminandosi verso la riforma del sistema: servizio pubblico locale e mercato.

3.7 Il superamento della contrapposizione pubblico-privato e il nuovo ruolo dell’Ente locale.

Capitolo IV

LA DISCIPLINA DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI DI RILEVANZA ECONOMICA TRA SPENDING REVIEW E MITO DELLE LIBERALIZZAZIONI

4.1 Le modifiche apportate alla disciplina dei servizi pubblici locali dall’art. 25 del decreto legge n. 1/2012.

4.2 Gli aggiustamenti introdotti dal d.l. n. 83/2012 e dall’art. 4 del d.l. n. 95/2012.

4.3 Il concetto di liberalizzazioni e le recenti politiche di liberalizzazione.

4.4 Il regime delle attività liberalizzate.

4.5 La sentenza della Corte Costituzionale n. 199 del 2012: l’effetto Kirchman si abbatte sui servizi pubblici locali.

4.6 L’involuzione del grado di concorrenzialità dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012 e i margini di un nuovo intervento legislativo pro concorrenziale.

4.7 La possibile soluzione offerta dal Governo nel “decreto sviluppo 2” n. 179/2012.

4.8 Conclusioni.

Capitolo V

I MODELLI PER LA GESTIONE DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI E LE PROBLEMATICHE RELATIVE ALLE SOCIETA' PARTECIPATE DAGLI ENTI LOCALI

- 5.1 Il quadro normativo di riferimento.
- 5.2 Principi ed effetti scaturenti dalla pronuncia della Corte Costituzionale 199/2102 alla luce dell'art. 34 del d.l. 179/2012.
- 5.3 Modalità di gestioni ammissibili.
- 5.4 La prestazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica in regime liberalizzato e la verifica delle condizioni di mercato.
 - 5.4.1 La politica della concorrenza e il ruolo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.
 - 5.4.2 venti anni di disciplina della concorrenza in Italia.
- 5.5 L'erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica tra procedura ad evidenza pubblica e in house.
 - 5.5.1 Modello ordinario: l'esternalizzazione del servizio.
 - *Il ruolo dell'Ente locale: indirizzo e controllo.*
 - *Il ruolo del soggetto gestore: organizzazione ed erogazione del servizio.*
 - 5.5.2 Modello ordinario: l'affidamento a società miste.
 - *Le tipologie del Partenariato Pubblico Privato (PPP).*
 - 5.5.3 Modello in deroga: le società in house.
- 5.6 L'in house fra giustizia amministrativa e Corte Costituzionale.
- 5.7 Tempi e modalità di dismissioni delle partecipazioni societarie non consentite.

Capitolo VI

SERVIZI PUBBLICI LOCALI E CONCORRENZA: ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI NAZIONALI ED EUROPEI

- 6.1 Servizi pubblici locali, concorrenza e Costituzione.
- 6.2 Gli interventi della Corte Costituzionale: l'interpretazione della materia "tutela della concorrenza"(sentenza 4/2004).

- 6.3 L'applicazione della competenza statale in materia di concorrenza alla normativa sui servizi pubblici locali (sentenza 272/2004).
- 6.4 La trasversalità della materia "tutela della concorrenza" in tema di servizi pubblici locali (sentenza 29/2006).
- 6.5 La "tutela della concorrenza" nel quadro della Costituzione riformata.
- 6.6 I recenti orientamenti giurisprudenziali e quadro normativo e storico europeo.

Capitolo VII

INTERNAZ – EU

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

I servizi pubblici locali da diversi anni sono oggetto di grande attenzione da parte della dottrina che ha approfonditamente indagato i molteplici profili di interesse e di criticità che vengono in rilievo nella non facile definizione della relativa disciplina: il quadro normativo, la natura giuridica ed economica dei soggetti coinvolti, gli assetti e le dimensioni dei mercati.

Ai fini della auspicata effettiva stabilizzazione, appare ormai pacifico che in un sistema di *governance* multilivello si dovrà riuscire a trovare un equilibrio che sappia coniugare al meglio, nell'osservanza dei principi derivanti dall'ordinamento europeo, gli obiettivi di riforma strategica del settore indicati dal Legislatore nazionale¹, con il rispetto dell'assetto delle competenze, costituzionalmente garantite, delle Regioni e degli Enti locali, responsabili della loro organizzazione ed erogazione e soggetti più prossimi alle collettività destinatarie dei servizi pubblici locali.

La grande attenzione al tema dei servizi pubblici locali è dipesa anche dall'incessante e non sempre coerente produzione normativa che nell'ultimo decennio ha contraddistinto il settore, tanto da dar luogo ad uno stato di riforma e di transizione permanente, nel quale, subito dopo l'adozione di un determinato intervento normativo, iniziava a maturare l'aspettativa di ulteriori interventi, rettificativi, integrativi, correttivi, quando non addirittura di contro-riforma o, comunque, di ridefinizione delle relative dinamiche temporali di entrata a regime, alimentando dunque il senso di incertezza in ordine alla chiarezza e stabilità del quadro giuridico di riferimento con effetti

¹ Obiettivi che si inseriscono nell'ambito del più generale contesto delle politiche di liberalizzazione a fini di sviluppo economico e connessa sostenibilità finanziaria. Sulla rilevanza del settore dei servizi pubblici locali ai fini delle azioni volte al rilancio della crescita del sistema nazionale, si vedano anche le osservazioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM): nella Segnalazione AS901 - *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza* (5/01/2012) Sulla importanza della liberalizzazione ed apertura alla concorrenza del settore dei servizi pubblici locali, anche nell'ottica del conseguimento degli obiettivi di riforma economica del sistema Paese e della loro valutazione in prospettiva europea (Annual Growth Survey 2012; Raccomandazioni relative all'Italia 2011) si veda Ministero dell'Economia e delle Finanze, *Documento di Economia e Finanza 2012*, Sez. *Programma Nazionale di Riforma*, pp.144.

disincentivanti per le scelte di investimento nel settore². Il primo cambiamento, sul quale soffermarsi, riguarda la concezione stessa di servizio pubblico locale. Se, in passato l'aggettivo "pubblico" era riferito al soggetto che erogava il servizio ora l'elemento qualificante è l'oggetto, ossia il bisogno, della collettività residente su un determinato territorio, da soddisfare.

Ciò conduce ad un ripensamento del ruolo dello Stato nella produzione dei servizi pubblici locali: se il focus è il bisogno, è necessario individuare il soggetto che ha le capacità di soddisfarlo al meglio, che può essere tanto pubblico che privato. In passato l'offerta di servizi pubblici locali era organizzata in regime di monopolio legale: lo Stato e gli Enti locali rilasciavano concessioni ed elargivano sovvenzioni alla produzione.

La regolazione delle tariffe non era coerente: alcune erano basse per fini sociali, come ad esempio servizi idrici o servizi di trasporto, mentre altre erano ingiustificatamente alte, come servizi per l'elettricità o servizi di telecomunicazioni. Per colmare il deficit dei servizi pubblici e degli Enti statali si faceva ricorso alle entrate generali dello Stato. Questi vincoli di bilancio e la presenza di monopoli determinarono bassi livelli di efficienza. Sappiamo che, in economia, i propulsori più efficaci all'efficienza sono rappresentati dagli incentivi del mercato concorrenziale.

Nell'equilibrio di concorrenza perfetta vengono massimizzate sia l'efficienza produttiva sia l'efficienza allocativa. Se la gestione monopolistica pubblica appartenente al passato ha prodotto inefficienze, e se la massima efficienza è raggiunta in regime di assoluta competizione, allora una possibile soluzione per garantire una risposta adeguata ai bisogni della collettività da soddisfare può essere rappresentata dall'introduzione di concorrenza. In questo complesso ed articolato quadro di riferimento, un ruolo di assoluto rilievo è stato svolto dall'intervento della giurisprudenza, anche costituzionale, che, da un lato, con alcuni importanti interventi ha svolto una funzione integrativa, esplicativa e chiarificatrice dei concetti utilizzati dal legislatore ed, in alcuni casi,

² Ulteriore profilo di criticità è da ricondursi alla tecnica di normazione che ha indubbiamente contribuito alla ulteriore complicazione del quadro normativo; cfr. al riguardo G. DI GASPARE, *Servizi pubblici locali, le riforme degli anni 2000*, in G. DI GASPARE (a cura di), *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Cedam, Padova, 2010, p. 90.

anticipativa di interventi normativi successivi, dall'altro, non ha mancato di introdurre essa stessa delle ulteriori variabili nel sistema³. Come noto, poi, un ulteriore elemento di instabilità è stato introdotto a seguito della consultazione referendaria svoltasi nel giugno 2012 che ha finito per travolgere l'intero assetto normativo applicabile alla generalità dei servizi pubblici locali fondato sull'articolo 23-bis del decreto legge 112/2008⁴. Da qui, dunque, l'esigenza della definizione di una nuova disciplina, dettata dall'articolo 4, del decreto legge 138/2011, convertito con modifiche, dalla legge 148/2011 a sua volta modificato ed integrato, a più riprese tra la fine del 2011 ed il primo semestre del 2012.

Anche questo regime, però, avrà vita breve perché proprio mentre sembrava in via di stabilizzazione e si era in attesa dell'adozione del relativo regolamento attuativo⁵, è stato dichiarato incostituzionale dalla Corte Costituzionale con sentenza 20 luglio 2012, n. 199⁶, che ha dunque riaperto – ove mai questo fosse stato chiuso – il cantiere per l'adozione di una ennesima nuova disciplina dei servizi pubblici locali.

Obiettivo del presente contributo è dunque quello di ripercorrere l'evoluzione

³ Al riguardo, si pensi, ad esempio, alla pronuncia resa dal Consiglio di Stato, sezione V, 26 gennaio 2011, n. 552, che in vigenza della disciplina dettata dall'articolo 23 bis in cui era sostanzialmente pacifica l'opinione secondo cui per i servizi pubblici locali di rilevanza economica fosse assolutamente esclusa la possibilità di una gestione in economia, afferma espressamente che *«appartiene, in realtà, alla dimensione dell'inverosimile immaginare che un comune di non eccessiva grandezza non possa gestire direttamente un servizio come quello dell'illuminazione votiva cimiteriale, esigente solo l'impegno periodico di una persona e la spesa annua di qualche migliaio di euro, laddove l'esborso sarebbe notoriamente ben maggiore solo per potersi procedere a tutte le formalità necessarie per la regolare indizione di una gara pubblica»*. Con la gestione diretta non vi sarebbe, quindi, violazione del principio di concorrenzialità e contrasto con normative comunitarie o nazionali. Su tale pronuncia si vedano: G. GUZZO, *Il "nuovo corso" della disciplina dei SPL: Corte Costituzionale e Consiglio di Stato ancora alla ricerca di una strada comune*, (22 febbraio 2011) e G. NICOLETTI, *"Inverosimile" l'obbligo di esternalizzare i servizi pubblici locali (a rilevanza economica)*, (21 marzo 2011), entrambi in www.dirittodeiservizipubblici.it.

⁴ Art. 23-bis del d.l. n. 112/2008, conv., con mod., nella l. n. 133/2008, modificato dall'art. 15 del d.l. n. 135/2009, conv. con mod. nella l. n. 166/2009, cui fa seguito, nel 2010, il relativo regolamento di attuazione emanato con D.P.R. 7 settembre 2010, n. 168.

⁵ Si veda, al riguardo, lo schema di Regolamento di attuazione dell'articolo 4, comma 33-ter, del D.L. 13 agosto 2011, n. 138, recante i criteri per la verifica della realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, per l'adozione della delibera quadro nonché disposizioni attuative per il progressivo miglioramento, mediante un sistema di *benchmarking*, della qualità ed efficienza di gestione dei medesimi servizi, ed ulteriori necessarie misure di attuazione, sul quale il Consiglio di Stato (cfr. Consiglio di Stato, 11/6/2012 n. 2805) aveva espresso il proprio parere positivo subordinato all'introduzione di modifiche ad alcune sue disposizioni.

⁶ Su cui cfr. infra.

normativa in materia di servizi pubblici locali, partendo da una sistemazione concettuale del servizio pubblico e di servizio pubblico locale come *species* del primo; si è sviluppato il discorso prendendo in considerazione, cronologicamente, tutti i risultati a cui si è pervenuti negli anni, in considerazione del fatto che il settore dei servizi pubblici locali detiene un'importanza primaria nell'intero sistema economico di un paese, e di concentrare l'attenzione su alcuni dei profili di maggiore interesse che, nell'avvicinarsi e stratificarsi dei vari regimi normativi dell'ultimo decennio⁷ continuano a rappresentare delle questioni aperte e dei nodi cruciali della disciplina.

Si procede poi alla ricerca e illustrazione delle modalità di introduzione di concorrenza più adeguate e opportune per i settori dei servizi pubblici locali. Il lavoro si propone di affrontare la tematica dei servizi pubblici locali, soprattutto tenendo conto dei recenti fermenti riformistici, delineando le tappe che, nel lungo processo di creazione del servizio pubblico locale, sono servite per arricchire la materia di prospettive sempre nuove e provenienti da più istanze, non da ultima quella comunitaria. Si cercherà, poi, di individuare, partendo dagli ultimi interventi normativi e seguendo le indicazioni della più recente giurisprudenza costituzionale, alcune coordinate su cui delineare, in chiave prospettica, l'avvio di un percorso di effettiva stabilizzazione normativa e di riforma di questi importanti comparti economici.

Quindi, dopo un inquadramento sistematico della materia e della sua evoluzione si procede all'analisi degli effetti della pronuncia di incostituzionalità (sentenza n. 199/2012), evidenziando sotto quali aspetti si concretizza la perdita di concorrenzialità del sistema. Nonostante la pronuncia di incostituzionalità, si cercherà anche di individuare spiragli per riproporre anche nel prossimo futuro accorgimenti pro concorrenziali ammissibili, per contemperare il forzato passo indietro imposto dall'esito referendario. Sicuramente è stata persa un'occasione. Nonostante il vento favorevole, il nostro ordinamento rimane in balia dell'incertezza, perché, condizionato dall'instabilità politica e dalle sue degenerazioni populistiche, ancora una volta, non sa dove andare.

⁷ Dall'art. 35 della legge 448/2001 all'art. 4 del d.l. 183/2011.

1. *Il mercato dei servizi pubblici locali*

Sulla regolamentazione del settore delle *public utilities* locali si contrappongono, da anni, due posizioni: da una parte, un indirizzo politico-culturale contrario alla liberalizzazione dei servizi pubblici e favorevole alla loro gestione diretta da parte di aziende pubbliche in regime di monopolio locale (il cosiddetto “socialismo municipale”); dall’altra, la convinzione che l’apertura alla competizione e al mercato, nel quadro di una regolamentazione ben temperata e sotto la vigilanza di autorità di regolazione e controllo realmente indipendenti e competenti, possa assicurare servizi di migliore qualità e a costi più sostenibili per la collettività e per gli utenti.

I servizi di pubblica utilità sono stati da sempre erogati da imprese pubbliche o private operanti in regime di concessione sulla base di una riserva di mercato garantita per legge, quindi in condizioni di mercato prettamente monopolistiche, anche se temperate da diverse limitazioni e controlli.

Nel corso degli ultimi anni, invece, il mercato dei servizi di pubblica utilità, sia a carattere nazionale sia a carattere locale, ha subito, e dati gli scenari attuali continua a subire, radicali processi di ristrutturazione. Innanzitutto, si è assistito ad un generale e sistematico arretramento dello Stato e degli altri Enti del settore pubblico dalla gestione diretta delle attività produttive e commerciali, per assumere compiti di determinazione delle regole e di garanzia del loro rispetto.

Questi processi di liberalizzazione, privatizzazione e regolazione dei servizi di pubblica utilità, sono stati accompagnati da un radicale cambiamento che ha investito, oltre all’aspetto normativo, anche il contesto tecnologico, gestionale, organizzativo, e concorrenziale delle *public utility*.

L’evoluzione di questo processo, è stato favorito da tre fattori in particolare:

- l’emanazione e il recepimento delle direttive comunitarie in materia di elettricità, gas naturale, telecomunicazioni e trasporti;
- l’affermazione, a partire dalla seconda metà degli anni Ottanta, del *New Public Management*, ovvero di un nuovo paradigma aziendale per il settore

pubblico, fondato sul decentramento amministrativo e sull'introduzione di logiche competitive di mercato nell'offerta dei servizi pubblici al fine di recuperare efficacia ed efficienza nell'azione pubblica;

- un vincolo di bilancio pubblico che, soprattutto nel caso italiano, spinge a considerare l'arretramento dello Stato dall'economia un'opportunità per ridurre il peso del debito pubblico.

In tal senso, negli ultimi quindici anni il settore dei servizi pubblici locali è stato interessato da tentativi di riforma che si sono mossi sostanzialmente lungo un duplice binario: da un lato, si è agito sulla struttura e sui modelli organizzativi delle imprese pubbliche (privatizzazione formale e sostanziale); dall'altro, si è operato sul sistema normativo e di regolazione dei mercati (liberalizzazione ed apertura dei servizi pubblici locali alla concorrenza).

La mancanza di un'armonizzazione tra i processi di liberalizzazione e privatizzazione, nonché di un chiaro orientamento circa gli obiettivi e le priorità delle politiche adottate, ha prodotto una sorta di "strabismo" normativo: l'ingresso dei privati nella gestione di alcuni servizi in assenza della liberalizzazione dei mercati, ha (temporaneamente) sostituito monopoli privati a monopoli pubblici, con conseguenze sul piano sia dell'offerta dei servizi, sia dell'apertura alle regole del mercato.

Con la legge 142/1990 (art. 22) di riforma delle autonomie locali, il legislatore ha trasformato le tradizionali aziende municipalizzate, in realtà gestite in modo imprenditoriale, consentendo agli Enti locali di esercitare taluni servizi sia mediante aziende speciali, sia tramite società di capitali. Contestualmente ha iniziato a mutare il ruolo dell'Ente locale che, da soggetto erogatore del servizio, avrebbe dovuto rafforzare la propria funzione di governo e di indirizzo, definendo gli obiettivi, interni ed esterni, dei servizi e verificando i risultati conseguiti.

In questo quadro, la crescente spinta verso l'industrializzazione e la trasformazione in senso competitivo del mercato, hanno favorito l'avvio di importanti ristrutturazioni industriali grazie all'introduzione dell'obbligo della gara e dell'apertura alla concorrenza.

Gli indirizzi di riforma degli ultimi anni avrebbero dovuto realizzare un miglioramento dell'efficienza e un rafforzamento della competitività delle aziende locali. Nelle intenzioni del legislatore il piano di privatizzazione dei servizi pubblici locali avrebbe dovuto favorire la transizione da un assetto frammentato e caratterizzato dalle gestioni dirette, ad una cultura di impresa focalizzata sullo sviluppo del *business* e sui risultati economici (efficienza), salvaguardando al tempo stesso gli obiettivi sociali dei servizi (efficacia ed equità).

L'idea di fondo, era che il raggiungimento degli obiettivi di politica economica fosse strettamente connesso a una "depoliticizzazione" delle aziende pubbliche e all'ingresso di operatori privati, nella veste sia di soci finanziatori, sia di soggetti dotati delle competenze necessarie per aumentare l'efficienza produttiva e migliorare la qualità dei servizi. In questa ottica, poca attenzione è stata assegnata all'efficacia dei servizi dal punto di vista della collettività, ovvero all'esigenza di tener conto delle ricadute sociali e più in generale degli effetti esterni e degli altri "fallimenti del mercato" che caratterizzano fortemente la gran parte dei servizi pubblici locali.

In particolare, la riduzione della sfera di azione del potere pubblico nell'economia sarebbe dovuta avvenire di pari passo ad un rafforzamento della regolazione esterna con l'obiettivo di controllare il sistema degli affidamenti, definire gli standard di qualità dei servizi e monitorare i livelli di efficienza e di efficacia.

Le cause degli scarsi risultati fino ad oggi conseguiti possono essere ricondotte ad alcuni fattori principali. In primo luogo, i cambiamenti normativi non hanno mai avuto un fondamento economico solido. Si è discusso di apertura, o meno, alla concorrenza, senza verificare però in concreto se per i singoli settori si fosse evidenziato un fallimento del mercato e quali fossero i rimedi.

In secondo luogo, nel disciplinare singoli settori non si sono presi in considerazione gli sviluppi della disciplina generale, seguendo direzioni spesso differenti, in parte contraddittorie e comunque inefficaci.

In terzo luogo, non è stata individuata con chiarezza quale fosse la vera priorità del legislatore, in un arco che va dalla privatizzazione alla tutela dell'interesse pubblico.

In quarto luogo, l'apertura dei servizi pubblici locali alla concorrenza, finalizzata al superamento dei monopoli pubblici locali, è stata proposta in assenza di una disciplina specifica che ne regolasse la fase di transizione, prevedendo interventi in grado di compensare le asimmetrie del mercato e prevedendo un'autorità indipendente e competente ad applicare la regolazione in funzione del mercato.

Quanto alla giurisprudenza comunitaria, l'armonizzazione del settore dei servizi pubblici locali con il diritto europeo dei mercati ha creato diversi problemi "interni", soprattutto in tema di modalità di affidamento, del ruolo rivestito dai Comuni (che spesso sono i partner di società pubbliche o miste) ed ancora in relazione al rapporto tra la gestione delle reti e lo svolgimento dei servizi.

2. Liberalizzazione e concorrenza nei servizi pubblici locali

La Commissione europea ha indicato all'Italia il settore dei servizi pubblici locali come priorità negli interventi di politica economica. Rispetto ai grandi servizi pubblici nazionali, dove gli interventi di privatizzazione, liberalizzazione e regolamentazione stanno lentamente modificando la struttura dell'offerta, nei servizi locali stentano a decollare profondi interventi di razionalizzazione del settore miranti ad aumentare l'efficienza dei servizi ed il benessere degli utenti.

Infatti, i servizi pubblici locali sono ancora caratterizzati da una notevole frammentazione dell'offerta, dal coinvolgimento diretto o indiretto degli Enti locali nella produzione, dalla persistenza pluridecennale di situazioni monopolistiche, nonché, nel caso dei servizi idrici e dei servizi ambientali, dall'assenza di autorità indipendenti di regolamentazione. Questi fattori impediscono, in particolare:

- a) lo sfruttamento delle economie di scala;
- b) la gestione di tipo imprenditoriale;
- c) la riduzione dei prezzi per gli utenti finali.

Pertanto la fornitura di servizi locali in Italia è tuttora caratterizzata da inefficienza produttiva ed allocativa. Al tempo stesso, i settori in discorso sono oggi interessati da uno sviluppo del fatturato e da una crescita degli investimenti.

Le aziende specializzate divengono appetibili al capitale privato, e gli stessi Enti locali proprietari incominciano ad apprezzarne l'aspetto di "asset" redditizio (profitti e non solo vantaggi di *public choice*). L'intervento pubblico degli ultimi anni si è basato sulla trasformazione in S.p.A. e sulla privatizzazione parziale delle municipalizzate, nonché sulla liberalizzazione mediante regole di carattere settoriale ed asimmetrico.

Esso era mirato a trasformare la gestione comunale in gestione imprenditoriale, ad aprire le imprese pubbliche al capitale privato e a rimuovere il monopolio locale. Le riforme finora introdotte non hanno consentito, in particolare, di eliminare la gestione diretta in economia ancora diffusa in moltissimi Comuni, di separare nettamente i Comuni dalle imprese di loro proprietà e di accelerare sul fronte della liberalizzazione

dei mercati. La crescita economica e gli incrementi di produttività sono influenzati dall'organizzazione e dall'assetto dei mercati. Le pressioni associate alla globalizzazione hanno indotto alcune economie avanzate a ridisegnare la struttura e le modalità di regolazione dei mercati, nel tentativo di rimettere in moto lo sviluppo e la crescita.

La teoria economica suggerisce perché le liberalizzazioni possono innalzare i livelli di efficienza economica. Le riforme dei mercati consentono una migliore allocazione dei fattori di produzione poiché riducono il differenziale tra i prezzi ed i costi marginali e diminuiscono le posizioni di rendita monopolistica. Liberalizzare significa rimuovere la tutela statale da un dato settore economico, per accompagnarlo verso un sistema retto dalle regole del mercato. Il che significa che non c'è bisogno di liberalizzare laddove già esiste un ordine concorrenziale.

L'obiettivo della liberalizzazione è quello di creare mercati dei servizi pubblici aperti e contendibili, in cui, ferma restando la responsabilità politica dei Comuni rispetto alle condizioni di erogazione delle prestazioni, sia possibile alimentare una gestione di tipo imprenditoriale e la trasformazione dei cittadini da potenziali utenti, vincolati ad un unico fornitore, in potenziali clienti, liberi di scegliere nell'ambito di un offerta concretamente pluralista.

La tendenza si è spostata nel senso di privilegiare un orientamento alla produzione piuttosto che al mercato, attraverso una maggiore garanzia dell'efficienza dei mercati e dell'interesse utente/cliente che sono meglio tutelati dalla presenza di più produttori e di conseguenza vengono soddisfatte le richieste di aumento della qualità dei servizi offerti. In sintesi, le liberalizzazioni introducono meccanismi concorrenziali che spingono fuori dal mercato le imprese meno efficienti, favorendo la riallocazione dei fattori di produzione verso le imprese a più alta produttività.

Non solo, le liberalizzazioni inducono un aumento della produttività delle imprese esistenti in quanto introducono incentivi all'impiego efficiente dei fattori. La rimozione dei vincoli legati alla produzione e alla distribuzione, però, non può essere sufficiente allo scopo: la pluralità dell'offerta, infatti, rischia di essere in ogni caso compromessa dalle condizioni di monopolio naturale che caratterizzano i mercati dei servizi pubblici.

In questo secondo caso, gli obiettivi di liberalizzazione richiedono un'azione congiunta su più fronti. In primo luogo, si tratta di procedere all'assegnazione della proprietà delle infrastrutture essenziali ad un soggetto che si obbliga a garantire l'accesso, a condizioni non discriminatorie, a chiunque sia impegnato nella erogazione dei suddetti servizi.

Questo perché, la prima situazione di partenza in un processo di liberalizzazione che può essere osservata, è quella in cui il mercato è "ostaggio" di un monopolista, generalmente pubblico. In questo caso, ci si aspetta che, grazie alla liberalizzazione, nuovi soggetti entrino sul mercato, ampliando l'offerta e riducendo la quota di mercato dell'impresa dominante.

Dal lato della gestione, invece, l'azione principale deve essere volta a rimuovere, là dove possibile, gli ostacoli alla concorrenza "nel" mercato, fra più operatori che si contendono le preferenze dei clienti e, in alternativa, qualora tale forma competitiva sia irrealizzabile o economicamente poco conveniente, occorre ripiegare sulla promozione di meccanismi di competizione "per" il mercato, fra aspiranti gestori che si contendono l'espletamento, in regime di esclusiva, di un determinato servizio, con riferimento ad un circoscritto ambito territoriale e a un predeterminato periodo di tempo.

L'apertura del mercato, la progressiva riduzione dei vincoli al suo funzionamento e la rimozione di barriere all'entrata agiscono non solo sui livelli, ma anche sui tassi di crescita della produttività, influenzando gli incentivi delle imprese ad innovare. Se è vero che la possibilità di realizzare profitti di monopolio temporaneo costituisce un incentivo agli investimenti in innovazione, è altrettanto vero che l'ingresso o la minaccia d'ingresso di nuove imprese rappresenta un ingrediente essenziale di ogni processo di competizione dinamica basata sull'innovazione. E' tuttavia evidente che una maggiore contendibilità sostiene la crescita dei livelli di produttività mediante processi di entrata e uscita, oltre che attraverso il turnover industriale.

Gli investimenti totali aumentano per effetto dell'entrata di nuove imprese e questo effetto è in grado di compensare eventuali sottoinvestimenti da parte degli *incumbent* a seguito della riduzione dei margini di profitto dovuta alla maggiore intensità della concorrenza sul mercato. I problemi di crescita e di scarsa competitività del nostro

paese, sono dovuti ad un marcato declino economico, principalmente connesso alla rigidità del mercato del lavoro, alle dimensioni medio/piccole delle imprese, all'insufficiente sviluppo delle infrastrutture, al difetto di concorrenza nella fornitura di servizi per la produzione.

Inoltre, l'incompleta realizzazione di contesti competitivi comporta un aggravio nella struttura dei costi delle nostre imprese. Il nostro paese è tra quelli in cui la regolazione – nella sua accezione più generale intesa come quadro generale delle regole che vincolano il funzionamento di un mercato – frena maggiormente lo sviluppo dell'economia e in molti casi limita lo stimolo alla concorrenza nei singoli comparti, questo perché spesso pervasiva e non sempre orientata a valutare l'impatto che dalle norme discende.

La presenza di numerosi settori produttivi protetti, determina un deficit di competitività nelle strategie di internazionalizzazione, con la necessità di far sponda su operatori in posizione di monopolio per l'acquisto di beni e servizi necessari per le attività produttive. L'idea di fondo è aprire i mercati, ovunque ciò risulti possibile, e intervenire con la regolazione in presenza di effetti distorsivi e di limiti alla concorrenza che le regole di mercato non possono eliminare.

Una riforma su ampia scala, soprattutto per quanto concerne i servizi di pubblica utilità, non è di semplice realizzazione, né può risolversi in un unico intervento. L'apertura di mercati dominati da una singola impresa richiede tempo per potersi sviluppare e regole attentamente calibrate per realizzare condizioni di efficienza. In generale la liberalizzazione dei mercati non corrisponde all'eliminazione della regolazione; al contrario, essa ha obiettivi e presupposti che di volta in volta devono adeguarsi all'evoluzione degli assetti di mercato. Inoltre, le politiche di liberalizzazione vanno definite tenendo conto delle specificità dell'assetto istituzionale di riferimento. Incentivare, ad esempio l'ingresso di nuove imprese attraverso sussidi può tutelare l'interesse economico di queste ultime anziché l'interesse generale.

Gli strumenti più adeguati dovrebbero essere tesi a ridurre le asimmetrie informative e i costi relativi al passaggio, per la fornitura di un servizio, da un operatore di mercato all'altro. Inoltre, laddove le infrastrutture esistenti non siano economicamente

Maria Sabatino

La gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: un mercato da aprire alla concorrenza

uplicabili, l'apertura a terzi dell'accesso alla rete a condizioni eque e non discriminatorie è la soluzione necessaria per permettere un'effettiva concorrenza nel mercato e garantire un *level playing field* tra gli operatori.

3. Prospettive di evoluzione del sistema dei servizi pubblici locali

Nel corso dell'ultimo anno gli scenari di evoluzione del sistema dei servizi pubblici locali sono drasticamente cambiati a seguito dell'accelerato processo di riforma portato avanti dal Governo.

Quali novità di rilievo presenta, per l'azione amministrativa degli Enti territoriali, la disciplina dei servizi pubblici locali dopo il decreto liberalizzazioni? Come gestire la fase di transizione e di cambiamento in siffatta materia, che ormai si snoda tra obblighi e controlli, nonché tra vincoli e inaspettate opportunità? Quali modelli gestionali e soluzioni organizzative si offrono oggi per un efficace disimpegno dei servizi locali sul territorio? E ancora: come definire al meglio, in seno agli Enti locali, le necessarie scelte strategiche e le conseguenti procedure amministrative nel contesto di un sistema organico sempre più articolato di controlli e responsabilità?

Sono queste alcune delle impegnative domande che molti Enti locali si pongono, rispetto ad un quadro normativo che tuttora si ritrova in mezzo al guado. È il caso di ricordare che, da qualche tempo ormai, i servizi pubblici locali si trovano nell'occhio del ciclone, senza regole stabili e prospettive certe per pianificare l'azione amministrativa che ne governi a regime la gestione sul territorio.

In tale precario orizzonte normativo, l'art. 23-*bis* del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito nella legge 6 agosto 2008, n. 133, in seguito completato con l'emanazione dello strumento regolamentare di cui al D.P.R. n. 7 settembre 2010, n. 168, ha sicuramente rappresentato una pietra miliare nel faticoso cammino di riforma del quadro giuridico afferente l'organizzazione e la gestione dei servizi pubblici locali nel nostro paese.

Tuttavia, proprio nel momento in cui sembrava che si fosse consolidato un assetto stabile per la disciplina della materia, è sopravvenuto il referendum popolare del 12 giugno 2011, che ha cancellato con un colpo di spugna l'impianto fondato sull'art. 23-*bis* e ha reso necessario un nuovo intervento del legislatore, che ha colmato il vuoto normativo con le nuove regole introdotte dal decreto legge n. 138 del 13 agosto 2011,

convertito in legge 14 settembre 2011, n. 148, poi modificate sia dalla legge 12 novembre 2011, n. 183 (legge di Stabilità 2012), sia dal “pacchetto liberalizzazioni” varato con la legge 24 marzo 2012, n. 27.

Questa convulsa evoluzione normativa ha colto di sorpresa gli Enti locali, specie quelli che avevano dato corso a scelte societarie di carattere strategico, oppure che avevano avviato gare pubbliche per l’affidamento di servizi locali o la dismissione di partecipazioni azionarie, facendo perno su un quadro normativo che è poi cambiato in itinere, nel guado delle complesse procedure amministrative intraprese.

Il “punto d’arrivo” costituito dal vigente quadro normativo in tema di servizi pubblici locali dopo l’entrata in vigore del c.d. decreto liberalizzazioni altro non è che l’epilogo di un lungo travagliato percorso che, non senza titubanze, incoerenze e contraddizioni, ha accompagnato per mano la storia del nostro paese nell’arco temporale nell’ultimo decennio.

Due sono le prime osservazioni che emergono dall’analisi della copiosa legislazione adottata in materia: in primo luogo parlare di “sistema” dei servizi pubblici locali appare sempre più difficile data la polverizzazione delle disposizioni settoriali e delle esclusioni dalle regole di affidamento disposte dalla legislazione nazionale; in secondo luogo, le disposizioni introdotte dall’art. 4 del decreto legge 138/2011 convertito con legge 148/2011– emanato a valle dell’esito del Referendum che ha abrogato l’articolo 23-*bis* della legge 133/2008 (già modificato dall’art. 15 della legge 166/2009) – presentano, come più spiccata caratteristica, un forte imprinting alle privatizzazioni quale fattore determinante per la liberalizzazione dei mercati.

Nel rinnovato quadro normativo è opportuno soffermarsi preliminarmente sui contenuti del citato articolo 4 del decreto legge 138/2011 che regola le forme di affidamento dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, per poi comprenderne i reali effetti considerando il sistema di deroghe ed esclusioni ivi previsto.

Da una prima lettura sembra emergere un disegno di liberalizzazione dei mercati. Le disposizioni introdotte hanno l’obiettivo di superare i monopoli pubblici locali mediante due principali ordini di indirizzo:

- Il primo, volto a ridurre il perimetro dei servizi affidati in maniera diretta (con o senza riserva) degli Enti locali ricorrendo, ogni volta che sia possibile, alla concorrenza “*nel*” mercato. In caso contrario, gli Enti locali hanno l’obbligo di specificare i motivi che impediscono o rendono non conveniente l’apertura del mercato.
- Il secondo, volto ad individuare nel percorso dell’affidamento la regola della gara ad evidenza pubblica. L’affidamento diretto a società pubbliche (comunque attinenti alla disciplina comunitaria dell’*in house*) viene trattato come una deroga e consentito solo in ristretti casi (nell’art. 4 del decreto legge 138/2011 esclusivamente per servizi di valore economico pari o al di sotto di 900 mila euro). Le società miste (ricalcanti l’istituto comunitario del PPP) vengono in gran parte accomunate all’affidamento con gara, prescrivendo che il socio privato sia selezionato mediante una gara cosiddetta “a doppio oggetto” (che riguardi, al tempo stesso, la qualità di socio e l’attribuzione di specifici compiti operativi) e detenga almeno il 40% del capitale della società.

Questa prima impressione non è confermata dalla successiva analisi del sistema di deroghe e restrizioni previsto dalla stessa norma per gli operatori economici presenti nel comparto. Particolari disposizioni sono riservate alle società quotate in mercati regolamentati. Le società quotate nei mercati regolamentati, sia a regime che in fase transitoria alla fine del 2003, pur essendo titolari di affidamenti diretti (in genere per periodi prolungati), non sono soggette ai vincoli di operatività a cui vengono sottoposti gli altri affidatari diretti: possono partecipare a gare, acquisire partecipazioni, estendere la loro attività in ambiti territoriali e settoriali diversi.

In sede di transizione la conservazione dell’affidamento diretto fino alla scadenza naturale è condizionata all’assetto della proprietà ed è consentita ove la partecipazione pubblica sia ridotta a non oltre il 40% entro il 30 giugno del 2013 e non oltre il 30% entro il 31 dicembre 2015. La cessione delle quote di capitale, inoltre, può avvenire non solo mediante procedure ad evidenza pubblica, ma anche tramite forme di collocamento privato.

E' evidente che tali norme non si collocano in una prospettiva di liberalizzazione poiché viene consentito e mantenuto l'esercizio del monopolio tramite un affidamento diretto non sottoposto a vincoli, previa progressiva privatizzazione del capitale.

All'opposto, le società pubbliche *in house* e le società miste sono soggette a evidenti restrizioni. Le società pubbliche *in house*, infatti, sono considerate "regimi in deroga" rispetto alle procedure competitive, adottabili esclusivamente per servizi di dimensioni molto ridotte (fino a 900 mila euro di valore annuo, poi abbassato a 200 mila euro) e soggette, laddove esistenti (assai diffuse nei servizi di TPL e rifiuti), alla cessazione forzata dell'affidamento alla data del 31 marzo 2012.

In prospettiva, si può prevedere l'esistenza delle società più piccole (entro i confini dimensionali indicati dalla legge), mentre per quelle che cesseranno, l'Ente locale avrà l'alternativa di ricorrere ad una gara per l'affidamento del servizio oppure costituire una società mista conforme alla nuova disciplina.

Anche per le società miste, in assenza di conformità al regime del doppio affidamento previsto dalla legge, ci sarà l'improrogabilmente cessazione al 30 giugno 2012. In tal caso, alla scadenza l'Ente locale avrà la possibilità di mettere a gara il servizio oppure di sostituire le vecchie società con nuove costituite nel rispetto delle condizioni della gara a "doppio oggetto" e della cessione al socio privato di almeno il 40% del capitale.

Tuttavia, queste società, fatte salve eventuali manovre correttive del Governo, pur essendo, in sostanza omologate agli affidamenti tramite gara, sono sottoposte alle stesse limitazioni imposte agli affidatari diretti in merito al divieto di partecipare alle gare e di estendere l'attività al di fuori dei confini territoriali e settoriali dell'affidamento.

Dal lato degli operatori, il quadro che si presenta è complesso. Le prime osservazioni che possono essere dedotte prevedono:

- incentivo alla progressiva privatizzazione delle società quotate;
- polverizzazione delle gestioni *in house* minori, data la deroga riconosciuta ai servizi con volume d'affari inferiore ai 900 mila euro annui;
- disincentivo alla scelta della società mista dati i limiti operativi introdotti alla gestione d'impresa;

- individuazione della gara ad evidenza pubblica quale forma principale per l'affidamento dei servizi pubblici locali, salvo le eccezioni riconosciute dalle normative settoriali.

Al fine di valutare gli effetti ed i prevedibili scenari all'indomani della manovra, occorre analizzare l'ulteriore sistema di deroghe introdotto dalla norma in merito ai settori di applicazione della disciplina di affidamento.

A riguardo, il penultimo comma dell'art. 4 del decreto legge 138/2011 dispone che *“sono esclusi dall'applicazione del presente articolo il servizio idrico integrato, il servizio di distribuzione di gas naturale, di cui al decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, il servizio di distribuzione di energia elettrica, di cui al decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 e alla legge 23 agosto 2004, n. 239, il servizio di trasporto ferroviario regionale, di cui al decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422, nonché la gestione delle farmacie comunali, di cui alla legge 2 aprile 1968, n. 475”*.

Mentre i settori della distribuzione di gas naturale, energia elettrica, trasporto ferroviario regionale e gestione delle farmacie comunali già beneficiavano dell'esenzione nella precedente formulazione del 23-bis, il servizio idrico integrato è stato introdotto a seguito dell'esito del referendum abrogativo del medesimo articolo 23-bis indetto il 12 giugno 2011.

Dunque, le disposizioni introdotte dall'art. 4 del decreto legge 138/2011 trovano applicazione ai settori dell'igiene urbana, del trasporto pubblico locale e degli altri servizi pubblici locali a rilevanza economica, quali a titolo di esempio, il teleriscaldamento ed i servizi cimiteriali. I settori esclusi restano disciplinati dalle normative settoriali.

Al riguardo, mentre nei settori energetici, in primis la distribuzione del gas naturale, il processo di liberalizzazione appare ormai avviato con l'individuazione degli Ambiti Territoriali Minimi (D.M. del 19/1/2011 pubblicato in G.U. n. 74 del 31/3/2011) che hanno definito i bacini di gara, per il settore idrico permangono numerose incertezze con il ritorno alle disposizioni antecedenti l'art. 23-bis. Il quadro che si presenta appare sempre più complesso: al sistema di deroghe e restrizioni dettate agli operatori, sono

aggiunte le esenzioni per alcuni comparti. Al riguardo, il primo punto di riflessione attiene l'analisi dei servizi pubblici locali:

- i settori a vocazione prettamente industriale, ossia la distribuzione del gas e dell'energia elettrica sono esclusi dall'applicazione dell'art. 4 ricadendo sotto una specifica regolamentazione di liberalizzazione dei mercati coordinata dall'Autorità di settore;
- il settore idrico, dato l'esito del referendum abrogativo del 12 giugno 2011, ha rimarcato le caratteristiche ambientali e sociali del servizio coniugando ai requisiti di efficienza ed efficacia gestionale le peculiarità della risorsa erogata in termini di sostenibilità e universalità del servizio;
- i settori dell'igiene urbana e del trasporto pubblico locale, nonostante l'arretratezza industriale legata, soprattutto per il trasporto, al carattere di universalità del servizio sono soggetti alla regolamentazione dell'art. 4 del decreto legge 138/2011 che impone il superamento delle gestioni pubbliche e miste non conformi alla normativa;
- gli altri settori minori dei servizi pubblici a rilevanza economica seguono le medesime disposizioni previste per l'igiene urbana ed il trasporto pubblico locale.

Dunque, l'intento del legislatore sembra quello di tutelare i processi di liberalizzazione già avviati nei settori a vocazione prettamente industriale, rispettare l'esito referendario nel settore idrico, superare le inefficienze gestionali, laddove presenti, nei comparti del trasporto pubblico locale e dell'igiene urbana e far emergere tutti quei servizi a rilevanza economica minori molto spesso non considerati nelle analisi di comparto.

Lo strumento prescelto è formalmente quello della gara ad evidenza pubblica che, dato il sistema di deroghe e restrizioni per gli operatori, privilegia la privatizzazione quale strada più veloce per garantire il completamento del percorso di apertura dei mercati dei servizi pubblici. A questo punto, è d'obbligo chiedersi quale sarà lo scenario, all'indomani della scadenza forzata di alcuni affidamenti.

In primo luogo si osserva che i settori sottoposti alle prescrizioni dell'art. 4 sono solo il trasporto pubblico locale e l'igiene urbana, oltre ai servizi minori. In tali comparti gli operatori prevalenti sono costituiti da società pubbliche monoservizio in house con frequenti difficoltà gestionali ed operative riconducibili alla tipologia di prestazione svolta. Entrambi i comparti, infatti, hanno una struttura *labour intensive* in cui la forza lavoro costituisce una componente determinata ed imprescindibile dei costi di gestione.

Nel trasporto pubblico, inoltre, è stata, fino a oggi, tutelata la caratteristica di universalità del servizio attraverso l'erogazione di contributi in conto esercizio per il pareggio gestionale. I recentissimi tagli dei contributi, associati alle strutturali difficoltà gestionali del comparto rendono sicuramente ardua l'imminente apertura del mercato. Il forte rischio è quello dell'assenza di operatori interessati che destabilizzeranno l'azienda *incumbent* nell'organizzazione operativa e strutture pubbliche di governo del sistema impreparate a gestire in un lasso temporale limitato un processo di cambiamento di simile portata.

In secondo luogo, lo scenario che si apre per le società pubbliche quotate, non è scontato: le società che beneficiano della naturale scadenza degli affidamenti hanno focalizzato le aree di business nei settori energetici e nel comparto idrico, entrambi esclusi dall'applicazione dell'art. 4. Non sarà, pertanto, automatica l'adesione al regime di deroga dell'art. 4 per la salvaguardia degli affidamenti minori e dell'igiene urbana, laddove presente.

Per tornare comunque all'evoluzione del sistema dei servizi pubblici locali, è interessante notare che l'intervento dell'Esecutivo in materia di liberalizzazioni, intrapreso e messo in atto con grande fermezza, è stato preceduto agli inizi dell'anno 2012 da una segnalazione dell'Antitrust, che in vista della crescita economica aveva appunto auspicato, da parte del Governo e del Parlamento, soluzioni innovative idonee a incrementare la concorrenza nei servizi locali, nelle professioni, nelle banche e assicurazioni, nelle autostrade e aeroporti, nonché in molti altri settori vitali dell'economia nazionale, sottolineando il fatto che *“l'urgenza della crisi richiede di non indugiare e di attuare gli interventi di immediata applicazione”*.

Tra questi interventi urgenti il Presidente dell'Authority non aveva esitato ad annoverare la liberalizzazione dei servizi pubblici locali erogati dai Comuni, sostenendo, in particolare, che nel settore del trasporto locale va introdotto il meccanismo delle gare, il quale consente *“servizi a costi certi, senza la presenza della politica che a volte è fonte di inefficienza e corruzione”*.

Il Presidente aveva chiesto, al riguardo, anche interventi sulla Pubblica Amministrazione, affermando che *“il costo vero è dato da una burocrazia lenta e farraginoso, che è il vero onere per chi vuole investire in Italia”*. In linea con queste aspettative e con puntualità rispetto ai tempi annunciati, il Governo Monti ha emanato il decreto legge n. 1 del 20 gennaio 2012 per la liberalizzazione delle attività economiche (pubblicato sulla Gazzetta ufficiale del 24 gennaio 2012).

La nuova organizzazione dei servizi pubblici locali che emerge dalla conversione in legge del decreto legge sulle liberalizzazioni appare destinata a incidere in profondità il tessuto sociale italiano, non soltanto per quanto riguarda la configurazione dei rapporti tra gli Enti locali e le rispettive società partecipate, ma anche per quel che concerne le modalità strutturali di erogazione dei servizi, che per lungo tempo hanno contrassegnato lo sviluppo e l'economia del nostro territorio.

Ora si può considerare *“definitivamente superato”* l'incidente di percorso che nel 2011 ha imposto una brusca frenata al processo di liberalizzazione dei servizi pubblici locali, con l'abrogazione, a seguito di referendum popolare, dell'art. 23-bis di cui più sopra si è fatto cenno. In luogo della disciplina organica dei servizi locali che quest'ultima norma recava, il legislatore si è preso cura di riscrivere le regole del gioco con l'approvazione di un nuovo quadro normativo, introdotto dapprima con l'art. 4 del decreto legge n. 13 agosto 2011, n. 138 convertito in legge n. 148/2011, in seguito messo a punto con le varie modifiche.

Ma in realtà le novità non sono finite in quanto il 2012 ha rappresentato l'anno della nuova brusca frenata o forse addirittura di una inversione di marcia rispetto alla direzione pro-concorrenziale lungo la quale si era incamminata negli ultimi anni la disciplina dei servizi pubblici locali.

Infatti, con la sentenza n. 199 del 20 luglio 2012, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'intero articolo 4 del decreto legge n. 138/2011. L'abrogazione della normativa generale sulla gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica riapre il lungo e ininterrotto percorso di assestamento della disciplina in materia lasciando ben intendere che tale percorso, iniziato con la legge 142 del 1990 ancora non è giunto a conclusione.

4. I servizi pubblici locali e la concorrenza nell'ordinamento giuridico italiano

Nella nostra Costituzione del 1948 non si può rintracciare una posizione precisa sulla concorrenza. Dalla sua lettura, nonché dall'esame dei lavori preparatori, è però possibile risalire alle premesse teoriche che hanno ispirato l'opera dei Costituenti.

Le norme costituzionali sembrano il frutto di un compromesso tra le istanze più liberali e quelle desiderose di sottoporre l'economia ad un sistema di pianificazione centralizzata. La Costituzione riconosce l'iniziativa economica privata ma consente che la si sottoponga a "programmi e controlli" affinché essa sia indirizzata verso "fini sociali" (art. 41). I monopoli pubblici sono ammessi, come male minore e possibile rimedio ai monopoli privati (art. 43)⁸.

In tempi più recenti, tuttavia, nel nostro diritto positivo è stata introdotta una norma (Legge n. 287/1990), oggi fondata anche nella Costituzione (art. 117)⁹, che tutela la concorrenza dalle azioni degli stessi concorrenti. Essa impone uno statuto speciale alle imprese con il maggiore potere economico, ne controlla la crescita, e vieta le intese restrittive tra concorrenti.

Prima ancora che nelle disposizioni nazionali, la concorrenza era già divenuta oggetto specifico della tutela di alcune norme del Trattato CE e del diritto da esse derivato, norme volte anch'esse al controllo delle imprese "dominanti" (art. 82; regolamento 4064/1989/CEE) ed alla proibizione degli accordi collusivi tra i concorrenti (art. 81).

Il perimetro della tutela della concorrenza si è notevolmente esteso allorché, sotto l'impulso del diritto comunitario, anche i servizi pubblici sono stati sottoposti alle regole del mercato (l'art. 86 del Trattato CE - oggi art. 106 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, TFUE - ha imposto l'applicazione delle regole concorrenziali, salvo non arrechino pregiudizio al perseguimento della missione affidata - anche alle imprese titolari di "diritti speciali ed esclusivi").

⁸ Per un'analisi più approfondita S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, 2005, pp. 87 e ss.

⁹ L'art. 117, comma 2°, lett. e), assegna alla competenza esclusiva dello Stato la potestà legislativa in materia di tutela della concorrenza.

L'estensione delle regole concorrenziali ai servizi pubblici ne ha provocato la liberalizzazione, limitando e in alcuni casi sopprimendo integralmente il precedente regime di riserva e monopolio legale, il quale per essere onnicomprensivo e fondato su un solo operatore nascondeva anche inefficienze e iniquità. Con l'affermazione della libertà di entrata, si è consentito a più operatori di divenire imprenditori nei settori prima riservati, senza riguardo alla loro natura pubblica o privata e vietando discriminazioni fondate sulla nazionalità¹⁰.

Dall'evoluzione del principio concorrenziale nel nostro ordinamento, si possono ricavare tre considerazioni. La rivalità non è di per sé sufficiente, quando uno dei concorrenti abbia una forza preponderante. La rivalità è un valore per la collettività, tanto che le imprese non possono rinunciarvi liberamente e, infine, i monopoli, se sono un problema, lo sono a prescindere che abbiano carattere pubblico o privato¹¹.

Queste conclusioni sono confermate dall'esistenza di un altro corpo normativo, che regola le attività economiche private con lo scopo di promuovere la concorrenza. Tali norme presumono che, in date circostanze, l'azione libera degli imprenditori non produca un risultato complessivo ottimale. Tra queste circostanze vi è anche il caso dei servizi pubblici che siano stati liberalizzati dopo un lungo periodo di monopolio legale, e che vedano l'operatore dominante ex monopolista in una posizione che difficilmente i concorrenti possono scalzare.

Per il legislatore di oggi, dunque, la concorrenza presume l'assenza di ostacoli normativi alla rivalità tra imprenditori ma non si limita a questo. Essa necessita, per funzionare correttamente, di un certo grado di protezione da parte dei pubblici poteri.

Le conclusioni raggiunte vanno ora misurate con la disciplina dei servizi pubblici locali. Si è già anticipato che rispetto ai servizi pubblici nazionali, i primi si sono caratterizzati per un'accentuata asimmetria che li ha resi alquanto refrattari alle politiche di liberalizzazione.

¹⁰ In questo senso cfr. S. CASSESE, *op. ult. cit.*, p. 87.

¹¹ Cfr. G. FONDERICO, *Diritto della regolazione e del mercato - Lezioni - parte I*, cit., p. 22.

Va ricordato, peraltro, che in alcuni casi, i servizi pubblici locali sono stati considerati al di sotto della soglia di rilevanza comunitaria in quanto la loro attività non incideva sugli scambi tra gli Stati membri¹². Inoltre, la dimensione locale e la finalità sociale del servizio pubblico locale potevano comportare un collegamento con la politica di coesione economico sociale di cui agli artt. 158 e ss. del Trattato CE con la conseguenza di limitare ulteriormente il campo di applicazione delle regole di concorrenza¹³.

Più di recente, l'ordinamento nazionale sembra invece misurare in modo più diretto ed esplicito la compatibilità della disciplina interna sui servizi pubblici locali in relazione a quella comunitaria dei "servizi di interesse economico generale" (SIEG).

In particolare, la Corte Costituzionale (n. 325/2010), partendo dalla considerazione che la nozione comunitaria di SIEG¹⁴, ove limitata all'ambito locale, e quella interna di SPL di rilevanza economica hanno "contenuto omologo"¹⁵, ritiene di poter "accertare se le differenze tra le due discipline siano tali da far venir meno [...] la loro compatibilità".

¹² Corte di Giustizia Ue, sentenza *RISAN c. Comune di Ischia*, c- 108/98, secondo cui non sarebbe possibile invocare le libertà fondamentali del Trattato in relazione ad una situazione nella quale i relativi elementi risultavano "tutti confinati all'interno di un solo Stato membro e che pertanto non presentano alcun nesso con una delle situazioni considerate dal diritto comunitario nel settore della libera circolazione delle persone e dei servizi".

¹³ G. DI GASPARO, *Servizi pubblici locali tra ordinamenti nazionali e ordinamento comunitario*, in *Servizi pubblici locali in trasformazione*, cit., p. 42.

¹⁴ I SIEG trovano un fondamento di diritto positivo negli artt. 14 e 106 TFUE. L'art. 14 riconosce l'importanza dei servizi di interesse economico generale "nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale". In particolare "l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti". L'art. 106 regola il rapporto tra concorrenza e servizi di interesse economico generale, stabilendo che "le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata". Tuttavia, come rilevato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 325/2010 la nozione di SIEG non è enucleabile dai richiamati artt. 14 e 106, poiché essi non stabiliscono le condizioni d'uso dell'espressione. La nozione è invece ricavabile dalle interpretazioni della giurisprudenza comunitaria (*ex multis*, C. giust. Ue, 18 giugno 1998, C-35/96, *Commissione c. Italia*) e dalla Commissione europea (in specie, nelle Comunicazioni in tema di servizi di interesse generale in Europa del 26 settembre 1996 e del 19 gennaio 2001; nonché nel Libro verde su tali servizi del 21 maggio 2003).

¹⁵ Entrambe le suddette nozioni, interna e comunitaria, fanno riferimento infatti ad un servizio che: a) è reso mediante un'attività economica (in forma di impresa pubblica o privata), intesa in senso ampio, come «qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato» (come si esprimono

E' la dimostrazione che la disciplina interna sui servizi pubblici locali è assoggettata alla coerenza dei principi comunitari sui SIEG e, dunque, il parametro comunitario di riferimento per comprendere l'intreccio tra concorrenza e gestione dei servizi pubblici locali deve essere, in prima battuta, l'art. 106 T.F.U.E..

Su queste basi il diritto comunitario impone, in primo luogo, che la gestione dei servizi pubblici locali avvenga, di regola, al fine di tutelare la concorrenza, mediante affidamento a terzi secondo procedure competitive ad evidenza pubblica. Tale regola è derogabile nel caso in cui si ritenga che ostacoli, in diritto od in fatto, la "speciale missione" dell'Ente pubblico. In tale ipotesi l'ordinamento comunitario, rispettoso dell'ampia sfera discrezionale attribuita in proposito agli Stati membri, si riserva solo di sindacare se la decisione dello Stato sia frutto di un "errore manifesto"¹⁶.

Accanto all'affidamento a terzi con gara, l'affidamento del servizio può avvenire anche a favore di una società mista, cioè con capitale in parte pubblico ed in parte privato (cosiddetto PPP, partenariato pubblico e privato).

L'affidamento diretto del servizio (cioè senza una gara ad evidenza pubblica per la scelta dell'affidatario) alle società può avvenire a condizione che si sia svolta una gara ad evidenza pubblica per la scelta del socio privato e che tale socio sia un socio "industriale" e non meramente "finanziario" (cd. gara a doppio oggetto).

Non è richiesto alcun limite, minimo o massimo, della partecipazione del socio privato. In deroga alle ipotesi di affidamento in via ordinaria, è consentito il cosiddetto affidamento *in house*. Secondo la normativa comunitaria, le condizioni integranti tale tipo di gestione ed alle quali è subordinata la possibilità del suo affidamento diretto

sia la citata sentenza della C. giust. Ue, 18 giugno 1998, C-35/96, *Commissione c. Italia*, sia le sentenze della stessa Corte 10 gennaio 2006, C-222/04, *Ministero dell'economia e delle finanze*, e 16 marzo 2004, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, *AOK Bundesverband*, nonché il Libro verde sui servizi di interesse generale del 21 maggio 2003, al paragrafo 2.3, punto 44); b) fornisce prestazioni considerate necessarie (dirette, cioè, a realizzare anche "fini sociali") nei confronti di una indifferenziata generalità di cittadini, a prescindere dalle loro particolari condizioni (C. giust. Ue, 21 settembre 1999, C-67/96, *Albany International BV*).

¹⁶ Art. 106 TFUE; *ex plurimis*, sentenze della Corte di giustizia UE, 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle*, punti 48 e 49, e 10 settembre 2009, C-573/07, *Sea s.r.l.*.

(capitale totalmente pubblico; controllo esercitato dall'aggiudicante sull'affidatario di "contenuto analogo" a quello esercitato dall'aggiudicante stesso sui propri uffici; svolgimento della parte più importante dell'attività dell'affidatario in favore dell'aggiudicante) debbono essere interpretate restrittivamente, costituendo l'*in house providing* un'eccezione rispetto alla regola generale dell'affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica.

Tale eccezione viene giustificata dal diritto comunitario con il rilievo che la sussistenza delle suddette condizioni esclude che l'*in house contract* configuri, nella sostanza, un rapporto contrattuale intersoggettivo tra aggiudicante ed affidatario, perché quest'ultimo è, in realtà, solo la *longa manus* del primo.

Il legislatore italiano trova nella disciplina comunitaria della concorrenza un limite negativo, ma non anche uno positivo. Al legislatore nazionale è riconosciuto, infatti, un "*margin di apprezzamento*" rispetto a principi di tutela, minimi ed indefettibili, stabiliti dall'ordinamento comunitario con riguardo ad un valore ritenuto meritevole di specifica protezione, quale la tutela della concorrenza.

Ne deriva, in particolare, che in ciascun Stato membro non è vietato adottare una disciplina che preveda regole concorrenziali – come sono quelle in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento di servizi pubblici – di applicazione più ampia rispetto a quella richiesta dal diritto comunitario. L'identità del "verso" delle discipline interna e comunitaria esclude, pertanto, ogni contrasto od incompatibilità anche per quanto riguarda la indicata terza differenza¹⁷.

Le possibilità di intervento del legislatore nazionale in nome della concorrenza sono molto ampie. Ciò è avvalorato dalla "nozione comunitaria di concorrenza", richiamata anche dall'art. 1, comma 4°, della legge n. 287/1990 (Norme per la tutela della concorrenza e del mercato). Secondo tale nozione, la concorrenza presuppone "*la più ampia apertura al mercato a tutti gli operatori economici del settore in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e*

¹⁷ Corte Costituzionale sentenza n. 325/2010.

della libera prestazione dei servizi”¹⁸. Essa pertanto – come affermato in numerose pronunce della Corte costituzionale¹⁹ – può essere tutelata mediante tipi diversi di interventi regolatori, quali: *a*) misure legislative di tutela in senso proprio, che hanno ad oggetto gli atti ed i comportamenti delle imprese che influiscono negativamente sull’assetto concorrenziale dei mercati (misure antitrust); *b*) misure legislative di promozione, che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l’apertura, eliminando barriere all’entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese (per lo più dirette a tutelare la concorrenza “nel” mercato); *c*) misure legislative che perseguono il fine di assicurare procedure concorsuali di garanzia mediante la strutturazione di tali procedure in modo da realizzare la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici (dirette a tutelare la concorrenza “per” il mercato).

Nell’ambito di tali misure e, in particolare, di quelle al punto *c*), rientra espressamente la previsione di procedure concorsuali competitive di evidenza pubblica volte a garantire il rispetto, per un verso, dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza e, per l’altro, delle regole dell’efficacia e dell’efficienza dell’attività dei pubblici poteri, al fine di assicurare la piena attuazione degli interessi pubblici in relazione al bene o al servizio oggetto dell’aggiudicazione.

Il legislatore statale, dopo anni di incertezze e resistenze, aveva sfruttato appieno le possibilità di legiferare in senso pro concorrenziale anche in misura più decisa rispetto a quanto previsto dal diritto comunitario. Sul piano della concorrenza “nel mercato”, con l’art. 23-*bis* aveva avviato un deciso processo di liberalizzazione che giustificava il regime in esclusiva, solo dopo avere verificato tramite analisi di mercato i “*fallimenti del sistema concorrenziale*” (art. 2, comma 2° del regolamento di attuazione).

¹⁸ Sentenza n. 401/2007.

¹⁹ Sentenze n. 270, n. 232 e n. 45 del 2010; n. 314 del 2009 e n. 148 del 2009; n. 63 del 2008; n. 430 e n. 401 del 2007; n. 272 del 2004.

Sul piano della concorrenza “per il mercato” aveva reso del tutto marginale la possibilità di ricorso all’*in house* ai soli casi in cui le condizioni socio economiche del contesto territoriale di riferimento non avessero consentito l’utile ricorso al mercato.

Infine, nell’art. 4 d.l. n. 138/2011 - adottato dopo l’abrogazione referendaria - e nella legislazione del Governo Monti aveva, da una parte, riprodotto le richiamate misure pro concorrenziali contenute nell’art. 23-*bis*, le quali riguardavano propriamente la concorrenza “per il mercato”. Dall’altra parte, aveva promosso un salto di qualità affinando anche la fase a monte della concorrenza “nel mercato” confermando, laddove possibile, l’abbattimento delle situazioni di monopolio.

La pronuncia della Corte Costituzionale n. 199/2012 della quale si è fatto cenno, nel tener conto dell’esito referendario, ha dichiarato l’incostituzionalità di tali disposizioni, eliminando le specificità pro concorrenziali che avevano caratterizzato l’ordinamento italiano nell’ultimo periodo.

Del vecchio regime rimane in piedi solo il divieto di gestione diretta dei servizi pubblici da parte dell’Ente locale. Tale divieto è contenuto in una norma diversa dall’art. 23-*bis*²⁰ e, dunque, non è stata oggetto di abrogazione referendaria.

²⁰ Divieto introdotto dall’art. 35 della legge n. 448/2001 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2002) e art. 14 del d.l. n. 269/2003 (Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell’andamento dei conti pubblici), convertito, con modificazioni dalla legge n. 326/2003.

Capitolo I

POLITICA DELLA CONCORRENZA: PIETRA DI VOLTA DEL MERCATO INTERNO

SOMMARIO: **1.1** Servizi pubblici locali tra fughe in avanti pro concorrenziali e correzioni di rotta. – **1.2** Il significato economico della concorrenza e i servizi pubblici locali. – **1.3** Concorrenza “nel mercato” e concorrenza “per il mercato”. – **1.4** Politiche della concorrenza e politiche industriali, - **1.5** Storia della politica della concorrenza, dagli Stati Uniti all’Unione Europea, fino ad arrivare ai paesi membri (Italia). - **1.6** Lo Sherman Act e le sue prime applicazioni, - **1.7** Gli sviluppi normativi dopo lo Sherman Act, - **1.8** Le leggi Antitrust in Europa e la nascita della CEE, - **1.9** La legge Antitrust Italiana del 1990, - **1.10** Elementi principali della disciplina della concorrenza. – **(Segue): 1.10.1** Le Intese. – **(Segue): 1.10.2** Gli abusi di Posizione dominante. – **(Segue): 1.10.3** Le operazioni di concentrazione. – **1.11** Gli obiettivi della politica della concorrenza, - **(Segue): 1.11.1** Il benessere sociale, - **(Segue): 1.11.2** Tutela delle piccole imprese, - **(Segue): 1.11.3** Promozione dell’integrazione economica fra gli Stati, - **(Segue): 1.11.4** Garantire equità, - **(Segue): 1.11.5** Ragioni politiche, sociali e ambientali.

1.1 SERVIZI PUBBLICI LOCALI TRA FUGHE IN AVANTI PRO CONCORRENZIALI E CORREZIONI DI ROTTA

Incertezze e contraddizioni cicliche contraddistinguono il nostro ordinamento nello sviluppo della disciplina sui servizi pubblici locali e, in particolare, di quelli a rilevanza economica. Spesso, soprattutto negli ultimi due decenni, al centro dell’agenda politica, i servizi pubblici locali di rilevanza economica sono per un verso, fattore nevralgico per la crescita e lo sviluppo economico per altro verso sono fonte di coesione sociale e di cittadinanza civile.

Sotto il primo aspetto, non solo rappresentano una quota importante dell’economia nazionale per fatturato e occupazione complessiva assolvendo anche un prezioso ruolo

anticongiunturale in controtendenza rispetto alla recessione in atto²¹, ma forniscono anche una rete di infrastrutture e servizi fondamentali per ridurre i costi e aumentare la produttività dei settori esposti alla concorrenza internazionale. Sotto il secondo aspetto, garantiscono l'omogeneità delle condizioni di vita e di contesto produttivo nelle diverse aree del paese ed elevano la qualità della vita dei cittadini²².

Ed è anche questa importanza duplice che ne ha fatto arena di scontro politico e di accessi dibattiti giuridici ed economici. In essi hanno trovato espressione, infatti, la visione più liberale tendente al ridimensionamento della sfera pubblica e all'opposto quella di ispirazione socialista che vede proprio nell'intervento pubblico, anche gestorio, la migliore garanzia per la collettività.

La prima è più propensa al dispiegamento delle piene potenzialità economiche del mercato dei servizi pubblici attraverso una gestione imprenditoriale privata che garantisca la massima efficienza. La seconda, invece, accentua la connotazione sociale degli stessi proponendo una gestione pubblica che, senza il giogo del profitto, ne garantisca meglio l'universalità e l'accessibilità.

Dopo quasi un secolo di gestioni pubbliche monopolistiche - con effetti fallimentari per l'efficienza dei servizi e l'adeguamento delle infrastrutture, oltre che con una eredità imponente sul versante del debito pubblico - negli anni '90 prende avvio un processo di trasformazione condotto a più riprese dal legislatore.

E' in questo periodo che i servizi pubblici vengono catturati dall'ordinamento

²¹ Si pensi, a titolo di esempio, che negli ultimi cinque anni le principali industrie del settore (idrico, smaltimento rifiuti, trasporto pubblico locale, gestione della sosta, distribuzione di energia e gas) hanno registrato *trend* di crescita nei ricavi (+9,5%), nei livelli occupazionali (+5%) e negli andamenti degli investimenti medi annui (+7%). Il settore ha pertanto esercitato un ruolo anticongiunturale, in controtendenza rispetto agli effetti della recessione sulle principali imprese industriali, a causa delle caratteristiche dei relativi servizi (volti a soddisfare bisogni essenziali dei cittadini la cui domanda è rigida al prezzo e al reddito disponibile) e della struttura patrimoniale delle imprese (concentrata più su impieghi produttivi che su investimenti finanziari). Fonte: AGCM, *Relazione annuale* per il 2011, 31 marzo 2012, pubblicata su www.agcm.it.

²² Per la specificazione del ruolo dei servizi pubblici locali nel senso indicato C. DE VINCENTI, *Governo pubblico e mercato nei servizi pubblici locali*, in *I servizi pubblici locali tra riforma e referendum*, a cura di ASTRID, 2011.

comunitario ed assoggettati alle regole del mercato e alla concorrenza. Nonostante ciò, il funzionamento pienamente concorrenziale del mercato dei servizi pubblici è apparso dopo molto tempo ancora un miraggio e, peraltro, rispetto ai servizi pubblici nazionali, quelli locali si sono caratterizzati per un'accentuata asimmetria che ha reso quest'ultimi ancor più refrattari alle politiche di liberalizzazione.

In particolare, mentre nei servizi pubblici nazionali, il processo di trasformazione in senso pro concorrenziale si è da tempo incanalato in uno stato di irreversibilità, nei servizi pubblici locali si è assistito ad un significativo radicamento dei tradizionali modelli di intervento pubblico.

Rispetto ad essi anche il diritto comunitario si è mostrato piuttosto debole e indifferente, se non nel dissolvimento delle industrie verticalmente integrate²³. Se si analizza la produzione scientifica sui servizi pubblici locali di rilevanza economica, gli autori convergono nel qualificare tale processo di trasformazione come incerto, instabile, incompiuto, contraddittorio, parziale e incongruo²⁴.

Al cuore di questi giudizi negativi v'è la constatazione dell'assenza di una trama lineare e coerente nella definizione del rapporto tra la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e tutela della concorrenza, essendo tale rapporto caratterizzato da illusorie fughe in avanti, seguite a ridosso da brusche correzioni di rotta.

L'impegno legislativo di quegli anni non è stato in grado di risolvere gli esiti fallimentari dell'epoca precedente, facendo permanere assetti di mercato monopolistici e significative insufficienze regolatorie.

²³ Per queste ultime riflessioni G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, 2005, pp. 77.

²⁴ Tra le pubblicazioni più significative del presente contributo, G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, 2005; L. AMMANATI, *I servizi pubblici locali: quale concorrenza, come e quando?*, in *Le virtù della concorrenza* (a cura di C. De Vincenti e A. Vigneri), 2006, pp. 371 e ss.; A. PEZZOLLI, *Gare e servizi pubblici: quali problemi per la concorrenza?*, *ivi*, pp. 385 e ss.; L. AMMANATI – F. DI PORTO, *Il caso italiano, ovvero dell'infinito conflitto tra monopolio e liberalizzazione*, in *Concorrenza e sussidiarietà nei servizi pubblici locali* (a cura di L. Ammanati - F. Di Porto), 2007, pp. 57 e ss.; G. DI GASPARE, *Monopolio e competizione dei servizi pubblici locali nella prospettiva comunitaria*, *ivi*, pp. 165 e ss.; tra le pubblicazioni più recenti G. DI GASPARE, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, 2010; M. BIANCO – P. SESTITO, *I servizi pubblici locali*, 2010; F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, 2011; cfr. anche il volume di ASTRID che raccoglie gli scritti di C. DE VINCENTI e A. VIGNERI, *I servizi pubblici locali tra riforma e referendum*, 2011.

Sotto il primo profilo, il mercato è rimasto prevalentemente strutturato in “orti” monopolistici, costruiti peraltro seguendo la suddivisione amministrativa di base comunale, piuttosto che ambiti territoriali economicamente efficienti e gli affidamenti avvengono prevalentemente senza gara ad aziende pubbliche e con tempistiche pressoché illimitate.

Sotto il secondo profilo, la commistione di ruoli in capo ai comuni (concedenti, regolatori, proprietari delle aziende, gestori del servizio) ha creato un conflitto di interessi tale da privare di prospettive operative univoche l’azione dei gestori, i quali strattonati da più parti non possono dedicarsi ad una gestione efficiente²⁵.

Assetti monopolistici e insufficienze regolatorie hanno, in definitiva, favorito e avallato un sistema inefficiente caratterizzato, per un verso, da costi elevati dovuti ad una logica non imprenditoriale ed antieconomica anche a carico della fiscalità generale e, per altro verso, dalla bassa qualità dei servizi. L’effetto pregiudizievole di tale sistema si è tradotto anche nel ritardo dell’adeguamento infrastrutturale. I costi elevati della produzione del servizio e le tariffe necessariamente basse (i Comuni non sono stati legittimati ad aumentarli a causa della bassa qualità degli stessi) hanno, infatti, impedito l’accumulo delle risorse necessarie a tal fine.

Ai limiti *interni* alla gestione dei servizi pubblici locali si è aggiunto un compressivo limite *esterno*, costituito dai vincoli di finanza pubblica via via più stringenti in considerazione dell’aggravarsi della crisi del debito pubblico, alla quale peraltro le falle antieconomiche della gestione dei servizi pubblici hanno in passato contribuito enormemente²⁶.

A questo vortice vizioso, il legislatore ha reagito in modo energico, per imprimere una svolta, dapprima con l’entrata in vigore dell’art. 23-*bis* d.l. n. 112/2008 e poi con gli ultimi interventi normativi, quale articolo 4 d.l. n. 138/2011 e successiva produzione normativa del Governo Monti. Nei confronti delle nuove disposizioni, anche l’atteggiamento degli studiosi è mutato.

²⁵ Cfr. C. DE VINCENTI, *Governo pubblico e mercato nei servizi pubblici locali*, cit., p. 29 -30.

²⁶ Cfr. ancora C. DE VINCENTI, *op. ult. cit.*, p. 29.

Diffusi sono stati, infatti, i giudizi positivi sulla più decisa impostazione pro concorrenziale delle nuove disposizioni che, seppur soggette a continue modifiche, perseguivano una medesima prospettiva teleologica in un'ottica di progressivo perfezionamento.

A parte alcune critiche e l'esigenza di qualche affinamento vi era tra gli studiosi consenso quasi unanime sull'impostazione generale della disciplina²⁷. Tale è stata la fiducia nel nuovo corso legislativo da suscitare negli operatori un senso di coerente compiutezza del quadro normativo, a tal punto da parlarsi di stabilità²⁸ della disciplina e dell'avvio di una "nuova era" dei servizi pubblici locali²⁹.

In questo quadro di ritrovata fiducia, però, una pesante battuta d'arresto nell'ottica pro concorrenziale è arrivata dal referendum del giugno 2011. Quest'ultimo, sebbene promosso con lo slogan - di per sé fuorviante - del referendum "contro l'acqua privata", ha investito l'interna disciplina sui servizi pubblici locali contenuta nell'art. 23-bis.

A nulla è valso il tentativo del legislatore di dare un'interpretazione restrittiva all'esito referendario, limitandone la portata demolitoria, al solo sistema idrico e riproponendo invece nell'art. 4 la residua disciplina contenuta nell'abrogato art. 23-bis; tentativo, peraltro, resosi necessario poiché, nel frattempo, l'esigenza di liberalizzare in modo più deciso il settore è stata invocata dalle autorità comunitarie nell'ottica di un rilancio dell'economia nazionale nella sfida della crisi del debito pubblico³⁰.

²⁷ In questo senso, tra gli altri, F. BASSANINI, *Introduzione*, in *I servizi pubblici locali tra riforma e referendum*, cit., p. 9.

²⁸ In questo senso A. CAPITANO, *Verso i servizi pubblici locali "stabili"?*, in *HYPERLINK "http://www.dirittodeiservizipubblici.it" www.dirittodeiservizipubblici.it*.

²⁹ Questo è stato il titolo del convegno organizzato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato il 5 luglio 2012.

³⁰ Dopo avere in generale auspicato, ai fini della crescita, l'aumento della concorrenza, particolarmente nei servizi e il miglioramento della qualità dei servizi pubblici al punto 1 lett. a) della lettera si svolge un riferimento espresso ai servizi pubblici locali: "A comprehensive, far-reaching and credible reform strategy, including the full liberalisation of local public services [...] is needed. This should apply particularly to the provision of local services through large scale privatizations".

1.2 IL SIGNIFICATO ECONOMICO DELLA CONCORRENZA E I SERVIZI PUBBLICI LOCALI

Il termine “concorrenza” rappresenta un concetto empirico di matrice economica. Il termine nasce nel linguaggio comune, prima ancora che nell’analisi scientifica, con un significato che può variare in ciascuna epoca ed in ciascun luogo.

Gli economisti, da parte loro, non hanno raggiunto un accordo generalizzato sul contenuto che andrebbe attribuito al concetto. Si deve riconoscere, anzi, che la rappresentazione del concetto è andata via via complicandosi attraverso una pluralità di letture tra loro discordanti.

La nozione di concorrenza è tra le più dibattute ed incerte, sia in economia sia nel diritto. Tra le numerose interpretazioni proposte, ve ne sono alcune che oggi appaiono maggiormente preponderanti. Esse non vanno lette in senso necessariamente conflittuale, presentando diversi profili di compatibilità³¹. Tra queste assume particolare rilevanza il modello della c.d. “concorrenza perfetta”.

Questo modello assume che un mercato garantisca un’allocazione ottimale delle risorse allorché rispetti una serie di condizioni, tra le quali possiamo rammentare: (i) la razionalità dei partecipanti al mercato, nel senso che ciascuno di essi conosce ciò che vuole e lo persegue in modo intelligente, comprendendo le conseguenze delle proprie azioni; (ii) un numero elevato di venditori ed acquirenti, ciascuno di dimensioni non dissimili dagli altri; (iii) l’omogeneità dei prodotti oggetto di contrattazione; (iv) l’assenza di ostacoli fisici alla mobilità dei fattori della produzione e, in particolare, l’assenza di costi irrecuperabili per entrare ed uscire dal mercato; (v) la disponibilità per tutti i partecipanti al mercato di informazioni accurate e complete sui prezzi e sulle qualità dei prodotti; (vi) l’indipendenza di ciascun partecipante al mercato.

In questa prospettiva esiste una condizione ottimale di efficienza (il c.d. ottimo

³¹ Per una ricostruzione del tema cfr. M. D’ALBERTI, *Concorrenza*, in *Dizionario di diritto pubblico* (diretto da S. Cassese), Milano, pp. 1140 e ss. e G. FONDERICO, *Concorrenza (profili pubblicistici)*, in *Dizionario di diritto amministrativo* (a cura di M. Clarich e G. Fonderico), Roma, pp. 155 e ss.

paretiano), definita come quella situazione di equilibrio in cui ciascuna parte non può vedere migliorata la propria posizione senza che intervenga un peggioramento a danno di un'altra³². Per quanto non sia un modello univoco di lettura del fenomeno concorrenziale e sia stato soggetto a critiche per la sua scarsa aderenza alla realtà³³, il modello della concorrenza perfetta si presta facilmente ad usi normativi, a suggerire cioè politiche pubbliche di regolamentazione delle attività imprenditoriali.

Per un verso, un mercato perfettamente concorrenziale dovrebbe avere qualità tali da farlo preferire ad altre forme di allocazione delle risorse astrattamente immaginabili (ad esempio il modello socialista di pianificazione). Per altro verso, qualora manchino una o più delle condizioni affinché la concorrenza possa dirsi perfetta, il mercato dovrebbe produrre allocazioni non ottimali delle risorse.

Gli economisti parlano di *market failures* (espressione che può tradursi in fallimenti o, con più precisione, insuccessi del mercato), rispetto ai quali i poteri pubblici potrebbero adottare interventi correttivi di vario tipo. Si pensi al caso in cui alcuni o tutti i soggetti sul mercato non dispongano di informazioni complete e accurate, o a quello in cui un'impresa "dominante" sia in grado di influenzare da sola il prezzo di mercato.

³² G. FONDERICO, *Diritto della regolazione e del mercato - Lezioni - parte I*, cit., p. 15, secondo cui il modello è il frutto di una serie di studi compiuti all'incirca tra la metà dell'800 e la metà del '900 da numerosi economisti, tra i quali Cournot, Pareto, Jevons, Edgeworth, Marshall, Clark, Knight ed Arrow.

³³ Un primo modello alternativo vede la concorrenza come un processo continuo e tendenzialmente senza fine in cui le imprese si fronteggiano per conservare o conquistare nuovi clienti. Il processo di rivalità non giunge mai ad esiti definitivi potendo ogni situazione essere superata da nuovi sviluppi. Tale concezione è accolta anche dall'amministrazione inglese della concorrenza, cfr. Office of Fair Trading, 2003, p. 15); M. DABBAH, *The Internationalisation of Antitrust Policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 2); Secondo G.J. STIGLER, *Perfect competition, Historically Contemplated*, in *Journal of political Economy*, 1957, pp. 1-2) si tratta di un'interpretazione del fenomeno concorrenziale che può farsi risalire quantomeno ad Adam Smith. Un secondo modello alternativo accentua gli aspetti dinamici della rivalità tra i concorrenti. In contrapposizione al modello della concorrenza perfetta che immagina un meccanismo tendente ad una condizione statica di equilibrio, alcuni autori hanno osservato che i maggiori benefici dal meccanismo concorrenziale non vengono da questi momenti di stasi. I miglioramenti, al contrario, giungono dalle occasioni in cui l'introduzione di nuovi prodotti, nuove tecnologie o nuovi modelli di organizzazione rompano l'equilibrio costringendo tutti gli altri operatori a riadattare i propri comportamenti. Questo processo — definito di "distruzione creatrice" — ricondurrebbe ad una diversa condizione di equilibrio sino al momento di una nuova innovazione: per la descrizione del modello in questi termini cfr. ancora G. FONDERICO, *Diritto della regolazione e del mercato - Lezioni - parte I*, cit., p. 17 e ss. che richiama J.A. SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo e democrazia*, ETAS, Milano, 2001. Traduzione di *Capitalism, Socialism and Democracy*, George Allen & Unwin, Londra, 1954, con Introduzione di Francesco Forte, pp. 78-79).

Lo Stato potrebbe correggere queste “imperfezioni”, riportando il mercato verso le condizioni di concorrenza perfetta. Uno dei fallimenti classici del mercato è il monopolio che si verifica quando l’intera offerta è concentrata nelle mani di un solo produttore o venditore, il quale di conseguenza, può esercitare un’influenza decisiva sulla gestione economica del bene o del servizio a favore della sua rendita e a pregiudizio dei destinatari dell’offerta.

Il monopolio in particolare può essere naturale quando è connesso al controllo esclusivo di particolari risorse, come le infrastrutture a rete che non sono tecnicamente o economicamente duplicabili. Il monopolio è invece legale quando è l’ordinamento giuridico ad assicurare ad un determinato soggetto l’esercizio esclusivo di determinate attività³⁴.

Il monopolio naturale è il fallimento di mercato tradizionale che si verifica nei servizi pubblici locali³⁵. In presenza di tale situazione la correzione del fallimento di mercato può passare attraverso la creazione artificiale di una piena concorrenza, ossia mettendo a gara la posizione di monopolista (concorrenza “per il mercato”).

La disciplina sui servizi pubblici locali ha in gran parte presupposto i concetti economici di concorrenza e di fallimento di mercato, tant’è che, per esempio, il regolamento attuativo dell’art. 23-*bis* chiedeva agli Enti locali prima di procedere al riconoscimento del diritto di esclusiva alla gestione del servizio - e, dunque, alla gara per la scelta dell’unico gestore - di dimostrare la sussistenza di “*fallimenti del sistema concorrenziale*” (art. 2, comma 2°, D.P.R. n. 168/2010) che impedivano la realizzazione di un sistema pienamente concorrenziale, ossia la concorrenza “nel mercato”.

Anche il successivo schema di regolamento - che non ha mai visto la luce a causa della pronuncia di incostituzionalità - richiamava all’interno delle sue norme alcuni concetti propri della teoria economica e, in particolare, del modello concorrenziale.

La verifica di mercato volta all’attribuzione dei diritti di esclusiva doveva dare

³⁴ Cfr. G. NAPOLITANO – M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, 2009, p. 67.

³⁵ Cfr. A. ARGENTI, *Il principio di concorrenza e la regolazione amministrativa dei mercati*, 2008, p. 328.

evidenza, tra l'altro, della sussistenza di “*situazioni di monopolio naturale, anche con riferimento alla gestione delle opere infrastrutturali e degli impianti fissi*”.

Su tale disposizione si è espresso in sede consultiva anche il Consiglio di Stato rilevando che con l'espressione “*monopolio naturale*” si intende la “*situazione di mercato naturale in considerazione delle attività prestate o delle peculiarità del servizio (come nel caso di unicità dell'impianto da gestire)* e che tale situazione “*può non rappresentare un dato di fatto immutabile nel tempo, risultando condizionato dalla domanda e dell'evoluzione tecnologica (che modificano la struttura dei costi)*”³⁶.

Le norme appena richiamate e le considerazioni del giudice amministrativo dimostrano la consapevolezza che, per quanto sia frequente il fallimento di mercato a causa di monopoli naturali, non può però escludersi *a priori* che vi siano servizi pubblici locali che possano essere gestiti in una dinamica concorrenziale piena, ossia la concorrenza “nel mercato”.

E', infatti, opinione comune che il monopolio non sia una caratteristica ineluttabile del mercato dei servizi pubblici locali. Sarebbe, dunque, auspicabile - come aveva imposto la legislazione degli ultimi tempi, prima della sentenza n. 199/2012 della Corte Costituzionale - che si verifichi con scrupolo la realizzabilità di un sistema di concorrenza “nel mercato” prima di porsi il problema di mettere a gara la posizione di monopolio³⁷.

³⁶ Consiglio di Stato, sez. cons. per gli atti normativi, n. 2805/2012.

³⁷ Sulla priorità logico-giuridica della concorrenza “nel mercato” rispetto alla concorrenza “per il mercato”, cfr. G. DI GASPARE, *Servizi pubblici locali tra ordinamenti nazionali e ordinamento comunitario*, in *Servizi pubblici locali in trasformazione*, cit., p. 42.

1.3 CONCORRENZA “NEL MERCATO” E CONCORRENZA “PER IL MERCATO”

La “concorrenza nel mercato” dovrebbe consentire agli imprenditori del settore di operare contemporaneamente nel mercato rilevante ad “armi pari” riuscendo al contempo a soddisfare le esigenze della comunità amministrata.

In un regime completamente liberalizzato e, quindi, di piena concorrenza, l’accesso al mercato dovrebbe essere “libero” o al più caratterizzato dal previo rilascio di autorizzazioni (vincolate) all’esercizio della relativa attività economica - qualora sia necessario che gli operatori presentino determinati requisiti - in base a criteri oggettivi, trasparenti e non discriminatori³⁸.

Può accadere, però, che il pieno esplicarsi della concorrenza non sia in grado di soddisfare le esigenze di “tutti” i cittadini offrendo prestazioni informate “*ai principi della continuità, uguaglianza di trattamento, adattamento ai bisogni*”. Da qui, la necessità di un intervento pubblico che, con misure regolatorie, imponga alle imprese l’osservanza dei c.d. “obblighi di servizio”, idonei ad assicurare l’erogazione di prestazioni adeguate al perseguimento degli obiettivi di “*efficienza economica, di coesione sociale e di sicurezza di tutti i cittadini*”³⁹.

Si parla, a tal proposito, di servizio di interesse generale che è un concetto che ha contenuto omologo a quello di servizio pubblico inteso secondo la concezione oggettiva, la cui titolarità può spettare indifferentemente a imprese pubbliche o private⁴⁰.

In questi mercati “parzialmente” liberalizzati e, dunque, non ancora pienamente concorrenziali, all’autorizzazione all’esercizio dell’attività si accompagna normalmente un contratto di servizio al fine di consentire, dietro la previsione di aiuti e diritti speciali, l’imposizione dei citati obblighi di servizio⁴¹.

³⁸ Cfr. A. ARFENTATI, pp. 291 e ss.; nello stesso senso R. CHIEPPA – V. LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo*, p. 737.

³⁹ Libro verde della Commissione del 21 maggio 2003, sui servizi d’interesse generale.

⁴⁰ Sul concetto di servizio di interesse economico generale e servizio pubblico secondo le categorie nazionali cfr. C. cost. n. 325/2010.

⁴¹ R. CHIEPPA – V. LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo*, p. 737.

In sintesi, in un mercato in cui il funzionamento “autonomo” dello stesso non è in grado di soddisfare anche “*gli utenti marginali*”, l’autorità di regolazione deve prevedere degli “*oneri di servizio*” idonei a simulare o, per meglio dire, a dare vita, artificialmente, a quegli effetti che dovrebbero derivare da un confronto concorrenziale.

In presenza di tale tipologia di mercati in via di progressiva apertura alla concorrenza, ma non ancora completamente liberalizzati, gli operatori potrebbero essere presenti ancora in un numero limitato. Non potendo, pertanto, operare “*tutti*” i soggetti interessati, la pubblica amministrazione deve rispettare la c.d. “*concorrenza per il mercato*” e cioè deve “*scegliere*” gli imprenditori cui affidare l’erogazione di quel determinato servizio mediante procedure competitive di selezione ad evidenza pubblica, in modo da assicurare l’individuazione “*dell’operatore più idoneo ad effettuare gli investimenti necessari e offrire il servizio migliore al minore costo*”⁴².

Autorevole dottrina denomina gli strumenti che attuano tali forme di concorrenza, per i risultati che gli stessi consentono di raggiungere, “*stimolatori di efficienza*”. Esistono, infine, mercati cd. “riservati” in cui l’attività di impresa è, appunto, riservata ad un solo soggetto, con conseguente esclusione della legittimazione di tutti gli altri ad assumere la qualità di imprenditori in un determinato settore.

Si tratta di ambiti in cui la mancanza della concorrenza “nel mercato” dipende dalla esistenza di monopoli naturali che, come è noto, si caratterizzano per la scarsità del bene (ovvero per l’impossibilità di “duplicazione” della rete) che non può che avere un “unico” gestore. Purtroppo spesse volte la chiusura alla concorrenza deriva anche dall’esistenza di monopoli di fatto e non solo naturali.

In questi casi normalmente è la stessa amministrazione che - attuando un intervento diretto nell’economia - gestisce il servizio. Ma com’è noto, la tendenza dovrebbe essere nel senso della diminuzione dell’intervento gestorio dell’Ente pubblico con conseguente ricorso a forme di privatizzazione e, dunque, di “esternalizzazione” del servizio stesso.

⁴² Cfr. Autorità garante della concorrenza e del mercato, nella segnalazione (AS 375) del 28 dicembre 2006, recante «*Affidamento di servizi pubblici locali aventi rilevanza economica secondo modalità cd. in house e ad alcuni contenuti della legge delega in materia di tali servizi*».

In questi casi quando l'Ente pubblico decide di rivolgersi a terzi il diritto comunitario impone che si garantisca, come detto, la "concorrenza per il mercato" ricorrendo a procedure competitive di selezione che garantiscono i risultati sopra evidenziati⁴³.

Detto ciò, deve, però, sottolinearsi come la "concorrenza per il mercato" costituisca l'obiettivo minimo che deve essere garantito quando non è possibile ottenere l'erogazione di quel determinato "servizio" in un regime di "concorrenza nel mercato".

Sul punto, l'Autorità antitrust ha, infatti, affermato che *"l'affidamento mediante gara - cioè la concorrenza per il mercato - (...)costituisce un valido strumento di individuazione dei gestori del servizio e di apertura alla concorrenza solo nei settori in cui specifiche caratteristiche oggettive dell'attività, tecniche ed economiche, impongono e giustificano una limitazione del numero dei soggetti ammessi ad operare. Viceversa, nei casi in cui tali limitazioni non siano giustificate, i servizi dovrebbero essere svolti in regime di concorrenza nel mercato tra tutti gli operatori. D'altra parte secondo l'impostazione dell'articolo 86.2 del Trattato CE, la concorrenza tra tutti i possibili operatori (cosiddetta concorrenza nel mercato) costituisce la regola e i regimi che prevedono diritti speciali ed esclusivi in capo ad un numero ristretto di operatori o ad un'unica impresa rappresentano l'eccezione"*⁴⁴.

E', dunque, evidente come il concetto di "liberalizzazione" e "privatizzazione", per quanto siano connessi, rimangono separati: la prima presuppone un mercato "libero" e aperto a tutti gli operatori (pubblici e privati) del settore ovvero impone l'adozione di misure regolatorie (es. eliminazione di diritti speciali) idonee a garantire l'apertura del mercato; la seconda, invece, persegue l'obiettivo di far gestire il servizio ai privati evitando interventi diretti nell'economia di soggetti pubblici.

Ciò implica che la liberalizzazione dovrebbe precedere la privatizzazione o almeno "accompagnarla": se si privatizza senza liberalizzare il rischio è quello di sostituire a

⁴³ Sono le riflessioni di R. CHIEPPA – V. LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo*, p. 739.

⁴⁴ Segnalazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato dell'8 novembre 2001, recante "La disciplina dei servizi pubblici locali nell'articolo 23 del disegno di legge n. 699", in Bollettino n. 43 del 2001.

monopoli pubblici monopoli privati. In altri termini, se il mercato rimane “riservato”, l’amministrazione potrebbe “gestirlo” in una situazione di monopolio pubblico, ma se si rivolge a “terzi”, quest’ultimi opereranno normalmente in via “riservata” dando luogo questa volta, come detto, a “monopoli privati”.

In definitiva, dunque, agli interventi diretti in economia da parte dell’Ente pubblico è preferibile la privatizzazione soltanto quando la stessa è preceduta o almeno accompagnata da un processo di liberalizzazione⁴⁵.

Applicando queste nozioni al settore dei servizi pubblici locali e anticipando ciò che si illustrerà in dettaglio nei prossimi paragrafi, possiamo dire che tale settore è stato per lungo tempo caratterizzato dall’esistenza di un mercato “riservato” e dunque non “liberalizzato”.

L’orientamento dominante ritiene che ciò, in linea con quanto è avvenuto in passato (e in parte continua ancora ad avvenire) a livello nazionale, debba essere ricondotto all’esistenza sia di monopoli naturali sia di monopoli di fatto caratterizzati da situazioni di mercato che potrebbero essere potenzialmente aperti alla concorrenza.

Dopo anni di tentativi fallimentari sia sul fronte della concorrenza “nel mercato” che della concorrenza “per il mercato”, il legislatore nazionale sembrava aver avviato un più stabile processo virtuoso di trasformazione dei servizi pubblici locali; messo in discussione ancora una volta prima con il referendum abrogativo del giugno 2011 e poi con la sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012 che ne ha determinato, quindi, una pesante battuta d’arresto.

⁴⁵ Le riflessioni proposte nel testo, anche nelle parole chiave, sono riprese da R. CHIEPPA – V. LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo*, p. 739

1.4 POLITICHE DELLA CONCORRENZA E POLITICHE INDUSTRIALI

Il perseguimento dell'efficienza produttiva e allocativa rappresenta la motivazione economica per l'introduzione di una legislazione per la tutela della concorrenza. Infatti, una delle conclusioni dell'analisi economica é che in generale, in presenza di un grado concorrenziale limitato, si osservano extra profitti stabili, costi più elevati dovuti a inefficienza produttiva e una minore introduzione di innovazioni e di progresso tecnico, il che conduce ad una minore crescita economica.

Una normativa antimonopolistica mira, attraverso l'ottenimento di un maggior grado di concorrenza nel sistema economico, a consentire il raggiungimento di un benessere sociale più elevato a parità di risorse disponibili, tutelando non solo la libertà di intrapresa ma anche i diritti dei consumatori.

La legislazione per la tutela della concorrenza non opera isolatamente per il raggiungimento degli obiettivi di efficienza del sistema economico, ma si inserisce nel contesto più ampio degli strumenti di intervento pubblico nell'economia.

Va notato, a questo proposito, che il ruolo dello Stato nel promuovere la crescita economica non é univoco e immutabile nel tempo. In particolare, nel corso degli ultimi trent'anni la politica economica nei principali paesi industriali è passata da impostazioni interventiste al riconoscimento che le decisioni, anche quelle pubbliche, vengono prese in condizioni di incertezza e che quindi compito dello Stato è soprattutto quello di fornire un quadro di riferimento per gli operatori economici, limitando gli interventi diretti.

Questa impostazione, che privilegia l'utilizzo di strumenti indiretti nell'indirizzo dei comportamenti economici, ha acquistato un particolare significato a causa delle spinte concorrenziali derivanti dalla costruzione europea. La soppressione delle barriere non tariffarie in Europa ha facilitato ancora le operazioni di arbitraggio sui mercati dei diversi paesi, rendendo sempre meno probabile che in settori aperti alla concorrenza estera si registrino extraprofiti per periodi di tempo prolungati.

Non solo le altre imprese presenti nel mercato nazionale hanno aumentato la loro

offerta, esercitando così un forte impulso all'abbassamento dei prezzi, ma anche le importazioni hanno rappresentato uno stimolo alla concorrenza, limitando sensibilmente il potere di mercato delle imprese nazionali. Da questo punto di vista, lo stesso processo di integrazione monetaria, non consentendo svalutazioni competitive, rende stabile il tasso di cambio reale e favorisce il mantenimento di prezzi concorrenziali.

L'esistenza di un più ampio mercato europeo, in prospettiva sempre meno vincolato, non elimina però la possibilità che i prodotti nazionali, anche quelli aperti alla concorrenza con l'estero, risultino in qualche misura protetti: le produzioni europee sono infatti in concorrenza anche con quelle del resto del mondo e quindi la presenza di eventuali barriere agli scambi con i paesi terzi influenza direttamente il grado di concorrenzialità sui diversi mercati. Per quanto riguarda la tutela della concorrenza, solo da un punto di vista statico tutte le industrie vanno considerate come uguali. Infatti, la crescita di molte imprese deriva da un continuo processo dinamico di innovazioni tecnologiche spesso caratterizzate da un elevato grado di indivisibilità.

In molti casi è quindi probabile che una perdita statica venga più che compensata dagli effetti dinamici sulla crescita economica dovuti per esempio all'assenza di eventuali duplicazioni di costosi programmi di ricerca e alla diffusione delle nuove conoscenze.

Inoltre, in una visione dinamica il pericolo che la struttura di mercato si avvicini a quella monopolistica è ridotto perché la concorrenza potenziale risulta sempre strutturalmente elevata. L'eliminazione della concorrenza secondo alcuni orientamenti può essere opportuna, anche dal punto di vista dell'efficienza, in alcune situazioni di monopolio naturale, in cui la presenza di numerose imprese sul mercato determinerebbe costi medi di produzione superiori a quelli che conseguirebbe una sola impresa; è il caso, ad esempio, della distribuzione di energia elettrica, di gas naturale e di acqua, del servizio telefonico e di quello ferroviario.

In tali circostanze, per impedire prezzi di monopolio caratterizzati da extraprofiti la teoria economica prevede una regolamentazione del processo di fissazione delle tariffe e, in certi casi, la tutela del monopolio attraverso l'introduzione di barriere istituzionali

all'entrata. La teoria e le analisi più recenti hanno però posto in rilievo come le condizioni di produzione e di domanda, dalle quali in ultima istanza dipende la struttura del mercato, possano cambiare nel tempo facendo venire meno le condizioni di monopolio naturale e come, in queste situazioni, vada posta molta attenzione ai criteri seguiti per la fissazione delle tariffe, così da evitare comportamenti inefficienti ed eventuali sussidi eccessivi.

Un'ulteriore complicazione può risultare dalla simultanea presenza delle imprese monopoliste su mercati normativamente protetti e su mercati concorrenziali ad essi collegati, nei quali l'impresa può trovarsi in condizioni di ingiustificato vantaggio dal punto di vista concorrenziale. La regolamentazione può inoltre distorcere la concorrenza in mercati in cui l'accesso è oggetto di autorizzazione: in molti casi, tale politica ha l'obiettivo esplicito della tutela degli utilizzatori intermedi e dei consumatori finali; in realtà, tuttavia, essa produce spesso l'effetto opposto, impedendo ad esempio lo sfruttamento delle economie di scala, riducendo il benessere sociale e favorendo il raggiungimento di rilevanti rendite di posizione.

Non bisogna dimenticare infine il ruolo delle azioni di sostegno pubblico nell'influenzare il grado di concorrenza tra le imprese. Quando l'incentivo pubblico è di tipo discrezionale, esso può avvantaggiare un'impresa a scapito di un'altra; inoltre, quando il settore pubblico è il principale committente dell'impresa si determinano situazioni in cui la concorrenza non opera e il processo di scelta dell'acquirente finale, che spesso non tiene conto del vincolo di bilancio, trascura completamente l'analisi del prezzo di acquisto. In questo quadro, l'efficienza del sistema economico complessivo spesso è meglio garantita da politiche di intervento che assicurano comportamenti di mercato da parte dell'operatore pubblico.

1.5 STORIA DELLA POLITICA DELLA CONCORRENZA, DAGLI STATI UNITI ALL'UNIONE EUROPEA FINO AD ARRIVARE AI PAESI MEMBRI (ITALIA)

Nella maggior parte dei paesi industrializzati l'applicazione della legislazione antitrust rappresenta uno strumento fondamentale per controllare il comportamento delle

imprese private, allorché elevati livelli di concentrazione tendono a far divergere gli interessi privati potenti dall'interesse collettivo.

La normativa antitrust svolge questa funzione in due modi: inibendo o proibendo certi tipi indesiderabili di condotta delle imprese, o rimodellando la struttura del mercato lungo linee concorrenziali in modo da aumentare la probabilità che più o meno automaticamente emerga una condotta e una performance desiderabile.

Culla della legislazione antitrust sono gli Stati Uniti, a partire dalla fine del XIX secolo. Negli altri paesi il favore verso la forma di mercato concorrenziale si è, in certa misura, scontrato con la necessità di favorire ampie dimensioni di impresa, indispensabili per cogliere pienamente i frutti delle economie di scala e per competere su un piano di parità con le imprese statunitensi.

Il fatto che la crescita dimensionale comportasse a livello nazionale elevati livelli di concentrazione veniva visto come un "male minore" rispetto alla debolezza competitiva nei confronti dei migliori concorrenti internazionali connaturata a dimensioni di impresa inadeguate. La legislazione antitrust negli altri paesi è nata molto più tardi che negli Stati Uniti: in generale essa è fiorita dopo la seconda guerra mondiale.

A livello dell'Unione Europea le principali norme sono contenute nel Trattato di Roma (1957), a cui si aggiunge il regolamento delle operazioni di concentrazione (fusioni) del 1989.

In Giappone e in Germania leggi antitrust furono imposte dalle forze di occupazione dopo la seconda guerra mondiale, al fine di rompere i grandi gruppi economici ivi esistenti. In Inghilterra nel 1956 fu approvato il Restrictive Trade Practices Act.

La prima legge a tutela della concorrenza, lo *Sherman Act*, fu adottata negli Stati Uniti nel 1890, la prima legge italiana a tutela della concorrenza, invece, risale al 1990.

Questa semplice osservazione può riassumere il ritardo e la lunga sottovalutazione delle tematiche legate alla concorrenza nel nostro paese. Nel panorama del diritto della concorrenza europeo, invece, dopo una più che trentennale pratica marcata dai principi affermati dal regolamento 17/62, negli ultimi anni abbiamo assistito ad un processo c.d. di modernizzazione del diritto della concorrenza.

Indiscutibilmente la modernizzazione comunitaria ha visto il suo *incipit* nell'emanazione del regolamento di esenzione sulle restrizioni o intese verticali, ovvero il Reg. 2790/1999.

Le restrizioni verticali della concorrenza consistono in quelle condotte "anticorcorrenziali" che interessano soggetti operanti a livelli diversi che dalla fase della produzione di un bene o di un servizio conduce, attraverso la sua distribuzione, ai consumatori finali. Mentre è ragionevole nutrire il sospetto che le intese orizzontali tra concorrenti possono avere effetti negativi per la concorrenza, nel campo delle intese verticali, è legittimo albergare il punto di vista opposto, vale a dire che, nella maggior parte dei casi, queste intese producano incrementi di efficienza che ne compensano i possibili effetti distorsivi.

Le restrizioni verticali (o accordi) permettono infatti di replicare, abbastanza fedelmente i vantaggi, in termini di efficienza, che le imprese potrebbero raggiungere qualora presidiassero direttamente tutte le fasi della filiera produttiva.

L'attuale impostazione normativa relativa alla tutela della concorrenza, è frutto di un percorso molto complesso, le cui origini possono farsi risalire alla fine del XIX secolo negli Stati Uniti, quando per la prima volta le autorità reagirono alla formazione di alcuni cartelli, chiamati appunto "trust"⁴⁶.

Per poter apprezzare in tutte le sue sfumature il diritto della concorrenza, bisogna innanzitutto, comprendere gli eventi e le ragioni che hanno portato alla sua nascita.

Infatti, la bontà o meno di una normativa dipende dalle vicende che hanno portato alla redazione della stessa, dai fini che con la stessa si vogliono perseguire, dalla rapidità con la quale la stessa viene promulgata per rispondere o regolare determinate esigenze o situazioni, nonché dalle modalità di applicazione.

L'America, di fine Ottocento, si presenta come un paese in rapida evoluzione, l'industria manifatturiera, grazie soprattutto al miglioramento delle reti infrastrutturali,

⁴⁶ Un cartello è un accordo tra più produttori indipendenti di un bene o un servizio per porre in esse delle misure che tendono a limitare la concorrenza sul proprio mercato, impegnandosi a fissarne alcuni parametri quali le condizioni di vendita, il livello dei prezzi, l'entità della produzione, le zone di distribuzione.

di comunicazione e ferroviarie, conobbe un profondo mutamento. La possibilità di percorrere lunghe distanze in tempi brevi e di trasportare grandi quantità di prodotti da un luogo ad un altro, portò rapidamente alla creazione di un grande mercato che abbracciava l'intera nazione.

L'aumento della concorrenza portò ad un massiccio abbattimento dei prezzi e ad un aumento della loro instabilità. Questa situazione era da attribuire in parte a fattori macroeconomici, che diedero origini a crisi ricorrenti e durevoli (1873-78 e 1883-86) e che generarono instabilità in diversi settori; ma l'instabilità dei prezzi poteva ricollegarsi prima di tutto agli stessi fattori che avevano creato le opportunità per la creazione di un mercato più ampio.

Infatti, la caduta dei costi di trasporto e di comunicazione portò non solo alla creazione di un unico grande mercato nazionale in molte industrie, ma anche un'intensificazione della concorrenza, poiché le imprese in quel momento si trovavano a competere con più rivali, localizzati in tutti gli Stati americani e all'estero.

Subito dopo la metà del 1800, le maggiori imprese statunitensi, sopravvissute alla "sanguinosa" guerra dei prezzi, che aveva contraddistinto la prima parte del secolo, avevano cercato un sistema che potesse consentire loro una vita più tranquilla, ma che allo stesso tempo garantisse ricavi e profitti apprezzabili.

La prima vera esperienza di questo genere si deve alle compagnie ferroviarie che misero a punto un primordiale sistema di quello che oggi è definito cartello: il *pooling*. Il *pooling*, dal termine inglese *pool*, significa raggruppare, era un sistema molto semplice in base al quale le imprese si accordavano fra di loro per la nomina di un soggetto che fungesse da gestore del *pool*. Il gestore aveva il compito di determinare i margini di profitto e le quote di mercato di ciascun aderente. L'esperienza del *pooling*, tuttavia, ebbe una vita sufficientemente breve, in quanto fu ben presto vietata con l'introduzione dell'*Interstate Commerce Act* del 1887. L'*Interstate Commerce Act* non segnò però la fine della ricerca di tranquillità da parte delle maggiori imprese americane, anzi, il *pooling* venne abbandonato più per la scarsa efficienza del sistema che per la reale paura di incorrere nelle proibizioni della legge.

Due sono i personaggi chiave nella storia della nascita del diritto della concorrenza: John D. Rockefeller e John Sherman. Il primo è l'ideatore ed il creatore, il vero e proprio *deus ex machina*, della prima forma evoluta di cartello al mondo, il secondo, senatore degli Stati Uniti, è l'ideatore e il redattore della legge americana contro le restrizioni nel commercio ancor oggi vigente. Rockefeller e Sherman sono due personaggi differenti, ma al contempo molto simili.

Rockefeller⁴⁷ è uno dei primi capitalisti finanziari, membro di una delle famiglie più potenti degli Stati Uniti, newyorkese, è il simbolo degli WASP⁴⁸ della costa est, nonché di una categoria di capitalisti d'assalto conosciuti al tempo come "*Robber Barons*"⁴⁹, che per mantenere il senso in italiano potrebbe essere tradotto come i "*Baroni Ladroni*".

Il Senatore Sherman è un politico per vocazione, prima nel proprio Stato, poi il Congresso, Senato, Governo degli Stati Uniti, uno dei candidati repubblicani alla presidenza del paese nel 1884, nonché presidente di molti congressi democratici, viene dalla campagna, dall'Ohio, fratello di un eroe della guerra di secessione⁵⁰, entrambi sono carismatici e determinati, dei veri e propri leader.

Negli Stati Uniti, negli anni 60' del XIX secolo, è un fiorire di accordi fra imprese per limitare i danni e per incrementare i profitti. John D. Rockefeller nel 1867 escogita ed applica un sistema quasi infallibile avvalendosi di un antichissimo istituto anglosassone il trust, che consiste nell'assegnare ad un fiduciario i propri diritti⁵¹.

⁴⁷ J.D. Rockefeller (1839-1937). Ron Titan: "*The life of John Rockefeller Jr*" Chernow, New York e "John D. Rockefeller, empire builder", New Jersey, 1989.

⁴⁸ WASP è l'acronimo di *White Anglo-Saxon Protestant* che indicava tradizionalmente l'alta borghesia americana di origine inglese e protestante.

⁴⁹ G.D. SMITH, F. DALTEL "Wisdom from the robber barons: enduring business lessons from Rockefeller, morgan and the first industrialists, New York, 2000; M. JOSEPHSON "The Robber Barons", New York, 1934; K. FOLSON "The myth of the robber barons", New York, 1993.

⁵⁰ John Sherman (1823 –1900) Senatore Repubblicano dell'Ohio dal 1861 al 1877 e dal 1881 al 1897. In merito alla vita di Sherman v. *American National Biography; Dictionary of American Biography*; Burton, Theodore. *John Sherman*. 1906. Ristampa. New York: AMS Press, 1972; Sherman, John. *Recollections of Forty Years in the House, Senate, and Cabinet*. 1895. Ristampa 2 vols. New York: Greenwood Press, 1968.

⁵¹ F. MICHELOUD, "*John D. Rockefeller and the standard oil case*", <http://www.micheloud.com/fxm/sd>.

Il meccanismo era elementare, ma molto funzionale; infatti i consiglieri di amministrazione delle imprese che aderivano all'accordo attraverso il trust si concedevano, vicendevolmente, il diritto di partecipare e votare ai singoli consigli.

In questo modo, a ciascun consiglio di amministrazione di ogni singola impresa aderente partecipavano tutti i concorrenti di un determinato mercato, garantendo ai partecipanti un controllo incrociato e la stabilità delle proprie attività.

In brevissimo tempo il sistema ebbe successo, ed all'inizio del 1888, anno di elezioni presidenziali negli Stati Uniti, i *trust* dominavano il mercato del petrolio, dei trasporti ferroviari, dello zucchero, del grano e di molte altre materie prime, arricchendo a tal punto i magnati dell'industria da renderli più potenti delle istituzioni politiche.

Al contempo l'economia cresceva, si era dato un giro di vite al surplus produttivo e i prezzi erano tutt'altro che esosi. Tuttavia, come spesso accade, non tutti potevano essere entusiasti della situazione di mercato che si era venuta a creare, o meglio come sottolineano alcuni commentatori dell'epoca, la sfacciata ricchezza accumulata da Rockefeller e dalla borghesia agricola non poteva non essere il risultato di un progressivo impoverimento della *middle class* americana.

Durante la campagna presidenziale del 1888 sia i democratici sia i repubblicani inclusero nel proprio programma misure contro il *trust*. È proprio in questo periodo che vede la luce il termine *Anti-trust*, che oggi è noto ai più come rappresentazione unitaria del diritto della concorrenza⁵².

Il senatore dell'Ohio John Sherman è, ancora oggi, riconosciuto come l'alfiere ed il massimo sponsor della legge contro i *trust* e qualsiasi altra forma di monopolio. La legge proposta da Sherman, non era altro che una razionalizzazione di concetti già presenti nella *Common Law*, con la fondamentale integrazione di sanzioni non solo pecuniarie e penali, ma anche economico-strutturali. Per Sherman non era solo una questione economica, ma di democrazia.

⁵² Per un'analisi cfr. R. PERITZ "Competition Policy in America 1888-1992: History Rethoric, law", New York, 1996.

La normativa presenta un vizio di fondo: nasce come mezzo per combattere i monopoli o le posizioni semimonopolistiche e non per consentire un maggiore benessere per i cittadini. Operazione populista e demagogica che diede solo in parte, per Sherman i frutti sperati; infatti, si arrivò alla definizione di una legge.

La triste verità è che l'obiettivo della normativa è teso, non già come affermano alcuni economisti della scuola di Chicago, al perseguimento dell'efficienza economica, ma a porre un limite al potere dei trust, o meglio dei capitalisti, che cominciarono ad assumere un potere politico come conseguenza del proprio potere economico, potendo così condizionare l'andamento del paese a prescindere dalle volontà della classe politica tradizionale.

Quanto detto, appare ancor più chiaro quando si pensa che lo *Sherman Act* fu da subito chiamato comunemente "*Antitrust Act*" proprio perché la prima finalità era quella di sbaragliare i trust, non quello di creare una reale concorrenza o dei vantaggi per l'economia del paese.

Se si vanno ad analizzare le vicende che hanno preceduto l'approvazione dell'*Antitrust Act*, in maniera più obiettiva, si scopre allora che lo stesso Sherman aveva più volte manifestato la propria preoccupazione per il fatto che l'opinione pubblica risultava turbata e agitata da diversi problemi in grado di ripercuotersi sull'ordine sociale. Tra questi il padre dell'Antitrust aveva individuato, come il più minaccioso, quello relativo alla disuguaglianza di condizioni di ricchezza e di opportunità, dovute alla concentrazione del capitale nelle mani di pochi soggetti che ormai controllavano la produzione e il commercio⁵³.

⁵³ Per capire il clima del tempo un'importante testimonianza è quella riportata da Giuliano Amato che nell'articolo apparso sul numero Inverno 1997/1998 di *Telémata* "*Non basta regolare il mercato bisogna "aprirlo" a chiunque*" riporta le parole di John Sherman al Congresso secondo cui "*L'opinione pubblica è agitata da molti problemi che possono disturbare l'ordine sociale e tra questi nessuno è più minaccioso della disuguaglianza di condizioni di ricchezza e di opportunità che è cresciuta all'interno di un'unica generazione a causa della concentrazione del capitale in vaste combinazioni che controllano la produzione e il commercio e che distruggono la concorrenza. Queste combinazioni, già ora, si sono impadronite di numerosi settori e entrano in ogni ambito del nostro paese. Solo il Congresso può fare qualcosa nei loro confronti. Se il potere concentrato di queste combinazioni è affidato a una singola persona è una prerogativa reale, incompatibile con la nostra forma di governo*".

L'obiettivo vero era quindi quello di intervenire non per raggiungere una migliore redistribuzione delle ricchezze, Sherman più volte al Congresso aveva parlato del pericolo comunista o socialista che incombeva sul paese, ma quello di frenare l'inquietudine sociale dando in pasto alla folla gli odiati ricchi.

Tuttavia, siamo di fronte ad una grave contraddizione. Infatti, se è pur vero che il mercato, ed è l'ottica liberista degli Stati Uniti di inizio secolo, deve essere libero di autoregolamentarsi, è altrettanto vero che compito dello Stato, secondo quanto sostenuto da Sherman, è quello di intervenire per rendere concorrenziali le dinamiche del mercato.

Una contraddizione, che trova il proprio fondamento soprattutto nella paura della classe politica di allora di essere completamente sopraffatta dal potere economico, divenendone così essa stessa schiava.

Le misure adottate per combattere il capitalismo, hanno solo rallentato tale processo, come la storia successiva ci ha chiaramente mostrato. Negli Stati Uniti il potere economico aveva preso il sopravvento su quello politico e le grandi *corporation* erano le veri artefici di gran parte delle scelte americane dei decenni precedenti che avevano caratterizzato la vita del paese.

1.6 LO SCHERMAN ACT E LE SUE PRIME APPLICAZIONI

Il cuore dello *Sherman Act*, sono le prime due sezioni. La Sezione 1, anche per le ragioni fin qui descritte, si incentra sugli accordi che hanno come oggetto o finalità quella di restringere o falsare la concorrenza, disponendone illiceità sia contrattuale che penale. Nello specifico la Sezione 1 dello *Sherman Act* recita:

“Section 1. Trusts, etc., in restraint of trade illegal; penalty. *Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court*”⁵⁴.

La Sezione 2 invece, si prefigge di impedire qualsiasi tentativo di monopolizzazione o di monopolio del mercato. Infatti, dispone:

“Section 2. Monopolizing trade a felony; penalty. *Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court*”⁵⁵.

⁵⁴ Sezione 1. Qualsiasi contratto, accordo in forma di *trust* o in altra forma, ogni collusione, tesi a restringere il commercio fra diversi Stati dell’Unione, o con nazioni straniere, sono illegali. Qualsiasi persona fisica o giuridica che dovesse stipulare qualsiasi contratto, partecipare a qualsiasi accordo o collusione che è illegale ai sensi della presente sezione è considerata colpevole di un crimine e, se dichiarata colpevole, può, a discrezione dell’autorità giudiziaria competente essere condannata al pagamento di una sanzione pecuniaria non superiore a \$10,000,000, se una società di capitali, e non superiore a \$350,000 se una qualsiasi altra persona giuridica o persona fisica, oppure essere condannata ad un periodo di detenzione non superiore a tre anni, oppure essere condannata cumulativamente ad entrambe le tipologie di sanzioni ivi specificate.

⁵⁵ Sezione 2, Qualsiasi soggetto che monopolizza o cerca di monopolizzare, si accordi con uno o più soggetti per monopolizzare il commercio fra più Stati [dell’Unione], o con nazioni straniere, è considerato colpevole di un crimine e, se dichiarato colpevole, può, a discrezione dell’autorità giudiziaria competente

Come appare chiaro le due sezioni sono le differenti facce della stessa medaglia, il tentativo di evitare che uno o più soggetti congiuntamente o singolarmente possano arrivare al controllo totale di un settore economico del paese. Giuristi ed economisti si impadronirono immediatamente della materia.

La discussione, in quei tempi, verteva principalmente sul campo di applicazione della norma ed in particolare sul passaggio che vuole che “*qualsiasi*” (*any combination*) restrizione delle concorrenza venisse perseguita.

Da una parte si schiera chi avrebbe voluto un’applicazione *omnia* della norma e dall’altra coloro che, sulla base di uno dei principi cardine della *common law*, la *rule of reason*⁵⁶, avrebbe voluto escludere dalla sfera di competenza del diritto della concorrenza quelle restrizioni che potevano essere considerate “ragionevoli” o “accettabili”, o che comunque pur trattandosi di restrizioni potevano avere effetti positivi relativamente allo sviluppo del mercato e dell’intero sistema economico del paese. Nel frattempo, la Corte Suprema degli Stati Uniti, aveva avviato la propria opera di demolizione dei *trusts* intervenendo nel settore dei trasporti e del grano.

Al di là dell’apprezzabile intervento, il vero salto di qualità come in tutte le storie che si rispettino, è dovuto all’irrompere sulla scena di un ulteriore personaggio chiave: nel nostro caso il Presidente degli Stati Uniti, Theodore Roosevelt⁵⁷.

Roosevelt, divenuto nel 1901 il ventiseiesimo presidente degli USA, già nella sua corsa alla presidenza aveva palesato la forte intenzione di rompere il regime di monopolio che si era venuto a creare negli *States*, mosso dalla ferma convinzione che

essere condannata al pagamento di una sanzione pecuniaria non superiore a \$10,000,000, se una società di capitali, e non superiore a \$350,000 se persona fisica oppure essere condannata ad un periodo di detenzione non superiore a tre anni, oppure essere condannata cumulativamente ad entrambe le tipologie di sanzioni ivi specificate.

⁵⁶ La *rule of reason* è uno dei principi cardine della *Common Law*, vedi L. DI VIA “*Alcune riflessioni sulla rule of reason ed il concetto di consistenza di una restrizione della concorrenza*”, in diritto commerciale internazionale del 10 febbraio 1996, p. 289.

⁵⁷ Gould, L. LEWIS *The Presidency of Theodore Roosevelt*. Lawrence, Kans.: University Press of Kansas, 1991 Roosevelt, Theodore. *Social Justice and Popular Rule: Essays, Addresses, and Public Statements Relating to the Progressive Movement (1910-1916)* from *The Works of Theodore Roosevelt, Memorial Edition, Volume XIX*. New York: Charles Scribner's Sons, 1925.

uno dei compiti principali dello Stato fosse quello di promuovere il comune benessere dei cittadini americani e che si dovesse intervenire per regolamentare le grandi industrie monopolistiche al fine di raggiungere un diffuso benessere nel paese.

L'amministrazione Roosevelt, oltre a raccogliere il consenso popolare e la forte opposizione dei grandi capitalisti che sentirono e capirono che i loro tempi fulgidi hanno i giorni contati, giunse anche a risultati tangibili.

Il colpo da maestro di Roosevelt, che nella fantasia popolare è divenuto *the great trustbuster* grazie ai ben 44 procedimenti contro i *trusts*, e della sua amministrazione, è rappresentato dallo *Standard Oil case*⁵⁸, il trust di Rockefeller nel mercato del petrolio.

Un lungo processo giunto fino in Corte Suprema, la cui decisione definitiva giungerà nel 1911, porterà, caso assai raro nell'applicazione anche per il diritto della concorrenza americano, allo smembramento in diverse società di *Standard Oil*, circa una trentina, fra cui Mobil e Exxon che nel 2000, per ironia della sorte, torneranno ad essere una sola entità⁵⁹.

⁵⁸ Sentenza della Corte Suprema 221.us : "*Standard oil of New Jersey Vs US*" del 15 maggio 1911.

⁵⁹ A dire la verità non che nel tempo i risultati della scissione siano stati così clamorosi come i sostenitori di Roosevelt affermarono. Basti pensare al fatto che le società che risultarono dalla scissione erano Esso (ora Exxon), Socony (ora Mobil), Amoco, Standar Oil Ohio e Chevron, che oggi in un modo o nell'altro sono tornate ad operare insieme.

1.7 GLI SVILUPPI NORMATIVI DOPO LO SCHERMAN ACT

In realtà lo *Sherman Act* evidenziava limiti e lacune evidenti già nei primi anni del 1900. Le norme erano facilmente aggirabili o venivano applicate in maniera tale da creare confusione e incertezza, nonostante l'impegno di alcune delle amministrazioni che si erano succedute dei primi 10 anni di vita della norma. Non sono mancate nei primi anni anche applicazioni arbitrarie e lontane dallo spirito della norma⁶⁰.

A fronte di tale situazione, in tutto il paese l'esigenza di procedere a delle integrazioni o a dei miglioramenti alla normativa antitrust vigente risultava avvertita come una priorità. Il primo passo in questo senso è l'approvazione, nel 1914, da parte del Congresso degli Stati Uniti, del testo predisposto dal Deputato Henry De Lamar Clayton⁶¹, che intendeva chiarire le ambiguità e le incertezze dovute all'applicazione dello *Sherman Act*.

Il *Clayton Antitrust Act* del 1914 oltre a cristallizzare in norma il divieto di alcuni comportamenti monopolistici da parte delle imprese come, ad esempio, la discriminazione di prezzo da parte dei venditori o i contratti c.d. *tying*, ovvero contratti in base ai quali un soggetto è costretto ad acquistare un bene connesso e, spesso, non desiderato, per poter acquistare un altro bene prodotto dallo stesso venditore, introduce un più efficace controllo delle operazioni di concentrazione stabilendo il divieto di realizzazione delle fusioni mediante acquisto di azioni o beni, nell'ipotesi in cui l'operazione può dare luogo ad una diminuzione o ad un affievolimento della concorrenza o alla creazione di un monopolio.

⁶⁰ In particolare si veda l'applicazione in materia sindacale delle norme antitrust, in particolare il caso dei cappellai di Danbury, nel Connecticut 208 US, 274, (1908) *Loewe Vs Lawlor*, più noto come *Danbury Hatters' Case* e il *Pullman Strike Case* del 1895 (158 US 564 (1895) in re *debs*) che portò all'arresto di Eugene V. Debs, capo della American Railway Union e del sindacato dei ferrovieri, vedi D.R. PAPKE "The Pullman case" Lawrence, KS, 2000.

⁶¹ Henry De Lamar Clayton (1857-1929), avvocato, deputato democratico dell'Alabama, per maggiori informazioni vedi K. RODABAUGH, "Congressman Henry D. Clayton and the Dothan Post Office Fight: Patronage and Politics in the Progressive Era." *Alabama Review* 33 (April 1980): 125-49; K. RODABAUGH, "Congressman Henry D. Clayton, Patriarch in Politics: A Southern Congressman During the Progressive Era." *Alabama Review* 31 (April 1978): 110-20.

Risultano di indubbia rilevanza, ai fini della lotta alle concentrazioni, il divieto di possedere partecipazioni incrociate tali da poter influenzare l'attività dei concorrenti e il divieto per dirigenti di svolgere medesime mansioni in società concorrenti.

Il *Clayton Act*, infine, pose un punto fermo e definitivo nell'ambito della discussione in merito alla natura delle organizzazioni sindacali, riaffermando il diritto allo sciopero e alla libertà di associazione dei lavoratori e prevedendo l'esplicita esclusione dei sindacati dall'applicazione della norma.

Alcune decisioni della Corte Suprema, suscitando polemiche e scontri avevano considerato le associazioni sindacali come accordo teso alla limitazione della concorrenza, per cui nel 1935 fu approvata una norma specifica tesa a razionalizzare anche questo settore, così ponendo la parola fine al problema⁶².

Il *Clayton Act* spianò anche la strada ad una più razionale applicazione delle norme di diritto della concorrenza, anche se nel sistema statunitense resterà sempre predominante la revisione giurisdizionale, viene introdotta la figura di un soggetto indipendente che proceda a sovrintendere all'applicazione delle norme o delle decisioni delle varie corti. Tale soggetto è la *Federal Trade Commission*.

Durante lo stesso 1914 divenne legge anche il *Federal Trade Commission Act*, mediante il quale il Congresso dell'epoca, cavalcando il sentimento popolare contro le grandi *corporation* oltre a procedere all'approvazione del *Clayton Act*, approvò la creazione di una Commissione, quelle che in Italia vengono definite autorità indipendenti di regolamentazione, composta da cinque membri, di cui tutt'oggi non più di tre possono appartenere alla medesima parte politica. I membri della Commissione vengono nominati dal Presidente degli Stati Uniti previa approvazione del Senato e durano in carica per sette anni.

La *Federal Trade Commission*, meglio nota con l'acronimo FTC, che non ha competenza su banche e *common carriers*, ha il compito di promuovere la libera e corretta concorrenza nel sistema economico degli Stati Uniti.

⁶² Cfr. National Labor Relations Act del 1935, noto anche come Wagner Act.

Per raggiungere questo scopo ha poteri di investigazione, in particolare, per quanto riguarda i cartelli e le forme di abuso da parte dei monopolisti o degli aspiranti tali ed ha l'incarico di procedere al controllo delle concentrazioni. In seguito, i poteri della FTC verranno ampliati includendo la vigilanza in materia di pubblicità ingannevole e tutela dei consumatori.

Ma anche per queste norme appariranno chiari in poco tempo limiti e lacune. Il cerchio delle normativa antitrust si chiude nel 1976 quando il Congresso approva l'*Antitrust Improvement Act*, meglio noto come *Hart-Scott-Rodino Act*, con l'intenzione di porre la parola fine alle dispute ed alle incertezze.

L'*Antitrust Improvement Act* introduce l'obbligo di comunicazione sia al Dipartimento di Giustizia sia alla FTC delle operazioni di fusione o acquisizione, aumenta i poteri investigativi del *Department of Justice* ("Dipartimento di Giustizia") e autorizza gli *Attorney General* dei 50 Stati dell'Unione (l'equivalente del Ministero di Giustizia) di procedere contro i componenti dei cartelli o contro coloro che intendono monopolizzare un mercato per ottenere il risarcimento dei danni per i consumatori.

1.8 LE LEGGI ANTITRUST IN EUROPA E LA NASCITA DELLA CEE NEL 1957

La storia del diritto della Concorrenza in Europa è assai più breve di quella americana, ciò in ragione della differente impostazione e del diverso sviluppo dell'idea di Stato e di economia che ha contraddistinto e, ancora in parte, contraddistingue le due realtà.

Infatti se negli Stati Uniti predominano le tesi Lockiane e Calviniste, per cui lo Stato deve avere un potere limitato, in particolare per quanto riguarda la materia economica, esaltando così la libertà di iniziativa del singolo, in Europa, in omaggio alla filosofia di Jean-Jacques Rousseau, lo Stato, in quanto espressione del popolo, ha un potere illimitato divenendo il fulcro dell'intera attività di un paese e quindi, soprattutto, dell'economia.

L'impostazione della supremazia dello Stato, persegue obiettivi non dissimili da quelli americani, infatti, è giustificata dalla tensione a non consentire che siano pochi a poter decidere le sorti economiche del paese, ma a differenza di quanto avviene negli Stati Uniti, ciò è raggiunto mediante una forte presenza diretta dello Stato nell'economia. In tal senso, la situazione italiana di inizio secolo, non è peculiare rispetto quella di altri paesi europei.

In forme più o meno eguali gli Stati europei danno vita, solo per fare alcuni esempi, a società telefoniche, società che gestiscono e producono gas ed energia, società di trasporti, società petrolifere che operano in regime di monopolio pubblico.

Lo statalismo europeo è un processo lungo che prende avvio nel seicento in Francia e che trova il proprio culmine agli inizi del novecento, non senza successi ad onor del vero, e che in una visione nazionalista fa sì che nei diversi paesi del vecchio continente si sviluppino realtà industriali sufficientemente forti, ma che se sottoposte ad un regime di maggiore concorrenza, sarebbero state spazzate via in poco tempo.

Lo statalismo mostra, soprattutto agli inizi del XX secolo, tutti i propri limiti, fra cui una naturale inadeguatezza e la tendenza a produrre effetti distorsivi.

Quest'ultima è dovuta, in particolar modo, alla crescita incontrollabile del potere economico nella sua interazione, non sempre trasparente e lecita, con un potere politico altrettanto incontrollato ed incontrollabile. Negli anni '30 cresce in Germania l'esigenza di spezzare il doppio filo che lega potere politico e potere economico, visto come una delle cause della prima guerra mondiale.

Nell'Università di Friburgo si crea un gruppo di economisti e di giuristi, che in seguito verranno conosciuti come ordoliberali, che cominciano a prospettare un minore potere per lo Stato in ambito economico, un maggiore impulso al libero scambio e l'introduzione di norme antitrust anche nei sistemi europei⁶³.

Gli ordoliberali sono il frutto della Germania degli anni trenta che si confronta con l'iperinflazione e la politica economica nazionalsocialista incentrata su autarchia e costituzione di cartelli fra i massimi esponenti dell'industria. Proprio perché figli del proprio periodo storico, gli ordoliberali teorizzano che un sistema economico non può affermarsi spontaneamente, ma deve essere promosso e sostenuto da una serie di norme, regole ed istituzioni.

La scuola di Friburgo sostiene che l'impegno dello Stato deve essere minimo, ma sufficientemente forte per proteggere il mercato e l'economia tutta dalle indebite pressioni dei gruppi di potere; un potere quindi tale da garantire che il mercato sia giusto e che dia a ciascun individuo delle opportunità, in modo da consentire e facilitare l'integrazione sociale e la stabilità politica.

Uno dei massimi esponenti della cerchia di Friburgo, il Professor Franz Böhm dirà in seguito presentando nel 1957 al *Bundestag*, il parlamento tedesco, la prima legge nazionale organica in materia di concorrenza in Europa, che il diritto della concorrenza rappresenta l'arma più geniale contro il potere economico concentrato. In realtà, normative contenenti una disciplina, sia pure in forma larvale erano già state approvate

⁶³ Per un'analisi delle teorie ordoliberali W. MOSCHEL, "The Proper Scope of Government Viewed from an Ordoliberal Perspective: The Example of Competition Policy" in *JITE*, vol 157 (2001), n° 1, pp. 1 e ss e D.J. GERBER "Law and Competition in the Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus", Clarendon Press, Oxford, 1998.

in altri Stati europei: in Francia nel 1945 (*Ordonnance* n. 45-1483), e nel Regno Unito nel 1948 (*Monopolies and Restrictive Practices Act*), tuttavia erano incomplete e a differenza della normativa tedesca, non troppo cogenti ed efficaci.

L'influenza degli ordoliberali sarà limitata negli altri paesi europei, nonostante le innovative teorie proposte, in parte per problemi legati alla diffusione delle loro opere, per la maggior parte in tedesco, ed, in parte, perché il regime nazista troppo pragmatico e legato ai gruppi industriali tedeschi non apprezzò molto le teorie della scuola di Friburgo, in particolare quella che negava l'esistenza della proprietà intellettuale, mettendo, in un modo o nell'altro, a tacere i massimi esponenti della élite ordoliberale⁶⁴.

Dopo la conclusione della II guerra mondiale, anche grazie all'interesse americano, gli ordoliberali vivranno un periodo di nuovo splendore che tocca il proprio apice nell'approvazione del *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, il GWB del 1957.

L'approvazione della legge tedesca è dettata anche, forse soprattutto, da altri fattori, diversi dalla ricerca della giustizia sociale e della stabilità politica.

Gli Alleati, ed in particolare gli Stati Uniti, avevano individuato nei grandi gruppi economici ed industriali una delle cause che aveva portato, anzi spinto, Germania e Giappone allo scontro bellico; quindi, come era avvenuto anche con successo in Giappone⁶⁵, gli americani fecero forti pressioni anche sul nascente governo tedesco perché fossero adottate delle norme contro le concentrazioni economiche⁶⁶.

Per gli statunitensi l'introduzione di una norma antitrust era uno dei presupposti per il ritiro delle proprie truppe e per l'avvio del processo democratico nella Germania Ovest, tanto che nel 1947 introdussero alcune norme di diritto della concorrenza a carattere

⁶⁴ Ad esempio Franz Böhm fu allontanato dall'insegnamento nel 1940 per aver criticato le tesi nazional-socialiste in materia economica e la politica razzista.

⁶⁵ Per quanto avvenuto in Giappone si veda MATSUSHITA, "*International Trade and Competition Law in Japan*", Oxford, 1993.

⁶⁶ Sulla storia dell'introduzione post-bellica dell'Antitrust nei paesi sconfitti, si veda W. WELLS, "*Antitrust and the Formation of the Postwar World*", New York, 2001.

provvisorio, che ebbero effetti importanti ed immediati⁶⁷.

Washington era convinta che, l'introduzione delle norme a sostegno della concorrenza potesse avere due effetti positivi: da un lato la possibilità di espandere ed intensificare le esportazioni in paesi che dovevano essere completamente ricostruiti a tutto vantaggio delle imprese nord americane, e dall'altro, spezzando il legame potere politico e potere economico, si sarebbe assicurata una pace duratura. Anche in questo caso sono considerazioni più politiche che economiche a muovere il legislatore ad introdurre una normativa antitrust nel sistema giuridico.

Ad onor del vero, a livello sopranazionale, due dei padri delle Comunità Economiche Europee, i francesi Jean Monnet e Robert Schuman, erano già riusciti ad introdurre regole di concorrenza nell'ambito del Trattato che istituiva la Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio nel 1951. Il Trattato CECA⁶⁸, prevedeva un divieto per le intese restrittive della concorrenza, la discriminazione dei prezzi ed un prima forma di controllo delle concentrazioni.

Proprio il controllo delle concentrazioni, disposizione per altro assai innovativa, ha vissuto alterne fortune, un pò perché l'AHC aveva in realtà già adottato le misure più importanti deconcentrando il mercato tedesco, un pò perché definito troppo farraginoso e complesso. Negli ultimi tempi il contenuto e la portata dell'art. 66 del Trattato CECA sono stati ampiamente rivalutati, anche in considerazione del fatto che in sede comunitaria fino al 1989, anno di approvazione del Regolamento CE n. 4064/90⁶⁹, è stata l'unica forma certa e canonizzata di controllo dei fenomeni concentrativi.

⁶⁷ Si pensi all'opera di deconcentrazione messa in atto, dopo il 1945, nel settore dell'acciaio dalla Allied High Commission (AHC) composta da rappresentanti degli US, della Francia e del Regno Unito. Gli americani crearono ben venticinque imprese indipendenti dai sei gruppi, *Konzerne*, esistenti prima della guerra. Washington cercò di smembrare in maniera definitiva la *Vereinigte Stahlwerke* (Acciaierie Riunite), un vero gigante integrato sia orizzontalmente che verticalmente con un produzione che, nel 1938, era risultata superiore a quella dell'intera industria francese. Per maggiori approfondimenti si veda, I. WARNER, "Steel and sovereignty: the deconcentration of the West German Steel Industry 1949-1954", Mainz, 1996.

⁶⁸ Trattato Istitutivo della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio.

⁶⁹ Regolamento CEE N. 4064/89 del Consiglio del 21 dicembre 1989 "Relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese", in Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee, L 385, p.1.

Il 1957, anno nel quale il *Bundestag*, approvò definitivamente la normativa tedesca in materia di concorrenza, verrà ricordato tuttavia, non tanto per questo “fulgido” ed “importante” avvenimento che, nel suo piccolo, ha comunque cambiato la storia europea, bensì per un avvenimento ben più importante in ambito europeo: la firma del Trattato di Roma e la susseguente costituzione della Comunità Economica Europea. Prima di giungere alla firma del Trattato di Roma, in una riunione dei ministri degli Esteri a Messina, si scontrarono la scuola tedesca e quella francese su quale fosse l'impostazione da dare alla politica comunitaria in materia di diritto della concorrenza.

I francesi avrebbero voluto disposizioni non troppo cogenti, mentre i tedeschi, guidati dagli ordoliberali, spingevano per norme più restrittive ed un sistema rigido, molto simile a quello che intendono applicare nel proprio paese, il cui centro vitale è rappresentato dalla Commissione che presiederà la Comunità in corso di formazione.

Alla fine i tedeschi riuscirono ad avere la meglio anche in considerazione del fatto che la concorrenza era vista come un grimaldello che aveva il compito di aprire i varchi necessari per la realizzazione del mercato comune.

Come ribadito anche dai padri della Comunità, l'obiettivo fondamentale delle disposizioni comunitarie in materia di concorrenza è garantire che quest'ultima costituisca, non un fine, ma una condizione di realizzazione del mercato comune o interno. Si trattava dunque di fissare “*un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno*” (art. 3g del Trattato).

Da ciò deriva l'applicazione delle disposizioni di concorrenza in tre settori: accordi, sfruttamento abusivo di posizione dominante e aiuti statali, la limitazione del divieto di pratiche che possano avere un impatto sugli scambi tra gli Stati membri, ad esclusione di quelle che si ripercuotono esclusivamente all'interno di uno Stato.

Sono pertanto vietati tutti gli accordi “*che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto e per effetto di impedire, restringere o falsare il*

gioco della concorrenza all'interno del mercato comune" (art. 85 Trattato CE)⁷⁰ e sono altrettanti vietati lo *"sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante nel mercato comune o su una parte sostanziale di questo"* (art. 86 Trattato CE).

Anche in questo caso, vale la pena sottolinearlo, la politica di concorrenza è un mezzo per raggiungere una finalità diversa da quella che dovrebbe essere quella naturale della concorrenza: finalità economica e non una politica come quella prevista dai fondatori della Comunità Europea.

Per quanto riguarda il controllo delle concentrazioni, dopo l'iniziale accantonamento della proposta di includere nel Trattato di Roma, una norma pari a quella dell'art. 66 del Trattato CECA, solo nel 1989 si è giunti alla definizione di una normativa *ad hoc*.

Il Regolamento 4064/90 stabilisce che le operazioni di concentrazione che superano determinate soglie di fatturato devono essere preventivamente comunicate alla Commissione CE, affinché essa valuti se tali operazioni comportino la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante che elimina o riduce in maniera sostanziale e durevole la concorrenza sul mercato comunitario.

Se la Commissione ritiene che le operazioni notificate rientrino nel campo di applicazione del presente regolamento e nutra serie perplessità sulla compatibilità delle stesse con il mercato Europeo, essa deve avviare un'istruttoria particolareggiata del caso e nel frattempo può ordinare alle imprese di sospendere in tutto o in parte la realizzazione delle concentrazioni.

Se al termine della istruttoria la Commissione ritiene incompatibile con il mercato europeo le operazioni sottoposte alla sua attenzione, può senz'altro vietare la concentrazione o, in alternativa, può autorizzarla prescrivendo le misure necessarie, che consistono in veri e propri obblighi per le parti interessate, per impedire che si verifichino effetti distorsivi della concorrenza.

⁷⁰ Dato che ci si riferisce al Trattato di Roma nella sua stesura originale in questo paragrafo si farà riferimento alla numerazione originaria e non a quella intervenuta dopo il Trattato di Amsterdam. Nella numerazione attuale l'art. 85 è divenuto l'art. 81 e l'art. 86 quello 82.

Nel caso che la concentrazione vietata venga ugualmente eseguita o che gli impegni assunti dalle imprese interessate non vengano mantenuti è facoltà della commissione comminare pesanti sanzioni pecuniarie.

Da notare altresì che tale regolamento riguarda le concentrazioni che hanno rilievo sulla concorrenza del mercato comunitario, mentre per quelle che hanno rilievo esclusivamente locale vale la legislazione dei singoli Stati membri.

1.9 LA LEGGE ANTITRUST ITALIANA DEL 1990

Ad un periodo di distanza di oltre 100 anni⁷¹, con l'approvazione il 27 settembre 1990 da parte del Senato della Repubblica del disegno di legge concernente "*Norme per la tutela della Concorrenza e del Mercato*"⁷² anche l'Italia ha una propria normativa nazionale antitrust. La normativa, come dispone l'art. 1, è emanata in attuazione dell'art. 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica e si richiama espressamente ai principi dell'ordinamento delle Comunità Europee in materia di disciplina della concorrenza.

Il richiamo all'art. 41 della Costituzione indica come l'obiettivo dell'intervento del legislatore sia quello di tutelare e garantire la libertà di impresa, con la precisazione che essa "*Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana*" (art. 41, secondo comma).

L'altra caratteristica rilevante della nuova normativa discende dai suoi rapporti con l'ordinamento comunitario. Anzitutto, la disciplina italiana svolge una funzione complementare rispetto a quella comunitaria per quanto riguarda il campo di applicazione. Esso è definito dall'art. 1, secondo il quale la legge riguarda le intese, gli abusi di posizione dominante e le concentrazioni che non rientrano direttamente nella disciplina comunitaria (articoli 65-66 del Trattato Ceca, articoli 85-86 del Trattato Cee, Regolamento n. 4064/89, altri regolamenti Cee e atti comunitari con efficacia normativa equiparata). In altri termini, la legislazione si limita a regolare pratiche non coperte dal diritto comunitario i cui effetti ricadono nel territorio nazionale.

Se è vero che non ci sono voluti 100 anni per introdurre in Italia una disciplina della concorrenza, è tuttavia vero che la necessità di adottare una legge antitrust era all'attenzione del Parlamento dal 1950, cioè da quando il Ministro dell'Industria

⁷¹ La legge italiana è stata approvata nell'ottobre 1990 mentre lo Sherman Act fu promulgato il 2 luglio del 1890.

⁷² Legge 10 ottobre 1990, n. 287.

dell'epoca, Togni, aveva presentato il primo progetto di legge⁷³. È proprio dall'analisi del travagliato *iter* della disciplina della concorrenza che si evince il perché del peculiare, o caratteristico che dir si voglia, ritardo del nostro paese a munirsi di una normativa di tutela della libera concorrenza.

Con il primo progetto, quello presentato da Togni, che prevedeva un controllo dei consorzi di imprese al fine di limitare o inibire attività anticoncorrenziali di questi ultimi, nacquero subito le prime discussioni. In sede parlamentare emersero problemi destinati a riproporsi nel lungo iter del dibattito sulla tutela della concorrenza; in particolare, in merito alla definizione dell'organo preposto all'applicazione delle norme ed alle modalità di attuazione dei controlli, ovvero se dovessero essere anche preventivi, oltre che a posteriori.

Non andarono incontro a maggiori successi neanche coloro che si cimentarono dopo Togni. La proposta Malagodi-Bozzi intitolata "*Norme per la tutela della libertà di concorrenza e di mercato*" venne presentata senza successo alla Camera nel 1955 e poi nuovamente riproposta nel 1959, in una versione riveduta e corretta, con medesimo scarso risultato.

Nello stesso periodo un progetto predisposto da Tullio Ascarelli venne portato alla discussione dal deputato Villabruna ed il disegno di legge sulle intese industriali e commerciali ad opera dei deputati Lombardi e La Malfa. Infine sono da annoverare le proposte dei deputati Carcaterra (1959) e Foschini (1959) e la proposta di legge sul "*Controllo dei Monopoli*" presentata al Parlamento nel 1960 da Giorgio Amendola.

Le varie iniziative di quegli anni si rifacevano a visioni in parte contrapposte dei rapporti tra intervento pubblico e mercato. Alcune miravano dichiaratamente ad imporre controlli sul mercato, altre si proponevano principalmente di tutelare la libertà di iniziativa economica da possibili restrizioni.

Queste differenze di impostazione possono in parte contribuire a spiegare gli insuccessi delle proposte degli anni Cinquanta e Sessanta.

⁷³ Per un ampio quadro della travagliata storia della legge sulla concorrenza in Italia v. G. BERNINI, "*In tema di norme a tutela della libertà di concorrenza: il caso Italia*", in Riv. int. sc. soc., 1998, p. 259.

Anche perché a quell'epoca in Italia, l'economia è ancora sotto l'insegna dello statalismo militante con oltre il 60% delle imprese a partecipazione statale.

In realtà, tranne nel settore dell'automobile dove però in quegli anni "ferve", ancora per poco, la concorrenza, la presenza dello Stato, che si pone come elemento sostitutivo di una disciplina della concorrenza, è ritenuta sufficiente ad eliminare il rischio di monopoli privati. Ed in questo senso di argine contro i monopoli che venne giustificata anche l'entrata delle partecipazioni statali nel settore dei fertilizzanti e in quello dei cementi.

Di fatto ciò che creò le maggiori complicazioni allo sviluppo della concorrenza, oltre alla preponderante presenza dello Stato, era la sostanziale debolezza del sistema industriale e produttivo italiano. Nel paese era diffusa l'esigenza di un rafforzamento della struttura industriale e ciò non poteva avvenire se non con l'intervento pubblico in economia, sia per quanto riguarda interventi strutturali sia come mezzo per garantire un equilibrio sociale.

È dunque chiaro che l'introduzione di una disciplina della concorrenza non poteva che essere vista come un attacco alla crescita economica nazionale, in quanto con un ridimensionamento della presenza pubblica nell'economia veniva meno l'unico vero soggetto in grado di garantire stabilità e progresso, sia economico sia sociale.

Dopo gli insuccessi degli anni Cinquanta e Sessanta, il legislatore non ebbe a che cimentarsi con la disciplina della concorrenza; infatti, fino al 1983, quando la Commissione Ferri, voluta dall'allora Ministro di Grazia e Giustizia Morlino e presieduta da Giuseppe Ferri, non propose di introdurre una legge sullo "Statuto dell'impresa", in cui si trovavano, tra l'altro, norme per la tutela della concorrenza ispirate alla disciplina comunitaria, non vi è traccia alcuna di progetti di legge o di proposte di altro genere in materia antitrust.

Per molti commentatori dell'epoca, l'approvazione della disciplina della concorrenza non era più procrastinabile in quanto, a seguito dello sviluppo della Comunità Europea si faceva sempre più pressante l'esigenza di un adeguamento delle istituzioni economiche e politiche interne, alla crescente integrazione internazionale.

Lo stimolo che da nuovo vigore all'iter legislativo viene, infatti, proprio dalla Comunità Europea, che in vista dell'adozione e della successiva entrata in vigore dell'Atto Unico del 1986, presenta il Libro Bianco della Commissione CEE sul completamento del Mercato Interno nel 1985, dando un forte impulso a dotarsi di politiche atte a favorire il funzionamento dei mercati coerenti con quelle comunitarie.

A valle della presentazione da parte della Commissione CEE del Libro Bianco, in Italia si susseguono varie iniziative, anche se con scarso risultato. Fino a quando nel primo semestre del 1988 vengono presentati due disegni di legge; il primo dei due disegni del 1988, intitolato "*Norme per la tutela del mercato*", fu presentato dal senatore Guido Rossi ed il secondo disegno, intitolato "*Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*", di iniziativa governativa e venne presentato dal Ministro dell'Industria Adolfo Battaglia.

Il disegno di legge Battaglia, prevedeva, fra l'altro, sul modello del Regolamento del Controllo delle Operazioni di Concentrazione appena approvato in sede europea, una comunicazione preventiva delle operazioni di concentrazione, e la possibilità che certe operazioni fossero vietate se configuravano una costituzione o un rafforzamento di posizione dominante tale da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza. Dalla fusione di queste due proposte è infine scaturita la Legge approvata il 27 settembre del 1990 dal Senato, e che attualmente è la norma che disciplina la concorrenza in Italia, in rapporto alla normativa europea.

Per quanto riguarda specificamente la normativa, sotto il profilo sostanziale ricalca in gran parte la disciplina comunitaria in materia di concorrenza. Difatti le singole fattispecie considerate consistono nel divieto di intese restrittive della concorrenza, nel divieto di abuso di posizioni dominanti e nel controllo preventivo delle operazioni di concentrazione.

La disciplina organica in materia di concorrenza contiene le regole relative all'istituzione di un'Autorità indipendente, il cui scopo consiste nell'applicazione della legge antitrust. Il soggetto designato come competente per l'applicazione delle norme di concorrenza è l'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato.

Inoltre la legge fornisce i criteri di ripartizione delle competenze fra la istituenda Autorità e la Commissione CE, esplicitando il principio ermeneutico in base al quale l'interpretazione delle norme a garanzia e tutela della concorrenza, deve essere effettuata sulla base dei principi dell'ordinamento comunitario in materia antitrust.

1.10 PRINCIPALI ELEMENTI DELLA DISCIPLINA DELLA CONCORRENZA

Una volta analizzata la storia del diritto della concorrenza e delle scelte politiche che hanno portato all'introduzione delle norme nei differenti sistemi giuridici, è importante analizzare nel dettaglio quali siano i comportamenti e le pratiche poste in essere dalle imprese che rientrano nel campo di applicazione della disciplina antitrust.

In questo senso si possono individuare tre macro aree:

- *le intese;*
- *gli abusi di posizione dominante;*
- *le operazioni di concentrazione.*

(Segue): 1.10.1 *Le Intese*

Come ricordato all'inizio del presente capitolo, le intese ed i cartelli e quindi i *trusts*, che ne sono una espressione, sono il punto di origine della disciplina in materia di libera concorrenza e sono ancora oggi considerate il grande male del mercato da parte di coloro che svolgono il ruolo di arbitro della Concorrenza⁷⁴ tanto che diverse istituzioni, con in testa la Commissione Europea, chiedono ciclicamente nuovi e più efficaci poteri per poter combattere il fenomeno⁷⁵.

L'art. 2, riprendendo la formulazione dell'art. 85 del Trattato di Roma, definisce "intese" gli accordi e/o le pratiche concordate tra imprese, nonché le deliberazioni di consorzi, associazioni di imprese e altri organismi similari.

Le intese sono vietate quando hanno per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o di una sua parte rilevante.

Una delle maggiori differenze in materia di controllo del libero gioco della

⁷⁴ Il Sole 24ore, 2 marzo 2002 e Il Sole 24ore, 6 marzo 2002.

⁷⁵ F. RAMPINI, "L'Europa deve vigilare sulla democrazia economica (intervista al Commissario Ue Mario Monti)", Repubblica 15 luglio 2001.

concorrenza fra l'esperienza statunitense e quella europea è proprio in merito alla sfera di applicabilità della proibizione di concludere intese restrittive.

Negli USA, in omaggio ai principi della *common law*, come già visto, si discerne fra intese che sono “*di per sé*” proibite, fra queste i cartelli, e intese che in base alla c.d. “*rule of reason*” non ammissibili, cioè allorquando i vantaggi per l'efficienza del mercato o per i consumatori siano tali da giustificare alcune restrizioni della concorrenza, un esempio sono gli accordi di franchising, che prevedono esclusive territoriali che di per sé sarebbero una limitazione della concorrenza, ma che viste nel complesso possono creare benefici per il mercato.

In Europa, la scelta è stata diametralmente opposta, le intese che presentano caratteristiche limitative della concorrenza sono tutte illegittime e illegali, tuttavia la Commissione Europea, valutando caso per caso può procedere ad un'esenzione *ad personam* per ogni singola intesa che le viene comunicata.

La Commissione, in base a quanto stabilito nel Trattato di Roma, può altresì procedere a delle esenzioni per categorie di accordi qualora questi abbiano caratteristiche diffuse e comuni in tutto il territorio comunitario, come avviene ad esempio per gli accordi per la vendita di auto e motoveicoli⁷⁶.

Dopo la definizione generale, l'art. 2 riporta una elencazione di atti che possono essere frutto delle intese vietate: fissare direttamente o indirettamente i prezzi di acquisto o di vendita, oppure altre condizioni contrattuali; impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, gli investimenti, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico; ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento; applicare nei rapporti commerciali con altri contraenti condizioni diverse per prestazioni equivalenti determinando ingiustificati svantaggi nella concorrenza; subordinare la conclusione di contratti alla accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che,

⁷⁶ Regolamento n. 1475/95 della Commissione CE del 28 giugno 1995, “*Sull'applicazione dell'articolo 85 (3) del Trattato a talune categorie di accordi verticali nel settore dell'industria automobilistica*”, Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee Legge 145, del 29 giugno 1995, p. 25.

per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun rapporto con l'oggetto dei contratti stessi. A tale elenco attribuito carattere esemplificativo e non tassativo.

Le intese restrittive della concorrenza possono assumere carattere sia verticale che orizzontale. Nelle prime l'accordo intercorre fra imprese che operano in stadi diversi di uno stesso processo produttivo (ad esempio un accordo di esclusiva fra il produttore e un distributore di un bene). Nelle seconde l'accordo interviene fra soggetti in concorrenza diretta fra loro (ad esempio fra produttori per fissare tutti un medesimo prezzo).

Per le intese non vi è alcun obbligo od onere di comunicazione ed esse, se vietate, sono nulle ad ogni effetto. Una deroga al divieto delle intese restrittive della concorrenza è prevista dall'art. 4, che consente l'autorizzazione da parte dell'Autorità di intese o categorie di intese che ai sensi dell'art. 2 dovrebbero essere considerate vietate in quanto restrittive della libertà di concorrenza.

La disposizione ammette la possibilità di autorizzazioni in deroga relativamente ad accordi che comportino miglioramenti nelle condizioni di offerta sul mercato da cui derivino benefici sostanziali per i consumatori. Quindi, la deroga è condizionata dal verificarsi di alcune condizioni e segnatamente: (i) miglioramento della produzione o della distribuzione dei prodotti o promozione del progresso tecnico od economico; (ii) necessità di riservare agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva; (iii) che non si impongano alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi; (iv) che non si dia a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi.

L'autorizzazione è concessa su richiesta delle parti interessate dall'Autorità, la quale deve pronunciarsi entro centoventi giorni dalla presentazione della richiesta, avvalendosi dei poteri di istruttoria previsti dalla legge.

Anche la possibilità di concedere deroghe trova tuttavia dei limiti derivanti dall'esigenza di tutelare la libera concorrenza tra imprese.

La legge prevede infatti che l'autorizzazione in deroga sia concessa per un periodo di tempo limitato e la subordina alla duplice condizione che le restrizioni alla concorrenza non vadano oltre quanto strettamente necessario per conseguire i risultati suddetti e che

la concorrenza non risulti eliminata da una parte sostanziale del mercato.

Prescindendo dai limiti temporali di validità delle autorizzazioni in deroga, la legge (art. 4, secondo comma) ne prevede in ogni caso la possibilità di revoca previa diffida da parte dell'Autorità qualora venga meno uno dei presupposti giustificativi del provvedimento o si verifichi un abuso dell'autorizzazione stessa da parte delle imprese interessate.

Nei casi di autorizzazione per categoria, gli effetti di un'eventuale revoca saranno presumibilmente limitati all'esclusione dal beneficio di quei singoli accordi relativamente ai quali il comportamento abusivo o la cessazione dei presupposti considerati nel provvedimento generale di autorizzazione si siano specificamente verificati.

Nel campo delle intese, che nell'esperienza della Cee e dei principali paesi industriali hanno costituito la fattispecie oggetto del maggior numero di interventi da parte delle autorità preposte alla tutela della concorrenza, il processo di valutazione degli effetti economici delle restrizioni alla concorrenza è interamente affidato all'Autorità.

In altri termini, nella disciplina delle intese anticoncorrenziali la legge non attribuisce alcun ruolo di indirizzo generale e preventivo al Governo, a differenza di quanto avviene nel caso delle concentrazioni.

(Segue): 1.10.2 *Gli abusi di posizione dominante*

Fra le ipotesi lesive della concorrenza è annoverata anche l'uso abusivo del proprio potere di mercato ponendo in essere pratiche tese all'esclusione o a danneggiare i propri concorrenti per conquistare ulteriori quote di mercato, tali comportamenti sono comunemente, in Europa ed Italia, definiti: abuso di posizione dominante.

L'art. 3 fa divieto di abuso di posizione dominante all'interno del territorio nazionale o in una sua parte rilevante. In particolare, è vietato: (i) imporre direttamente o indirettamente prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose; (ii) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli

accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, a danno dei consumatori; (iii) applicare nei rapporti commerciali con altri contraenti condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza; (iv) subordinare la conclusione dei contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura e secondo gli usi commerciali non abbiano alcuna connessione con l'oggetto dei contratti stessi.

Questa elencazione, come quella relativa alle intese, deve essere considerata meramente esemplificativa. Si tratta di fattispecie analoghe a quelle elencate all'art. 2, eccettuata quella della ripartizione dei mercati o delle fonti di approvvigionamento, che viene indicata soltanto nell'articolo relativo alle intese.

La legge, come l'art. 86 del Trattato Cee, non fornisce una definizione dei concetti di posizione dominante o di abuso della stessa. Riguardo ad essi si presentano, sia a livello nazionale sia a livello comunitario, rilevanti incertezze interpretative per l'assenza di criteri sufficientemente precisi ed oggettivi di riferimento. Occorre comunque precisare che non è la posizione dominante ad essere vietata, bensì l'abuso di questa (l'art. 86 del Trattato parla con lo stesso significato di "sfruttamento abusivo").

Il concetto di posizione dominante viene ricondotto al grado di indipendenza raggiunto dall'impresa sul mercato. Questo è idoneo a generare una posizione dominante quando le consente di assumere comportamenti, come, ad esempio, una riduzione ingiustificata della quantità di beni offerti o prezzi eccessivi rispetto alla qualità del bene, indipendentemente da quelle che potrebbero essere le reazioni, sia dei concorrenti che dei consumatori.

A differenza di quanto previsto dalla normativa americana, va detto che ciò che rileva non è il raggiungimento di una posizione dominante di per sé, se ciò è dovuto alla crescita dell'impresa grazie alle capacità degli imprenditori e non mediante acquisizioni o fusioni, ma un uso distorto del potere di mercato acquisito in virtù della posizione di predominanza economica, finanziaria o strutturale dell'impresa. Gli esempi riportati di comportamenti idonei ad integrare gli estremi di un abuso di posizione dominante, sono

gli stessi in grado di rendere un accordo fra imprese lesivo della concorrenza.

Da questa apparentemente banale considerazione si trae la conclusione circa il rapporto che intercorre fra le due fattispecie vietate dalla legge antitrust.

L'oggetto della norma è sempre lo stesso, laddove un comportamento anticoncorrenziale sia posto in essere da diverse imprese assume la forma di un accordo vietato, mentre si traduce in abuso nel caso in cui il comportamento provenga da un unico soggetto con determinate caratteristiche.

(Segue): 1.10.3 *Il controllo delle Concentrazioni*

Delle tre fattispecie considerate dalla disciplina della concorrenza il controllo delle operazioni di concentrazione presenta tratti di rilevante peculiarità. In primo luogo non si tratta, come accade rispetto alle intese e all'abuso di posizione dominante, di comportamenti, individuali o collettivi, posti in essere dalle imprese e rilevanti in quanto restrittivi della concorrenza.

Le concentrazioni, più note al pubblico e agli operatori come fusioni e acquisizioni, *mergers and acquisitions* (M&A), sono fenomeni di crescita esterna delle imprese. Inoltre, a differenza di intese e abusi rispetto ai quali è necessario avviare una istruttoria, le operazioni di concentrazione sono soggette ad un procedimento di notifica preventiva, che scatta al superamento di determinate soglie di fatturato.

Sebbene fenomeni di crescita esterna, ciò non significa che gli eventuali effetti sul mercato siano meno pregiudizievoli.

Un'operazione di concentrazione è in grado di rafforzare o costituire una posizione dominante fino al punto di eliminare totalmente la concorrenza dal mercato. Le ipotesi che realizzano una operazione di concentrazione possono essere ricondotte a due o più imprese che procedono a fusione; oppure due o più imprese che costituiscono una nuova impresa comune; o, infine, l'acquisizione del controllo (che può risultare esclusivo o congiunto) da parte di uno o più soggetti dell'insieme o di parti di una o più imprese.

Nel valutare un'operazione di concentrazione sarà necessario considerare la situazione che si verrebbe a verificare nel mercato relativo a seguito dell'autorizzazione e segnatamente: (i) la possibilità di scelta dei fornitori e degli utilizzatori; (ii) la posizione sul mercato delle imprese interessate; (iii) il loro accesso alle fonti di mercato o agli sbocchi di approvvigionamento; (iv) la struttura dei mercati; (v) le barriere all'entrata per gli eventuali concorrenti; (vi) l'andamento della domanda e dell'offerta dei servizi o dei beni in questione.

La legge prevede che l'Autorità possa in casi particolari autorizzare concentrazioni vietate. Tale potere, tuttavia, è molto più limitato nel caso delle concentrazioni che nel caso delle intese. L'art. 25 della legge stabilisce infatti che il Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'Industria, determini in linea generale e preventiva i criteri sulla base dei quali l'Autorità può eccezionalmente autorizzare, per rilevanti interessi generali dell'economia nazionale nell'ambito dell'integrazione europea, operazioni di concentrazione vietate ai sensi dell'art. 6, sempreché esse non comportino l'eliminazione della concorrenza dal mercato o restrizioni alla concorrenza non strettamente giustificate dagli interessi generali predetti.

L'Autorità, quindi, non può concedere deroghe a concentrazioni vietate ai sensi dell'art. 6 se non in conformità a indirizzi generali determinati al massimo livello politico. Ad essa resta il compito di valutare gli effetti delle concentrazioni sul funzionamento del mercato, fermo restando che in ogni caso non è ammissibile eliminare o restringere ingiustificatamente la concorrenza. L'Autorità deve inoltre prescrivere le misure necessarie per ristabilire condizioni di piena concorrenza entro un termine prefissato.

Questi criteri, da determinare in via generale e preventiva, non sono ancora stati formulati dal Governo. In tema di controllo delle concentrazioni, benché non espressamente previsto da alcuna norma, si rende necessaria la precisa individuazione del mercato rilevante.

Tale concetto risulta essenziale al fine della esatta determinazione del diritto della concorrenza, in quanto, in caso di sfruttamento abusivo di una posizione dominante

occorre l'individuazione preventiva del mercato di riferimento.

Il mercato rilevante, o meglio la sua definizione, che rappresenta una problematica tra le più complesse ed articolate dell'intera normativa antitrust, costituisce la chiave di volta per ogni valutazione di presunti comportamenti anticoncorrenziali, tanto che la sua individuazione consente di esprimere un giudizio di natura concorrenziale relativamente ad una intesa, ad un asserito abuso di posizione dominante, o anche in caso di operazioni di concentrazione.

1.11 GLI OBIETTIVI DELLA POLITICA DELLA CONCORRENZA

La maggior parte degli economisti ritiene che le leggi antitrust dovrebbero avere il semplicissimo obiettivo di promuovere l'efficienza. In altre parole, dovrebbero impedire comportamenti o fusioni che possono danneggiare la società mediante l'esercizio del potere di mercato⁷⁷.

Alcuni autori, sostengono però che il reale obiettivo di queste normative non è l'efficienza e che queste leggi sono state approvate per favorire certi gruppi e danneggiare altri. Ad esempio, alcuni affermano che le leggi antitrust sono concepite per aiutare le piccole imprese nella competizione con le grandi, indipendentemente dall'aumento dell'efficienza.

In particolare, le leggi antitrust, contro la discriminazione di prezzo, risponderebbero alle pressioni politiche esercitate da molte piccole imprese che si lamentavano della capacità delle multinazionali di assicurarsi prezzi più bassi negli approvvigionamenti⁷⁸. Essere esentati dall'applicazione delle leggi antitrust costituisce un'ottima arma competitiva. Dato che le leggi antitrust limitano l'azione delle imprese, quelle che riescono ad ottenere un'esenzione godono di un vantaggio strategico nei confronti dei rivali. Molti gruppi sono riusciti ad ottenere questo privilegio.

I lavoratori che si organizzano in sindacati per ottenere aumenti salariali sono specificamente esonerati dalle leggi antitrust, come certi gruppi di agricoltori, ecc. Inoltre, il legislatore spesso tenta di proteggere certe imprese da forme di concorrenza considerate illegali in base alle leggi antitrust. Le imprese possono, inoltre, tentare di influenzare il legislatore per proteggersi dalla concorrenza.

L'opinione secondo cui il principio guida delle leggi antitrust dovrebbe essere l'efficienza, anziché il prelievo di risorse da un gruppo per concederle a un altro gruppo, è sempre stato accettato dai giuristi e accademici. Il fascino di un'affermazione così

⁷⁷ F. DENOZZA "Antitrust leggi antimonopolistiche e tutela dei consumatori nella CEE e negli USA", Il Mulino Bologna, 1988.

⁷⁸ Per un'analisi più dettagliata sul tema V. DONATIVI, "Introduzione della disciplina antitrust nella sistema legislativo italiano", Giuffrè, Milano, 1990.

semplice è che fornisce un orientamento più chiaro su ciò che dovrebbe essere una politica antitrust rispetto all'orientamento alternativo per aiutare i gruppi "meritevoli"⁷⁹.

Anche se si avverte l'idea che, lo scopo delle leggi antitrust è quello di promuovere l'efficienza, gli economisti spesso hanno difficoltà a stabilire quali pratiche determinano un comportamento inefficiente. Ad esempio, supponiamo che due imprese si fondano e che la riduzione della concorrenza che ne deriva faccia aumentare il prezzo, questo sembra un risultato negativo. Tuttavia, supponiamo che in seguito alla fusione, l'impresa sviluppi un prodotto nuovo e migliore o fornisca lo stesso prodotto, ma offra servizi migliori. Questo è certamente un effetto positivo.

Le leggi antitrust dovrebbero allora vietare tutte le fusioni che riducono in parte significativa la concorrenza o dovrebbero anche fare attenzione ai potenziali guadagni di efficienza che potrebbero derivarne e raggiungere un compromesso tra questi due risultati? Le normative antitrust sono spesso influenzate da motivazioni di carattere sociale, e legate al momento storico contingente, così come, in altri casi, sono inserite in più vasti progetti politici entro cui esse svolgono un ruolo specifico, rispondendo, di volta in volta, ad obiettivi molto diversi tra loro⁸⁰.

La precisazione dell'obiettivo (o per meglio dire della *ratio*) dell'intervento antitrust è cruciale nel determinare modi e ragioni d'essere, poiché è tenendo conto degli obiettivi da raggiungere che siamo in grado di indicare i modi con cui le diverse fattispecie e i singoli casi dovrebbero essere trattati. Un certo numero di obiettivi ha ispirato e ispira le politiche della concorrenza. Dal punto di vista dell'analisi economica appare naturale identificare l'obiettivo fondamentale nella massimizzazione del benessere sociale economico, ma vedremo qui di seguito che gli obiettivi possono essere di carattere differente che a volte sfumano in vere e proprie prese di posizione, riconducibili più ad una ragione politica che economica.

⁷⁹ A. FRIGNANI, Waelbroeck M., *Disciplina e concorrenza nella CE.UTET*, Torino, 1996.

⁸⁰ G. GHIDINI, S. HASSAN, *Diritto industriale e della concorrenza nella CEE con cenni alla normativa antitrust italiana*, Milano, 1991.

(Segue): 1.11.1 ***Il benessere sociale***

Il concetto di benessere sociale viene usato, generalmente, in economia per esprimere e quantificare i benefici che agenti economici sono in grado di generare attraverso scambi reciproci. Il benessere sociale indica il beneficio generato dallo scambio tra consumatori e produttori nel mercato

Esso viene normalmente calcolato come sommatoria tra i benefici (surplus) ricevuti dai diversi agenti economici, i consumatori (surplus del consumatore) e i produttori (surplus del produttore), il risultato di queste due grandezze ci dà il c.d. surplus totale. Il surplus (o rendita) del consumatore è la differenza positiva fra il prezzo che un individuo è disposto a pagare per ricevere un determinato bene (o servizio) e il prezzo di mercato dello stesso bene.

Il massimo che un consumatore è disposto a pagare viene detto “prezzo di riserva”. Con riferimento all’intero mercato, per estensione, si chiama surplus del consumatore la somma totale dei surplus individuali. Il surplus del produttore, invece, è la differenza positiva tra il prezzo di un dato bene pagato al produttore ed il prezzo che il produttore sarebbe stato disposto ad accettare per quantità inferiori di quel bene. In generale, il produttore si trova in equilibrio quando il costo marginale è uguale al prezzo. La sua curva di offerta coincide con il tratto crescente della curva del costo marginale; ne segue che, all’aumentare della quantità offerta, il costo marginale aumenta ed il produttore chiede un prezzo via via più elevato.

Da queste definizioni segue che, a parità di tutte le altre condizioni, un incremento del prezzo di vendita del bene riduce il surplus del consumatore ed aumenta quello del produttore. Tuttavia, spesso l’innalzamento dei profitti delle imprese non compensa perfettamente la perdita subita dai consumatori.

Si intuisce quindi che il benessere sociale è massimizzato quando il prezzo raggiunge il livello del costo marginale e si riduce nel caso di allontanamento da quest’ultimo. Si noti che tale ragionamento, almeno in prima approssimazione, non tiene conto di chi sia il destinatario di tali surplus, occupandosi solo ed esclusivamente della massimizzazione

di quest'ultimo, numerosi studiosi ritengono che il problema della distribuzione di tali benefici debba essere affrontato, ma tenuto distinto da quello della massimizzazione, in altri termini, che la dimensione totale del surplus possa essere trattata separatamente dalla determinazione della sua distribuzione tra i diversi soggetti che concorrono a formarlo, affidando quest'ultima a programmi di redistribuzione, in base ai quali i consumatori e produttori possono entrambi migliorare la propria situazione.

Infine è importante ricordare, che spesso si incorre nell'errore di considerare il benessere sociale solo da un punto di vista statico, mentre esso dovrebbe essere letto anche in chiave dinamica, ovvero garantire, che si creino le condizioni, affinché il benessere sociale possa essere massimizzato anche nel futuro, alla luce di quelle che sono le ripercussioni che le azioni attuali avranno in tale periodo (efficienza dinamica)⁸¹.

(Segue): 1.11.2 *Tutela delle piccole imprese*

Un altro degli obiettivi che è stato da sempre perseguito dall'autorità garante della concorrenza e del mercato è sicuramente quello di salvaguardare le piccole imprese da quelli che potrebbero essere comportamenti anticompetitivi posti in essere dalle imprese di più grosse dimensioni (ricordiamo che questo fu uno dei motivi che portò allo *Sherman Act*). Un trattamento favorevole delle piccole imprese non contrasta necessariamente con l'obiettivo del benessere sociale/economico, a condizione però che esso si limiti a proteggere tali imprese dall'abuso di quelle più grandi⁸².

Bisogna prestare molta attenzione però, nell'intervenire a sostegno di imprese più piccole, si rischia infatti di creare degli effetti negativi ai fini della massimizzazione del benessere, l'Autorità potrebbe infatti mantenere artificialmente in vita imprese non

⁸¹ Con il termine efficienza dinamica si intende la capacità di amministrare il cambiamento e che non necessariamente la struttura di mercato caratterizzata da efficienza dinamica è la medesima struttura di mercato che è capace di garantire l'efficienza allocativa.

⁸² W.S. COMANOR, *Vertical Price Fixing, Vertical Market Restrictions, and the New Antitrust Policy*, Harvard Law Review, 1985. M. DE VITA, *Misure normative e applicabilità alle imprese della legge antitrust*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1997.

efficienti, con ovvie conseguenze ai fini della fissazione dei prezzi e del benessere dei consumatori. Riteniamo quindi opportuno ricordare che compito dell'Autorità garante è difendere la concorrenza, e non i concorrenti, punendo le pratiche abusive e illecite, ma lasciando alle imprese più efficienti la possibilità di sottrarre quote di mercato a quelle meno virtuose.

(Segue): 1.11.3 ***Promozione dell'integrazione economica fra gli Stati***

Uno degli obiettivi principali per i quali nasce la tutela della concorrenza, in particolare in Europa, è quello di facilitare la creazione di un mercato unico tra i diversi paesi. Sin dalla costituzione della CECA sono state introdotte norme volte a disciplinare i comportamenti delle imprese oltre i confini nazionali.

Tuttavia alcune disposizioni emanate a livello europeo hanno fatto registrare un effetto contrario rispetto a quanto ci si attendeva, norme come il divieto di praticare prezzi differenti nei vari paesi (discriminazione di prezzo del 3° tipo)⁸³, infatti, ha comportato che alcune imprese che praticavano prezzi elevati per i loro prodotti in paesi dove i consumatori avevano una disponibilità a pagare più elevata, pur di non abbassare i propri prezzi, hanno deciso di non esportare tali prodotti, restringendo di fatto il mercato.

(Segue): 1.11.4 ***Garantire equità***

Un'ulteriore obiettivo, che ha profondamente condizionato le scelte delle Autorità garanti, fin dalla loro nascita, è sicuramente quello di garantire equità negli scambi tra imprese e consumatori, obbligando le imprese a comportarsi in modo da tenere in

⁸³ La discriminazione di prezzo è la pratica di imporre prezzi diversi a diversi consumatori per lo stesso bene. Per poterla applicare l'impresa deve essere in grado di identificare i diversi tipi di consumatori e deve indurli a pagare prezzi diversi. Per terzo tipo intende la pratica di dividere i consumatori in due o più gruppi con domande separate, applicando prezzi diversi a ciascun gruppo: Occorre prima dividere il mercato in almeno due gruppi. Bisogna inoltre conoscere la funzione di domanda di ciascun gruppo (o almeno avere informazioni sulla sua elasticità). Occorre che i consumatori non possano fare arbitraggio.

considerazione anche gli interessi di quest'ultimi, nonché dei loro concorrenti. I concetti di equità sono numerosi ma in linea generale una distribuzione del reddito o della ricchezza viene considerata equa se essa assicura uguaglianza delle opportunità o delle posizioni finali per i membri di un collettività⁸⁴.

(Segue): 1.11.5 *Ragioni politiche, sociali e ambientali*

Tra le possibili valutazioni che fanno da guida all'operato dell'autorità antitrust si annoverano infine quelle politiche, ambientali, e strategiche. Riassumendo brevemente tali concetti:

- *Ragioni politiche*: tale pensiero racchiude tutte quelle scelte che l'Autorità antitrust assume al fine di salvaguardare la democrazia all'interno delle nazioni. Più in generale, tra le componenti non economiche che hanno contribuito alla storia dell'antitrust un posto importante è occupato dalla convinzione che esista un nesso tra mantenimento delle libertà economiche e di quelle politiche, e che una eccessiva concentrazione del potere nelle mani di poche, grandi imprese, possa costituire una minaccia per la stessa democrazia;

- *Ragioni sociali*: le ragioni sociali sono una delle principali motivazioni che spesso portano l'Autorità garante ad attuare una politica di non intervento ai fini di salvaguardare il benessere della collettività. I periodi di difficoltà economica e le industrie stagnati o in declino, sollevano problemi particolari in materia di politica comunitaria della concorrenza. A dispetto dell'attitudine decisamente ostile che le istituzioni comunitarie adottano nei confronti di pratiche di fissazione del prezzo, di ripartizione di quote e altre forme tradizione di intese restrittive, l'Autorità si è talvolta dimostrata indulgente verso i "castelli di crisi". Tali intese si concludono in industrie o settori che debbono affrontare crisi strutturali e difficoltà dovute ad una recessione

⁸⁴ Si veda G.F. CARTEI, *Servizi sociali e regole di concorrenza* in Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, Anno 2007.

generale. Il fine di questi cartelli non è solamente quello di garantire il mantenimento della posizione concorrenziale occupata dall'industria interessata, ma anche di preservare, talvolta, la sua stessa esistenza, più spesso sui mercati in cui la concorrenza è più forte. L'Autorità può prendere in considerazione di esentare i cartelli di crisi ai quali partecipano la maggioranza delle imprese del settore interessato, a condizione che tali accordi non prevedano una riduzione coordinata delle sovraccapacità senza limitare in altro modo la libertà di decisione individuale delle parti⁸⁵.

- *Ragioni ambientali:* vi sono infine le ragioni ambientali, talvolta l'Autorità garante concede alle imprese la possibilità di stipulare accordi restrittivi, dai quali però derivino vantaggi per la collettività in termini di tutela ambientale. In una decisione, ad esempio, la Commissione ha approvato un accordo tra produttori e importatori di lavatrici, che rappresentano più del 95% delle vendite di tale bene in Europa; l'intesa ha come obiettivo quello di abbandonare la produzione/importazione delle lavatrici meno efficienti da un punto di vista energetico. L'accordo ovviamente rimuove una dimensione lungo la quale le imprese possono competere, tuttavia la Commissione ha ritenuto che in definitiva l'accordo avrebbe portato dei benefici all'intera collettività in termini ambientali, e di risparmio per i consumatori nel medio/lungo termine.

Concludendo vogliamo ricordare che l'obiettivo della politica della concorrenza intesa come: *“l'insieme di politiche e leggi, finalizzate ad assicurare, che la concorrenza sul mercato non subisca limitazioni tali da arrecare danno alla società”* sia tutelare la concorrenza in quanto tale e non i concorrenti, dunque, ogni qualvolta essa sia usata per finalità diverse da quella dell'efficienza, bisogna chiedersi se essa sia la politica ottimale.

⁸⁵ Si veda *Accordo di chiusura nel settore dello zinco*, Tredicesima Relazione sulla politica della concorrenza 1983.

Capitolo II

L'ACCIDENTATO PERCORSO LEGISLATIVO DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI E LE FASI DELL'EVOLUZIONE

SOMMARIO: **2.1** *Servizi pubblici locali: evoluzione storico-normativa.* - **(Segue): 2.1.1** *Le origini del sistema dei servizi pubblici locali.* - **(Segue): 2.1.2** *La legge 8 giugno 1990 n. 142.* - **(Segue): 2.1.3** *L'art. 35 della legge 28 dicembre 2001 n. 448.* - **(Segue): 2.1.4** *L'art. 14 del decreto legge 30 settembre 2003 n. 269.* - **2.2** *Dal socialismo municipale ai tentativi di liberalizzazione del settore.* - **(Segue): 2.2.1** *I servizi pubblici locali dopo la riforma del titolo V della Costituzione.* - **(Segue): 2.2.2** *L'art. 23-bis della legge 6 agosto 2008 n. 133.* - **(Segue): 2.2.3** *L'art. 15 del decreto legge 25 settembre 2009 n. 135.* - **2.3** *La recente evoluzione del quadro nazionale sui servizi pubblici locali.* - **(Segue): 2.3.1** *La disciplina dei servizi pubblici locali a seguito del referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011. – a) Normativa di riferimento. – b) Effetti della consultazione sulle gestioni in essere. – c) Le modalità di affidamento post-referendum.* - **(Segue): 2.3.2** *Articolo 4 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e le modifiche introdotte dalla legge 12 novembre 2011, n. 183 c.d. “legge di stabilità 2012”.*

2.1 SERVIZI PUBBLICI LOCALI: EVOLUZIONE STORICO-NORMATIVA

(Segue): 2.1.1 *Le origini del sistema dei servizi pubblici locali*

La disciplina dell'assunzione e gestione dei pubblici servizi da parte degli Enti locali ha radici molto lontane: sin dal principio del secolo XX i Comuni e le Province assunsero la produzione di quei beni e l'erogazione di quei servizi ritenuti necessari ai bisogni della collettività locale secondo il modello della municipalizzazione introdotto dalla legge Giolitti (legge 29 marzo 1903, n. 103), poi riprodotto nell'ambito del R.D. 15 ottobre 1925, n. 2578, che ha costituito il *corpus* normativo di riferimento fino alla legge di riforma delle autonomie locali del 1990⁸⁶.

⁸⁶ G. BOZZI, voce *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, in Enc. Dir., LXXVII, p. 364; M.S. GIANNINI, *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, in Riv. amm., 1953, p. 612; ID., *Il riassetto dei poteri locali*, in Riv. trim. dir. pub., 1971, p. 45.

Il fenomeno della municipalizzazione, intesa come esigenza ed espressione dello Stato moderno di intervenire nella sfera dell'impresa privata, derivante dalla necessità di soddisfare attraverso i pubblici servizi i bisogni collettivi, affonda le sue radici nel cd. socialismo municipale e si afferma come manifestazione dell'autonomia comunale che gestisce i servizi pubblici di maggior rilievo economico sociale, attraverso attività di natura economica ma sottratte all'economia di mercato.

In adesione a tale orientamento, dopo un travagliato iter legislativo, fu emanata la legge 29 marzo 1903, n. 103 (cd. legge Giolitti) istitutiva delle aziende municipalizzate: è questo il primo provvedimento legislativo di carattere generale in materia di servizi pubblici locali, che venne successivamente integrato dal regolamento approvato con R.D. 10 marzo 1904, n. 108.

La legge del 1903, sottoposta ad una speciale riforma attuata con il R.D. 4 febbraio 1923, n. 253, sfociò nel Testo Unico 15 ottobre 1925, n. 2578 che conteneva l'elencazione dei servizi pubblici raggruppati in 19 categorie⁸⁷ (cui non fece seguito il regolamento di esecuzione fino al 1986, quando venne emanato il D.P.R. 4 ottobre 1986, n. 902), senza definire tuttavia una nozione generale di pubblico servizio.

Da tali norme emergeva l'idea del servizio come attività esercitata direttamente dal

⁸⁷ Si riporta il testo dell'art. 1 *"I Comuni possono assumere nei modi stabiliti dal presente testo unico, l'impianto e l'esercizio diretto dei pubblici servizi e segnatamente di quelli relativi agli oggetti seguenti: 1) costruzione di acquedotti e fontane e distribuzione di acqua potabile; 2) impianto ed esercizio dell'illuminazione pubblica e privata; 3) costruzione di fognature ed utilizzazione delle materie fertilizzanti; 4) costruzione ed esercizio di tramvie a trazione animale o meccanica; 5) costruzione ed esercizio di reti telefoniche nel territorio comunale; 6) impianto ed esercizio di farmacie; 7) nettezza pubblica e sgombrò di immondizie dalle case; 8) trasporti funebri, anche con diritto di privativa, eccettuati i trasporti dei soci di congregazioni, confraternite ed altre associazioni costituite a tal fine e riconosciute come enti morali; 9) costruzione ed esercizio di molini e di forni normali; 10) costruzione ed esercizio di stabilimenti per la macellazione, anche con diritto di privativa; 11) costruzione ed esercizio di mercati pubblici, anche con diritto di privativa; 12) costruzione ed esercizio di bagni e lavatoi pubblici; 13) fabbrica e vendita del ghiaccio; 14) costruzione ed esercizio di asili notturni; 15) impianto ed esercizio di omnibus, automobili e di ogni altro simile mezzo, diretto a provvedere alle pubbliche comunicazioni; 16) produzione distribuzione di forza motrice idraulica ed elettrica e costruzione degli impianti relativi; 17) pubbliche affissioni, anche con diritto di privativa, eccettuandone sempre i manifesti elettorali e gli atti della pubblica autorità; 18) essiccatoi di granturco e relativi depositi; 19) stabilimento e relativa vendita di semenzai e vivai di viti ed altre piante arboree e fruttifere"*. Tale elencazione venne ritenuta meramente esemplificativa e non tassativa sia in dottrina che in giurisprudenza.

soggetto pubblico, in virtù di uno “*specifico atto di assunzione secondo modalità indicate dalla legge*”; servizio gestito essenzialmente nelle forme dirette dell’azienda speciale e della gestione in economia o attraverso la forma della concessione.

L’assetto istituzionale scaturito a seguito della legge sulla municipalizzazione, in effetti, era caratterizzato da una disciplina in cui regolazione, proprietà e gestione presentavano legami molto pregnanti, assai prossimi ad una vera e propria sovrapposizione presso l’Ente locale.

Le caratteristiche produttive ed industriali delle aziende municipalizzate risentivano di questa loro natura eminentemente pubblicistica: esse, infatti, assumevano normalmente la forma di unità produttive monoservizio, operanti generalmente in ambiti territoriali corrispondenti a quelli amministrativi dei Comuni, configurandosi come soggetti di erogazione dei servizi separati solo funzionalmente e sul piano organizzativo dall’Ente locale.

Mediante l’attribuzione di un’esclusiva a favore dell’Ente locale si mirava ad eliminare gli effetti negativi dei monopoli privati dei concessionari: in altri termini, attribuendo la gestione di tali monopoli all’Ente locale si volevano introdurre moduli imprenditoriali nell’organizzazione della Pubblica Amministrazione, da cui è scaturito l’inserimento dell’azienda nell’ambito dell’organizzazione amministrativa dell’Ente⁸⁸.

Citando espressamente quali servizi devono essere gestiti dall’Ente locale si finisce per tracciare un quadro statico, attinente ad un determinato periodo storico, che con il passare del tempo perde di veridicità.

Infatti, veniva completamente tralasciata quella che era l’innovazione tecnologica, rendendo la legge in oggetto inadeguata ai nostri giorni.

Nonostante tale limite, la legge Giolitti, è rimasta in vigore fino al 1990, anno in cui è iniziato lo smantellamento delle imprese pubbliche per garantire il libero mercato voluto dall’Unione Europea. Da quando l’Unione Europea ha affermato il primato della concorrenza a livello europeo, lo Stato italiano si è trovato a mettere in essere un

⁸⁸ A tal riguardo si parla di azienda-organo. In argomento si veda F. MERUSI, *Cent’anni di municipalizzazione*, in *Dir. Amm.*, 2004, p. 37.

processo di privatizzazione delle imprese pubbliche, determinando un'inversione di marcia rispetto a quanto accadeva agli inizi del XX secolo⁸⁹.

⁸⁹ In tal senso è possibile vedere F. COCOZZA, *Diritto pubblico applicato all'economia*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 33-72, che individua un percorso teorico dell'intervento pubblico nell'economia, evidenziando come a partire dalla legge Giolitti si siano messe in essere operazioni di collettivizzazione e di sottrazione delle attività imprenditoriali ai privati per arrivare poi agli attuali processi di liberalizzazione.

(Segue): 2.1.2 ***La legge 8 giugno 1990 n. 142***

Il legislatore italiano temendo che l'introduzione di un regime di libera concorrenza, nell'ambito dei servizi pubblici locali, con cui si rimette la gestione dei servizi a soggetti privati che ricercano la massimizzazione del profitto, possa pregiudicare la possibilità per i cittadini di assicurarsi determinati servizi a condizioni eccessivamente onerose, si è trovato a varare numerose disposizioni al fine di garantire la liberalizzazione del settore dei servizi pubblici locali e porsi in linea con quanto richiesto dall'Unione Europea.

Il primo intervento organico di riforma del settore dei servizi pubblici locali può essere individuato nella legge 8 giugno 1990 n. 142, recante il nuovo ordinamento delle autonomie locali (successivamente trasfusa nel Testo Unico 267 del 2000).

Rispetto al Testo Unico del 1925 viene meno la tecnica dell'elencazione, anche se non tassativa, dei servizi pubblici locali, sostituita da un'enunciazione definitoria polarizzata essenzialmente sugli elementi finalistici e funzionali, definiti dall'art. 22 comma 1° legge n. 142/1990, tanto di ordine oggettivo ("*la produzione di beni e attività*") quanto soggettivo ("*realizzare fini sociali e promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali*").

Tale disposizione non identificava quindi i servizi locali con riguardo a specifiche attività ma ne dava una definizione generale, attribuendo ai singoli Enti locali un ampio margine di discrezionalità per decidere, essi stessi, quali attività ricondurre, secondo le circostanze ed i bisogni locali, nell'area dei pubblici servizi.

La potenziale ampiezza della nozione di servizio pubblico enunciata dall'art. 22, i cui indici definatori determinano l'esclusione dall'ambito dei servizi pubblici locali delle attività economiche non dirette a realizzare fini sociali e di sviluppo della collettività locale, trova per converso due distinti correttivi: per un verso, nell'idea del servizio pubblico locale come attività complementare a quella privata, per la quale la concorrenza tra pubblico e privato è da incentivare piuttosto che da limitare; per altro verso, nella necessaria valutazione da parte dell'Ente locale dell'esistenza di un interesse generale.

La legge n. 142/1990 aveva come preciso intento, quello di realizzare una separazione fra le funzioni di indirizzo e regolazione degli Enti locali e l'attività di gestione dei servizi pubblici locali. A tal fine erano stati definiti, in funzione delle diverse caratteristiche dell'attività data in gestione, cinque diversi modelli di gestione del servizio:

1. *in economia*, quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio non fosse opportuno costituire una istituzione o un'azienda;
2. *in concessione a terzi*, quando sussistessero ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale;
3. *a mezzo di azienda speciale*, anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale, che andava sostituendo l'azienda municipalizzata, assumendo la natura di ente pubblico economico dotata di personalità giuridica e titolare del proprio patrimonio e dei propri mezzi;
4. *a mezzo di istituzione*, per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale, segnatamente per i servizi di natura sociale e culturale;
5. *a mezzo di società per azioni a prevalente capitale pubblico locale*, qualora si rendesse opportuna, in relazione alla natura del servizio da erogare, la partecipazione di altri soggetti pubblici o privati.

La gestione in economia è possibile *“quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio non sia opportuno costituire una istituzione o una azienda”*.

In maniera analoga la gestione del servizio in concessione a terzi sarà possibile *“quando sussistano ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale”* che rendano conveniente il ricorso a tale modalità di gestione, mentre il ricorso all'azienda speciale sarà possibile *“anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale”*.

In tal senso si consente all'Ente locale di gestire il servizio a mezzo di istituzione, *“per l'esercizio dei servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale”*, o a mezzo di società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale.

In quest'ultimo caso le società devono essere comunque *“costituite o partecipate*

dall'Ente titolare del pubblico servizio, qualora sia opportuna in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio la partecipazione di più soggetti pubblici o privati".

Il vincolo della proprietà maggioritaria del capitale pubblico locale della S.p.A. è stato eliminato con l'introduzione dell'art. 12 della legge 23 dicembre 1992, n. 498, consentendo la costituzione di società per azioni a capitale pubblico minoritario.

Il D.P.R. n. 533/1996 ha poi disposto che le società miste a capitale pubblico minoritario dovessero effettuare la scelta dei soci privati tramite procedure selettive ad evidenza pubblica. Con riguardo a tale impianto normativo la Commissione europea ha avviato una procedura d'infrazione, censurando l'eccessiva discrezionalità lasciata agli Enti locali nell'effettuare affidamenti diretti nei confronti delle società miste.

Tale procedura non ha avuto poi seguito per effetto dell'abrogazione della norma oggetto di censura, trasfusa senza modifiche nell'art. 113 T.U. degli Enti locali approvato con d.lgs. 267/2000.

(Segue): **2.1.3 L'art. 35 della legge 28 dicembre 2001 n. 448**

Alla luce della procedura d'infrazione avviata contro l'Italia, il legislatore è dovuto di nuovo intervenire sulla materie dei servizi pubblici locali attraverso l'art. 35 della legge 28 dicembre 2001, n. 448 (Legge Finanziaria per il 2002) che ha modificato l'art. 113 del T.U.E.L. (D.lgs. 267/2000) il quale recepiva a sua volta l'art. 22 della legge 142/1990, e ha aggiunto l'art. 113-bis nonché alcune importanti novità.

Tra queste, quella più rilevante, attiene alla distinzione dei servizi pubblici in “*servizi a rilevanza industriale*” e in “*servizi privi di rilevanza industriale*”.

Mentre quest'ultimi continuano a seguire le disposizioni dell'art. 22 della precedente disciplina, i servizi a rilevanza industriale vengono aperti alla concorrenza e pertanto sono soggetti a gara ad evidenza pubblica al fine del loro affidamento e gestione. Inoltre, il 5° comma dell'art. 35 rimette la titolarità del servizio da svolgere in regime di concorrenza, e quindi i servizi a rilevanza industriale, alle sole società di capitali individuate tramite gara ad evidenza pubblica, purché queste non “*gestiscano a qualunque titolo servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto*”.

Un'altra novità, introdotta dalla legge 448/2001, attiene alla separazione tra i soggetti proprietari, i soggetti gestori delle infrastrutture e delle reti ed i soggetti erogatori di servizi all'utenza⁹⁰. In sostanza, per i servizi a rilevanza industriale il proprietario della rete è l'Ente locale o una società di capitali a prevalente partecipazione pubblica; mentre l'erogazione del servizio viene curata da un'impresa privata (necessariamente una società di capitali) selezionata tramite gara ad evidenza pubblica.

Se da un lato, il quadro descritto pone fine alla discrezionalità riconosciuta all'Amministrazione locale dalla precedente normativa (anche se limitatamente ai servizi

⁹⁰ In sostanza si viene a separare la responsabilità di gestione ed erogazione del servizio da quella di gestione e manutenzione della rete. Quest'ultima è da intendersi come sistema di impianti e di immobilizzazioni tecniche che costituiscono una condizione infrastrutturale per erogare il servizio pubblico. Così, mentre l'Ente locale è chiamato a realizzare e ad occuparsi della manutenzione delle reti, l'erogazione del servizio viene ad essere rimessa ad un soggetto privato tramite l'espletamento di una procedura competitiva ad evidenza pubblica.

a rilevanza industriale) grazie alla previsione della gara, dall'altro lato sorgono alcuni elementi di contrasto.

In primo luogo la separazione tra soggetto proprietario, gestore ed erogatore del servizio viene ad essere criticata sotto l'aspetto dell'affidamento diretto: l'affidamento della rete, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali (quando per l'appunto separate dal soggetto erogatore del servizio) a società di capitali con partecipazione maggioritaria degli Enti locali, non rispetta il principio comunitario in materia di concorrenza.

Inoltre, ammettere come regola l'affidamento diretto del servizio privo di rilevanza industriale, appare un'ulteriore violazione della logica comunitaria. Se a tali aspetti si aggiunge anche l'elevato numero di contenziosi giudiziari per poter individuare quali servizi possano considerarsi a rilevanza industriale, si individua immediatamente come la materia dei servizi pubblici locali debba essere nuovamente modificata a seguito dei rilievi effettuati dalla giurisprudenza comunitaria.

Gli aspetti salienti della riforma sono dunque la definitiva affermazione della società pubblica o privata nella gestione dei servizi pubblici locali, con la generalizzazione della società di capitali nei servizi di natura industriale ed estesa aziendalizzazione negli altri, ed uno stimolo alla concorrenza all'interno del mercato, essendo previsto nel provvedimento l'affidamento del servizio a rilevanza industriale esclusivamente tramite procedura di gara ad evidenza pubblica, cui potevano partecipare soltanto le società costituite sotto forma di società di capitali.

(Segue): **2.1.4 L'art. 14 del decreto legge 30 settembre 2003 n. 269**

L'esigenza di dipanare ad una serie di incertezze interpretative sul portato dell'art. 35 delle legge 448/01, hanno spinto il legislatore ad intervenire ancora una volta nel settore dei servizi pubblici locali.

L'intervento ha trovato fondamento nell'esigenza di assicurare la libera concorrenza e livelli prestazionali sociali essenziali nel settore dei servizi pubblici. Lo strumento legislativo adottato è stato ancora una volta la legge Finanziaria n. 350/03 e nello specifico, il decreto legge n. 269 del 30 settembre 2003 collegato alla stessa, convertito poi in legge 24 novembre 2003 n. 326.

L'art. 14, pur confermando la proprietà pubblica delle reti e la separazione tra gestione ed erogazione del servizio, sostituisce al concetto di rilevanza industriale quello più conforme al diritto comunitario di rilevanza economica.

In tal senso il legislatore italiano si è trovato a distinguere i “*servizi a rilevanza economica*” da quelli “*privi di rilevanza economica*” lasciando solo per questi ultimi un vuoto normativo che ancora oggi non è stato pienamente colmato⁹¹.

La riforma del 2003 si è trovata anche a ridefinire le modalità di affidamento del servizio, cercando di spingersi sempre di più verso la liberalizzazione del settore. In realtà la normativa in esame non è riuscita a sortire gli effetti sperati, in quanto molti sostengono che il legislatore abbia fatto un passo indietro, rispetto alla legge 448/2001, rimettendo all'Ente locale la gestione dei servizi.

Tale constatazione deriva dal fatto che l'art. 14 della legge 326/2003 prevede, accanto all'obbligo generale della gara (attinente alle sole società di capitali), la possibilità per

⁹¹ I servizi privi di rilevanza economica possono 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 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 svolga la parte più importate 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 medesimo, limitatamente ai servizi culturali e al tempo libero.

l'Amministrazione locale di optare discrezionalmente per l'affidamento diretto del servizio (c.d. affidamento *in house*) a società a capitale interamente pubblico o a società miste. L'affidamento del servizio a società a capitale interamente pubblico può realizzarsi 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”*.

In sostanza, affinché si realizzi tale modalità di gestione, occorre che l'Ente locale eserciti sulla società, alla quale viene affidato il servizio, un controllo direttivo ed organizzativo, analogo a quello esercitato sui propri servizi. Inoltre, la società che ha avuto in affidamento il servizio, deve svolgere la propria attività prevalentemente a favore dell'Ente che gli ha affidato il servizio stesso⁹².

Dall'altro lato, l'affidamento del servizio a società miste potrà avvenire a patto che il socio privato venga individuato tramite l'espletamento di gare ad evidenza pubblica, gare che devono dare *“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”*.

La previsione dell'*in house*, che mantiene le imprese municipalizzate, rappresenta il punto debole della riforma.

⁹² Si tratta di due requisiti che legittimano l'affidamento diretto del servizio a società a capitale interamente pubblico e che derivano dalla sentenza Teckal del 1999 (Sentenza 18 novembre 1999, in causa C-107/98). La Teckal è un'azienda privata che opera nel settore dei servizi di riscaldamento e che nel 1999 era ricorsa al TAR dell'Emilia Romagna per contestare la mancata procedura di gara da parte del Comune di Viano (Reggio Emilia). Questo, infatti, aveva affidato il servizio di riscaldamento di alcuni uffici comunali all'Azienda Gas-Acqua senza ricorrere alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici prevista dalla normativa comunitaria. La questione è stata poi rimessa alla Corte di Giustizia Europea la quale ha stabilito che l'Amministrazione aggiudicatrice potrà stipulare un contratto di appalto a titolo oneroso con un'altra Amministrazione aggiudicatrice solo se quest'ultima è distinta sul piano formale e decisionale dalla prima (si applica in sostanza la direttiva 93/36/CE). In tal senso affinché l'*in house* sia accessibile sono necessarie due condizioni cumulative (riprese poi dal quinto comma, lettera c, dell'art. 14 della legge 326/2003): 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.

2.2 DAL SOCIALISMO MUNICIPALE AI TENTATIVI DI LIBERALIZZAZIONE DEL SETTORE:

2.2.1 *I servizi pubblici locali dopo la riforma del titolo V della Costituzione*

La riforma del titolo V della Costituzione, avvenuta con legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3, ha conferito ampie competenze amministrative e normative alle Regioni e agli Enti locali, e quindi diventa doveroso chiedersi quali spazi effettivi siano oggi assegnati all'iniziativa regionale rispetto allo specifico tema di servizi pubblici locali. L'art. 117 prevede un riparto delle competenze legislative Stato-Regioni incentrato su tre tipologie:

- legislazione esclusiva dello Stato;
- legislazione concorrente Stato-Regioni;
- legislazione residuale affidata alle Regioni.

Nel primo caso la legislazione esclusiva dello Stato fa sì che solo questo possa legiferare nelle materie espressamente elencate dal 2° comma dell'art. 117 Cost.⁹³.

La legislazione concorrente prevede che alle Regioni spetti la potestà legislativa, mentre allo Stato rimane la determinazione dei principi fondamentali.

⁹³ Il secondo comma dell'art. 117 Cost. prevede che "lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie: a) politica estera e rapporti internazionali dello Stato; rapporti dello Stato con l'Unione europea; diritto di asilo e condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea; b) immigrazione; c) rapporti tra la Repubblica e le confessioni religiose; d) difesa e Forze armate; sicurezza dello Stato; armi, munizioni ed esplosivi; e) moneta, tutela del risparmio e mercati finanziari; tutela della concorrenza; sistema valutario; sistema tributario e contabile dello Stato; perequazione delle risorse finanziarie; f) organi dello Stato e relative leggi elettorali; referendum statali; elezione del Parlamento europeo; g) ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli Enti pubblici nazionali; h) ordine pubblico e sicurezza, ad esclusione della polizia amministrativa locale; i) cittadinanza, stato civile e anagrafi; l) giurisdizione e norme processuali; ordinamento civile e penale; giustizia amministrativa; m) determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale; n) norme generali sull'istruzione; o) previdenza sociale; p) legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane; q) dogane, protezione dei confini nazionali e profilassi internazionale; r) pesi, misure e determinazione del tempo; coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale; opere dell'ingegno; s) tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali".

In questo caso le materie di legislazione concorrente vengono stabilite dal 3° comma dell'art. 117 Cost.⁹⁴. Ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato è riservata in maniera residuale alle Regioni, nel rispetto della Costituzione, dell'ordinamento comunitario e degli obblighi internazionali (comma 4° art. 117 Cost.).

Alla luce di tale tripartizione il tema dei servizi pubblici locali non sembra rientrare né tra le materie esclusive dello Stato, né tra le materie legislative concorrenti. Di conseguenza chi può legiferare in materia di servizi pubblici locali, sono le Regioni, in virtù della competenza legislativa residuale loro riconosciuta.

La Corte Costituzionale, tuttavia, è stata chiamata ad intervenire anche su questa materia con la sentenza n. 272/2004 ed ha stabilito che i servizi pubblici locali non possono rientrare nella competenza esclusiva delle Regioni, in quanto le regole attinenti all'affidamento e alla gestione di questi rientrano nella materia della tutela della concorrenza che, invece, è di competenza esclusiva dello Stato.

Tale logica è stata nuovamente confermata dalla Corte Costituzionale mediante la sentenza n. 325/2010. Anche con tale sentenza, quindi, i giudici costituzionali hanno ricondotto la disciplina dei servizi pubblici locali di interesse economico generale alla materia di competenza esclusiva dello Stato prevista dall'art. 117, comma 2°, lettera e), della Costituzione.

La competenza regionale nell'ambito dei servizi pubblici locali, potrebbe desumersi dall'applicazione del principio di sussidiarietà previsto dal nuovo art. 118 della Costituzione, il quale stabilisce, al 1° comma, che *“le funzioni amministrative sono*

⁹⁴ Le materie di competenza concorrente sono le seguenti: “rapporti internazionali e con l'Unione europea delle Regioni; commercio con l'estero; tutela e sicurezza del lavoro; istruzione, salva l'autonomia delle istituzioni scolastiche e con esclusione della istruzione e della formazione professionale; professioni; ricerca scientifica e tecnologica e sostegno all'innovazione per i settori produttivi; tutela della salute; alimentazione; ordinamento sportivo; protezione civile; governo del territorio; porti e aeroporti civili; grandi reti di trasporto e di navigazione; ordinamento della comunicazione; produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia; previdenza complementare e integrativa; armonizzazione dei bilanci pubblici e coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario; valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali; casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale; enti di credito fondiario e agrario a carattere regionale. Nelle materie di legislazione concorrente spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato”.

attribuite ai Comuni salvo che, per assicurare l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza".

Al fine di garantire l'esercizio unitario delle funzioni amministrative il principio di sussidiarietà deve funzionare in maniera verticale: deve agire, in altre parole, come un ascensore, dall'alto verso il basso e viceversa, attribuendo al livello di governo più adeguato ed efficiente le funzioni in esame. Ciò fa sì, che la sussidiarietà verticale sia uno strumento bidirezionale volto a realizzare un sistema istituzionale decentrato o ricentralizzato a seconda delle necessità.

Il principio di sussidiarietà, tuttavia, non regola unicamente i rapporti istituzionali fra i poteri della Repubblica, in quanto il 4° comma dell'art. 118 Cost. stabilisce che *"Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà"*.

In questo caso il principio di sussidiarietà assume una dimensione orizzontale (o sociale), che mira ad un ridimensionamento dell'intervento pubblico, non più in grado di garantire equità ed efficienza.

Le diverse angolazioni (verticale e orizzontale) del principio di sussidiarietà non devono indurre a vedere il principio stesso come un qualcosa di non univoco; anzi la stessa sussidiarietà orizzontale non può realizzarsi se prima non si è attuata quella verticale, ossia non si è attuata l'effettiva attribuzione delle funzioni amministrative agli Enti locali territoriali.

In questa prospettiva la sussidiarietà verticale ed orizzontale si intersecano l'una con l'altra: la sussidiarietà (intesa in senso verticale) consente di individuare il livello istituzionale più adeguato al perseguimento dell'interesse generale e, una volta che ciò si è realizzato, la sussidiarietà medesima (intesa in questo caso in senso orizzontale) consente alle istituzioni titolari di tali funzioni di perseguire l'interesse generale insieme ai cittadini, singoli o associati.

Essendo bidirezionale e funzionando in modo da allocare le competenze al livello

istituzionale più adeguato, non determina sempre un decentramento del potere verso il basso, ma può addirittura ampliare il potere legislativo e regolamentare dello Stato, consentendo a questo di disciplinare materie che, pur non essendo formalmente comprese in quelle indicate dal 2° comma dall'art. 117 Cost., necessitano comunque di una disciplina unitaria a livello nazionale.

In questo modo la Corte Costituzionale sembra voler giustificare il rinvio della normativa sui servizi pubblici locali alla competenza “trasversale” dello Stato, in quanto questo deve intervenire ogni volta che è necessario garantire la libera concorrenza nei settori che ne sono privi⁹⁵.

⁹⁵ L. CUOCOLO, *I servizi pubblici locali: disciplina positiva e prospettive di riforma*, in www.uil.it.

(Segue): 2.2.2 **L'art. 23-bis della legge 6 agosto 2008 n. 133**

La necessità di riformare la materia dei servizi pubblici locali ha portato il legislatore ad emanare la legge 6 agosto 2008, n. 133, intitolata “*Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*”, che nel convertire il decreto legge 25 giugno n. 112, ha introdotto il nuovo art. 23-bis che ambisce ad introdurre una disciplina generale sull'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, al precipuo fine di “*favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale, nonché di garantire il diritto di tutti gli utenti all'universalità e accessibilità dei servizi pubblici locali e al livello essenziale delle prestazioni [...], secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione*”⁹⁶.

Con l'art. 23-bis, denominato “*Servizi pubblici locali a rilevanza economica*”, la legge 133/2008 ha individuato per la prima volta come regola sistematica, la procedura competitiva ad evidenza pubblica per l'affidamento a soggetti terzi dei servizi pubblici locali, ponendosi così in linea con quanto richiesto dall'Unione Europea.

Infatti, il 2° comma dell'art. 23-bis dispone che il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avvenga, 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*

⁹⁶ Tra i primi commenti sulle novità introdotte dall' art. 23-bis, vedi G. PALLIGGIANO, *Commento al decreto legge 135/2009*, in *Guida al diritto*, 41/2009; D. AGUS, *I servizi pubblici locali e la concorrenza*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2010, n. 25; G. NICOLETTI, *La riforma dei servizi pubblici locali: prime valutazioni*, in *Diritto dei servizi pubblici*, 9/2009; C. DE VINCENTI, *I servizi pubblici nel decreto legge n. 135/2009*, disponibile sul sito www.astridonline.it; R. BIANCHINI, *I divieti posti dal comma 9 dell' art. 23 bis*, in *Diritto dei servizi pubblici*, 10/2009.

discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità". La deroga alle procedure competitive ad evidenza pubblica è rappresentata dall'*in house* che può essere utilizzata solo eccezionalmente a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali o geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, le quali non avrebbero potuto consentire "un efficace e utile ricorso al mercato". In questi casi l'Ente affidante deve, secondo il 4° comma dell'art. 23-bis, "dare adeguata pubblicità della scelta, motivandola in base ad un'analisi di mercato e trasmettendo una relazione contenente gli esiti della detta verifica all'Antitrust e alle autorità di regolazione del settore, ove costituite, per l'espressione di un parere sui profili di competenza da rendere entro 60 giorni dalla ricezione della predetta relazione".

Il parere che l'Antitrust e le autorità di regolazione del settore, se previste, devono fornire, è un parere obbligatorio ma non vincolante. Ciò significa che, anche in presenza di un parere negativo da parte dell'autorità di riferimento, l'Ente locale può ricorrere ugualmente all'affidamento diretto senza poi essere sanzionato. Da ciò potrebbe scaturire l'irrelevanza del parere stesso, se non fosse che, in sede di contenzioso questo possa acquisire un peso rilevante per quel TAR che si trovasse a deliberare su un determinato ricorso.

Nonostante l'art. 23-bis rappresenti il fulcro della normativa sui servizi pubblici locali, il legislatore italiano è dovuto ritornare sulla materia a seguito delle procedure di infrazione avviate dalla Commissione Europea contro il nostro Paese. Le contestazioni europee, però, non sono state le uniche ragioni che hanno portato il legislatore ad intervenire, in quanto sin dalla sua stesura, l'art. 23-bis presentava delle rilevanti incongruenze che cercavano di essere sanate dalla giurisprudenza.

In tal senso, l'aspetto più dibattuto nell'articolo in esame riguardava la mancata menzione delle società miste nella legge 133/2008. Infatti, l'articolo 23-bis, pur determinando un nuovo sistema di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, incentrato su una modalità di affidamento ordinaria e su una in deroga, lasciava all'interprete il compito di capire se le società miste dovessero rientrare

nell'una o nell'altra procedura. In tale situazione di incertezza è intervenuta l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che, tramite i suoi numerosi pareri, ha sempre sostenuto come l'affidamento diretto dei servizi pubblici locali a società miste fosse riconducibile all'alveo delle procedure competitive ad evidenza pubblica, piuttosto che agli affidamenti diretti previsti dal 3° comma dell'art. 23-bis.

Ciò significa che la scelta del partner privato deve avvenire tramite gara ad evidenza pubblica e a questo devono essere attribuiti specifici compiti e funzioni tali da renderlo "socio operativo" piuttosto che mero "socio finanziatore"⁹⁷. Per l'Autorità Garante non è, tuttavia, sufficiente che il socio privato sia scelto tramite gara ad evidenza pubblica, in quanto anche lo stesso servizio oggetto di affidamento deve essere sottoposto al gioco della libera concorrenza.

La mancata menzione delle società miste nell'art. 23-bis della legge 133/2008, non è l'unico aspetto dibattuto dalla giurisprudenza. La stessa previsione dell'affidamento *in house* come deroga alla procedura ordinaria, infatti, desta alcune perplessità interpretative. In tal senso si ritiene che l'affidamento diretto del servizio, a seguito di situazioni eccezionali che non rendano possibile l'efficace e utile ricorso al mercato, determini a carico dell'Ente locale un potere discrezionale tale da dar vita ad una deroga "illimitata". L'ultimo aspetto dibattuto in merito all'art. 23-bis riguarda il regime transitorio. Questo rimette l'applicazione della normativa in esame all'emanazione di uno o più regolamenti da parte del Governo, nel termine di 180 giorni dall'entrata in vigore della legge 133/2008⁹⁸.

Alla luce delle diverse contestazioni analizzate, il legislatore italiano, a distanza di appena un anno dalla legge 133/2008, si è trovato a varare la "riforma delle riforme" mediante l'art. 15 del decreto legge 135 del 25 settembre 2009 (c.d. Decreto Ronchi).

⁹⁷ In tal senso si esprime G. GUZZO, *La nuova disciplina dualistica dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e il nodo gordiano delle società miste alla luce della comunicazione dell'Antitrust del 16 ottobre 2008*, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

⁹⁸ In tal senso si veda P.G. MARRONE e S. MUSOLINO, *La riforma dei servizi pubblici locali alla luce del d.p.r. 7 settembre 2010, n. 168*; R. VILLATA, *La riforma dei servizi pubblici locali*, Giappichelli - Torino, 2011, p. 315 ss.

(Segue): 2.2.3 **L'art. 15 del decreto legge 25 settembre 2009 n. 135**

La necessità di garantire una maggiore apertura e competitività nel settore dei servizi pubblici locali, ha portato il legislatore a varare l'art. 15 del decreto legge 135/2009 (cd. Decreto Ronchi), convertito con successive modifiche, nella legge 20 novembre 2009, n. 166, che si è trovato a riscrivere l'art. 23-bis della legge 133/2008, introducendo aspetti che tale disposizione aveva tralasciato o meglio non aveva accuratamente specificato.

La novità più importante, che l'art. 15 ha apportato all'art. 23-bis, riguarda le modalità di gestione dei servizi pubblici locali: la gestione ordinaria di tali servizi può avvenire, oltre che a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite, individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, anche a favore di società a partecipazione mista pubblica-privata.

In questo ultimo caso, l'affidamento dei servizi pubblici locali a società miste può avvenire a condizione che il socio privato sia selezionato mediante il ricorso ad una procedura competitiva ad evidenza pubblica e che a questi sia attribuita una quota non inferiore al 40% del capitale sociale. E' altresì necessario che tale soggetto sia in possesso della qualità di socio e che gli siano attribuiti compiti operativi connessi alla gestione del servizio.

L'art. 15 del decreto Ronchi è poi intervenuto sulla procedura in deroga prevista dal 3° comma dell'art. 23-bis, circoscrivendone il ricorso alle sole società a totale capitale pubblico. Originariamente, infatti, l'art. 23-bis, riconosceva l'affidamento diretto del servizio a seguito di situazioni eccezionali, tali da non rendere possibile l'efficace e utile ricorso al mercato. Tali situazioni, valutate discrezionalmente dall'Ente locale, davano vita ad una deroga illimitata che non riusciva ad essere contenuta nemmeno dalla previsione del parere da parte dell'Antitrust.

In tal senso l'art. 15 è intervenuto per cercare di limitare il campo d'azione della deroga in oggetto, prevedendo che l'affidamento diretto del servizio possa avvenire a favore della sola *“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 comunitari 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".

Al riguardo l'art. 15 sembra aver fatto un passo indietro rispetto al testo originale dell'art. 23-bis, tralasciando completamente le aziende speciali e circoscrivendo il principio dell'autoproduzione della Pubblica Amministrazione al solo possibile modello gestionale delle società a totale partecipazione pubblica.

L'art. 15 si è poi trovato a confermare il 4° comma dell'art. 23-bis, stabilendo che la procedura in deroga deve trovare adeguata pubblicità da parte dell'Amministrazione locale che è tenuta a trasmettere una relazione all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato affinché questa possa esprimere un parere preventivo entro 60 giorni dalla ricezione della documentazione prevista. Oltre che a confermare tale previsione, l'art. 15 del decreto legge 135/2009, ha introdotto due importanti novità che hanno cercato di chiarire il testo originario della precedente disposizione.

L'art. 23-bis rivisitato dall'art. 15 stabiliva, in primo luogo, che il parere deve essere fornito solo dall'Antitrust e non più anche dalle autorità di settore, come sostenuto dalla precedente normativa, con il vantaggio di evitare la presenza di due pareri potenzialmente discordanti. In secondo luogo l'art. 15 ha introdotto il principio del silenzio-assenso, così che decorso inutilmente il termine di 60 giorni, affinché l'Antitrust possa esprimersi sull'affidamento del servizio in house, il parere stesso si intende espresso in senso favorevole.

L'art. 15 è poi intervenuto sul regime transitorio, previsto dall'art. 23-bis della legge 133/2008, agendo sulle difficoltà interpretative che tale normativa presentava. In tal senso il decreto legge 135/2009 ha previsto i termini entro cui gli affidamenti non conformi a quanto stabilito dall'art. 15 debbano cessare. Così, gli affidamenti in house cessano improrogabilmente e senza necessità di deliberazione da parte dell'Ente affidante in data 31 dicembre 2011 se la società di gestione resta interamente pubblica.

Nello stesso termine cessano di operare le gestioni affidate direttamente a società miste in cui il socio privato sia stato scelto con gara che, però, non ha riguardato anche

l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio. Gli affidamenti diretti assunti da società a partecipazione pubblica già quotate in borsa e quelle da esse controllate in virtù dell'art. 2359 c.c., cessano alla scadenza prevista dal contratto di servizio, a condizione che la partecipazione pubblica si riduca progressivamente ad una quota non superiore al 40% entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30% entro il 31 dicembre 2015.

Le gestioni affidate e non espressamente previste dall'art. 15 cessano entro il 31 dicembre senza apposita deliberazione da parte dell'Ente affidante.

Per rendere operativa la normativa, ma soprattutto per garantire un completamento della materia dei servizi pubblici locali, è stato emanato il D.P.R. 168/2010. Tale decreto, intitolato "*Regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, a norma dell'art. 23-bis, comma 10, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133*", si sostanzia in un Regolamento di attuazione della disciplina dell'art. 23-bis al fine di orientare l'atteggiamento delle Pubbliche Amministrazioni in merito al fenomeno degli affidamenti in house.

In modo particolare il D.P.R. in esame cerca di intervenire su alcuni problemi interpretativi in modo da favorire l'armonizzazione tra la disciplina generale e quella di settore applicabile a distinte tipologie di servizi pubblici. Il punto focale del Regolamento è contenuto all'art. 2 che limita i casi di gestione in regime di esclusiva dei servizi pubblici locali, cercando così di favorire il processo di liberalizzazione del settore nel territorio nazionale. In tal senso il D.P.R. 168/2010 ha previsto il ricorso all'affidamento in house solo a seguito di una verifica da parte dell'Ente locale.

Alla luce di tale verifica, l'Ente locale adotta una delibera quadro in cui illustra l'analisi compiuta, i fallimenti del sistema concorrenziale e i benefici derivanti dal mantenimento del regime di esclusiva del servizio; tale delibera quadro, elaborata periodicamente (secondo i rispettivi ordinamenti degli Enti locali) e comunque in ogni caso prima di procedere al conferimento o al rinnovo della gestione dei servizi, dovrà essere inviata all'Antitrust ai fini della relazione al Parlamento.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato si trova, quindi, ad esprimere un parere sull'affidamento del servizio in house, ma il tutto deve avvenire secondo quanto stabilisce l'art. 4 del D.P.R. 168/2010.

L'articolo in esame, infatti, si propone di sottoporre al vaglio dell'Antitrust solo l'affidamento delle gestioni di servizi il cui valore risulti superiore ai 200.000 euro, sottraendo così all'Autorità la valutazione delle gestioni di minore importanza.

La soglia dei 200.000 euro, che rappresenta il limite al di sotto del quale non è richiesto il parere dell'Antitrust, rischia tuttavia di intralciare l'attività di questa che è chiamata ad esprimersi anche per l'affidamento di servizi effettuati dai piccoli Comuni Italiani.

2.3 LA RECENTE EVOLUZIONE DEL QUADRO NAZIONALE SUI SERVIZI PUBBLICI LOCALI

(Segue): 2.3.1 *La disciplina dei servizi pubblici locali a seguito del referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011*

Il 12 e 13 giugno 2011 si è svolto il referendum popolare con oggetto, tra l'altro, la disciplina dei servizi pubblici locali. In particolare, il primo quesito referendario proponeva l'abrogazione dell'intera disciplina in materia di affidamento e di gestione dei servizi pubblici locali contenuta nell'art. 23-*bis* del decreto legge 112/2008, convertito in legge 133/2008, come modificato dal decreto legge 135/2009 cd. decreto Ronchi, convertito in legge 166/2009 smi.

Come noto, l'art. 23-*bis* intendeva promuovere la concorrenza, interveniva sulle modalità di assegnazione della gestione dei servizi pubblici locali, abrogava le disposizioni dell'art. 113 del T.U.E.L. nelle parti incompatibili e indicava come prevalente la norma generale su quelle, diverse e molteplici, di settore.

L'effettiva portata della consultazione popolare è dunque più vasta rispetto alla sola richiamata pubblicizzazione dell'acqua ed investe le modalità di affidamento dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, ad esempio trasporti pubblici locali su gomma, servizio rifiuti e servizio idrico.

Non sono, invece, investite dall'esito referendario e restano valide le discipline settoriali inerenti la distribuzione del gas⁹⁹, la distribuzione di energia elettrica¹⁰⁰, il trasporto ferroviario regionale¹⁰¹ e la gestione delle farmacie comunali¹⁰², già escluse dall'applicazione dell'articolo 23-*bis* ed oggetto di specifiche normative.

⁹⁹ Decreto legislativo 23 maggio 2000 n. 164 e dall'art. 46-bis del D.L. 1° ottobre 2007 n. 159 convertito con legge 29 novembre 2007 n. 222.

¹⁰⁰ Legge 23 agosto 2004 n. 239.

¹⁰¹ Decreto legislativo 19 novembre 1997 n. 422.

¹⁰² Legge 2 aprile 1968 n. 475.

All'esito del referendum, i Comuni, invece, sono più liberi di scegliere la formula organizzativa che ritengono più opportuna, ivi compresa la gara, e sempre in ossequio ai principi europei in materia di tutela della concorrenza.

I Comuni sono investiti di una nuova "*libertà responsabile*", che responsabilmente utilizzeranno e del cui utilizzo saranno chiamati a rispondere. Rimane inalterato l'avviso dell'Associazione circa la necessità di un intervento effettivamente riformatore; in particolare, dell'introduzione di un'Authority di settore, che vigili sulla correttezza di tutti gli affidamenti (anche *in house*) e sulle tariffe.

Anche dopo la pronuncia referendaria, i Comuni sono chiamati, da un lato, a garantire alle comunità locali l'accesso ai beni ed ai servizi pubblici e, dall'altro, a ricercare un rapporto fra costi e tariffe che consenta alle gestioni di essere in pareggio.

Qualsiasi forma di gestione venga individuata, infatti, resta ferma la necessità di una sana e corretta gestione economico-finanziaria che deve garantire una qualità elevata dei servizi ed investimenti nelle reti e negli impianti.

a) Normativa di riferimento

L'abrogazione del suddetto articolo 23-*bis* rende necessario il chiarimento di alcuni aspetti inerenti gli effetti e le possibilità che si aprono per i Comuni in materia di affidamento dei servizi.

Il decreto Ronchi stabiliva che le modalità ordinarie di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, ivi incluso del servizio idrico integrato, fossero:

- l'affidamento a soggetti privati attraverso gara;
- l'affidamento a società a capitale misto pubblico-privato, con socio privato operativo, scelto attraverso gara a doppio oggetto e detentore di almeno il 40% del capitale.

La possibilità di ricorrere all'affidamento *in house* era relegata a deroga eccezionale, sulla base di determinate caratteristiche morfologiche, previa analisi di mercato e parere obbligatorio e non vincolante dell'*Antitrust* (per valori superiori ai 200.000 euro annui,

come previsto dal D.P.R. 168/2010). Aspetto importante è che la norma in questione stabiliva e regolamentava, previsione non contemplata dall'ordinamento comunitario, un periodo transitorio per la scadenza obbligatoria degli affidamenti diretti non conformi alla norma stessa, disciplinandone termini e modalità.

L'abrogazione della norma e del sistema transitorio ivi previsto, rende particolarmente importante la valutazione che i Comuni dovranno compiere circa la validità fino alla scadenza prevista degli affidamenti in essere.

b) Effetti della consultazione sulle gestioni in essere

In merito alle gestioni esistenti, dal referendum non consegue l'automatica scadenza o l'illegittimità degli affidamenti in essere. Resteranno innanzitutto attivi, fino alla scadenza naturale, gli affidamenti dei servizi effettuati a società pubbliche *in house providing* che soddisfano i requisiti fissati dalla giurisprudenza comunitaria (controllo sul gestore analogo a quello svolto sui propri organi, svolgimento dell'attività in via prevalente per l'amministrazione o le amministrazioni controllanti, capitale societario totalmente pubblico).

Nessun obbligo dunque per i Comuni di ridurre le proprie partecipazioni, secondo tempi e modalità prestabilite, per poter portare a scadenza i contratti in essere (la norma abrogata prevedeva per le società quotate in borsa di ridurre le azioni in mano pubblica, entro il 31/12/2015, a non più del 30% nonché per quelle non quotate la cessione, entro il 31/12/2011, di almeno il 40% delle quota pubblica a privati; nessuno di questi obblighi è sopravvissuto all'esito del referendum).

Più complesso è stabilire se l'abrogazione referendaria restituisca ai Comuni la possibilità di una gestione, oltre che mediante società a totale partecipazione pubblica, anche in economia o mediante azienda speciale.

Il punto è controverso, ma al di là delle recenti prese di posizione del giudice amministrativo, che hanno sottolineato l'inesistenza di un divieto in tal senso, nell'ordinamento interno (C.d.S., sez. V, 26 gennaio 2011, n. 552), non vi è dubbio che

l'abrogazione dell'art. 23-bis e la "non reviviscenza" dell'art. 113, comma 5°, T.U.E.L., non consentono di immaginare la persistenza di un divieto alla gestione in economia o mediante azienda speciale, che pure la Corte Costituzionale aveva ricostruito in forza della sostanziale continuità di disciplina tra gli artt. 35 della legge 448/01, 14 del decreto legge 269/03, e l'art. 23-bis; continuità oggi spezzata, appunto, dall'esito referendario e dalla contestuale abrogazione della disciplina del T.U.E.L. e di quella del decreto legge 112/08.

Alla luce delle considerazioni su esposte le amministrazioni si trovano comunque a dover compiere un'analisi dei propri affidamenti ed a verificarne esclusivamente la conformità rispetto ai dettami comunitari. Ad esempio erano, e restano illegittime, le società non in *house providing* e potrebbero esserlo le società miste il cui socio sia stato selezionato senza gara o in base a requisiti non specifici (cd. socio generalista).

Il referendum sostanzialmente ha posto le modalità di gestione *in house* e le altre sullo stesso piano purché entro specifici parametri comunitari.

Ciò comporta che le società pubbliche *in house* saranno soggette alle limitazioni previste dalle sole norme comunitarie per la partecipazione alle gare per l'affidamento di altri servizi in altri Enti locali, essendo stata abrogata la norma del Ronchi che vietava a tali società la possibilità di ottenere né direttamente né con gara l'affidamento di ulteriori servizi o di servizi in ambiti territoriali diversi dal proprio.

c) Le modalità di affidamento post-referendum

La Corte Costituzionale nella sentenza di ammissibilità sul quesito referendario (sentenza n. 24/2011), analizzando gli effetti dell'abrogazione dell'articolo 23-bis, ha previsto che non consegue alcuna reviviscenza delle norme abrogate da tale articolo mentre vige l'applicazione immediata nell'ordinamento nazionale della normativa comunitaria (meno restrittiva rispetto a quella oggetto di referendum) sulle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica.

Quest'ultima non impone la privatizzazione dei servizi pubblici locali, ma consente, agli Stati membri, di mantenere la gestione pubblica e non prevede una soglia minima di partecipazione dei privati nelle società miste. In sostanza adesso i Comuni, possono affidare la gestione dei servizi pubblici locali mediante:

- gara ad evidenza pubblica, in questo caso in base alle normative inerenti gli appalti o le concessioni di servizi;
- società mista mediante selezione con gara a doppio oggetto del socio privato non generalista (quindi operativo) che collabora con il soggetto pubblico, in applicazione delle disposizioni inerenti il Partenariato Pubblico Privato (PPP), senza dunque vincoli relativi alla percentuale di capitale detenuta dal privato stesso;
- gestione in *house providing* purché in possesso dei requisiti previsti dall'ordinamento comunitario.

(Segue): **2.3.2 Art. 4 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e le modifiche introdotte dalla legge 12 novembre 2011, n. 183 c.d. “legge di stabilità 2012”**

A seguito del referendum abrogativo dell’art. 23-*bis*, che aveva posto numerose questioni sul piano interpretativo, la legge 148/2011¹⁰³ ha nuovamente disciplinato la materia dei servizi pubblici locali, riproducendo in parte le previsioni del 23-*bis* e incorporando, per altro verso, parte della disciplina che prima era dettagliata nel regolamento di delegificazione.

Il più recente intervento del legislatore sul tormentato tema delle modalità di gestione dei servizi pubblici locali è il più completo, almeno in quanto a contenuti, che finora il legislatore abbia prodotto; infatti, il testo attuale ingloba in sé anche quanto nella fase precedente era suddiviso tra legge e regolamento di delegificazione.

Il paradosso è che, se si guarda all’ambito di applicazione, questo pacchetto normativo si applica a due settori soltanto dei servizi pubblici locali: al ciclo dei rifiuti e, in termini assai limitati, al trasporto pubblico locale (TPL).

Infatti, in modo anche più netto che nella versione precedente¹⁰⁴ l’art. 4, comma 34°, “esclude” dalla nuova disciplina: il servizio idrico integrato; il servizio di distribuzione del gas naturale; il servizio di distribuzione di energia elettrica; il servizio di trasporto ferroviario regionale; la gestione delle farmacie comunali; che restano soggetti esclusivamente a discipline settoriali.

Occorre quindi evitare di prestare attenzione soltanto all’art. 4, se si vuole avere il panorama normativo dei servizi pubblici locali di rilevanza economica soggetti ad una disciplina legislativa nazionale (e regionale).

¹⁰³ Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, recante ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo - Delega al Governo per la riorganizzazione della distribuzione sul territorio degli uffici giudiziari.

¹⁰⁴ L’art. 23-*bis* “faceva salve” le discipline di settore, adottando dunque uno schema di prevalenza delle discipline di settore, non di reciproca esclusione, ma già il regolamento 168/2010 parlava invece di “esclusione”; art. 1, comma 3°: “sono esclusi dal presente regolamento...” seguiva l’elenco, in cui non compariva il servizio idrico (oggetto del comma 2°), e comparivano invece i servizi strumentali di bersaniana memoria.

Procedendo in ordine logico e sistematico occorre esaminare innanzitutto i primi quattro commi dell'art. 4, perché sono queste norme a rappresentare la filosofia dell'intervento:

- Libertà di iniziativa economica fin dove possibile;
- Introduzione di obblighi di servizio pubblico dove necessario;
- Extra ratio;
- Regime di esclusiva e quindi gara.

Le norme sono quasi identiche a quelle che erano contenute nei commi da 1° a 4° dell'art. 2 del regolamento di delegificazione, introdotto sulla base della delega contenuta nel noto art. 23-bis. A loro volta quelle riproducevano letteralmente il contenuto nel parere del 24 maggio 2010, n. 02692 del Consiglio di Stato sullo schema di regolamento. Bisogna ammettere, però, che la formulazione non è nuova.

Già nel decreto legge del Governo A.S. 4014 (XIII Legislatura) si poteva leggere: *“Gli Enti locali, nell'esercizio delle funzioni di loro competenza, provvedono ad organizzare i servizi pubblici, o segmenti di essi, con le modalità di cui al presente articolo, ove il relativo svolgimento in regime di concorrenza non assicuri la regolarità, la continuità, l'accessibilità, la economicità e la qualità dell'erogazione in condizioni di uguaglianza. Il gestore di un servizio pubblico locale o di un'infrastruttura strumentale a detto servizio è tenuto ad ammettervi utenti ed imprese che ne hanno titolo, sulla base di condizioni oggettive, trasparenti e non discriminatorie”*.

Era un'affermazione di principio, che si rifaceva direttamente all'art. 86 del Trattato CE, ora art. 106 del T.F.U.E., il quale, come è noto, afferma la prevalenza delle regole di concorrenza anche nel campo dei servizi pubblici.

L'art. 106 va inteso nel senso che, le imprese di servizio pubblico sottostanno alle regole della concorrenza, salvi i casi in cui l'adempimento dei compiti loro specificamente affidati renda necessario, secondo una valutazione strettamente ancorata al principio di proporzionalità, il riconoscimento di taluni diritti speciali ed esclusivi.

Ne deriva che la necessaria valutazione preliminare consiste proprio nell'esaminare se il funzionamento del mercato, libero o regolato, è sufficiente per il soddisfacimento

degli interessi pubblici. “Nel mercato”, o “per il mercato”, possono operare imprese sia pubbliche che private. Anche questa è regola europea, che l’art. 4, comma 9°, riprende affermando che anche le società a capitale interamente pubblico, a maggior ragione quelle miste pubblico-privato, possono partecipare alle procedure competitive ad evidenza pubblica, sempre che non ci siano specifici divieti di legge.

Ma la partecipazione a tali procedure, in presenza di un’esclusiva, non ci dice “ancora” con certezza che anche le imprese pubbliche possano operare nel mercato dei servizi pubblici, al pari delle imprese private.

Il nuovo testo di legge (non più di regolamento) tenta l’introduzione di una modalità attuativa del principio, affidandola ad una delibera-quadro del singolo Ente locale. Il C.d.S. nel parere sullo schema di regolamento governativo¹⁰⁵, lamentava che, nell’affidare agli Enti locali la verifica circa la possibilità di aprire l’attività dei servizi pubblici locali di rilevanza economica alla concorrenza e di limitare l’attribuzione di diritti di esclusiva, il regolamento non vi contenesse criteri puntuali e definiti, un quadro di riferimento concreto legato ai dati economici di mercato, quindi il C.d.S. suggeriva una più precisa indicazione sulle valutazioni rimesse al singolo Ente, segnatamente un’analisi di mercato.

In quel testo si affermava, che gli Enti locali avrebbero potuto limitare l’attribuzione di diritti di esclusiva “*ove non diversamente previsto dalla legge*”. Poiché in tutti i servizi pubblici economici di ambito locale vi sono diritti di esclusiva previsti dalla legge, l’operazione di “limitazione dei casi di esclusiva” avrebbe dovuto svolgersi al di fuori dei servizi normati dal legislatore.

Con il testo suggerito dal C.d.S., dunque, l’operazione di liberalizzazione avrebbe potuto svolgersi soltanto per i servizi non normati dalla legge. Ma questi ultimi non possono ad oggi prevedere forme di esclusiva, perché l’esclusiva non può essere disposta che dalla legge.

¹⁰⁵ Il criterio di delegificazione affidava al regolamento di “limitare...i casi di gestione in regime di esclusiva” (art. 23-bis, comma 10, lettera g).

Quindi, l'intero testo in esame si riduceva al nulla: sulle esclusive introdotte dalla legge non si sarebbe potuto intervenire; nei servizi non normati dalla legge non potevano esserci esclusive da sopprimere.

Se ne deduce che, a prendere sul serio questo affidamento di compiti di liberalizzazione ai Comuni, bene ha fatto il legislatore dell'art. 4 ad eliminare l'inciso "*ove non diversamente disposto dalla legge*".

La valutazione, in ordine alla realizzabilità (o non) di una gestione concorrenziale dei servizi, spetta agli Enti locali: Comuni e Province, Unioni di comuni e, Autorità d'ambito, ove costituite nella forma prevista dal Codice dell'Ambiente.

Essa si esprime con una "delibera-quadro", che non ha carattere regolamentare, costituendo la valutazione concreta preliminare alla decisione in ordine alle modalità di erogazione dei servizi. Servizi che l'ente ha già "assunto" nella propria responsabilità/titolarità, o perché obbligato dalla legge (vale per tutti i noti servizi pubblici locali, ma ricordiamo che l'art. 4 si applica soltanto a rifiuti e trasporti) o per autonoma decisione (parcheggi, assistenza domiciliare, altro).

Al di fuori delle attività di servizio pubblico obbligatorie, l'assunzione di un servizio come servizio pubblico è il passaggio necessario perché si ricada nell'ambito di applicazione di questa previsione.

Va inoltre sottolineato che per ciascun servizio esaminato, l'Ente locale deve individuare i "bisogni della comunità", sulla cui base dovrà essere fatta l'analisi di mercato destinata a concludersi con la dichiarazione di idoneità/inidoneità della libera iniziativa economica privata a garantire quei bisogni.

In conclusione possiamo affermare che, in via generale la disciplina regola il processo di liberalizzazione, rinviando agli Enti locali il compito decisivo di valutare, con una delibera-quadro:

1. se il servizio pubblico locale può essere fornito da più operatori in concorrenza tra loro;
2. quali obblighi di servizio pubblico possono essere imposti;
3. quali sono i "bisogni della comunità locale".

Di fatto, lo schema attuale non è più quello di un atto avente forza di legge o di un regolamento attuativo, ma piuttosto di norme che vengono poi attuate dagli Enti locali, con un atto amministrativo attraverso una delibera-quadro.

Il che può portare a soluzioni molto differenziate, che se da un lato possono essere idonee a soddisfare le esigenze specifiche di situazioni tra loro anche molto differenti, dall'altro creano qualche perplessità in merito all'omogeneità dell'applicazione della norma.

Capitolo III

IL SERVIZIO PUBBLICO LOCALE: UN CONCETTO IN CONTINUA EVOLUZIONE

SOMMARIO: **3.1** *Il servizio pubblico: nozione e profili distintivi.* - **3.2** *Le due concezioni di servizio pubblico; – La concezione soggettiva; – La concezione oggettiva.* - **3.3** *Alla ricerca di una definizione attuale di servizio pubblico locale.* - **a)** *Il servizio pubblico nel nuovo ordinamento degli Enti locali.* - **b)** *Riforme amministrative, principio di sussidiarietà e ruolo degli Enti locali nella definizione del servizio pubblico.* - **3.4** *Le categorie: servizi “di rilevanza economica” e “privi di rilevanza economica”.* - **(Segue): 3.4.1** *I criteri di distinzione dopo la sentenza del Consiglio di Stato n. 6529/2010.* - **3.5** *I servizi pubblici locali nel diritto comunitario: principio di concorrenza e interessi generali.* - **3.6** *Incamminandosi verso la riforma del sistema: servizio pubblico locale e mercato.* - **3.7** *Il superamento della contrapposizione pubblico-privato e il nuovo ruolo dell’Ente locale.*

3.1 IL SERVIZIO PUBBLICO: NOZIONE E PROFILI DISTINTIVI

La tematica dei servizi pubblici ha costituito da sempre oggetto di dibattiti dottrinali e legislativi in quanto su tale terreno si scontrano interessi eterogenei e contrapposti: esigenze di governo pubblico del mercato e di sviluppo dell’iniziativa privata, istanze sociali ed economicità della gestione. Per tale motivo la nozione di servizio pubblico è una delle più complesse e tormentate che la teoria del diritto pubblico e amministrativo abbia cercato di dare.

Le prime teorie del diritto amministrativo distinguevano tra funzione e servizio di un pubblico potere, intendendosi per funzione, l’attività giuridica autoritativa posta in essere nell’esercizio di una potestà giuridica e, per servizio, il risultato dell’ingerenza dello Stato in settori a prevalente carattere economico e produttivo.

Oggi tale distinzione è stata superata: la questione riguarda, da un lato, le motivazioni dell’intervento pubblico nell’economia e, dall’altro, le trasformazioni dello Stato e dell’Amministrazione nei rapporti con la società civile.

Il servizio pubblico, infatti, si colloca a confine tra il pubblico e il privato, in una sorta di zona grigia i cui contorni mutano costantemente nel tempo sia in conseguenza di trasformazioni socio-economiche che per il riassetto dei compiti dello Stato, ma anche per l'evoluzione tecnico-scientifica o per l'insorgere di nuovi bisogni cui i cittadini ritengono che i pubblici poteri debbano dare soddisfazione.

Nell'ambito delle attività amministrative rientrano i "servizi pubblici", dei quali l'ordinamento giuridico non dà una definizione univoca, in quanto l'eterogeneità dello stesso, non ne consente una nozione oggettiva così che la nozione in questione è stata essenzialmente il frutto dell'opera interpretativa di dottrina e giurisprudenza che hanno elaborato concezioni teoriche differenziate in relazione al quadro normativo e istituzionale di riferimento.

In via generale, il concetto di servizio pubblico evoca l'idea di un compito di interesse generale da realizzare, al quale si preponga un soggetto pubblico che ne curi, direttamente o attraverso altri, l'esecuzione. Il servizio pubblico si identifica con una Pubblica Amministrazione che cura in maniera concreta gli interessi della collettività, senza far uso di poteri che comprimono o limitano la sfera di libertà dei cittadini.

Il servizio pubblico viene così a configurarsi come il complesso di attività materiali e paritetiche dell'amministrazione rivolte ad aumentare il benessere di una collettività. Lo stesso può essere apprestato sia da aziende pubbliche che da quelle private, purché esse siano orientate in via prioritaria alla tutela dell'interesse generale.

Il carattere pubblico del servizio non dipende quindi dalla veste giuridica (pubblica o privata) assunta dall'azienda che lo produce, ma dal fatto che soddisfi bisogni collettivi.

Il concetto di servizio pubblico risulta dinamico nel tempo, in ragione dei mutevoli bisogni e delle relative valutazioni di utilità da parte della collettività amministrativa; esso è, inoltre strettamente legato allo specifico scenario economico, politico e sociale di riferimento, in quanto è espressione della cultura e dei valori di una comunità di persone più o meno ampia.

3.2 LE DUE CONCEZIONI DI SERVIZIO PUBBLICO: CONCEZIONE SOGGETTIVA E CONCEZIONE OGGETTIVA

L'assenza, quindi, di una disposizione normativa, che ha chiarito la nozione di servizio pubblico, ha determinato l'elaborazione di diverse tesi dottrinali in materia, tra le quali meritano di essere analizzate la teoria "soggettiva" e quella "oggettiva" di servizio pubblico¹⁰⁶.

La *teoria soggettiva*, sviluppata agli inizi del XX secolo in corrispondenza dei processi di nazionalizzazione e municipalizzazione dei servizi pubblici, focalizza l'attenzione sull'aspetto soggettivo dell'imputazione del servizio dell'amministrazione. Secondo questa prima teoria, il pubblico servizio identifica qualsiasi attività, non avente carattere autoritativo, posta in essere da un pubblico potere e diretta a fornire prestazioni ai cittadini singolarmente. Tale attività può essere gestita dal soggetto pubblico attraverso propri organismi o affidata in concessione ai privati senza che altre imprese possano fare loro concorrenza.

Essa prevede che elemento qualificante della nozione di servizio pubblico sia l'assunzione e la gestione, da parte di un pubblico potere, di una determinata attività: quando l'amministrazione ritiene che un determinato servizio economico sia d'interesse pubblico decide di provvedere alla sua gestione, escludendo di conseguenza che lo stesso possa essere rimesso alla libera iniziativa economica.

Pertanto, secondo questa corrente di pensiero, per servizio pubblico va inteso l'esercizio da parte di un soggetto pubblico, in modo diretto o attraverso specifiche articolazioni (quali le aziende autonome o mediante affidamento in concessione), di un'attività imprenditoriale offerta in modo indifferenziato al pubblico.

Questa teoria è stata oggetto di numerose critiche: da un lato, le attività d'impresa che l'amministrazione pone in essere nei settori più disparati ma che spesso non hanno

¹⁰⁶ M. DUCATO, I servizi pubblici, in AA.VV., Trattato di diritto amministrativo, Parte speciale (a cura di) S. Cassese, Milano, 2003, pp. 2606 e ss.

alcuna connessione con le finalità proprie dei servizi pubblici, e, dall'altro, le attività che hanno caratteristiche simili ai servizi pubblici ma che sono gestite dai privati e non da un'amministrazione.

La *teoria oggettiva*, la cui elaborazione deve essere fatta risalire a Pototschnig¹⁰⁷, ha l'intento di qualificare un'attività di pubblico servizio in base alla sua rispondenza alla pubblica utilità e al pubblico interesse, e al controllo diretto di un soggetto pubblico, a prescindere dal soggetto a cui è istituzionalmente collegata. In questo senso sembra potersi individuare nel pubblico servizio l'attività che si riferisce ai fini assunti dallo Stato e dagli enti locali territoriali come propri, in quanto rispondenti ad esigenze di pubblica utilità.

Secondo l'interpretazione più accreditata, tale concezione sembra trovare conferma anche nella Carta Costituzionale, che ha chiarito come esistano attività qualificabili oggettivamente come servizi pubblici essenziali e che proprio in ragione della loro natura possono essere riservate o trasferite allo Stato o ad enti pubblici.

Dal combinato disposto degli artt. 41 e 43 della Costituzione emergerebbe poi che per servizio pubblico deve intendersi, indipendentemente dal soggetto che la pone in essere, *“ogni attività economica, pubblica o privata, sottoposta ai programmi e ai controlli ritenuti dalla legge opportuni per indirizzarla e coordinarla a fini sociali”*.

Ciò che è rilevante è, dunque, l'attività e la sua attitudine a soddisfare un'interesse di carattere generale, indipendentemente dalla natura, pubblica o privata, del soggetto titolare della stessa¹⁰⁸. Tuttavia, anche la teoria oggettiva non è esente da critiche, sia per la sua eccessiva ampiezza sia per la sua ambiguità. Il servizio pubblico diventava difficilmente distinguibile dalla semplice attività economica svolta da soggetti privati.

Conseguentemente, è stata proposta una terza tesi che può essere definita come una *“prospettiva intermedia”* o anche come *“teoria soggettiva temperata”* dove l'aspetto soggettivo è stato individuato non tanto nel momento della gestione quanto nel dato

¹⁰⁷ U. POPOTSCHNIG, I servizi pubblici, Padova 1964, su cui di recente D. SORACE, La riflessione giuridica di Umberto Popotschnig: i servizi pubblici, in *Diritto pubblico*, 2002, pp. 583 ss.

¹⁰⁸ Tale impostazione, ha trovato conferma nella giurisprudenza della Corte di Cassazione (Cass. Sez. V, 6 giugno 1991; Cass. Sez. Un. 24 luglio 1989).

finalistico che caratterizza i servizi pubblici. Secondo tale impostazione, ai fini della qualificazione di un servizio come pubblico, è necessaria l'imputazione dello stesso all'amministrazione, anche se l'attività è posta in essere da un soggetto privato attraverso l'impiego del modello concessorio.

Secondo tale teoria, l'intervento pubblico si giustifica per la necessità di erogare determinati servizi pubblici che trovano la propria legittimazione nell'essere strumenti di realizzazione d'interessi e bisogni primari dei cittadini.

La nozione soggettiva risulta inadeguata se intesa nel senso tradizionale con riferimento alla gestione, mentre diviene attuale se si comprende l'assunzione del servizio tra i compiti dell'ente pubblico.

In tale ottica, il servizio pubblico è pertanto definito come *“attività che l'ente assume e considera propria nell'ambito dei compiti istituzionali, perché connessa all'esigenza di benessere e sviluppo della collettività, potendo, nel successivo momento della gestione, essere svolta da un soggetto terzo sulla base di un apposito titolo giuridico di conferimento da parte dell'amministrazione”*.

Questa ricostruzione ritiene che il rilievo soggettivo del servizio pubblico non derivi dalla natura del gestore, ma dalla necessaria concorrenza delle seguenti circostanze:

- imputabilità o titolarità del servizio all'Amministrazione Pubblica che ha istituito il servizio o alla quale lo stesso è stato assegnato dal legislatore;
- finalità alle quali il servizio risponde perché è riferito alle esigenze della collettività e presenza di un determinato tipo di organizzazione del servizio mirata ad assicurare determinate modalità di gestione.

La successiva elaborazione dottrinale, anche sulla scorta di un'incessante produzione normativa, ha spostato lo sforzo di arrivare ad una definizione univoca di servizio pubblico sulla concorrenza di elementi propri delle due tesi enunciate.

Semplificando tale elaborazione, che è influenzata anche dal diritto comunitario, si può definire servizio pubblico *“l'attività amministrativa svolta dalla Pubblica Amministrazione per il soddisfacimento immediato e diretto di interessi della collettività, avendo coscienza del contesto tecnico e sociale”*.

Gli elementi distintivi, infatti, di un determinato servizio, percepito come pubblico possono essere annullati dall'innovazione tecnologica o dal contesto nel quale il servizio viene materialmente svolto. Sintetizzando si può affermare che un'attività si caratterizza come servizio pubblico quando:

- a) *è assorbita in area pubblica per una decisione politica;*
- b) *non è espressione di poteri autoritativi dell'amministrazione;*
- c) *consiste nell'espletamento di un'attività materiale nei confronti di una collettività indeterminata secondo criteri di doverosità, universalità ed accessibilità;*
- d) *è espletata attraverso un'organizzazione complessa che sempre più diffusamente assume dimensioni imprenditoriali.*

3.3 ALLA RICERCA DI UNA DEFINIZIONE ATTUALE DI SERVIZIO PUBBLICO LOCALE:

a) *Il servizio pubblico nel nuovo ordinamento degli Enti locali*

Gli esiti consolidati cui è pervenuta la riflessione dottrinale vanno necessariamente comparati con lo specifico quadro normativo di riferimento, dovendosi verificare il significato della nozione di servizio pubblico che ha trovato accoglimento nella normativa sull'ordinamento degli Enti locali, dapprima rapportando le locuzioni con le tradizionali tesi ricostruttive, quindi orientando l'indagine verso le indicazioni provenienti dall'ordinamento comunitario.

L'analisi del dato normativo non può che principiare dall'art. 112 comma 1° T.U.E.L. (d.lgs. n. 267/00 come modificato dall'art. 14 d.lgs n. 269/03), che riproduce sostanzialmente il contenuto dell'art. 22 legge n. 142/1990: il primo comma prevede testualmente che *“gli Enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali”*.

La nozione di servizio pubblico è, quindi, ampia comprendendo non solo le attività imprenditoriali, portatrici di utilità in favore dell'utenza, ma anche attività non imprenditoriali dirette a promuovere lo sviluppo economico e sociale di una comunità locale.

Il servizio pubblico assume quindi la denominazione di *“locale”* quando è caratterizzato dai seguenti elementi:

- imputabilità all'ente locale del servizio;
- oggetto del servizio consistente nella produzione di beni ed attività destinati alla comunità locale;
- scopo consistente nella realizzazione di fini sociali e nella promozione e sviluppo delle comunità locali.

La nozione di pubblico servizio non viene palesata ma solo presupposta ed i relativi elementi caratterizzanti sono polarizzati da un lato sull'imputazione dell'attività ad un soggetto pubblico (Comune o Provincia), dall'altro sul dato teleologico della finalizzazione alla promozione dello sviluppo economico e civile delle comunità.

Il servizio deve qualificarsi come pubblico quando, a prescindere dalla modalità di gestione da parte della Pubblica Amministrazione o dei privati, è diretto a soddisfare direttamente le esigenze dell'utenza costituendo proprio il soddisfacimento diretto e immediato dei bisogni dell'utenza l'elemento che differenzia il servizio pubblico da ogni altra attività privata imprenditoriale.

Il carattere pubblico del servizio presuppone, quindi, due condizioni: l'affermazione della prevalenza degli interessi collettivi e l'istituzione del servizio. Un elemento di riflessione è costituito, quindi, dall'esigenza di definire quale tipo di servizio possa configurarsi d'interesse economico generale, rispondente cioè ad un'esigenza della collettività.

In tal caso la Corte di Giustizia non si è mai spinta all'individuazione delle caratteristiche che qualificerebbero un servizio come tale, ma ha costantemente rimesso la selezione degli interessi generali agli Stati membri attribuendo al Comune il ruolo di interprete dei bisogni della collettività locale e riservando a sé il controllo sull'effettiva sussistenza della specifica missione d'interesse generale, nonché sulla ragionevolezza della sua previsione e delle connesse deroghe al Trattato eventualmente previste dalle discipline di settore¹⁰⁹.

Il servizio pubblico viene assunto e gestito dall'Ente locale nell'ambito dei propri compiti istituzionali, in quanto propedeutico all'esigenza di benessere e sviluppo della collettività e, che può essere gestito da un soggetto terzo sulla base di un apposito titolo giuridico di conferimento da parte dell'amministrazione.

Infatti, la genericità della formulazione dell'art. 112 del T.U.E.L. si spiega con la circostanza che gli Enti locali, ed il Comune in particolare, sono enti a fini generali

¹⁰⁹ E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali e ordinamento comunitario*, in *I servizi pubblici locali* (a cura di) S. Mangiameli, pp. 41-42.

dotati di autonomia organizzativa, amministrativa e finanziaria, che hanno la facoltà di determinare da sé i propri scopi e di decidere quali attività di produzione di beni ed attività assumere come doverose, purché rivolte a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile della comunità locale di riferimento.

Altro elemento per definire i servizi pubblici locali, è costituito dall'enfasi assegnata al *momento organizzativo* degli stessi, al punto che potrebbe sostenersi che è servizio pubblico solamente quello gestito secondo le forme previste dalla legge: 1) in economia; 2) in concessione a terzi; 3) a mezzo di azienda speciale, 4) a mezzo di istituzione, 5) a mezzo di società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale.; 6) a mezzo di società per azioni a partecipazione minoritaria.

Emerge, quindi, l'importanza del rapporto che intercorre tra l'individuazione del servizio e la sua organizzazione, tant'è che secondo alcuni si è in presenza di un pubblico servizio locale ogni qualvolta le attività economiche assunte siano la necessaria risultante di un procedimento normativamente disciplinato, *“avente per finalità di garantire i cittadini attraverso modalità di organizzazione e di gestione tipizzate, volte a perseguire un interesse pubblico che non può essere garantito dall'impresa privata”*.

In conclusione, sul versante della nozione di servizio pubblico, dalla ricostruzione normativa discendono importanti conseguenze:

a) ciò che caratterizza il servizio sotto il profilo oggettivo, non è solo *il carattere imprenditoriale della gestione*, ma anche *il soddisfacimento di bisogni di carattere sociale, senza rilevanza imprenditoriale, ritenuti dalla collettività meritevoli di tutela*; ne consegue che il concetto in esame è *per sua natura relativo e modificabile a seconda dei singoli contesti e del livello di maturità delle comunità locali*;

b) poiché sussiste uno stretto collegamento tra il concetto di servizio pubblico e le competenze assegnate a Comuni e Province, *per individuare le attività che possono rientrare in tale categoria occorre rifarsi all'individuazione delle funzioni e dei compiti attribuiti agli enti locali, nel quadro del principio di sussidiarietà*.

b) *Riforme amministrative, principio di sussidiarietà e ruolo degli Enti locali nella definizione del servizio pubblico*

Il legislatore, consapevole dell'impossibilità di non poter elencare le innumerevoli attività che l'ente locale è chiamato a svolgere, ha individuato solo i particolari, ma non esclusivi, settori organici di intervento (servizi sociali, assetto ed utilizzazione del territorio, sviluppo economico) riconoscendo al Comune la possibilità di assumere altre funzioni.

Con il nuovo riparto delle competenze, infatti, si è in presenza di una enumerazione delle materie di legislazione esclusiva dello Stato (art. 117, c. 2° Cost.) e di una seconda enumerazione di materie concernenti la legislazione concorrente (art. 117, c. 3° Cost.), nelle quali spetta alle Regioni la potestà legislativa salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato.

Per ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato, o considerata nell'ambito della legislazione concorrente, la potestà legislativa è riservata, in via esclusiva, alle Regioni (art. 117, c. 4° Cost.).

Laddove la competenza sia delle Regioni, si inseriscono i Comuni, i quali nella gestione dei servizi pubblici locali possono avvalersi di soggetti terzi, privati per l'appunto, i quali attraverso la forma giuridica (propria del diritto amministrativo) del conferimento, possono gestire quei servizi che l'ente medesimo ritiene di interesse generale. A tale proposito il primo problema che si pone, nelle relazioni tra servizi pubblici locali e riparto delle competenze, riguarda proprio il potere di disciplina legislativa delle forme giuridiche di gestione dei servizi pubblici.

Nei settori organici individuati, al Comune è attribuita una competenza amministrativa generale e residuale, onde tutto ciò che la legge non assegna ad altri soggetti è funzione esclusiva del Comune che rappresenta l'istituzione più vicina al cittadino, mentre in altri settori, non individuati, l'ente locale conserva un potere di auto-assunzione che trova i propri limiti nella popolazione, nel territorio e nell'adeguatezza

dello svolgimento del servizio a livello comunale¹¹⁰.

Infatti, ai sensi dell'art. 3 comma 5° T.U.E.L. *“i Comuni e le Province sono titolari di funzioni proprie e di quelle conferite loro con legge dello Stato e della Regione, secondo il principio di sussidiarietà”* e più specificatamente, ai sensi dell'art 13, comma 1°, spettano al Comune tutte le *“funzioni amministrative che riguardino la popolazione ed il territorio comunale precipuamente nei settori organici dei servizi sociali, assetto e utilizzazione del territorio e dello sviluppo economico, salvo quanto non sia espressamente attribuito ad altri soggetti dalla legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze”*.

La medesima impostazione si rinviene a livello comunitario, ove il Trattato di Maastricht dispone che *“nei settori che non sono di sua esclusiva competenza la Comunità interviene, secondo il principio della sussidiarietà, soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono, dunque, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione in questione, essere realizzati meglio a livello comunitario”*.

L'applicazione del principio di sussidiarietà verticale comporta necessariamente degli effetti anche sulla definizione ed assunzione del servizio pubblico locale. A tal riguardo rileva quanto disposto sempre dall'art. 3 comma 5° T.U.E.L. in base al quale *“i Comuni e le Province sono titolari di funzioni proprie e conferite loro con legge dello Stato e della Regione, secondo il principio di sussidiarietà. I Comuni e le Province svolgono le loro funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dall'autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali”*.

In altri termini nel sistema vigente gli obiettivi della Pubblica Amministrazione possono essere efficacemente perseguiti anche senza intervenire direttamente sul

¹¹⁰ Tale opzione è conforme all'art. 4 della Carta europea dell'autonomia locale, secondo la quale *“l'esercizio delle responsabilità pubbliche deve, in linea di massima, incombere sulle autorità più vicine ai cittadini”*. L'esigenza di attivare la competenza di livello istituzionale più vicino al cittadino si coniuga necessariamente con una valutazione di efficienza e con una valutazione di compatibilità delle funzioni affidate con le dimensioni territoriali ed organizzative dell'Ente.

mercato, attraverso lo svolgimento di un'azione regolatrice che renda l'esercizio dell'impresa privata compatibile con gli interessi della collettività.

Ne consegue, dunque, che a fronte del normale esplicarsi delle regole di mercato, l'Ente locale deve intervenire soltanto laddove l'autonomia privata non consenta di soddisfare adeguatamente gli interessi della collettività e gli obiettivi che l'amministrazione intende perseguire (cd. principio di sussidiarietà orizzontale).

In tale nuova ottica, in cui pubblico e privato appaiono complementari, più che antagonisti, l'assunzione e la gestione di un servizio da parte dell'ente locale non può pertanto giustificarsi soltanto con il perseguimento di finalità di interesse generale, ma deve piuttosto trovare il suo fondamento in un giudizio di inadeguatezza del mercato e delle regole della libera concorrenza a fornire una determinata prestazione con le caratteristiche richieste dall'amministrazione.

Più precisamente l'ente locale dovrà provvedere ad organizzare il servizio solo nel caso in cui lo svolgimento dello stesso, in regime di concorrenza, non sia in grado di assicurare la regolarità, la continuità, l'accessibilità, l'economicità e la qualità dell'erogazione in condizioni di eguaglianza.

Sotto il profilo più strettamente operativo, ciò significa che, in sede di qualificazione e assunzione del servizio, l'ente locale non solo dovrà tener conto delle esigenze della collettività e dei pubblici interessi, ma dovrà altresì rilevare l'insufficienza o l'inefficienza di certi servizi erogati dai privati ovvero la necessità di garantire tariffe o finalità sociali che l'impresa non potrebbe assicurare, motivando sulle ragioni che giustificano la gestione dell'attività da parte dell'Ente.

3.4 LE CATEGORIE: SERVIZI “DI RILEVANZA ECONOMICA” E “ PRIVI DI RILEVANZA ECONOMICA”

Archiviata la vecchia distinzione tra servizio pubblico a rilevanza industriale e servizio pubblico privo di rilevanza industriale, introdotta dall’art. 35 della legge 488/01, la vigente legislazione italiana (artt. 113 e 113-*bis* del d.lgs 267/00, quest’ultimo dichiarato incostituzionale dalla sentenza n. 272/04 Corte Cost.) riconduce i servizi pubblici a due macro categorie che sono rubricati rispettivamente “*servizi pubblici di rilevanza economica*” e “*servizi pubblici privi di rilevanza economica*”.

Tale distinzione è dovuta al continuo e progressivo espandersi nel nostro ordinamento del diritto comunitario che non conosce la nozione di servizio pubblico ma quella di servizio di interesse economico generale, rinvenibile in particolare negli artt. 14 e 106 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (T.F.U.E.) e di servizio di interesse generale.

In base alle interpretazioni elaborate al riguardo dalla giurisprudenza comunitaria e dalla Commissione europea¹¹¹ emerge con chiarezza che la nozione comunitaria di servizio di interesse economico generale, ove limitata all’ambito locale, e quella di servizi pubblici di rilevanza economica hanno contenuto omologo.

Entrambe le suddette nozioni, interna e comunitaria, assolvono l’identica funzione di identificare i servizi la cui gestione deve avvenire di regola, al fine di tutelare la concorrenza, mediante affidamento a terzi secondo procedure competitive ad evidenza pubblica e fanno riferimento ad un servizio che:

- è reso mediante un’attività economica (in forma di impresa pubblica o privata), intesa in senso ampio, come attività che consista nell’offrire beni e servizi su un determinato mercato;

¹¹¹ In specie, nelle Comunicazioni in tema di servizi di interesse generale in Europa del 26 settembre 1996 e del 19 gennaio 2001, nonché nel Libro verde su tali servizi del 21 maggio 2003.

- fornisce prestazioni considerate necessarie, cioè dirette a realizzare anche fini sociali, nei confronti di un'indifferenziata generalità di cittadini.

Visto i continui rilievi della Commissione Europea sulla precedente normativa, il legislatore è dovuto intervenire sulla normativa interna con una nuova qualificazione dei servizi pubblici: infatti, la locuzione “*rilevanza economica*” è non solo più aderente agli orientamenti comunitari che associano il concetto di concorrenza ai servizi economici ma, con essa il legislatore ha trovato un fondamento costituzionale al proprio intervento atteso che significativo è il richiamo alla “*tutela della concorrenza*” che è materia riservata in via esclusiva alla competenza legislativa dello Stato ex art. 117, comma 2°, lettera e) Cost.

L'art. 14, legge n. 326/2003, non contiene un'elencazione dei servizi pubblici locali “a rilevanza economica” né rinvia ad un emanando regolamento governativo di attuazione, come invece faceva per i servizi aventi “rilevanza industriale” l'abrogato comma 16 dell'art. 35, legge n. 448/2001.

L'individuazione dell'ambito di applicazione della nuova normativa è, dunque, interamente rimessa all'interprete. In dottrina si è sostenuto che, per individuare i servizi pubblici a “rilevanza economica” occorra rifarsi, innanzitutto, al diritto comunitario la cui definizione ci viene offerta dalla Corte di Giustizia.

I *servizi di carattere economico* sono attività economiche che sono offerte nel mercato e che possono essere svolte anche da un privato con finalità di lucro. Un servizio è quindi economico quando è offerto sul mercato dietro il pagamento di un corrispettivo idoneo a coprire i costi e a remunerare il capitale.

Devono considerarsi servizi aventi “rilevanza economica”, pertanto, quelli che sono offerti in un determinato mercato dietro il pagamento, da parte degli utenti finali, di un prezzo o di un canone che, di regola, oltre a coprire i costi di produzione, serve a remunerare il capitale investito.

I *servizi non economici* consistono nello svolgimento di attività rese senza finalità lucrative: il soggetto che offre il servizio nel mercato lo fa senza intenzioni di guadagno, ma per fini che sono di mutualità e solidaristici.

Le due discipline sono sempre state ispirate a due differenti fili conduttori, perché mentre per i servizi aventi rilevanza economica l'elemento ispiratore è costituito dalla tutela della concorrenza nell'erogazione, nel caso invece dei servizi privi di rilevanza economica le esigenze della concorrenza appaiono sensibilmente temperate dall'esigenza di dare massima espressione alla dimensione sociale, che in questi servizi assume grande rilievo. In particolare, a seguito della sentenza n. 272/2004 della Corte Costituzionale, è stata dichiarata l'illegittimità dell'art. 113-*bis* del T.U.E.L., pertanto la disciplina e le forme di gestione dei servizi privi di carattere economico non possono essere contenute in una legge dello Stato, ma essere lasciate all'autonomia regionale.

Per i servizi a rilevanza economica, invece, è riconosciuta una piena competenza della legge statale. Allo Stato dunque spettano sempre di più competenze generali nel rispetto dei principi comunitari, mentre alle Regioni è attribuita la competenza per quanto concerne la regolazione e quindi la gestione dei servizi pubblici locali.

Altra dottrina, facendo riferimento soprattutto a canoni interpretativi di diritto interno, ritiene che la definizione dei nuovi concetti coincida con quella di cui all'art. 2082 c.c. Si specifica che, per qualificare un servizio pubblico come avente rilevanza economica o meno, occorre prendere in considerazione, non solo la tipologia o caratteristica merceologica del servizio ma anche la soluzione organizzativa che l'ente locale, quando può scegliere, ritiene la più appropriata per rispondere alle esigenze dei cittadini.

La distinzione, pertanto, deve essere effettuata avendo riguardo alla ricorrenza di due presupposti, potendovi essere non solo un servizio che ha rilevanza economica in astratto ma anche uno specifico servizio che presenta tale caratteristica in relazione al modo in cui è concretamente organizzato¹¹².

L'attività produttiva può dirsi condotta con metodo economico quando le entrate percepite per l'attività sono tese a remunerare i fattori produttivi utilizzati, consentendo nel lungo periodo la copertura dei costi con i ricavi.

¹¹² G. CAIA, Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali, in www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi-contributi/caia-articolo.htm.

Un tale contenuto della nozione di attività economica è stata recepita sul piano legislativo per gli enti pubblici, per i quali la produzione di beni o servizi è qualificabile come “imprenditoriale” in quanto essi sono tenuti per legge ad operare secondo “criteri di economicità”, criteri di autosufficienza economica da valutarsi peraltro oggettivamente con riferimento all’attività nel suo complesso e non ai singoli atti di impresa.

“Non può invece “qualificarsi come “attività economica” la produzione, sia da parte di un soggetto pubblico che di un soggetto privato, di beni o servizi erogati gratuitamente o a prezzo politico, ciò che fa oggettivamente escludere la possibilità di coprire i costi con i ricavi. Non è pertanto l’oggetto dell’attività ma la modalità di gestione che determina l’indice della sua economicità”¹¹³.

¹¹³ Parere Corte dei Conti n. 195/2009.

3.4.1 I CRITERI DI DISTINZIONE DOPO LA SENTENZA DEL CONSIGLIO DI STATO N. 6529/2010

La qualificazione di un servizio pubblico locale come a “rilevanza economica”, deve prescindere dal criterio sostanzialistico, ed è rimessa all’Ente locale titolare del servizio. A precisarlo è la V Sezione del Consiglio di Stato, con sentenza n. 6529/2010.

I giudici hanno ricordato, in conformità ai propri precedenti, che compete all’Ente locale qualificare un servizio di cui è titolare come a “rilevanza economica”. Tale scelta è fondamentale per l’individuazione della disciplina applicabile nella gestione del servizio.

Nella sentenza citata i giudici hanno chiarito che la distinzione tra servizi a rilevanza economica e quelli privi di tale caratteristica non può essere fatta con il criterio sostanzialistico, ovvero, in base alla capacità del modello organizzativo, di tipo imprenditoriale, di produrre utili sul mercato.

Il discrimine tra le due categorie di servizi va fatto caso per caso, sulla base di un criterio relativistico, ovvero, verificando le modalità di effettivo sviluppo del servizio, indipendentemente dal modello organizzativo e dalla capacità di generare utili.

A tal fine dall’analisi concreta possono essere riscontrati degli elementi utili a qualificare un servizio come privo di rilevanza economica: costi contenuti del servizio anche al di sotto dei valori di mercato e copertura dei costi sociali da parte del Comune per la fascia debole di utenza; l’inadeguatezza del mercato a fornire soluzioni economicamente più vantaggiose.

3.5 I SERVIZI PUBBLICI LOCALI NEL DIRITTO COMUNITARIO: PRINCIPIO DI CONCORRENZA E INTERESSI GENERALI

Una moderna nozione di servizio pubblico locale deve oggi confrontarsi anche con i principi che si evincono in materia dal diritto comunitario: in primis perché l'ente locale, in quanto parte integrante dello Stato, è tenuto al rispetto degli obblighi comunitari, e in secondo luogo poiché in ambito comunitario trova spazio l'affermazione della *libertà di concorrenza* che costituisce l'aspetto che maggiormente rischia di essere compromesso dall'assunzione di un pubblico servizio.

A tale riguardo due aspetti meritano di essere evidenziati: la nozione di servizio affermatasi nel diritto comunitario, in parte diversa da quella degli Stati membri; i rapporti tra concorrenza e controllo pubblico.

Va anzitutto precisato che la regolamentazione comunitaria non conosce la figura del servizio pubblico o di interesse pubblico o comunque a rilevanza pubblica, ma quella del *servizio*. Infatti, in base alla direttiva 92/50/CEE del 18 giugno 1992 i servizi sono intesi come attività a contenuto economico svolte dalla Pubblica Amministrazione e, più precisamente, ai sensi dell'art. 60 del Trattato CEE sono considerate come servizi le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone.

I servizi comprendono in particolare: attività di carattere industriale, attività di carattere commerciale, attività artigiane e le attività delle libere professioni.

Se dunque con il termine servizio, secondo la comunità europea, può essere astrattamente definita l'attività economica fornita in modo imprenditoriale nel settore dell'artigianato, del commercio, dell'industria, delle libere professioni dietro il pagamento di una retribuzione che trae di norma fondamento in un negozio giuridico bilaterale redatto in forma scritta, ciò significa che le relative attività non sono soggette a formule organizzatorie tipizzate e possono essere prestate sia in concorrenza che in monopolio, sia da imprese private che da imprese pubbliche.

Il Trattato mantiene una sorta di posizione neutrale in ordine al modello di

organizzazione del servizio, fermi restando gli obiettivi della competitività del mercato e della qualità della vita dei cittadini che in ogni caso devono essere perseguiti.

Occorre poi evidenziare che il Trattato, pur non prevedendo specificamente la figura del servizio pubblico, ammette che per *specifiche finalità di interesse generale* assegnate ai servizi possono essere riconosciuti *diritti e prerogative speciali, in grado di influenzare le condizioni di fornitura delle prestazioni da essi offerte sul mercato* (art. 90). L'elemento rilevante, che giustifica la deroga al regime concorrenziale risulta dunque la finalità del servizio, la cd. *mission*¹¹⁴, consistente nel perseguimento di quegli obiettivi di interesse generale che negli Stati membri caratterizzano i servizi pubblici.

Rispetto a queste attività, che il Trattato qualifica come servizi d'interesse economico generale, l'azione dell'Unione appare ispirata ad una progressiva *opera di demolizione dei condizionamenti pubblicistici per favorire la più ampia concorrenza*.

In tale ottica si possono ricordare i principi: di non discriminazione, di liberalizzazione, il divieto agli Stati membri di emanare o mantenere condizioni di privilegio nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui essi stessi riconoscono diritti speciali ed esclusivi (art. 90).

Non si tratta di ostilità comunitaria alla limitazione del mercato; ma la lettura dell'art. 90 del Trattato potrebbe essere rovesciata, potendosi trovare in esso non solo il divieto a qualsiasi tipo di limitazione della concorrenza, ma anche la legittimazione per un intervento pubblico alla luce del più generale *principio di sussidiarietà*: più precisamente *l'azione pubblica deve intervenire con propri strumenti solamente laddove le regole della concorrenza e del mercato non sono sufficienti al perseguimento degli obiettivi di interesse generale che esso si propone*¹¹⁵.

In altri termini l'Unione non nega il concetto di pubblico servizio negli Stati membri,

¹¹⁴ Le missioni assegnate ai servizi di interesse generale e i diritti speciali che ne possono derivare, discendono da considerazioni di interesse generale, quali, segnatamente, la sicurezza dell'approvvigionamento, la tutela dell'ambiente, la solidarietà economica e sociale, la sistemazione generale del territorio, la promozione degli interessi dei consumatori.

¹¹⁵ Per tale interpretazione M. CAMMELLI, *Comunità europea e servizi pubblici*, in L. VANDELLI; C. BOTTARI; D. DONATI (a cura di); A. PIOGGIA.

ma, lo sviluppo dei servizi di interesse generale e il mantenimento di aree di attività economica in forma di pubblici servizi sono essenziali al progresso della competitività europea, della solidarietà sociale e della qualità della vita dei cittadini¹¹⁶.

Le attività possono pertanto essere prestate in concorrenza o in monopolio, sia da imprese private che pubbliche ed essere controllate da autorità nazionali, regionali, locali. In tale ottica si ammette che dalle specifiche finalità di interesse generale assegnate ai servizi possano derivare diritti e prerogative speciali, in grado di influenzare le condizioni di fornitura delle prestazioni da esse offerte sul mercato.

La deroga al regime della concorrenza si giustifica solamente per *le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale* e quando tale deroga sia effettivamente indispensabile ad assicurare il funzionamento del servizio e le sue finalità: la cd. *specifica missione*.

E' opportuno precisare che l'ordinamento comunitario assume un atteggiamento di non ingerenza sui contenuti delle missioni affidate ai servizi, lasciando le amministrazioni pubbliche libere nella individuazione degli obiettivi da assicurare ai cittadini e quindi nella definizione del pubblico servizio. Va inoltre evidenziato che in sede comunitaria è stata elaborata la figura del cd. *servizio universale* ossia prestazioni che devono essere rese a tutti, in qualsiasi parte del territorio e a prezzi abbordabili.

Sembra pertanto emergere un *concetto minimale* di servizio pubblico che deve tener conto delle diverse realtà nazionali e che costituisce una sorta di limite di tolleranza alle deroghe alla concorrenza introdotte a garanzia di una specifica missione di pubblico servizio. In definitiva il diritto comunitario non nega il concetto di servizio pubblico, ma lo supera distinguendo una componente di base o minimale (*servizio universale*) che legittima eventuali deroghe al regime della concorrenza e una componente ulteriore (*servizio a valore aggiunto*) cui si applica la disciplina generale e quindi le regole di mercato.

¹¹⁶ Comunicazione della Commissione dell'11 settembre 1996, in G.U.C.E., n. C. 281 del 26 settembre 1996, 3. Per un'illustrazione dei contenuti v. il commento di N. RANGONE, in *Giornale di dir. amm.*, 1997, 4, 386.

Pertanto gli Stati membri restano comunque liberi di definire missioni di interesse generale supplementari rispetto al servizio universale, definendo in senso più esteso l'obiettivo che intendono perseguire e di conseguenza la loro nozione di pubblico servizio.

3.6 INCAMMINANDOSI VERSO LA RIFORMA DEL SISTEMA: SERVIZI PUBBLICI LOCALI E MERCATO

Le proposte di riforma dei servizi pubblici locali sono volte a recepire gli indirizzi manifestatesi sia a livello nazionale che a livello europeo.

L'obiettivo è quello di coniugare liberalizzazione, regolamentazione e industrializzazione dei servizi pubblici, recependo le indicazioni espresse in proposito dalla Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che ha sottolineato come il settore dei servizi pubblici locali sia caratterizzato da limitazioni legali all'accesso e da un'ampia diffusione di diritti speciali ed esclusivi. In particolare si propone di realizzare:

a) *il miglioramento dell'offerta di servizi pubblici locali* e la preconstituzione delle condizioni che assicurino servizi efficienti, una quantità e una qualità adeguate alla domanda, a costi il più possibile contenuti, garantendo l'universalità e la continuità della prestazione; servizi insomma che meglio assolvano la funzione sociale e di supporto allo sviluppo che deve essere loro propria.

b) *la valorizzazione delle funzioni di indirizzo, di programmazione, di vigilanza e di controllo di comuni e province*; a questo scopo separando queste funzioni da quelle di gestione del servizio, si rafforza la capacità di regolazione degli enti locali fornendo loro un quadro di regole e di strumenti con cui governare lo sviluppo dei servizi pubblici locali.

c) *la creazione di un mercato aperto alla concorrenza*, nel rispetto dei principi di trasparenza, economicità e parità tra soggetti pubblici e privati, nel quale possano esprimersi appieno le migliori capacità imprenditoriali.

d) *il rafforzamento strutturale del sistema dei servizi pubblici locali, attraverso il raggiungimento di dimensioni ottimali di impresa e il coinvolgimento di capitali privati per la realizzazione degli investimenti infrastrutturali* di cui il settore ha particolare necessità.

Si prevede una nozione ampia di servizio pubblico locale che da un lato sottolinea il fondamentale ruolo degli enti locali nell'interpretazione dei bisogni delle relative

comunità e dall'altro esprime una dichiarata preferenza per il mercato. Viene posto al centro del processo riformatore una dichiarata preferenza per il mercato che si basa sui due pilastri della “concorrenza nel mercato” e della “concorrenza per il mercato”.

In sostanza quando non è possibile la concorrenza nel mercato, perché il servizio non può essere svolto da una pluralità di operatori in competizione tra loro, deve subentrare la competizione per il mercato, nella quale più operatori si contendono la gestione di un unico servizio.

Non è richiesta la necessaria presenza di un effettivo pluralismo imprenditoriale; è infatti sufficiente ad escludere l'assunzione da parte dell'ente locale il fatto che l'attività economica presenti condizioni di produzione e distribuzione tali da consentire, anche potenzialmente, l'attivazione dell'iniziativa privata.

Viene in altri termini codificato il principio di sussidiarietà orizzontale in base al quale ogni qualvolta l'iniziativa economica privata sia in grado di intervenire nel settore, rimane automaticamente preclusa l'assunzione del servizio da parte dell'ente locale.

L'inversione di rotta si fonda, ma non si limita, al restringimento delle possibilità di azione degli enti locali conseguente alla priorità riconosciuta al mercato. Infatti il legislatore ha previsto l'innesto di ulteriori meccanismi competitivi nel precedente assetto istituzionale prevedendo accanto alla concorrenza nel mercato una concorrenza per il mercato.

Tale secondo principio si applica a quei servizi la cui erogazione deve essere affidata ad un solo gestore: per energia, acqua, rifiuti e trasporto pubblico viene infatti introdotto la regola della contendibilità del mercato attraverso una riformulazione del meccanismo di gara.

Questa apertura alla concorrenza, in settori caratterizzati da un naturale monopolio, si realizza promuovendo il pluralismo imprenditoriale con la riduzione della durata degli affidamenti, con la possibilità di suddividere la gestione integrata per fasi o tipologie produttive distinguendo altresì le attività complementari da quelle strettamente connesse alla erogazione del servizio ed assicurando infine l'accesso non discriminato alla rete agli altri operatori abilitati.

3.7 IL SUPERAMENTO DELLA CONTRAPPOSIZIONE PUBBLICO-PRIVATO E IL NUOVO RUOLO DELL'ENTE LOCALE

Un ulteriore punto di rottura nei confronti dell'attuale concezione dei servizi pubblici è rappresentato dall'abbandono della vigente dicotomia tra riserva-mercato e conseguentemente dal superamento del dualismo gestione diretta e gestione indiretta come modalità di affidamento del servizio con il conseguente venire meno della contrapposizione tra pubblico e privato.

Nella nuova concezione il servizio pubblico non è più considerato un'attività economica sottratta al regime di mercato e retta da una disciplina speciale fondata su una riserva di legge. Il testo è abbastanza chiaro sul punto sopprimendo la disposizione dell'art. 22 che afferma che i servizi riservati in via esclusiva ai Comuni e alle Province sono stabiliti dalla legge e precisando che i Comuni e le Province non provvedono più alla gestione ma disciplinano l'assunzione dei servizi pubblici.

Si è parlato in proposito di una delegittimazione di quelle attività, in precedenza riservate, da monopolio legale a monopolio di fatto, con la conseguenza che lo stesso va possibilmente intaccato e ridimensionato per far prevalere la concorrenza.

Il dissolversi della riserva comporta anche il superamento della distinzione tra gestione diretta e indiretta che si collocava al suo interno, determinando altresì il superamento del diritto speciale derogatorio rispetto alle regole della concorrenza.

In tale prospettiva sono infatti destinate a scomparire alcune delle forme di gestione diretta dei servizi: le aziende speciali, anche consortili, devono essere trasformate in società di capitali o cooperative a responsabilità limitata, mentre la gestione in economia sarà consentita solo in casi eccezionali.

In particolare dall'articolato normativo emerge una distinzione organizzativa tra due tipologie di servizi:

- *servizi in esclusiva*: (erogazione di energia - con esclusione di quella elettrica - erogazione del gas, gestione del ciclo dell'acqua, gestione dei rifiuti solidi urbani e trasporto collettivo) per i quali si stabiliscono una serie di principi

non derogabili, finalizzati ad attivare i meccanismi di concorrenza per il mercato: obbligatorio affidamento *tramite gara*, cui possono partecipare solo società di capitali, senza vincoli territoriali con limiti predefiniti di durata massima per gli affidamenti. Si afferma così tramite l'obbligatorietà della gara il principio generale del ricorso alla contendibilità del mercato per l'affidamento dei servizi in esclusiva. Si tratta di servizi a rete il cui svolgimento comporta spesso una intrinseca esigenza di perequazione finanziaria dei costi tra gli utenti per assicurare quello che il legislatore comunitario ha definito il servizio universale, cioè la disponibilità di servizi uniformi a tariffe abbordabili da qualsiasi utente;

- *altri servizi*: per i quali viene lasciata all'ente locale la scelta tra l'affidamento tramite gara e l'affidamento diretto ad una società controllata. Si consente inoltre la gestione a mezzo di istituzione per servizi a contenuto sociale nonché, eccezionalmente, la gestione in economia.

Dal punto di vista dei soggetti gestori non ha più senso la distinzione tra *pubblico e privato*, in quanto tale terminologia non indica più alcuna differenziazione di regime giuridico. Anzi, il disegno di legge vieta ogni forma di discriminazione tra i gestori di pubblico servizio in ordine al trattamento tributario, all'accesso al credito, alla concessione di contributi o di agevolazioni.

Se l'affidamento del servizio consegue esclusivamente alla gara, quale sistema generale, non c'è più differenza anche dal punto di vista dell'ente locale affidante, tra imprese private e pubbliche, anche eventualmente di proprietà dell'ente. Nel nuovo assetto concorrenziale i gestori sono imprese che operano secondo il diritto comune senza discriminazioni o privilegi.

Questa indifferenza del regime giuridico della proprietà delle imprese che gestiscono servizi sembra confermare l'interpretazione secondo cui il servizio pubblico nella prospettiva attuale e futura trova fondamento e disciplina non più nell'ambito dell'art. 43 della Costituzione, ma nell'ambito dell'art. 41 in base al quale l'attività economica pubblica e privata è sottoposta ad un identico regime conformativo. Per concludere,

l'Ente locale dismette i panni dell'imprenditore puro e si prepara a svolgere unicamente attività di indirizzo programmazione e controllo. Più precisamente l'Ente nell'ambito delle rispettive competenze ha il compito *di individuare i servizi pubblici locali suscettibili di affidamento e di disciplinare l'assunzione da parte di terzi.*

La prima è una competenza che rientra nel processo di individuazione della domanda ed in tale momento emergono profili di discrezionalità amministrativa e tecnica nella valutazione delle condizioni del mercato (regolarità, continuità, economicità, qualità, fruibilità della prestazione in regime di concorrenza) che legittimano o meno l'assunzione del servizio e che dovranno emergere dalla motivazione dell'atto adottato dall'amministrazione; la seconda, la disciplina dell'assunzione, riguarda i rapporti con i gestori i cui contenuti sono predeterminati da fonti normative esterne all'ente locale, che tuttavia è tenuto a rispettarle alla stregua delle società private.

In una fase successiva a quella dell'assunzione del servizio, all'Ente locale spetta *un'attività di vigilanza, di programmazione e di indirizzo ed eventualmente di regolazione ove non sia previsto dalla legge altro soggetto competente in materia.*

In questa prospettiva, la programmazione appare una modalità di individuazione e aggregazione della domanda di prestazioni, mentre la vigilanza e il controllo rappresentano lo strumento di verifica della qualità della erogazione dei servizi.

In altri termini la programmazione e il controllo non costituiscono espressione della funzione amministrativa, ma in una prospettiva di diritto comune si tratta di procedure di tipo essenzialmente aziendale. In un sistema di mercato, infatti, lo spazio per l'indirizzo politico amministrativo e per l'esercizio della funzione tradizionalmente intesa non può che essere recessivo ed esplicitarsi soltanto a monte e a valle del processo, nel momento delle scelte e delle verifiche.

Siamo dunque in presenza di una valorizzazione del profilo comunitario dell'Ente locale a spese del profilo autoritario e in una logica di sussidiarietà delle funzioni (intesa in senso verticale e orizzontale) che spinge i servizi pubblici verso il definitivo superamento delle proprie origini.

Capitolo IV

**LA DISCIPLINA DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI DI RILEVANZA
ECONOMICA TRA SPENDING REVIEW E MITO DELLE
LIBERALIZZAZIONI**

SOMMARIO: **4.1** *Le modifiche apportate alla disciplina dei servizi pubblici locali dall'art. 25 del d.l. n. 1/2012.* – **4.2** *Gli aggiustamenti introdotti dal d.l. n. 83/2012 e dall'art. 4 del d.l. n. 95/2012.* – **4.3** *Il concetto di liberalizzazioni e le recenti politiche di liberalizzazione.* – **4.4** *Il regime delle attività liberalizzate.* – **4.5** *La sentenza della Corte Costituzionale n. 199 del 2012: l'effetto Kirchman si abbatte sui servizi pubblici locali.* – **4.6** *L'involuzione del grado di concorrenzialità dopo la sentenza della Corte Costituzionale e i margini per un nuovo intervento legislativo pro concorrenziale.* – **4.7** *La possibile soluzione offerta dal Governo nel "decreto sviluppo 2" n. 179/2012.* – **4.8** *Conclusioni.*

**4.1 LE MODIFICHE APPORTATE ALLA DISCIPLINA DEI SERVIZI PUBBLICI
LOCALI DALL'ART. 25 DEL D.L. N. 1/2012**

La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica ha subito una serie di aggiustamenti nel corso del 2012 prima di essere poi definitivamente cancellata dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012. Le prime modifiche apportate all'articolo 4 del d.l. n. 138/2011 sono state introdotte dall'art. 25 del decreto legge n. 1/2012¹¹⁷, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 27/2012.

In particolare, l'articolo 25 del decreto sulle "liberalizzazioni" è intervenuto espressamente oltre che sull'articolo 4 del d.l. n. 138/2011 anche sul precedente articolo 3 aggiungendo l'articolo 3-bis a tutela della concorrenza e dell'ambiente, "*le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano organizzano lo svolgimento dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica in ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a*

¹¹⁷ Per una consultazione integrale del testo si rinvia a www.dirittodeiservizi.it.

massimizzare l'efficienza del servizio, entro il termine del 30 giugno 2012".

La dimensione degli ambiti o bacini territoriali ottimali di norma deve essere non inferiore almeno a quella del territorio provinciale. Le Regioni possono individuare specifici bacini territoriali di dimensione diversa da quella provinciale motivando la scelta in base a criteri di differenziazione territoriale e socio-economica e in base a principi di proporzionalità, adeguatezza ed efficienza rispetto alle caratteristiche del servizio, anche su proposta dei Comuni.

Altre novità di rilievo riguardavano l'assoggettamento delle società affidatarie *in house* al patto di stabilità interno e l'obbligo di acquisto per le medesime di beni e servizi secondo le disposizioni di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, nonché le disposizioni che stabiliscono, a carico degli Enti locali divieti o limitazioni alle assunzioni di personale; contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitaria e per consulenza anche degli amministratori; obblighi e limiti alla partecipazione societaria degli Enti locali; con l'obbligo a carico degli Enti locali di vigilare sull'osservanza del presente comma da parte dei soggetti su indicati.

Tornando all'articolo 4 del d.l. n. 138/2011, l'articolo 25 del d.l. n. 1/2012, ha modificato il comma 13 riportando il valore massimo entro il quale era possibile procedere all'affidamento diretto della gestione del servizio a 200.000 euro annui, in luogo dei precedenti 900.000 euro annui. Si abbassava, così, la soglia del valore complessivo del servizio da affidare che veniva riportata a quella già prevista dal D.P.R. n. 168/2010 (Regolamento di attuazione dell'articolo 23-bis¹¹⁸).

L'articolo 25 del d.l. n. 1/2012, inoltre, incideva gli stessi termini che riguardavano il regime transitorio. Infatti, il termine di cessazione delle società *in house* del tutto prive dei requisiti del "controllo analogo" e del parametro della "prevalenza" dell'attività, ovvero aventi ad oggetto servizi di valore superiore a 200.000 euro annui, avrebbero dovuto cessare il 31 dicembre 2012, in luogo del 31 marzo 2012, a meno che entro tale

¹¹⁸ Per un approfondimento sul tema si rinvia a G. GUZZO, "La disciplina dei servizi pubblici locali dopo il varo del regolamento di attuazione", in www.lexitalia.it; n. 10/2010.

data non si sarebbero verificate forme di integrazione operativa tali da configurare un unico gestore del servizio a livello d'ambito o di bacino territoriale ottimale. Le società miste costituite senza lo svolgimento della gara per la scelta del partner privato ovvero con gara, senza la previa definizione di compiti, funzioni e durata del rapporto che lega il privato al modulo societario costituito, sarebbero cessate non più il 30 giugno 2012 ma il 31 marzo 2013.

Altra novità era costituita dall'estensione della disciplina contenuta nell'articolo 4 del d.l. n. 138/2011 anche al settore del trasporto ferroviario regionale mentre, nel rispetto della volontà popolare emersa dal referendum del 12 e 13 giugno 2011, rimaneva fuori dall'applicazione della disciplina dell'articolo 4 il servizio idrico.

Per quanto riguarda, infine, la gestione ed erogazione dei servizi di gestione integrata dei rifiuti urbani, l'art. 25 prevede che sono affidate, ai sensi dell'art. 202 del d.lgs. n. 152/2006 e nel rispetto della normativa europea e nazionale sull'evidenza pubblica, le seguenti attività: a) la gestione ed erogazione del servizio che può comprendere le attività di gestione e realizzazione degli impianti; b) la raccolta, la raccolta differenziata, la commercializzazione e l'avvio a smaltimento e recupero, nonché, ricorrendo le ipotesi di cui alla lett. a), smaltimento completo di tutti i rifiuti urbani e assimilati prodotti all'interno dell'Autorità territoriale d'ambito (ATO).

Siffatta disposizione è di difficile coordinamento con l'art. 201 del d.lgs. n. 152/2006, dal titolo "*Disciplina del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani*", e dovrebbe avere comportato l'implicita abrogazione del comma 4° che indica le attività che possono essere affidate per la gestione ed erogazione del servizio di gestione integrata¹¹⁹.

Si specifica poi che il tributo comunale sui rifiuti e sui servizi, istituito a decorrere dal 1° gennaio 2013 in tutti i comuni del territorio nazionale a copertura dei costi relativi al servizio di gestione dei rifiuti urbani e dei rifiuti assimilati avviati allo smaltimento,

¹¹⁹ C. VIVIANI, *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: si definisce il quadro della riforma del Governo Monti*, in *Urbanistica e appalti*, 2012, 514.

riguarda il servizio svolto mediante l'attribuzione di diritti di esclusiva nelle ipotesi di cui al comma 1° dell'art. 4 del decreto legge n. 138/2011.

Infine l'art. 25 del decreto legge n. 1/2012 prevede obblighi a carico di tutti i concessionari e affidatari di servizi pubblici locali (commi 6° e 7°), i quali, a seguito di specifica richiesta, devono fornire agli Enti locali, che decidono di bandire la gara per l'affidamento del relativo servizio, i dati concernenti le caratteristiche tecniche degli impianti e delle infrastrutture, il loro valore contabile di inizio esercizio, secondo parametri di mercato, le rivalutazioni e gli ammortamenti e ogni altra informazione necessaria per definire i bandi.

Ciò, pena l'irrogazione, da parte del prefetto, di una sanzione amministrativa pecuniaria, da un minimo di euro 5.000 ad un massimo di euro 500.000, in caso di ritardo nella comunicazione oltre il termine di 60 giorni dall'apposita richiesta o di informazioni false.

4.2 GLI AGGIUSTAMENTI INTRODOTTI DAL D.L. N. 83/2012 E DALL'ART. 4 DEL D.L. N. 95/2012

L'art. 53 del decreto legge n. 83/2012 ha introdotto alcune importanti novità¹²⁰ sia all'art. 3-bis sia all'art. 4 del decreto legge n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 148/2011. Una prima serie di modifiche riguardano il citato art. 3-bis, comma 1°, e attengono al procedimento, di competenza delle Regioni e delle Province autonome di Trento e di Bolzano, di organizzazione dello svolgimento dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, precisando e meglio dettagliando i contenuti anche a fini di semplificazione.

Un secondo gruppo di modificazioni apportano aggiustamenti al procedimento di adozione della delibera-quadro di cui all'art. 4, comma 2°, del decreto legge n. 138/2011, così come disciplinato dal successivo comma 3°; e incidono sui commi 3° e 4° del medesimo art. 4. In particolare, il previsto parere obbligatorio dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sulla delibera-quadro:

a) è richiesto solo “nel caso di attribuzione di diritti di esclusiva se il valore economico del servizio è pari o superiore alla somma complessiva di 200.000 euro annui” [citato art. 53, comma 1°, lett. b), n. 1), lett. a)];

b) non è più preventivo bensì successivo, dovendo intervenire sulla delibera dopo la sua adozione e trasmissione all'Autorità [citato art. 53, comma 1°, lett. b), n. 1), lett. b) e c)]. E' evidente però che una volta reso il parere la delibera, se non conforme allo stesso, va nuovamente adottata in adeguamento o motivando sul perché il parere viene disatteso (del tutto o in parte);

c) deve essere richiesto, siccome obbligatorio, ma non è detto che venga reso dall'Autorità, la quale può, e non deve, pronunciarsi nei previsti 60 giorni sulla base dell'istruttoria svolta dall'Ente locale. Decorsi i 60 giorni l'Ente richiedente adotta la

¹²⁰ Per un commento sulle novità introdotte dal d.l. n. 83/2012 si rinvia a C. VOLPE, “*Servizi pubblici locali e liberalizzazioni. Dall'art. 23-bis al decreto legge “crescita”: la produzione normativa non ha mai fine*”, in www.giustizia-amministrativa.it, 4 luglio 2012.

delibera-quadro [citato art. 53, comma 1°, lett. b), n. 1), lett. d), e) ed f)].

La delibera-quadro di cui all'art. 4, comma 2°, del decreto legge n. 138/2011 va comunque adottata prima di procedere al conferimento e al rinnovo della gestione dei servizi entro 90 (e non più trenta) giorni dalla trasmissione del parere dell'Autorità [citato art. 53, comma 1°, lett. b), n. 2), lett. a)¹²¹]. Da ultimo, ed è forse la modifica più rilevante, si aggiunge un'ulteriore comma 35°-bis al citato art. 4 [citato art. 53, comma 1°, lett. b), n. 6)], del seguente tenore:

“Fatto salvo quanto previsto dal comma 35°, a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012, n. 27, la verifica di cui ai commi 1°, 2°, 3° e 4°, le attività di cui al comma 5° e le procedure di cui ai commi 8°, 12° e 13° per il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, sono effettuate unicamente per ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei di cui all'articolo 3-bis dagli Enti di governo degli stessi istituiti o designati ai sensi del medesimo articolo”.

La norma si riferisce solo ai “servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica”. Con essa si è inteso disporre che, con salvezza delle procedure di affidamento già indette e a decorrere dal 25 marzo 2012¹²², la verifica della realizzabilità della gestione concorrenziale, la preliminare definizione degli obblighi di servizio pubblico, nonché le procedure competitive ad evidenza pubblica, la gara a doppio oggetto e l'affidamento “in house”, così come disciplinati e nei limiti consentiti dai commi 8°, 12° e 13° dell'art. 4 del decreto legge n. 138/2011, vanno effettuati e osservati dagli Enti di governo degli ambiti o dei bacini territoriali ottimali e omogenei di cui al precedente art. 3-bis, con riguardo ai medesimi ambiti e bacini, prima e ai fini del conferimento della gestione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica.

¹²¹ La norma parla di “novanta giorni dalla trasmissione del parere all'Autorità”, ma si tratta di un refuso dovendo il riferimento essere al “parere dell'Autorità”.

¹²² Data di entrata in vigore della legge n. 27/2012 che ha del tutto modificato il contenuto dell'art. 25 del decreto legge n. 1/2012. A norma dell'art. 15, comma 5°, della legge 23 agosto 1988, n. 400, le modifiche apportate dalla legge di conversione hanno efficacia dal giorno successivo a quello della sua pubblicazione.

Evidentemente si deve trattare di servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica che rientrano nell'ambito applicativo dell'art. 4 del decreto legge n. 138/2011. Si pensi, ad esempio, al trasporto ferroviario regionale.

Di peso ben diverso risultano essere le novità introdotte dal d.l. n. 95/2012, poi convertito, con modifiche, nella legge n. 135/2012. Tutte le norme in esso contenute vanno lette nell'ottica di una razionalizzazione dei costi. Nel dettaglio, è possibile individuare un gruppo di norme che riguardano da vicino i servizi pubblici locali, siano essi di natura strumentale che di rilevanza economica. Rientrano nella prima tipologia di norme le previsioni che sono contenute nei commi da 1° a 4° dell'articolo 4 della legge n. 135/2012¹²³, mentre sono riconducibili alla materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica le norme contenute nei commi da 5° a 14°.

Venendo al merito dei provvedimenti, il comma 1° dell'articolo 4 stabilisce che nei confronti delle società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2°, del decreto legislativo n. 165 del 2001, che abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento dell'intero fatturato, si procede, alternativamente:

a) allo scioglimento della società entro il 31 dicembre 2013;

b) all'alienazione, con procedure di evidenza pubblica, delle partecipazioni detenute alla data di entrata in vigore del presente decreto entro il 30 giugno 2013 ed alla contestuale assegnazione del servizio per cinque anni, (non rinnovabili), a decorrere dal 1° gennaio 2014. La norma è piuttosto chiara e sembra inequivocabilmente riferirsi alle cosiddette società "strumentali", originariamente previste dall'articolo 13 del d.l. 223/2006. Queste società, pertanto, sono destinate a cessare entro il 31 dicembre 2013 a patto, però, che presentino un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento dell'intero fatturato per l'anno 2011.

Il comma 3° dell'articolo 4 stabilisce che ove l'amministrazione non proceda secondo

¹²³ In senso contrario, S. POZZOLI, "Regole di settore per i servizi pubblici locali", *IlSole24Ore*, 23 luglio 2012, pag. 12.

quanto stabilito ai sensi del comma 1°, a decorrere dal 1° gennaio 2014, le predette società non possono comunque ricevere affidamenti diretti di servizi, nè possono fruire del rinnovo di affidamenti di cui sono titolari. I servizi già prestati dalle società, ove non vengano prodotti nell'ambito dell'amministrazione, devono essere acquisiti nel rispetto della normativa comunitaria e nazionale. La norma ha tutta l'aria di porre un perentorio sbarramento temporale prevedendo che, comunque, a partire dal 1° gennaio 2014 verrà interdetto a tali società strumentali:

1. di ricevere nuovi affidamenti diretti (senza gara);
2. di fruire del rinnovo del servizio o dei servizi già affidati;
3. di acquisire senza gara i servizi già prestati ove non prodotti nell'ambito, cioè a favore, dell'amministrazione¹²⁴.

Inoltre, sempre all'interno dell'art. 4 sono rinvenibili alcune norme che toccano da vicino le società pubbliche che gestiscono i servizi pubblici locali di rilevanza economica sia da un punto di vista della composizione degli organi di *governance*, che sotto il profilo più strettamente procedurale della costituzione stessa.

Ad esempio, il comma 8° dell'art. 4, limitatamente agli affidamenti *in house*, prevede che a decorrere dal 1° gennaio 2014 l'affidamento diretto può avvenire solo a favore di società a capitale interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione *in house* e a condizione che il valore economico del servizio o dei beni oggetto dell'affidamento sia complessivamente pari o inferiore a 200.000 euro annui¹²⁵.

Sono fatti salvi gli affidamenti in essere fino alla scadenza naturale e comunque fino al 31 dicembre 2014. Va ricordato che il tetto dei 200.000 euro di valore annuo non

¹²⁴ Al riguardo si rinvia a G. URBANO, "Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione", in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 24 settembre 2012.

¹²⁵ E' stato attentamente rilevato che l'abbassamento della soglia a 200.000 euro costituisce "un irrigidimento pro-concorrenziale rispetto al modello comunitario che, invece, consente più facilmente il ricorso all'*in house*, senza limiti di ordine quantitativo". Così G. URBANO, "Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione", op. cit. Sull'argomento si veda anche G. TACCOGNA, "Spending review e società finanziarie regionali", in www.federalismi.it, 23 ottobre 2012.

costituisce un *quid novi* rispetto al passato, dal momento che lo stesso regolamento di attuazione dell'articolo 23-bis, il D.P.R. n. 168/2010, prevedeva tale soglia, poi innalzata a 900.000 euro dall'articolo 4 del decreto legge n. 138/2011 e riportata nuovamente a 200.000 dal decreto legge n. 1/2012¹²⁶.

Ciò che non convince è che l'abbassamento di tale soglia rende particolarmente arduo il ricorso all'affidamento diretto nonostante l'esito referendario del 2011 avesse chiaramente evocato una più massiccia presenza del pubblico nella gestione dei servizi pubblici locali e la stessa Corte Costituzionale, con la sentenza n. 199/2012, di cui si dirà in seguito, abbia cassato l'art. 4 del decreto legge n. 138/2012 per violazione della volontà popolare (art. 75 della Costituzione). Un ulteriore problema posto dal d.l. n. 95/2012 riguarda l'applicabilità dell'articolo 9 alle società che gestiscono i servizi pubblici locali di rilevanza economica. La disposizione, rubricata "*Razionalizzazione amministrativa, divieto di istituzione e soppressione di enti, agenzie e organismi*" ha sollevato, sin dall'inizio, non pochi dubbi circa il fuoco di applicazione della norma.

La questione non è di poco conto in quanto il comma 1° dell'art. 9 prevede che al fine di assicurare il coordinamento e il conseguimento degli obiettivi di finanza pubblica, il contenimento della spesa e il migliore svolgimento delle funzioni amministrative, le Regioni, le Province e i Comuni sopprimono o accorpano enti, agenzie e organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica che, alla data di entrata in vigore del presente decreto, esercitano, anche in via strumentale, funzioni fondamentali di cui all'art. 117, comma 2°, lettera p), della Costituzione o funzioni amministrative spettanti a Comuni, Province, e Città metropolitane ai sensi dell'art. 118, della Costituzione.

In conclusione, l'esatta individuazione del range applicativo degli art. 4 e 9 del decreto legge n. 95/2012 è di fondamentale importanza al fine di capire quanta parte degli stessi sia sopravvissuta agli effetti "demolitori" della Corte Costituzionale.

¹²⁶ Per un approfondimento dell'argomento si rinvia, tra i tanti, a C. VOLPE, "*Appalti pubblici e servizi pubblici. Dall'art. 23-bis al decreto legge manovra di agosto 2011 attraverso il referendum: l'attuale quadro normativo*", in www.giustizia-amministrativa.it del 17 ottobre 2011; G. GUAZZO, "*Società miste e affidamenti in house*", Giuffrè Editore, 2009.

4.3 IL CONCETTO DI LIBERALIZZAZIONI E LE RECENTI POLITICHE DI LIBERALIZZAZIONI

Come abbiamo potuto constatare, l'art. 4 del decreto legge n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 148/2011, ha effettuato una netta sterzata dalla privatizzazione alla liberalizzazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Dalla concorrenza per il mercato si spinge verso la concorrenza nel mercato con la conseguente soppressione dei diritti di esclusiva. E si passa all'attribuzione dei diritti di esclusiva solo in via residuale, qualora la liberalizzazione non riesca a soddisfare i bisogni della comunità.

Nella nuova filosofia assume carattere centrale la verifica della realizzabilità della gestione concorrenziale, come disciplinata dai commi 1°, 2°, 3° e 4° del citato art. 4. In sintesi gli Enti locali e gli Enti d'ambito:

a) devono innanzitutto individuare i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e universale, prevedendo le eventuali compensazioni economiche alle aziende esercenti i servizi stessi;

b) quindi liberalizzano le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità e accessibilità del servizio;

c) limitano, negli altri casi, l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità;

d) all'esito della verifica, che assume carattere preliminare, adottano una delibera-quadro che:

- illustra l'istruttoria compiuta ed evidenza, per i settori sottratti alla liberalizzazione, le ragioni della decisione e i benefici per la comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio;

- valutano l'opportunità di procedere all'affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi pubblici locali nei casi in cui possa essere dimostrato che tale scelta sia economicamente vantaggiosa. Sulla delibera-quadro, nel caso di attribuzione di diritti

di esclusiva se il valore economico del servizio è pari o superiore alla somma complessiva di 200.000 euro annui e solo da parte degli Enti territoriali con popolazione superiore a 10.000 abitanti, va acquisito il parere (obbligatorio) dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. La delibera-quadro deve essere adottata entro il 14 agosto 2012¹²⁷ e poi periodicamente secondo i rispettivi ordinamenti degli Enti locali. Va però comunque adottata prima di procedere al conferimento e al rinnovo della gestione dei servizi e, in assenza della delibera, l'Ente locale non può procedere all'attribuzione di diritti di esclusiva.

I criteri, per la verifica e l'adozione della delibera-quadro, devono essere definiti con un regolamento ministeriale da adottare con decreto del ministro per gli affari regionali, il turismo e lo sport, di concerto con i ministri dell'economia e delle finanze e dell'interno, sentita la Conferenza unificata, ai sensi dell'art. 4, comma 33°-ter, lett. a), del decreto legge n. 138/2011.

Il termine per l'adozione, fissato al 31 marzo 2012, è ormai decorso (ma non è perentorio, non essendo posto a decadenza del potere) e il regolamento ancora non è stato pubblicato. Sullo stesso però il Consiglio di Stato ha già reso il parere di competenza¹²⁸.

Tornando al concetto di liberalizzazione, non appare uniforme e troppo spesso viene condizionato da politiche generali e di settore¹²⁹. Da una tesi assoluta secondo cui "la liberalizzazione di un'attività economica consiste nel suo totale affrancamento da qualsivoglia potere pubblicistico di tipo autorizzatorio"¹³⁰, si passa ad una concezione

¹²⁷ Ossia entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore del decreto legge n. 138/2011.

¹²⁸ Parere del Consiglio del Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, n. 2805 dell'11 giugno 2012, reso nell'adunanza del 24 maggio 2012, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

¹²⁹ In particolare sulle liberalizzazioni e tra gli scritti più recenti si veda: E. BOSCOLO, *La liberalizzazione delle attività economiche e la riduzione dei compliance cost: la difficile strada verso la giusta misura delle procedure di controllo*, in *Urbanistica e appalti*, 2012, 506; R. GIOVAGNOLI, *Liberalizzazioni, semplificazioni ed effettività della tutela*, in www.giustamm.it, n. 6/2012; W. GIULIETTI, *Crisi economica e liberalizzazioni*, in www.giustamm.it, n. 5/2012; L. SALTARI, *Lo stato del mercato*, in *Giornale diritto amministrativo*, 2012, 579.

¹³⁰ Cfr. V. MARCHIANO', *I servizi pubblici locali. Una storia sospesa tra libertà ed autorità*, in www.lexitalia.it, n. 6/2012.

generalista secondo cui la liberalizzazione è finalizzata alla “rimozione delle previsioni che subordinano ad assenti pubblicistici” l’avvio di attività economiche private¹³¹.

Sia le liberalizzazioni, che la semplificazione amministrativa, pur agendo su piani diversi, perseguono obiettivi comuni. Sono, infatti, dirette a ripristinare nel settore economico la libertà di iniziativa privata eliminando, o riducendo, i condizionamenti pubblici esistenti. E per condizionamenti pubblici si intendono quelle regole derogatorie alla disciplina comune a cui sono sottoposte determinate attività e, in senso stretto, le normative le quali, oltre a porre regole speciali, attribuiscono poteri di intervento e controllo preventivo ad un’autorità pubblica. In quest’ultimo caso il condizionamento consiste in un vero e proprio regime amministrativo sul quale intendono incidere le politiche di liberalizzazione e di semplificazione¹³².

Una liberalizzazione radicale comporta la deregolazione (o *deregulation*), ossia la soppressione di regole di diritto pubblico che condizionano o limitano l’attività economica privata senza sostituzione con altre regole. Dalla “*liberalizzazione amministrativa*”, intesa come “soppressione dei vincoli pubblici gravanti su operatori privati”, va distinta la “*liberalizzazione economica*”, intesa come “soppressione di limiti all’entrata in settori economici particolari”¹³³.

Anche l’autorizzazione può essere uno strumento di liberalizzazione parziale rispetto ad un preesistente regime concessorio. Nel caso in cui vi sia un preesistente regime autorizzatorio la liberalizzazione “piena” di un settore può avvenire con la cancellazione di quelle norme attributive di potere su cui si fonda il regime amministrativo autorizzatorio che grava su di un’attività.

¹³¹ Cfr. E. BOSCOLO, *op. cit.*, 508.

¹³² W. GIULIETTI, *Crisi economica e liberalizzazioni*, in *www.giustamm.it*, n. 5/2012. L’autore distingue: a) una liberalizzazione piena, intesa “come affrancamento del privato dal potere amministrativo”, allorché si determina “la soppressione *tout-court* del condizionamento”; b) una liberalizzazione così detta temperata (il termine “liberalizzazione temperata” è usato anche dal Consiglio di Stato, ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15, in *Riv. giur. edilizia*, 2011, I, 513), “ovvero la sostituzione dello stesso regime con un sistema avente la caratteristica di essere più rispettoso della libertà d’impresa”.

¹³³ Cfr. W. GIULIETTI, *op. cit.*.

Così che il fenomeno della liberalizzazione si sostanzia nella libertà di svolgimento e di accesso ad una data attività (economica) e non determina necessariamente la sottrazione ad ulteriori regole che prescrivono requisiti, presupposti ovvero modalità di svolgimento della medesima¹³⁴. La spinta liberalizzatrice dell'ordinamento è verso un regime di "Segnalazione certificata di inizio attività", così detta "SCIA", disciplinata dall'art. 19 della legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni.

Al riguardo l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato¹³⁵ ha affermato che con la SCIA, così come prima con la DIA (dichiarazione o denuncia di inizio attività), avviene la *"sostituzione dei tradizionali modelli provvedimentali autorizzatori con un nuovo schema ispirato alla liberalizzazione delle attività economiche private consentite dalla legge in presenza dei presupposti fattuali e giuridici normativamente stabiliti"* e che la *"liberalizzazione dei settori economici in esame ha carattere solo parziale in quanto il principio di autoreponsabilità è temperato dalla persistenza del potere amministrativo di verifica dei presupposti richiesti dalla legge per lo svolgimento dell'attività denunciata"*.

Così che si tratta *"di attività ancora sottoposte ad un regime amministrativo, pur se con la significativa differenza che detto regime non prevede più un assenso preventivo di stampo autorizzatorio ma un controllo, a seconda dei casi, successivo alla presentazione della d.i.a. o allo stesso inizio dell'attività dichiarata, da esercitarsi entro un termine perentorio con l'attivazione ufficiosa di un doveroso procedimento teso alla verifica della sussistenza dei presupposti di fatto e di diritto per l'esercizio dell'attività dichiarata"*¹³⁶.

¹³⁴ In tal senso W. GIULIETTI, *op. cit.*, secondo cui: "E' così utilizzato indifferentemente il termine liberalizzazione nel caso di soppressione di una riserva pubblica di attività incentrata sul regime concessorio mediante sostituzione con un regime autorizzatorio; nel caso di superamento di un regime di contingentamento, ovvero di regimi discrezionali per l'accesso al mercato a scopo di direzione; nella previsione di un mero accertamento dei requisiti obiettivi mediante dichiarazione preventiva, secondo "un modello di liberalizzazione temperata che sostituisce l'assenso preventivo con il controllo successivo"...; con l'eliminazione *tout-court* di un controllo – preventivo o successivo che sia – all'avvio dell'attività".

¹³⁵ Il 29 luglio 2011, n. 15, in *Rivista giuridica edilizia*, 2011, I, 513.

¹³⁶ Secondo la Corte Costituzionale, 27 giugno 2012 n. 164, in www.lexitalia.it, n. 6/2012, la SCIA è finalizzata alla semplificazione dei procedimenti di abilitazione all'esercizio di attività per le quali sia

Tuttavia, un processo di liberalizzazione non è in antitesi con la regolazione e/o regolamentazione pubblicistica delle attività private. Anzi la liberalizzazione economica, conseguente alla soppressione di limiti all'entrata in settori economici particolari, può comportare la necessità, almeno nella fase iniziale, di una disciplina pubblica dell'attività¹³⁷.

necessario un controllo della pubblica amministrazione. Di interesse il seguente passo della sentenza: "Il principio di semplificazione, ormai da gran tempo radicato nell'ordinamento italiano, è altresì di diretta derivazione comunitaria (Direttiva 2006/123/CE, relativa ai servizi nel mercato interno, attuata nell'ordinamento italiano con decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59). Esso, dunque, va senza dubbio catalogato nel novero dei principi fondamentali dell'azione amministrativa (sentenze n. 282 del 2009 e n. 336 del 2005). Al soggetto interessato, dunque, si riconosce la possibilità di dare immediato inizio all'attività (è questo il principale *novum* della disciplina in questione), fermo restando l'esercizio dei poteri inibitori da parte della pubblica amministrazione, ricorrendone gli estremi. Inoltre, è fatto salvo il potere della stessa pubblica amministrazione di assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990. Si tratta di una prestazione specifica, circoscritta all'inizio della fase procedimentale strutturata secondo un modello ad efficacia legittimante immediata, che attiene al principio di semplificazione dell'azione amministrativa ed è finalizzata ad agevolare l'iniziativa economica (art. 41, primo comma, Cost.), tutelando il diritto dell'interessato ad un sollecito esame, da parte della pubblica amministrazione competente, dei presupposti di diritto e di fatto che autorizzano l'iniziativa medesima".

¹³⁷ Consiglio di Stato, sez. VI, 5 giugno 2006, n. 3352, in *Foro amm. CDS*, 2007, 3, 1018, secondo cui l'Autorità per l'energia elettrica e il gas è titolare di poteri di regolazione anche nei settori liberalizzati, affinché siano salvaguardate le dinamiche concorrenziali, a tutela dell'utenza. Secondo il Consiglio di Stato la liberalizzazione di un mercato non comporta automaticamente il passaggio ad una situazione di concorrenza, la cui promozione rientra tra le competenze dell'Autorità fin quando essa ritenga che il mercato non sia idoneo alla formazione corretta dei prezzi in una reale competizione. Con la conseguenza che l'Autorità ha il potere di regolare il mercato anche in regime di liberalizzazione, al fine di salvaguardare le dinamiche concorrenziali a tutela dell'utenza, nelle more della realizzazione di una situazione di concorrenza reale.

4.4 IL REGIME DELLE ATTIVITA' LIBERALIZZATE

Una volta che il servizio pubblico di rilevanza economica viene liberalizzato, in attuazione del percorso previsto dai primi quattro commi dell'art. 4 del decreto legge n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 148/2011, quale sarà la disciplina applicabile?

La direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 12 dicembre 2006 n. 2006/123/CE, relativa ai servizi nel mercato interno (così detta direttiva servizi), attuata dal d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59, *“non riguarda la liberalizzazione dei servizi d'interesse economico generale riservati ad Enti pubblici o privati”* (art. 1, comma 2°) e *“lascia impregiudicata la libertà, per gli Stati membri, di definire, in conformità del diritto comunitario, quali essi ritengano essere servizi d'interesse economico generale, in che modo tali servizi debbano essere organizzati e finanziati, in conformità delle regole sugli aiuti concessi dagli Stati, e a quali obblighi specifici essi debbano essere soggetti”* (art. 1, comma 3°, secondo periodo).

La direttiva può essere considerata come modello di riferimento utile per la disciplina delle attività economiche, prevedendo:

- *“la limitazione dell'obbligo di autorizzazione preliminare ai casi in cui essa è indispensabile”* (considerando 43);

- che, *“la possibilità di avere accesso ad un'attività di servizi dovrebbe essere subordinata al rilascio di un'autorizzazione da parte delle autorità competenti soltanto se ciò è conforme ai principi di non discriminazione, di necessità e di proporzionalità. Ciò significa, in particolare, che l'imposizione di un'autorizzazione dovrebbe essere ammissibile soltanto nei casi in cui un controllo a posteriori non sarebbe efficace a causa dell'impossibilità di constatare a posteriori le carenze dei servizi interessati e tenuto conto dei rischi e dei pericoli che potrebbero risultare dall'assenza di un controllo a priori”* (considerando 54).

Tuttavia anche le disposizioni di cui al d.lgs. n. 59/2010 inducono a ritenere la sua non applicabilità ai servizi pubblici liberalizzati.

E' vero che l'art. 2 del d.lgs. n. 59/2010, prevede, al comma 1°, lett. c), che le disposizioni del decreto non si applicano *“ai servizi d'interesse economico generale assicurati alla collettività in regime di esclusiva da soggetti pubblici o da soggetti privati, ancorché scelti con procedura ad evidenza pubblica, che operino in luogo e sotto il controllo di un soggetto pubblico”*.

Ma la precedente lett. a) prevede egualmente l'esclusione, dall'applicazione del medesimo decreto, delle *“attività connesse con l'esercizio di pubblici poteri, quando le stesse implicino una partecipazione diretta e specifica all'esercizio del potere pubblico e alle funzioni che hanno per oggetto la salvaguardia degli interessi generali dello Stato e delle altre collettività pubbliche”*.

D'altro canto, l'art. 12 del d.lgs. n. 59/2010, dopo avere disposto, al comma 1°, che *“nei casi in cui sussistono motivi imperativi d'interesse generale¹³⁸, l'accesso e l'esercizio di un'attività di servizio possono, nel rispetto dei principi di proporzionalità e non discriminazione, essere subordinati al rispetto”* di alcuni requisiti specificamente indicati, al comma 2°, aggiunge che, *“fermo restando quanto previsto dall'art. 11”*, il quale stabilisce i requisiti vietati al rispetto dei quali non può subordinarsi né l'accesso ad un'attività di servizi né il suo esercizio, *“le disposizioni di cui al comma 1° si applicano alla legislazione riguardante i servizi di interesse economico generale per i quali non sono previsti regimi di esclusiva, nella misura in cui ciò non sia di ostacolo alla specifica missione d'interesse pubblico”*.

Il che vuol dire consentire l'istituzione o il mantenimento di regimi autorizzatori *“solo se giustificati da motivi imperativi d'interesse generale, nel rispetto dei principi di non discriminazione, di proporzionalità”* nonché delle disposizioni di cui al presente

¹³⁸ I motivi imperativi d'interesse generale sono indicati nell'art. 8, comma 1°, lett. h), del d.lgs. n. 59/2010 e sono: *“ragioni di pubblico interesse, tra i quali l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica, l'incolumità pubblica, la sanità pubblica, la sicurezza stradale, la tutela dei lavoratori compresa la protezione sociale dei lavoratori, il mantenimento dell'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale, la tutela dei consumatori, dei destinatari di servizi e dei lavoratori, l'equità delle transazioni commerciali, la lotta alla frode, la tutela dell'ambiente, incluso l'ambiente urbano, la salute degli animali, la proprietà intellettuale, la conservazione del patrimonio nazionale storico e artistico, gli obiettivi di politica sociale e di politica culturale”*.

titolo I, e limitare “il numero dei titoli autorizzatori per l’accesso e l’esercizio di un’attività di servizi...solo se sussiste un motivo imperativo d’interesse generale o per ragioni correlate alla scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche disponibili” (art. 14, commi 1° e 3°, del d.lgs. n. 59/2010).

E’ chiaro però che il regime autorizzatorio deve essere previsto dalla legge o sulla base della legge (da un regolamento); a tal fine le norme del d.lgs. n. 59/2010 costituiscono, relativamente alle materie oggetto di competenza legislativa concorrente, principi fondamentali (art. 1). E comunque, l’autorizzazione, sempreché “non sia previsto alcun limite o contingente complessivo”, è ora sostituita dalla SCIA ai sensi dell’art. 19 della legge n. 241/1990. Il d.lgs. n. 59/2010 appare comunque superato dai successivi interventi legislativi di liberalizzazione di cui si è detto al paragrafo precedente; interventi che si riallacciano con i contenuti del medesimo decreto, i quali conseguono sempre dall’attuazione di principi e normativa comunitaria¹³⁹; secondo cui l’intervento autorizzatorio preventivo diventa eccezionale¹⁴⁰.

Secondo il Consiglio di Stato, nel parere reso in sede di esame del regolamento previsto dall’art. 4, comma 33°-ter, del decreto legge n. 138/2011, “la “concorrenza nel mercato” consente, invece, agli imprenditori del settore di operare contemporaneamente nel mercato rilevante ad armi pari, riuscendo a soddisfare le esigenze della comunità amministrata.

In un regime completamente liberalizzato e, quindi, di piena concorrenza, l’accesso al

¹³⁹ Con riguardo ai servizi di trasporto la non applicazione del d.lgs. n. 59/2010 è disposta espressamente dall’art. 6, comma 1°, dello stesso, secondo cui “Le disposizioni del presente decreto non si applicano ai servizi di trasporto aereo, marittimo, per le altre vie navigabili, ferroviario e su strada, ivi inclusi i servizi di trasporto urbani, di taxi, di ambulanza, nonché i servizi portuali e i servizi di noleggio auto con conducente”.

¹⁴⁰ R. GIOVAGNOLI, *op. cit.*. Il quale evidenzia che “Il mantenimento di misure di regolazione amministrativa è eccezionale e richiede la tutela di interessi costituzionalmente rilevanti nonché il rispetto del principio di proporzionalità. In assenza di tali interessi di rilievo costituzionale l’attività è libera”. E aggiunge che “Oggi, al contrario, sembra valere un’equazione di segno opposto: c’è un interesse costituzionalmente rilevante e quindi c’è potere, perché il potere amministrativo, soprattutto quello di stampo autorizzatorio, si giustifica proprio per la necessità di tutela, di valutazione e di contemperamento di interessi costituzionalmente rilevanti, cui spesso corrispondono, in capo ai privati, diritti fondamentali, costituzionalmente rilevanti”.

mercato dovrebbe essere libero o, al più, caratterizzato dal previo rilascio di autorizzazioni (vincolate) all'esercizio della relativa attività economica – qualora sia necessario che gli operatori presentino determinati requisiti – in base a criteri oggettivi, trasparenti e non discriminatori.

Al momento è evidente l'esistenza di un vuoto normativo. Si passa da un regime di attribuzione di diritti di esclusiva per effetto dell'emanazione di provvedimenti amministrativi (concessione, affidamento) alla liberalizzazione del servizio, che comporta la conseguente libera erogazione. Ma vi sono:

- gli “obblighi di servizio pubblico e universale” che vanno osservati da parte dei soggetti esercenti;
- le conseguenti compensazioni economiche;
- gli standard minimi (di efficienza e qualità) delle prestazioni da assicurare nell'espletamento del servizio.

Tali obblighi e diritti reciproci non possono non confluire nel contratto di servizio che dovrà essere stipulato con l'esercente prima di iniziare a svolgere il servizio. La necessaria preventiva regolamentazione dell'accesso al mercato a monte, da parte dell'Ente locale, degli Enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei, con la delibera-quadro di cui all'art. 4 del decreto legge n. 138/2011, o di altra autorità, espressione dell'esercizio di poteri pubblici, non può non consentire l'esercizio a valle di poteri di verifica e di controllo da parte dell'amministrazione che ha posto le regole o di quella a cui fa capo la comunità degli utenti del servizio e dell'ambito.

Quindi, liberalizzazione temperata, con la quale si introduce un nuovo regime più rispettoso delle libertà d'impresa, ma che non può prescindere dall'esercizio di poteri e prerogative pubblici nell'interesse (pubblico e collettivo) degli utenti a cui va erogato il servizio. Il vuoto normativo andrebbe colmato da parte del legislatore.

Tuttavia, la previsione di un regime autorizzatorio deve tenere conto delle prescrizioni contenute nell'art. 3, commi 7°, 8° e 9°, del decreto legge n. 138/2011 e comunque presuppone l'esistenza di “esigenze imperative d'interesse generale,

costituzionalmente rilevanti e compatibili con l'ordinamento comunitario" (art. 34, commi 2° e 4°, del decreto legge n. 201/2011, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 214/2011). Tenendo presente che, se si richiede "la necessità di alcuni requisiti per l'esercizio di attività economiche, la loro comunicazione all'amministrazione competente deve poter essere data sempre tramite autocertificazione e l'attività può subito iniziare, salvo il successivo controllo amministrativo, da svolgere in un termine definito" (art. 34, comma 6°, del decreto legge n. 201/2011)¹⁴¹.

Sempre nel rispetto dei "principi costituzionali per i quali l'iniziativa economica privata è libera secondo condizioni di piena concorrenza e pari opportunità tra tutti i soggetti, presenti e futuri, ed ammette solo i limiti, i programmi e i controlli necessari ad evitare possibili danni alla salute, all'ambiente, al paesaggio, al patrimonio artistico e culturale, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e possibili contrasti con l'utilità sociale, con l'ordine pubblico, con il sistema tributario e con gli obblighi comunitari ed internazionali della Repubblica"¹⁴².

La previsione di un regime di SCIA potrebbe far superare anche la necessità della stipula di un contratto di servizio qualora gli obblighi dell' esercente, predefiniti dall'amministrazione, si facciano rientrare, sotto forma di preventiva accettazione da parte dello stesso, tra i requisiti e i presupposti richiesti per l'esercizio dell'attività da autocertificare ai sensi del comma 1° dell'art. 19 della legge n. 241/1990.

Con una possibile peculiarità di disciplina per il trasporto pubblico locale che, rientrando nelle "attività specificamente sottoposte a regolazione e vigilanza di apposita autorità indipendente"¹⁴³, è escluso dall'ambito di applicazione dell'art. 1 del decreto legge n. 1/2012 (ai sensi del comma 5° dello stesso). Con la conseguente ipotizzabilità di un regime autorizzatorio *ex ante* il quale, negli altri casi, non sembra invece adattarsi alla filosofia ispiratrice delle recenti politiche di liberalizzazione.

¹⁴¹ I principi e le regole contenute nell'art. 34, commi 2°, 4° e 6°, del decreto legge n. 201/2011 impongono alle Regioni l'adeguamento della legislazione di loro competenza (comma 7° del medesimo articolo).

¹⁴² Secondo quanto contenuto nell'art. 1, comma 2°, del decreto legge n. 1/2012.

¹⁴³ Si tratta dell'Autorità di regolazione dei trasporti, istituita dall'art. 37 del decreto legge n. 201/2011.

4.5 LA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 199/2012: L'EFFETTO KIRCHMAN SI ABBATTE SUI SERVIZI PUBBLICI LOCALI

La Corte Costituzionale, con la sentenza 199/2012, ha cassato dal mondo del *iure* la disciplina sei servizi pubblici locali di rilevanza economica per come essa era stata concepita dall'art. 4 del d.l. n. 138/2011, convertito con modifiche nella legge n. 148/2011¹⁴⁴. Va ricordato che l'intervento del Legislatore nasceva dalle ceneri dell'articolo 23-*bis* del d.l. n. 112/2008 abrogato dalla consultazione elettorale del 12 e 13 giugno 2011.

La pronuncia della Corte Costituzionale, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'intero art. 4 del d.l. n. 138/2011, rende attuale, ancora una volta, la famosa tesi di Kirchman, secondo cui basta un mutamento legislativo perché intere biblioteche giuridiche vadano al macero¹⁴⁵.

Kirchman peraltro non poteva prevedere almeno due evenienze. La prima è che nei sistemi a Costituzione rigida fondati su un sindacato della costituzionalità delle leggi accentrato, anche le sentenze della Corte Costituzionale possono produrre un analogo effetto. La seconda, che si verifica più raramente, è che mutamenti legislativi improvvisi possono ridare attualità a scaffali di volumi lasciati ammuffire negli scantinati.

Con la sentenza n. 199/2012 potrebbero verificarsi entrambe le evenienze. Da un lato, è certo che sarà vanificato lo sforzo del legislatore compiuto in questi anni e concretizzatosi in una serie di interventi normativi coerentemente ispirati nell'ottica di liberalizzare il mercato dei servizi pubblici locali e aprirlo alla concorrenza al massimo grado possibile.

¹⁴⁴ Per un primo commento sulla sentenza n. 199/2012 si rinvia a V. LEPORE, "La normativa sui servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012", in www.amministrazioneincammino.luis.it del 7 settembre 2012. Sull'argomento si veda anche A. CABANCA, "Il trasporto pubblico locale ai tempi della crisi: il punto dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 ed il decreto c.d. spending review (d.l. n. 95/2012)", in www.federalismi.it, 23 Ottobre 2012.

¹⁴⁵ Sulle tesi di Kirchman e per una loro confutazione vedi E. OPOCHER, *Lezioni di filosofia del diritto. Il problema della natura della giurisprudenza*, Padova, 1955, II ed., pp. 10 e ss.

A ruota, perderanno di rilevanza molti contributi dottrinari che avevano come presupposto l'assetto normativo previgente.

Dall'altro, poiché la Corte Costituzionale ha determinato un ritorno allo standard minimo comunitario, ritornano attuali molti studi del passato con la possibilità che il nostro ordinamento, assecondando la volontà più intima dei referendari, faccia peraltro a breve un ulteriore passo indietro verso la riscoperta di istituti giuridici (le aziende speciali) che sono state da tempo espunte dal nostro ordinamento e considerate ormai preistoria del diritto.

La vicenda presenta una peculiarità ulteriore rispetto a eventi distruttivi di questa portata che in passato, come oggi, sono stati determinati dalla Corte Costituzionale. Non è stato un principio sostanziale di matrice costituzionale a comportare l'illegittimità della nuova disciplina; anzi, come si è visto l'art. 23-bis e, dunque, l'art. 4 del d.l. n. 138/2011 che né aveva replicato l'essenza sono passati indenni al vaglio della Corte con la sentenza n. 325/2010.

L'illegittimità della nuova disciplina, è solo formalmente riconducibile alla Costituzione che, tramite l'art. 75, impedisce al legislatore ordinario di sovvertire la volontà popolare espressa negli esiti referendari.

Gli effetti della pronuncia della Corte colpiscono la disciplina contenuta nell'art. 4 del d.l. n. 138/2011, nella sua versione finale risultante all'esito dei successivi aggiustamenti intervenuti nel corso sia del 2011 (legge n. 183/2011) che nel 2012 (legge n. 27/2012, legge n. 135/2012) necessari ad armonizzare l'architettura del testo con gli esiti referendari. In sostanza, i giudici delle leggi hanno ritenuto che il novellato art. 4 della legge n. 148/2011 violasse il divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare cristallizzato dall'art. 75 della Costituzione.

Nello specifico, la Corte ha spiegato che a "*distanza di meno di un mese dalla pubblicazione del decreto dichiarativo dell'avvenuta abrogazione dell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008, il Governo è intervenuto nuovamente sulla materia con l'impugnato art. 4, il quale, nonostante sia intitolato "Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dall'Unione europea", detta*

una nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, che non solo è contraddistinta dalla medesima ratio di quella abrogata, in quanto opera una drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti in house, al di là di quanto prescritto dalla normativa comunitaria, ma è anche letteralmente riproduttiva, in buona parte, di svariate disposizioni dell'abrogato art. 23-bis e di molte disposizioni del regolamento attuativo del medesimo art. 23-bis contenuto nel D.P.R. n. 168 del 2010.

Essa, infatti, da un lato, rende ancor più remota l'ipotesi dell'affidamento diretto dei servizi, in quanto non solo limita, in via generale, «l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità» (comma 1°), analogamente a quanto disposto dall'art. 23-bis (comma 3°) del d.l. n. 112 del 2008, ma anche al rispetto di una soglia commisurata al valore dei servizi stessi, il superamento della quale (900.000 euro, nel testo originariamente adottato; ora 200.000 euro, nel testo vigente del comma 13°) determina automaticamente l'esclusione della possibilità di affidamenti diretti.

Dall'altro lato, la disciplina recata dall'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 riproduce, ora nei principi, ora testualmente, sia talune disposizioni contenute nell'abrogato art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008 (...) sia la maggior parte delle disposizioni recate dal regolamento di attuazione dell'art. 23-bis. Alla luce delle richiamate indicazioni – nonostante l'esclusione dall'ambito di applicazione della nuova disciplina del servizio idrico integrato – risulta evidente l'analogia, talora la coincidenza, della disciplina contenuta nell'art. 4 rispetto a quella dell'abrogato art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008 e l'identità della ratio ispiratrice.

Le poche novità introdotte dall'art. 4 accentuano, infatti, la drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti diretti dei servizi pubblici locali che la consultazione referendaria aveva inteso escludere. Tenuto, poi, conto del fatto che l'intento abrogativo espresso con il referendum riguardava «pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica» (sentenza n. 24 del 2011) ai quali era rivolto l'art. 23-bis, non può ritenersi che l'esclusione del servizio idrico integrato dal novero dei servizi pubblici locali ai

quali una simile disciplina si applica sia soddisfattiva della volontà espressa attraverso la consultazione popolare, con la conseguenza che la norma oggi all'esame costituisce, sostanzialmente, la reintroduzione della disciplina abrogata con il referendum del 12 e 13 giugno 2011".

Dunque, i supremi giudici hanno contestato il fatto che, il Legislatore si è limitato, attraverso un'opera meramente riproduttiva, a licenziare una disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica assolutamente simmetrica, per non dire identica, a quella abrogata dal referendum del 12 e 13 giugno 2011.

La disposizione impugnata viola, quindi, il divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare desumibile dall'art. 75 Cost., secondo quanto già riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale. In particolare dalla natura del referendum, quale atto fonte dell'ordinamento, deriverebbe il principio, secondo cui il potere legislativo popolare, non solo elimina dall'ordinamento la disposizione oggetto del referendum, ma anche impedisce al Parlamento di disciplinare la materia in senso contrario a quanto risultato dalla consultazione popolare¹⁴⁶.

La Corte ricorda che il limite del divieto di riproposizione delle norme abrogate ha carattere relativo, ammettendo che tale divieto sia superabile in caso di "*mutamento...del quadro politico*" o "*delle circostanze di fatto*". Tuttavia, pur consapevole di ciò, ha ritenuto che nel caso di specie "*non sussistano le condizioni tali da giustificare il superamento del predetto divieto di ripristino, tenuto conto del brevissimo lasso di tempo intercorso fra la pubblicazione dell'esito della consultazione referendaria e l'adozione della nuova normativa (23 giorni), ora oggetto di giudizio, nel quale peraltro non si è verificato nessun mutamento idoneo a legittimare la reintroduzione della disciplina abrogata*".

Particolarmente interessante, poi, è la questione posta dalla Corte in merito alla soglia del valore del servizio di 200.000 euro annui entro la quale sarebbe possibile affidare direttamente la gestione a società *in house*, ritenuto dai giudici delle leggi capace di

¹⁴⁶ Corte Costituzionale, ord., 14 gennaio 1997, n. 9.

determinare automaticamente l'esclusione della possibilità di affidamenti diretti contrariamente a quanto emerso dalla consultazione popolare.

Il problema non è di poco conto dal momento che, attualmente, è allo studio del Governo l'ennesimo tentativo di riscrittura della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica contenuta nel "decreto sviluppo *bis*" che, necessariamente, dovrà tenere conto del monito dei giudici costituzionali.

Inoltre, resta da capire se gli effetti della sentenza n. 199/2012, colpiscono anche alcune parti dell'art. 4 del d.l. n. 95/2012, pubblicato in G.U. il 6 luglio 2012, cioè ben prima del deposito della sentenza della Corte, avvenuto il 20 luglio 2012. In linea di massima, i commi 1°- 4° dell'art. 4, proprio perché relativi alle società strumentali non espressamente disciplinate in precedenza dall'art. 4 del d.l. n. 138/2012, dovrebbero essere immuni dal fuoco di applicazione della pronuncia.

Tuttavia, il problema si pone con riferimento alle altre parti della norma, a cominciare dal comma 8° che ripropone la soglia dei 200.000 euro annui entro i quali, a partire dal 1° gennaio 2014 sarebbe possibile l'affidamento diretto che sembrerebbe colpito dall'effetto "demolitorio" della pronuncia.

E' più che ragionevole ritenere che tale previsione, ancorché non espressamente richiamata dalla sentenza n. 199/2012, sia da considerarsi lesiva della volontà popolare e, dunque, vada emendata.

4.6 L'INVOLUZIONE DEL GRADO DI CONCORRENZIALITA' DOPO LA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 199/2012 E I MARGINI PER UN NUOVO INTERVENTO LEGISLATIVO PRO CONCORRENZIALE

L'esito del referendum ha costituzionalizzato un indietreggiamento pro concorrenziale nella disciplina delle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali. Questo passo indietro trova un punto invalicabile, anch'esso di carattere costituzionale per effetto degli artt. 11 e 117 Cost., nella tutela pro concorrenziale minima ed indefettibile imposta dall'ordinamento comunitario.

Inoltre, la pronuncia della Corte ha determinato la caducazione di disposizioni che sull'ottica pro concorrenziale delle modalità di affidamento non hanno una incidenza diretta. La pronuncia sembra, infatti, riferirsi al contenuto integrale dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011, prescindendo dalla *ratio* del quesito referendario che, invece, si riferiva in modo specifico all'eccessiva severità in funzione pro concorrenziale con la quale era stato disciplinato l'affidamento *in house*.

Il principale mandante di questa nuova situazione è, dunque, il legislatore popolare che spinto da erronee o ingannevoli suggestioni populistiche ha determinato un risultato certo nel suo contenuto precettivo. Anche la Corte Costituzionale però ha rinunciato a percorrere sentieri ricostruttivi che potevano scongiurare a monte l'effetto dell'incostituzionalità o, comunque, evitare la più estesa portata caducatoria.

A questo punto diventano attuali le preoccupazioni anticipate da autorevoli studiosi alla vigilia della consultazione referendaria; preoccupazioni che assumo contorni ancor più netti alla luce dell'evolversi della crisi del debito pubblico. Occorre prendere atto che la riduzione debito/pil possa perseguirsi solo sotto la morsa di due fattori: la riduzione della spesa pubblica e la crescita dell'economia nazionale. Anche gli Enti locali sono soggetti al gioco di questa duplice esigenza.

In questo contesto, l'unico modo per sperare in una espansione - quantitativa e qualitativa - dei servizi pubblici locali sarebbe stato il perseguimento delle politiche di liberalizzazione e l'apertura del mercato ai privati in nome dell'efficienza.

Sul fronte della crescita ciò sarebbe servito anche all'avvio di una nuova stagione di investimenti sulle infrastrutture attraverso il contributo dei capitali privati¹⁴⁷. In definitiva, in questo quadro a tinte fosche il filo di Arianna per rivedere la luce sarebbe stata la coltivazione del disegno di liberalizzazione dei servizi pubblici locali e l'incentivazione all'ingresso di capitali privati, avviato qualche anno fa e proseguito con decisione dal Governo Monti.

L'esito referendario, del quale ha preso atto la Corte Costituzionale, tradisce invece questa esigenza e condanna gli Enti locali a fare da sé ciò che in realtà non possono fare, ripiombando nel labirinto oscuro della gestione pubblica, dell'inefficienza gestionale, dell'ulteriore involuzione infrastrutturale. In definitiva, dai servizi pubblici locali viene un nuovo, anche se non inedito, contributo all'aumento del debito e al peggioramento delle condizioni di ricchezza del nostro Paese. Senza, peraltro, alcuna speranza che la qualità degli stessi e i loro costi possano migliorare.

Ci si chiede, a questo punto, se e in che modo ci potrebbe essere spazio per un nuovo intervento del legislatore. L'unica certezza è l'applicazione della disciplina pro concorrenziale "minima" derivante dal diritto comunitario e, dunque, innanzitutto l'affidamento tramite gara a terzi. In alternativa, sarà possibile l'affidamento diretto a società mista con socio privato scelto tramite gara a "doppio oggetto".

L'in house, pur rimanendo ipotesi eccezionale di affidamento del servizio, è consentito senza i vincoli del recente passato ma solo al verificarsi delle condizioni previste dall'ordinamento comunitario: totale partecipazione pubblica, controllo analogo e attività prevalente a favore dell'ente pubblico controllante.

Come già rilevato dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 325/2010, la normativa comunitaria ammette la gestione diretta dei servizi pubblici locali nel caso in cui lo Stato nazionale ritenga che l'applicazione delle regole di concorrenza (e, quindi, anche della regola della necessità dell'affidamento a terzi mediante gara) ostacoli, in diritto o in fatto, la "speciale missione" dell'ente pubblico.

¹⁴⁷ F. BASSANINI, *Introduzione*, in *I servizi pubblici locali tra riforma e referendum*, cit., p. 15-16.

Sulla possibile disciplina residuale regna l'incertezza. Si potrebbe provare anzitutto a ritenere mutato il quadro politico e di fatto, rispetto all'entrata in vigore dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011 e, dunque, ritenere già maturi i tempi per una riproposizione della normativa abrogata in via referendaria. Anche perché, alla luce degli stretti vincoli di bilancio imposti a livello comunitario, la riduzione del debito si deve incanalare necessariamente nell'effetto congiunto delle liberalizzazioni (per promuovere la crescita) e nelle privatizzazioni (per ottenere anche nel breve periodo le risorse necessarie ad abbatterlo).

Se, si ritenesse impraticabile questa seconda prova di forza da parte del legislatore dopo l'art. 4 del d.l. n. 138/2011, si dovrebbe verificare se e quali frammenti della precedente disciplina possano essere riproposti, senza incorrere nuovamente nell'incostituzionalità. A questo riguardo la portata integrale della pronuncia della Corte Costituzionale costituisce un ostacolo di rilievo al rinnovato esercizio del potere legislativo nel senso tracciato negli ultimi anni.

Lo sforzo del legislatore degli ultimi anni come si è visto si è concretizzato in modo nitido anche sul piano logicamente e giuridicamente prioritario della concorrenza "nel mercato". Il principio è che laddove il sistema concorrenziale pieno riesca a soddisfare le esigenze di servizio pubblico, non ci può essere spazio per l'attribuzione del diritto di esclusiva nella gestione del servizio.

Né gestione pubblica diretta, dunque, né concorrenza "per il mercato", la quale costituisce comunque un *second best* rispetto alla prima. Il principio in sé sembra essere espressione dell'art. 106 del Trattato. Per cui la caducazione della relativa disciplina, da parte della Corte Costituzionale, deve intendersi non per il principio in sé, ma nel modo in cui dettagliatamente è stato attuato. Vi sarebbe dunque spazio anche nel prossimo futuro per riproporre la medesima disciplina di principio sia pure con gli opportuni adattamenti di diritto positivo che la rendano in parte diversa da quella caducata dalla pronuncia della Corte.

Analogamente, e per la medesima ragione, appare riproponibile la regola che imponeva agli Enti locali di definire preliminarmente, ove necessario, gli obblighi di

servizio pubblico, prevedendo le eventuali compensazioni economiche alle aziende esercenti i servizi stessi, tenendo conto dei proventi derivanti dalle tariffe e nei limiti della disponibilità di bilancio destinata allo scopo. Si tratta di una misura necessaria di trasparenza volta a capire se sia necessario attribuire diritti in esclusiva e, a valle, ad evitare compensazioni eccessive in violazione dell'ordinamento comunitario.

Quanto alla concorrenza "nel mercato", ci sarà spazio per riproporre regole sulla disciplina della gara per l'affidamento a terzi o anche a quella per la scelta del socio privato nella società mista (commi 11° e 12°).

Tra queste regole, infatti, alcune sono espressione quasi vincolata di principi generali di diritto comunitario riconducibili direttamente al Trattato, quali l'imparzialità, la parità di trattamento, la trasparenza e la proporzionalità. Si pensi per esempio ai requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara che devono essere proporzionati alle caratteristiche e al valore del servizio o alla necessità che le offerte siano valutate da una commissione di esperti.

In questa prospettiva vanno valutate le regole che, anche se non riconducibili al Trattato, sono comunque espressione di un necessario punto di equilibrio individuato dall'ordinamento comunitario. Si pensi alla regola per la selezione del socio privato della società mista che impone che quest'ultimo svolga gli specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio per l'intera durata del servizio stesso e che, ove ciò non si verifica, si proceda a un nuovo affidamento.

Altre regole, si pensi alla regola che la disponibilità a qualunque titolo delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali non duplicabili a costi socialmente sostenibili ed essenziali per l'effettuazione del servizio non possa costituire elemento discriminante per la valutazione delle offerte dei concorrenti, sono comunque espressione necessitata di una buona amministrazione e la mancata osservanza delle stesse determinerebbe, comunque, il vizio dell'eccesso di potete.

Sul versante, non direttamente concorrenziale, della qualità dei servizi, la Corte ha determinato la caducazione di alcune disposizioni che non erano prima contenute nell'art. 23-bis. E' il caso degli obblighi di pubblicizzazione dei dati della gestione che

sono stati inseriti nell'art. 4 del d.l. n. 138/2011 solo con la legge di stabilità (legge n. 183/2011). In questo caso si deve ritenere che la caducazione sia stata meramente accidentale e soltanto per la circostanza che esse si sono trovate inserite in un contesto più generale. Esse possono, dunque, essere riproposte perché non sono state oggetto del referendum.

Più difficile sarebbe riproporre in via legislativa quelle regole già previgenti nell'art. 23-*bis*, volte a promuovere alcuni interessi particolari non necessari o a realizzare in modo più stringente alcune esigenze imposte dal diritto comunitario.

Un esempio del primo tipo sono le regole di gara volte a rendere più efficiente la gestione. Si pensi a questo proposito alla regola che prevedeva l'impegno del soggetto gestore a conseguire economie di gestione con riferimento all'intera durata programmata dell'affidamento, e prevedeva altresì, tra gli elementi di valutazione dell'offerta, la misura delle anzidette economie e la loro destinazione alla riduzione delle tariffe da praticarsi agli utenti ed al finanziamento di strumenti di sostegno connessi a processi di efficientamento relativi al personale.

Si tratta di regole non necessarie perché non riconducibili ai principi generali, né la loro assenza integrerebbe di per sé il vizio dell'eccesso di potere. Rispondono invece ad un particolare interesse pubblico che, in assenza di una previsione legislativa *ad hoc*, non deve essere necessariamente tutelato dal singolo ente con quella intensità.

Un esempio del secondo tipo è la regola che disciplina l'ingresso del socio privato operativo nella società mista. Il diritto comunitario impone l'esigenza che il socio privato sia anche operativo, invece l'ordinamento interno si era spinto a dare un'accentuata prevalenza a tale aspetto imponendo che i criteri di valutazione delle offerte basati su qualità e corrispettivo del servizio prevalgano di norma su quelli riferiti al prezzo delle quote societarie.

La caducazione integrale dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011, ad opera della Corte Costituzionale, indurrebbe a ritenere che una riproposizione di queste ultime tipologie di regole integrerebbe lo stesso vizio di incostituzionalità, per quanto non riconducibile alla *ratio* del quesito referendario.

In questa logica sarebbero improponibili anche le disposizioni sugli acquisti e il reclutamento del personale, provocando peraltro ingiustificate asimmetrie rispetto alla disciplina delle società pubbliche in altri campi d'azione estranei ai servizi pubblici locali. Come già detto, su questo versante, il rischio di effetti distorsivi sul piano sistematico sono neutralizzati dal fatto che il legislatore ha da tempo riproposto le stesse regole con l'art. 3-*bis* dello stesso d.l. n. 138/2011 e dal fatto che in gran parte tali regole sono espressione di principi generali che trovano fondamento in altre disposizioni di diritto positivo, come, nel caso degli acquisti, il Codice dei contratti pubblici.

La bocciatura referendaria ha travolto anche, per quanto non strettamente riconducibile alla *ratio* del quesito, il divieto di extraterritorialità o del cumulo di attività da parte della società *in house* e le norme sulle incompatibilità. A valle, per parte sua, la Corte Costituzionale ha travolto l'art. 4 del d.l. n. 138/2011 senza discriminare tali norme che in esso erano state sostanzialmente riproposte.

Ne consegue che su queste specifiche tematiche, le maglie per un nuovo intervento del legislatore analogo al precedente sono davvero molto strette. Gli effetti di tale preclusione a carico del legislatore sarebbero peraltro incoerenti con principi più generali del nostro ordinamento. Si pensi al divieto di extraterritorialità o del cumulo di attività da parte delle società *in house* che ha contenuto simile a quello operante per le società strumentali operanti in settori diversi dai servizi pubblici locali.

Come si è visto, l'impossibilità per il legislatore di ripristinare il divieto potrebbe creare un *vulnus* al principio di parità di trattamento tra imprese pubbliche e private, attribuendo alle prime un vantaggio derivante dalla sicurezza dell'affidamento diretto da sfruttare per competere in altri mercati.

Ciò nonostante, la caducazione integrale dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011 determina ad oggi il dubbio che la riproposizione delle stesse norme possa determinarne l'illegittimità costituzionale. Ciò, soltanto sulla base del dato formale che, si tratta di prescrizioni già previste dal legislatore e bocciate dal referendum. Anche laddove il legislatore potesse legittimamente intervenire per riproporre alcune disposizioni del passato, rimane certa l'involuzione pro concorrenziale del nostro sistema.

Ciò non solo sul versante più visibile delle modalità di affidamento del servizio. La pronuncia della Corte ha fatto venir meno, infatti, il disegno del legislatore volto a rendere prioritaria la concorrenza “nel mercato” secondo regole chiare ed efficaci.

Non solo. Sono state cancellate, infatti, anche le norme sulle incompatibilità che garantivano un’embrionale distinzione tra funzione di regolazione e funzione di gestione. In definitiva è stato indebolito complessivamente il governo pubblico a favore del ritorno di antichi interessi costituiti.

4.7 LA SOLUZIONE OFFERTA DAL GOVERNO NEL “DECRETO SVILUPPO 2” N. 179/2012

Il Governo nel nuovo “decreto sviluppo 2”, approvato il 4 ottobre 2012 e rubricato n. 179/2012¹⁴⁸, ha inserito alcune norme dedicate ai servizi pubblici locali di rilevanza economica. In particolare, l’articolo 34, al comma 13°, prevede che per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l’economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l’affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell’Ente affidante, che da conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall’ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste.

La norma, attraversata da una condivisibile scelta di trasparenza, condiziona l’affidamento diretto di un servizio pubblico locale di rilevanza economica alla stesura di una relazione ad hoc dalla quale risultino le ragioni che hanno indotto l’Ente verso quella scelta, in luogo dell’interpello del mercato, e la sussistenza dei requisiti previsti dall’ordinamento europeo (controllo analogo e prevalenza dell’attività in favore dell’Ente costituente).

Il successivo comma 14° aggiunge che, in relazione agli affidamenti in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto, la relazione prevista al comma 13° deve essere pubblicata entro la data del 31 dicembre 2013. Per gli affidamenti per i quali non è prevista una data di scadenza, gli Enti competenti provvedono contestualmente ad inserire nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto un termine di scadenza dell’affidamento, pena la cessazione dell’affidamento medesimo alla data del 31 dicembre 2013.

¹⁴⁸ Per una consultazione del testo integrale del d.l. n. 179/2012 si rinvia alla Rivista www.dirittodeiservizipubblici.it.

Il precetto contenuto nella norma non convince del tutto. Infatti, da un lato, si pretende che la relazione esplicativa delle ragioni che hanno indotto l'Ente pubblico ad un affidamento diretto del servizio già in essere e della sussistenza dei requisiti debba essere pubblicata entro il 31 dicembre 2013 e, dall'altro, che non venga irrogata alcuna sanzione, in caso di inosservanza dell'obbligo, con conseguente pacifica durata delle società fino alla scadenza prevista da contratto.

Al contrario, nella seconda ipotesi prevista dal medesimo comma 14°, che si riferisce ai casi di affidamento di servizio per i quali non è prevista alcuna scadenza, l'inadempimento dell'Ente pubblico determina la cessazione dell'affidamento.

In tali ipotesi, il Legislatore impone agli Enti competenti di inserire, nel contratto di servizio, un termine di scadenza, pena la cessazione dell'affidamento alla data del 31 dicembre 2013.

Il comma 15°, a sua volta stabilisce che gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data, e a quelle da esse controllate ai sensi dell'art. 2359 del codice civile, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto; gli affidamenti che non prevedono una data di scadenza cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'Ente affidante, il 31 dicembre 2020.

In questo modo, il Legislatore ha calendarizzato la cessazione delle società pubbliche quotate in borsa spostando al 2020 la data ultima.

Infine, il comma 16° dell'art. 34 introduce dopo il comma 1°, il comma 1-*bis* dell'art. 3-*bis*, del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, a tenore del quale le procedure per il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica sono effettuate unicamente per ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei di cui al comma 1° del presente articolo dagli Enti di governo istituiti o designati ai sensi del medesimo comma.

In conclusione, dal testo in commento scompare, opportunamente, ogni riferimento al limite massimo dei 200.000 euro annui di valore del servizio da affidarsi senza gara e vengono calendarizzate le date di cessazione degli affidamenti diretti fissate,

rispettivamente, per il 31 dicembre 2013, se non viene inserita alcuna data di scadenza nel contratto di servizio già in corso, e del 31 dicembre 2020, per le società quotate in borsa, a patto che il contratto di servizio non preveda, parimenti, alcuna data. Diversamente, la scadenza avrà luogo alla data di scadenza del contratto.

4.8 CONCLUSIONI

Gli stravolgimenti subiti dalla disciplina dei servizi pubblici locali negli ultimi anni sono sintomatici di una certa legislazione a “singhiozzi” che deve fare i conti con contingenti esigenze di contrazione della spesa pubblica che, a loro volta incrociano il forte bisogno di liberalizzare i mercati per liberare risorse.

Nel caso specifico, poi, vi è un ulteriore elemento di ambiguità rappresentato dalla giurisprudenza comunitaria e dalla relativa produzione normativa. Il problema si è posto in tutta la sua crudezza e gravità quando la Corte si è vista costretta a dichiarare l’illegittimità costituzionale dell’art. 4 del d.l. n. 138/2011 e successive modifiche, per violazione della volontà popolare, espressa dalla consultazione elettorale rinviando proprio alla disciplina comunitaria la regolamentazione della materia. Problema che ancora oggi attende una compiuta risposta sul piano legislativo interno.

Il punto è proprio questo. In una situazione del genere, quale direzione prenderà il Legislatore se mai deciderà di mettere mano in modo organico ad una disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica? Seguirà la volontà popolare emersa dal referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011¹⁴⁹ oppure preferirà seguire le indicazioni comunitarie decisamente orientate verso l’apertura al mercato?

La questione, per sua stessa natura, pone anche un altro problema che è esattamente quello dell’autonomia del Legislatore di uno Stato membro rispetto ai principi posti dall’Unione. In altri termini, fino a che punto la legislazione di uno Stato membro può “dilatare” i principi comunitari fino a disattenderli?

La (ri)scrittura parziale della disciplina dei servizi pubblici locali contenuta nel “decreto sviluppo 2”, n. 179/2012, sembra, opportunamente, non affrontare il problema, limitandosi a fissare soltanto la calendarizzazione del regime transitorio delle società pubbliche affidatarie dirette del servizio, a differenza di quanto accaduto con il d.l. n.

¹⁴⁹ Sull’argomento si rinvia a G. GUZZO, “L’assetto della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica all’indomani del risultato del referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011: riflessioni minime”; in www.dirittodeiservizipubblici.it, 15 giugno 2011.

95/2012 che aveva fissato nel comma 8° dell'art. 4 il tetto dei 200.000 euro di valore del servizio entro il quale si sarebbe potuto procedere all'affidamento diretto senza gara.

La sensazione che si ricava dall'analisi è che il Legislatore, di fronte ad una situazione oggettivamente emergenziale e turbolenta, sia costretto ad intervenire con delle norme spesso (forse troppo) frammentarie e difficilmente raccordabili ed armonizzabili con il preesistente quadro normativo di riferimento; il tutto con indubbie ricadute negative sul piano della certezza del diritto.

Da questo excursus normativo (fatta nell'elaborazione precedente) si erge sopra ogni cosa il principio della concorrenza. Nella relazione annuale presentata dal presidente dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato il 26 giugno 2012 si legge: *“La concorrenza...incentiva la corretta allocazione delle risorse sia all'interno della singola impresa sia nel mercato ed ha effetti positivi, in termini di minori costi, sui settori a valle. Soprattutto la concorrenza è un potente stimolo all'innovazione, che è la principale forza dell'economia capitalistica”*.

La recente legislazione è, quindi, indirizzata a valorizzare la concorrenza:

1. garantendo la concorrenza, l'universalità e l'accessibilità dei servizi essenziali;
2. prevedendo la libertà di ingresso nel mercato degli operatori privati;
3. disciplinando l'intervento pubblico di regolazione (da parte degli Enti e delle autorità di settore che effettuano la così detta regolamentazione *erga omnes*).

L'assicurazione della concorrenza diviene volano dell'efficienza gestionale e della qualità del servizio, nell'interesse di tutti gli attori del sistema; amministrazioni, operatori professionali e utenti.

Due i punti essenziali: garanzia della concorrenza e regolazione del settore aperto alla concorrenza¹⁵⁰; entrambi perseguiti recentemente, con la creazione di una nuova Autorità in materia di trasporti, il rafforzamento dei poteri dell'Autorità Garante della

¹⁵⁰ L. SALTARI, *op. cit.*, 586, secondo cui occorre, in particolare, una complessa regolazione dell'uso delle reti, degli impianti e delle infrastrutture necessarie all'offerta dei servizi.

Concorrenza e del Mercato¹⁵¹ e l'attribuzione delle funzioni regolatorie in ambito di servizio idrico all'Autorità per l'energia elettrica e il gas¹⁵².

Ma la regolazione è ancora incompleta non essendo prevista per i rifiuti e per gli altri servizi pubblici locali innominati. Nella materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica gli sforzi fatti sono notevoli. Si è passati da un mercato tendenzialmente chiuso all'ingresso alla liberalizzazione. Ma il processo è solo all'inizio, anche perché nessun processo di liberalizzazione si perfeziona immediatamente, dovendo necessariamente consistere in vari momenti e attraversare diverse fasi adoperando svariati strumenti, in base alla loro effettiva idoneità allo scopo.

Secondo A. Travi *“ha senso parlare di liberalizzazione di un'attività solo se per quell'attività vi è una normativa che assicura chiarezza, certezza ed organicità. Altrimenti, quasi paradossalmente, il risultato della riforma è opposto rispetto a quello voluto. Non si realizza una maggiore libertà di accesso al mercato, ma si disincentiva quell'attività, perché si introducono fattori nuovi di incertezza, di rischio, di responsabilità”*¹⁵³.

Da quanto esposto, emerge un quadro normativo abbastanza confuso. Una legislazione spesso di principi con parecchi vuoti, norme sovrapposte, stratificate e poco chiare, oltre che continui interventi legislativi a fini di aggiustamento o di mere modificazioni procedurali, nonché la proroga sistematica dei termini nell'imminenza della loro scadenza; con la conseguente convinzione, da parte dei destinatari delle

¹⁵¹ Con l'art. 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287, aggiunto dall'art. 35, comma 1°, del decreto legge n. 201/2011, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 214/2011, si è previsto, al comma 1°, che l'Autorità “è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato”. E quindi anche contro la delibera prevista dall'art. 4 del decreto legge n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 148/2011.

¹⁵² Ai sensi dell'art. 21, comma 19°, del decreto legge n. 201/2011, “Con riguardo all'Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua, sono trasferite all'Autorità per l'energia elettrica e il gas le funzioni attinenti alla regolazione e al controllo dei servizi idrici, che vengono esercitate con i medesimi poteri attribuiti all'Autorità stessa dalla legge 14 novembre 1995, n. 481”. Il successivo comma 20° ha previsto la soppressione della “Commissione Nazionale per la Vigilanza sulle Risorse idriche”.

¹⁵³ A. TRAVI, *La liberalizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 648 ss..

incombenze da compiere, della non doverosità delle incombenze stesse. Forse nel perseguire gli obiettivi si è perso di vista l'obiettivo prioritario che dovrebbe essere la certezza del diritto; e se non c'è la certezza del diritto non è assicurata né la crescita né la competitività¹⁵⁴.

¹⁵⁴ R. GIOVAGNOLI, *op. cit.*.

Capitolo V

I MODELLI PER LA GESTIONE DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI E LE PROBLEMATICHE RELATIVE ALLE SOCIETA' PARTECIPATE DAGLI ENTI LOCALI

SOMMARIO: **5.1** Il quadro normativo di riferimento. - **5.2** Principi ed effetti scaturenti dalla pronuncia della Corte Costituzionale 199/2012 alla luce dell'art. 34 del d.l. 179/2012. - **5.3** Modalità di gestioni ammissibili. - **5.4** La prestazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica in regime liberalizzato e la verifica delle condizioni di mercato. - **(Segue): 5.4.1** La politica della concorrenza e il ruolo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. - **(Segue): 5.4.2** venti anni di disciplina della concorrenza in Italia. - **5.5** L'erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica tra procedura ad evidenza pubblica e in house. - **(Segue): 5.5.1** Modello ordinario: l'esternalizzazione del servizio. - Il ruolo dell'Ente locale: indirizzo e controllo. - Il ruolo del soggetto gestore: organizzazione ed erogazione del servizio. - **(Segue): 5.5.2** Modello ordinario: l'affidamento a società miste. - Le tipologie di Partenariato Pubblico Privato (PPP). - **(Segue): 5.5.3** Modello in deroga: le società in house. - **5.6** L'in house fra giustizia amministrativa e Corte Costituzionale. - **5.7** Tempi e modalità di dismissioni delle partecipazioni societarie non consentite.

5.1 IL QUADRO NORMATIVO DI RIFERIMENTO

Attesa la complessità dei mutamenti in atto nella materia dei servizi pubblici di rilievo economico, sembra opportuno premettere all'analisi, riguardo ai modelli di gestione ammissibili, una breve ricostruzione del quadro normativo in cui interviene la pronuncia della Corte Costituzionale 199/2012 e della disciplina "di risulta" che ne è conseguita.

È noto, infatti, che, a fronte dell'originaria disciplina dettata dall'art. 113 del d.lgs. 267/2000 (Tuel), nell'ultimo periodo il legislatore ha attuato un complesso processo di riforma, incentrato sull'introduzione e generalizzazione del principio di liberalizzazione del settore dei servizi pubblici a rilievo economico e sull'apertura dei mercati di riferimento, avviato con l'art. 23-bis del d.l. 112/2008, convertito in legge 133/2008 e

con il relativo regolamento attuativo, D.P.R. 168/2010 e proseguito, a seguito dell'abrogazione dell'art. 23-*bis* per effetto del referendum del giugno 2011, e della caducazione della disciplina regolamentare, con l'art. 4 del d.l. 138/2011, convertito con modificazioni in legge 148/2011 s.m.i., poi modificato dalla Legge di Stabilità per il 2012 – art. 9 della legge 183/2011 – e dall'art. 25 del d.l. 1/2012, convertito in legge 27/2012, noto come “Decreto Liberalizzazioni”, che, attraverso l'art. 3-*bis*, ha introdotto ulteriori disposizioni concernenti l'organizzazione sovracomunale dei servizi pubblici c.d. a rete, i vincoli e limiti per le società *in house* ed aziende speciali, nonché le modalità di affidamento del servizio di gestione dei rifiuti¹⁵⁵.

Come abbiamo visto nei capitoli precedenti, la disciplina resa nell'art. 4 del d.l. 138/2011, pur espungendo dal proprio ambito applicativo il servizio idrico in ossequio all'esito referendario, ricalcava quasi integralmente la disciplina contenuta nell'art. 23-*bis*, per di più generalizzando il principio di liberalizzazione ed introducendo una serie di obblighi procedurali, in capo ad Enti locali o, per i servizi a rete, enti operanti a livello di ambito, volti a verificare la possibilità di ricorso al mercato (art. 4, commi 1°-5°).

Soltanto in caso di esito negativo di tale verifica, era possibile ricorrere al regime di esclusiva, attraverso le modalità alternative dell'affidamento a società di capitali integralmente privata, a società miste, con un limite del 40% di quote societarie imposto in capo al socio privato, ovvero a società *in house providing*, per il cui utilizzo, oltre al rispetto dei noti criteri comunitari del totale capitale pubblico, del controllo analogo e dell'attività prevalente, venivano introdotte precise soglie di valore economico, riferite al servizio complessivamente considerato (art. 4, commi 8°-15°).

La scelta legislativa di disciplinare in modo così puntuale e dettagliato le modalità di affidamento dei servizi di rilievo economico, basata sul presupposto della loro riconducibilità alla competenza legislativa esclusiva statale in materia di tutela della

¹⁵⁵ Art. 4 del d.l. 138/2011, conv. in legge 148/2011 s.m.i., in G.U. n. 216/2011. La letteratura riguardante le riforme degli ultimi anni è ampia: *ex multis*, si vedano: A. VIGNERI, C. DE VINCENTI, *Il punto sui servizi pubblici locali a rilevanza economica dopo il referendum del giugno 2011 e i successivi interventi legislativi*, Paper di Astrid, aprile 2012; B. GILBERTI, L.R. PERFETTI, I. RIZZO, *La disciplina dei servizi pubblici locali alla luce del d.l. m. 135/2009*, in *Urbanistica e Appalti*, 2010, 3, p. 257; R. DE NICTOLIS, *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Urbanistica e Appalti*, 2008, 10, p. 1109.

concorrenza, *ex art.* 117, comma 2, lett. e) Cost., sebbene ritenuta legittima dalla Consulta – nelle pronunce 24/2011 e 325/2010¹⁵⁶ – sotto il profilo della possibilità di introduzione di regole concorrenziali più rigorose rispetto al nucleo minimo prescritto dal diritto comunitario, ha suscitato, già all'indomani dell'entrata in vigore della norma, molteplici dubbi di costituzionalità sotto il profilo della lesione del vincolo referendario *ex art.* 75 Cost. e dei canoni di autarchia ed autodeterminazione degli Enti locali *ex artt.* 5, 114 e 118 Costituzione¹⁵⁷.

In tale contesto regolatorio, già di per sé instabile e di difficile attuazione pratica¹⁵⁸, la pronuncia 199/2012 della Consulta interviene sancendo l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 per violazione dell'art. 75 Cost., sul presupposto principale dell'identità della disciplina così reintrodotta quanto a principi ispiratori ed a contenuti normativi essenziali rispetto a quella preesistente.

Per quanto concerne la normativa c.d. “*di risulta*”, a livello di disciplina generale continuano a trovare applicazione le richiamate disposizioni introdotte nell'art. 3-*bis* dall'art. 25 del d.l. 1/2012, conv. in legge 27/2012. Inoltre, in base ai principi affermati dalla sentenza 24/2011 della Corte Costituzionale in sede di valutazione dell'ammissibilità del quesito referendario relativo all'art. 23-*bis*, va ritenuto che dall'abrogazione referendaria di tale norma derivi, oltre all'applicazione immediata della disciplina comunitaria, la caducazione del D.P.R. 168/2010 e la non reviviscenza delle disposizioni da esso abrogate. Per effetto di tale statuizione, continuano a non trovare applicazione nell'ordinamento attuale, con riferimento alla disciplina generale, le

¹⁵⁶ Corte cost., 17 novembre 2010, n. 325; Corte cost., 26 gennaio 2011, n. 24, punto 4.2.1.

¹⁵⁷ A. LUCARELLI, *Prmissime considerazioni a margine degli articoli 4 e 5 del decreto legge n. 138 del 13 agosto 2011 e relativo impatto sui servizi pubblici locali*, in *Rivista telematica dell'Aic*, 2011, n. 3; G. CAIA, *Modi di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Diritto Amministrativo dell'Economia*, Libro dell'anno del Diritto 2012, Roma, Enciclopedia Giuridica Treccani, p. 321; L.R. PERFETTI, *La disciplina dei servizi pubblici locali ad esito del referendum e il piacere dell'autonomia locale*, in *Urbanistica e Appalti*, 2011, p. 906 ss.

¹⁵⁸ Ben evidenzia le difficoltà applicative degli obblighi posti in capo agli enti locali dall'art. 4 del d.l. 138/2011 S. COLOMBARI, *I servizi pubblici locali dopo il referendum, le manovre estive e la legge di stabilità: il quadro normativo ed i rapporti con le normative di settore nella materia dei rifiuti*, atti del Convegno “La gestione dei rifiuti tra normativa di settore e nuova disciplina dei servizi pubblici locali”, Celano (AQ), 14 dicembre 2011.

disposizioni di cui all'art. 113 del d.lgs. 267/2000, commi 5°, 5°-bis, 6°, 7°, 8°, 9°, 14°, 15°-bis, *ter* e *quater*, e, con riferimento alla normativa di settore, le disposizioni in materia di affidamento del servizio idrico integrato e gestione rifiuti dettate dagli artt. 150 e 202, comma 1°, del d.lgs. 152/2006 s.m.i..

Diversamente, continuano ad applicarsi le disposizioni rese nell'art. 113, commi 2°, 3°, 8°, 5°-ter, 6°, 9° e 11° del Tuel, non risultanti abrogate né per effetto dell'art. 23-bis né del successivo art. 4, che riguardano: *a)* proprietà pubblica delle reti; *b)* diritto di accesso alle reti e ai beni strumentali al servizio, nel caso di pluralità di gestori; *c)* possibilità di gare multiservizi; *d)* rilevanza pubblica dei contratti del gestore e loro affidamento a mezzo di procedure ad evidenza; *e)* clausola di reciprocità; *g)* regime delle reti a fine gestione; *h)* necessità del contratto di servizio; *i)* divieto di partecipazione a gare per gli affidatari diretti; *l)* regime differenziato per le società quotate in borsa¹⁵⁹.

Per quanto concerne, invece, il quadro normativo settoriale, non è in discussione la vigenza delle discipline di settore su cui non incidono gli artt. 23-bis e 4 – il gas naturale, l'erogazione di energia elettrica, la gestione delle farmacie comunali – mentre, con riferimento ai settori prima ricompresi nell'ambito applicativo dell'art. 4, comma 34° del d.l. 138/2011 vanno considerate le loro originarie normative settoriali, eccezione fatta per le disposizioni formalmente abrogate – si pensi all'art. 202, comma 2° del d.lgs. 152/2006 s.m.i., per la gestione dei rifiuti, nonché a quelle in materia di trasporto pubblico locale, dettate dal Regolamento Ce 1370/07 e dagli artt. 18 del d.lgs. 422/1997 e 61 della legge 99/2009.

Così ricostruito lo scenario normativo c.d. “di risulta”, bisogna poi tener conto di una serie di provvedimenti normativi, aventi un'incidenza, diretta o riflessa, sulla materia indagata. In primo luogo, viene in considerazione l'art. 34, commi 13°-16° del d.l. 179/2012, che interviene successivamente all'intervento della Consulta, prevedendo, in capo agli Enti locali, un nucleo di obblighi preordinati all'affidamento dei servizi a

¹⁵⁹ A. VIGNERI, *La disciplina dei servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012* (versione provvisoria), dicembre 2012, in www.astrionline.it, tali disposizioni sono da ritenersi norme di principio per la materia in esame.

rilievo economico. Inoltre, va valutata l'incidenza delle misure introdotte dall'art. 4 del d.l. 95/2012, conv. in legge 135/2012, in materia di società pubbliche, nell'ambito del processo di razionalizzazione della spesa pubblica noto come *Spending Review* (vedi capitolo IV), e la loro possibile applicazione rispetto alle società che gestiscono servizi pubblici locali, nonché del recente d.l. 174/2012, conv. in legge 213/2012, che rafforza le funzioni di controllo esercitate dalla Corte dei conti sugli Enti locali.

5.2 PRINCIPI ED EFFETTI SCATURENTI DALLA PRONUNCIA DELLA CORTE COSTITUZIONALE 199/2012 ALLA LUCE DELL'ART. 34 DEL D.L. 179/2012

Nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 per violazione del divieto di ripristino della normativa abrogata in sede referendaria *ex art. 75 Cost.*, la Corte pone una serie di canoni interpretativi sia in relazione ai caratteri e limiti della competenza legislativa esclusiva statale nella materia servizi pubblici locali di rilievo economico, sia in relazione agli spazi di competenza legislativa regionale residuale che agli ambiti di autonomia organizzativa degli Enti locali.

Sul piano del diritto costituzionale, è stato evidenziato come, rispetto alla giurisprudenza precedente, vi sia un'esplicita affermazione del vincolo referendario discendente dall'art. 75 Cost., nei confronti del potere legislativo nonché del riconoscimento della legittimazione delle Regioni ad invocare tale norma in sede di giudizio di costituzionalità, sulla base della potenziale lesione delle loro attribuzioni costituzionalmente riconosciute¹⁶⁰.

Innanzitutto, sulla scorta di quanto già affermato in precedenti pronunce¹⁶¹, viene statuito che il legislatore, entro il limite negativo del divieto di ripristino formale e sostanziale della normativa abrogata discendente dall'art. 75 Cost., conserva il potere di intervenire positivamente nella medesima materia, ferma restando la possibilità di esercizio del sindacato ordinario di legittimità costituzionale su di essa.

Per quanto concerne i limiti alla competenza legislativa esclusiva statale nella materia in oggetto, in primo luogo, viene ritenuta in contrasto con l'esito referendario e con

¹⁶⁰ A. LUCARELLI, La sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 e la questione dell'inapplicabilità del patto di stabilità interno alle s.p.a. in house ed alle aziende speciali, in *Federalismi.it*, 2012, n. 18; S. La Porta, Il "ripristino" della normativa abrogata con referendum: brevi note a margine della travagliata vicenda dei servizi pubblici locali, in *Rivista telematica giuridica dell'Aic*, 2012, n. 4.

¹⁶¹ Corte cost., sentenze 468/1990, 32/1993 e 33/1993, nelle quali viene inserita, come *obiter dictum*, la precisazione: "Nei limiti del divieto di formale o sostanziale ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare, il legislatore potrà correggere, modificare o integrare la disciplina residua". In dottrina, si richiamano: M. LUCIANI, *Art. 75. Il referendum abrogativo*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 2005.

quanto statuito nella sentenza 24/2011¹⁶² la limitazione dell'affidamento diretto secondo la modalità *in house providing* mediante l'introduzione di soglie di valore economico, in quanto incompatibile con il diritto comunitario che consente, in via d'eccezione – qualora l'applicazione delle regole di concorrenza sia d'ostacolo alla “speciale missione” dell'Ente pubblico *ex art. 106 T.F.U.E* – la gestione diretta del servizio pubblico a mezzo del modello *in house*, nel rispetto della partecipazione pubblica totalitaria e dei criteri del controllo analogo e dell'attività prevalente.

È noto, infatti, che la giurisprudenza comunitaria ricomprenda, nell'ambito del concetto di libertà di autorganizzazione dell'Ente locale, la gestione diretta dei servizi di interesse generale, senza necessità di ricorso ad entità esterne, affermando la possibilità di esercizio anche in collaborazione con altre autorità pubbliche¹⁶³.

In questo senso, la potestà legislativa statale in materia di tutela della concorrenza esplicantesi nella disciplina delle forme organizzative dei servizi pubblici viene ricondotta entro limiti di proporzionalità, ragionevolezza ed adeguatezza, sviluppando i principi già affermati nella sentenza 272/2004¹⁶⁴.

Ne discende che l'introduzione di regole concorrenziali nell'ambito delle scelte organizzative per l'affidamento dei servizi non possa essere intesa come un obiettivo imposto all'Ente locale, da perseguire, come era nell'impianto dell'art. 4 del d.l. 138/2011, mediante un nucleo dettagliato e prescrittivo di regole, ma vada letta come uno strumento del quale gli Enti locali devono avvalersi nell'ambito delle loro scelte organizzative, nell'ottica di perseguimento di un regime di concorrenza effettiva¹⁶⁵.

¹⁶² In base alla sentenza 24/2011, la *ratio* del quesito referendario risiedeva proprio “Nell'intento di escludere l'applicazione delle norme, *ex articolo 23-bis*, che limitavano le ipotesi di affidamento diretto e segnatamente *in house* per tutti i servizi di rilevanza economica”.

¹⁶³ Corte di Giustizia Ce, Grande Sezione, 9 giugno 2009, n. C-480/06 in www.dirittodeiservizipubblici.it.

¹⁶⁴ Sul principio di proporzionalità: A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; D.U. GALLETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; Id., *La proporzionalità quale principio generale dell'ordinamento*, in GdA, 2006, p. 1107 ss.

¹⁶⁵ Sul punto: G. PIPERATA, *La disciplina dei servizi pubblici locali negli ultimi interventi legislativi di stabilità economica*, in GdA, 2012, 1, p. 27.

Il principio è espresso ancor più chiaramente nella pronuncia 200/2012, ove, in relazione all'art. 3 del d.l. 138/2011, introduttivo di misure di liberalizzazione di vario tipo, viene affermato che la competenza del legislatore statale in materia di tutela della concorrenza non debba tradursi in una regolamentazione delle attività economiche eccessivamente intrusiva e sproporzionata rispetto alla tutela di altri beni costituzionalmente protetti.

La liberalizzazione delle attività economiche, in quanto strumento di promozione della concorrenza, viene letta come disposizione di principio, tale da richiedere *“ulteriori sviluppi normativi sia da parte del legislatore statale che da parte del legislatore regionale, nei propri rispettivi ambiti di competenza”*. Infine, sullo sfondo dei principi interpretativi enunciati dal giudice costituzionale, sembra esservi un richiamo al principio di sussidiarietà espresso nell'art. 118 Cost., inteso sia nell'accezione c.d. *“verticale”*, dovuta all'esigenza di rispettare le funzioni amministrative attribuite ai livelli istituzionali più vicini alle comunità locali, sia nell'accezione *“orizzontale”*, nel senso del coinvolgimento, ove possibile, di operatori economici privati da parte dei soggetti pubblici¹⁶⁶.

In secondo luogo, per quanto riguarda le competenze regionali, il Giudice delle Leggi sancisce il divieto di tipizzazione legislativa statale delle forme di gestione dei servizi pubblici locali, escludendo del tutto le Regioni.

In tal modo, come già affermato nella precedente pronuncia 272/2004, viene ritenuto che la potestà legislativa statale in materia di *“tutela della concorrenza”*, ex art. 117, comma 2, lett. e) Cost., non potesse tradursi in una eccessiva compressione dell'autonomia regionale e locale, poiché, trattandosi di una *“materia trasversale”*, la stessa va ad intrecciarsi con una pluralità di interessi, alcuni dei quali rientranti nella sfera di competenza, concorrente o residuale, delle Regioni.

Nella sentenza in esame, viene altresì affermata la potenziale lesione, ad opera

¹⁶⁶ B. SPADONI, *Le prospettive istituzionali e gestionali dei servizi pubblici locali dopo l'abrogazione dell'articolo 4 del d.l. 138/2011*, in www.astrid-online.it. In giurisprudenza, un espresso richiamo ad esso si rinviene in Corte dei conti, Sez. reg. contr. per la Regione Basilicata, 20 settembre 2012, n. 20.

dell'art. 4 del d.l. 138/2011 in conseguenza della violazione dell'art. 75 Cost., degli spazi di competenza legislativa residuale regionale. È noto, infatti, che né la disciplina resa nell'art. 23-bis del d.l. 112/2008 né quella successivamente espressa nell'art. 4 del d.l. 138/2011, nella versione originaria, facevano riferimento alle competenze regionali.

A tale proposito, autorevoli voci dottrinali avevano richiamato l'attenzione sul ruolo dei legislatori regionali nelle scelte organizzative in materia di servizi pubblici locali di rilievo economico, oggi esplicitamente affermato dalla Corte Costituzionale, sottolineando l'importanza di forme di collaborazione ed interazione tra le autorità centrali, regionali e locali nelle scelte allocative e di programmazione dei servizi¹⁶⁷.

Sul punto, la richiamata disposizione resa nell'art. 3-bis del d.l. 138/2011 che introduce il principio di organizzazione a livello sovracomunale dei servizi pubblici a rete in ambiti territoriali ottimali, rimettendo alle Regioni competenze organizzative dei servizi e di delimitazione degli ambiti, assume un rilievo primario nel riconoscimento del loro ruolo e nell'indicazione delle relative linee di indirizzo.

Le previsioni in essa contenute andranno, tuttavia, poste in rapporto con la legislazione di settore già prevedente l'organizzazione per ambiti per molteplici servizi, quali il gas, i servizi idrici, i servizi afferenti il ciclo dei rifiuti ed i trasporti, che, allo stato attuale, è interessata, per alcune tipologie di servizi, da un profondo processo di riforma degli ATO, avviato con l'art. 2, comma 38°, della legge 244/2007 (Finanziaria 2008), e proseguito con l'art. 1-*quinquies* della legge 42/2010 (c.d. Calderoli)¹⁶⁸.

In attesa di ulteriori sviluppi a livello regionale, vanno mantenuti fermi i principi già acquisiti a livello settoriale, quali, in particolare, la necessità di separazione tra le funzioni di organizzazione e controllo dei servizi ed erogazione e gestione dei servizi ed

¹⁶⁷ G. NAPOLITANO, *Il disegno istituzionale: il ruolo delle autorità indipendenti di regolazione*, in Astrid, *Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, a cura di A. VIGNERI, C. DE VINCENZI; sul punto, altresì, L. CAVALLO, *Analisi normativa ed assetti di mercato: configurazione dei soggetti di governo e dei soggetti di regolazione*, in C. DE VINCENZI (a cura di), *Finanziamento delle local utilities e investimenti di lungo termine*, Rimini, 2012, p. 249.

¹⁶⁸ Per l'inquadramento della tematica dell'organizzazione a livello regionale dei servizi pubblici a rete e delle problematiche ad essa sottese, si rinvia a: A. VIGNERI (a cura di), *La disciplina dei servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012*, cit., p. 28.. Sull'evoluzione della disciplina degli Ato, si rinvia al contributo di E.M. PALLI, in questo numero.

il *favor* per l'affidamento con gara, peraltro reso esplicito nell'art. 3-*bis*. In questo senso, vale la pena richiamare la sentenza 62/2012 della Consulta, relativa alla legge regionale Puglia 11/2011 ove, in relazione alle modalità di affidamento del servizio idrico integrato, viene statuito che la legge regionale debba limitarsi ad individuare l'ente o il soggetto che eserciti le competenze, già spettanti alle Autorità d'ambito, senza spingersi fino a prescrivere le forme di aggiudicazione e gestione del servizio, la cui individuazione debba avvenire comunque con gara¹⁶⁹.

Inoltre, appare rilevante la posizione espressa dalla Conferenza delle Regioni e Province autonome in relazione al disegno di legge n. 4240-B, modificativo del d.lgs. 152/2006 s.m.i., che, sia pur nel vigore dell'art. 4 del d.l. 138/2011¹⁶, stigmatizza, proprio per le possibili commistioni tra funzioni di indirizzo e gestorie, la disposizione prevedente, per il servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani, la possibilità di aggregazione delle aziende a totale capitale pubblico al fine di costituire Autorità d'ambito e ottenere affidamenti in deroga al previgente art. 4 del d.l. 138/2011.

Infine, terzo profilo di incidenza della pronuncia 199/2012 è l'affermazione della necessità di rispetto, da parte del legislatore nazionale, della sfera di autonomia organizzativa degli Enti locali nelle scelte organizzative preordinate all'affidamento dei servizi, in base agli artt. 5, 114 e 118 Cost.

Tale assunto si basa sulla necessità di contemperamento tra il rispetto delle regole concorrenziali di derivazione comunitaria ed i margini di autonomia organizzativa degli Enti locali nelle loro sfere di competenza. Come osservato in dottrina, per effetto della pronuncia della Corte Costituzionale, l'affermazione dei principi comunitari volti all'instaurazione di un regime di concorrenza effettiva non può essere prescritta dall'esterno agli Enti locali a cui compete la facoltà di scelta circa le modalità di organizzazione e gestione dei propri servizi, derivandone l'illegittimità costituzionale di vincoli e condizioni imposte in tal senso¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Corte cost., 21 marzo 2012, n. 62, in www.giurcost.org.

¹⁷⁰ B. SPADONI, *Le prospettive istituzionali e gestionali dei servizi pubblici locali dopo l'abrogazione dell'articolo 4 del d.l. 138/2011*, cit.

L'assunto assume ancor più rilievo se letto in concomitanza con la disposizione espressa nell'art. 17 del d.l. 95/2012, conv. in legge 135/2012, che annovera tra le funzioni fondamentali dei Comuni, ex art. 117, comma 2, lett. p) Cost., l'organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito comunale, ivi compresi i servizi di trasporto pubblico comunale e l'organizzazione e gestione dei servizi di raccolta, avvio e smaltimento e recupero dei rifiuti urbani e la riscossione dei relativi tributi.

Nel contesto interpretativo successivo alla sentenza 199/2012, si è immediatamente posto il problema del modo in cui esercitare la discrezionalità, o meglio "libertà responsabile"¹⁷¹, così rimessa agli Enti locali nella scelta delle formule organizzatorie dei servizi di rilievo economico, richiamando l'attenzione sul generale rispetto delle regole di derivazione comunitaria, ma anche sui principi di efficacia, economicità ed efficienza e sul rispetto del generale obbligo di motivazione delle scelte effettuate dall'Ente locale, in nome del principio di trasparenza.

Dunque, la disciplina introdotta dall'art. 34, commi 13°-16° del d.l. 179/2012 rappresenta la prima risposta del legislatore ai *dicta* espressi dalla Consulta nella pronuncia 199/2012. La norma, al comma 13°, impone all'Ente affidante la redazione di un'apposita relazione, da effettuarsi entro il 31 dicembre 2013, dando conto del rispetto dei parametri comunitari per la forma di gestione prescelta e della definizione di specifici obblighi di servizio pubblico, indicando eventualmente le compensazioni economiche. Diversamente dalla delibera-quadro prevista dall'art. 23-bis e successivamente dall'art. 4 del d.l. 138/2011, non viene prescritto il percorso valutativo che l'Ente locale debba osservare, richiedendosi esclusivamente l'indicazione delle ragioni di tale scelta, anche nella prospettiva dell'economicità della gestione, e la sussistenza dei requisiti previsti dal diritto europeo.

In primo luogo, va evidenziata la sussistenza di obblighi di servizio pubblico imposti al gestore e le eventuali compensazioni economiche attribuitegli, verificando se queste

¹⁷¹ Anci, Note interpretative del 24 luglio 2012, Prime osservazioni sull'affidamento dei Servizi Pubblici Locali di rilevanza economica alla luce della sentenza della Corte costituzionale del 20 luglio 2012, n. 199 e del 14 giugno 2011, Prime osservazioni sull'affidamento dei servizi pubblici locali e sulla tariffa del servizio idrico integrato in esito al referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011.

ultime possano integrare un aiuto di Stato, facendo sorgere, in quest'ultimo caso, un obbligo di notificazione alla Commissione UE in funzione del valore, della natura e delle caratteristiche delle stesse compensazioni. In questo senso vanno richiamati i principi dettati nel cosiddetto "Pacchetto Sieg" in relazione all'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato – art. 107, par. 1 T.F.U.E. – ed alle compensazioni economiche concesse per la prestazione di servizi di interesse economico generale, i cui contorni risultano già chiariti dal giudice comunitario (C. 24 luglio 2003, C-280/00)¹⁷².

In secondo luogo, alla luce del dato interpretativo e giurisprudenziale più recente, va ritenuto che l'Ente locale debba verificare se vi siano margini di liberalizzazione del servizio, motivando eventualmente il mancato ricorso al mercato. Così si è recentemente espressa l'Agcm, segnalando lo scarso grado di apertura di settori rilevanti, quali il trasporto pubblico locale e la gestione dei rifiuti, e la necessità di introdurre, ove possibile, misure di liberalizzazione di attività rientranti nella gestione di tali servizi¹⁷³.

Anche il giudice contabile, intervenuto sul punto, ha posto l'accento sulla necessità di valutazione, da parte degli Enti locali procedenti, delle possibilità di liberalizzazione di quei servizi che consentano una gestione pienamente concorrenziale, sia per effetto dell'evoluzione dei singoli mercati, ovvero dell'evoluzione tecnologica di settore, sia motivando in base al crescente disfavore mostrato dal legislatore verso l'utilizzo dello strumento societario per la gestione dei servizi pubblici locali in nome di ragioni di contenimento della spesa pubblica¹⁷⁴.

Una volta effettuata la verifica in ordine alle possibilità di liberalizzazione del

¹⁷² Pacchetto Sieg, composto dai seguenti atti: Comunicazioni della Commissione 2012/C 8/02 e 2012/C 8/03; Commissione Ue, Decisione del 20 dicembre 2011, cit.; Regolamento (Ue) n. 360/2012 del 25 aprile 2012. In giurisprudenza: Corte di Giustizia CE, 24 luglio 2003, C-280/00, nella quale vengono precisati i criteri cumulativi che devono ricorrere, affinché sia configurabile l'istituto della compensazione economica in luogo di sovvenzioni *sub specie* di aiuti di Stato.

¹⁷³ Agcm, Segnalazione in merito a "Proposte di riforma concorrenziale ai fini della Legge annuale per il mercato e la concorrenza - Anno 2013".

¹⁷⁴ Corte dei conti, Sez. reg. contr. per la Regione Basilicata, 20 settembre 2012, n. 20, cit. Per quanto riguarda i provvedimenti volti alla razionalizzazione dell'utilizzo dello strumento societario ai fini del contenimento della spesa pubblica, ci si riferisce a: art. 3, commi 27°, 28°, 29° della legge 244/2007; art. 14, comma 32° del d.l. 78/2010, conv. In legge 122/2010; artt. 4 e 9 del d.l. 95/2012, conv. in legge 135/2012.

servizio, l'Ente locale è tenuto ad indicare le ragioni della scelta della forma di affidamento – diretto, mediante procedura a evidenza pubblica, affidamento a società mista in cui il socio sia scelto con gara – dimostrando, in ciascuna ipotesi, le specifiche condizioni richieste dal diritto comunitario.

Le ragioni di tale scelta andranno motivate anche in termini di efficienza della gestione, economico-finanziaria, e della capacità di assicurare un'elevata qualità del servizio e degli investimenti a ciò necessari, tenuto altresì conto del rafforzamento dei controlli esercitati da parte della Corte dei conti in base a quanto previsto dall'art. 3 del recente d.l. 174/2012, nel testo convertito dalla legge 213/2012¹⁷⁵.

Dopo tale precisazione, è possibile effettuare alcune considerazioni sui modelli gestori ammessi nell'attuale contesto normativo.

¹⁷⁵ Si veda sul punto, G. FARNETI, *Le problematiche gestionali più attuali delle società partecipate dagli enti locali*, in *Azienditalia*, 2012, 11, p. 780.

5.3 MODALITA' DI GESTIONE AMMISSIBILI

La caducazione dell'art. 4 del d.l. 138/2011 e l'affermata necessità di rispetto dell'adeguamento ai canoni discendenti dal diritto europeo nella scelta dei gestori dei servizi pubblici di rilievo economico, oggi positivamente enunciata dall'art. 34 del d.l. 179/2012, impongono all'Ente locale il rigoroso rispetto dei principi interpretativi enunciati a livello comunitario e nazionale in relazione alle formule gestore utilizzabili per tali tipologie di servizi.

Per i servizi pubblici di interesse economico generale, allo stato attuale, il quadro risultante è quello determinato dall'insieme delle direttive europee, dalle norme settoriali in vigore per i servizi pubblici già esclusi dall'applicazione della disciplina prevista dall'art. 4, comma 34° del decreto legge 138/2011 (*servizio idrico integrato, servizio di distribuzione di gas naturale, servizio di distribuzione di energia elettrica, servizio di trasporto ferroviario regionale; gestione delle farmacie comunali*) e per quanto concerne il servizio di gestione dei rifiuti urbani e assimilati, dal ripristino del regime di privativa pubblica ai sensi della vigente normativa ambientale sull'intero ciclo di gestione dei rifiuti urbani e assimilati¹⁷⁶; mentre non si applica il codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163¹⁷⁷.

¹⁷⁶ Disposto dal comma 387° dell'art. 1 della legge di stabilità per il 2013 che modifica quanto disposto in precedenza dall'art. 14, comma 1° del decreto legge 1/2011.

¹⁷⁷ Si veda in particolare l'art. 30, secondo cui: "1. Salvo quanto disposto nel presente articolo, le disposizioni del codice non si applicano alle concessioni di servizi; 2. Nella concessione di servizi la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio. Il soggetto concedente stabilisce in sede di gara anche un prezzo, qualora al concessionario venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa, ovvero qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico - finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare; 3. La scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi; 4. Sono fatte salve discipline specifiche che prevedono forme più ampie di tutela della concorrenza; 5. Restano ferme, purché conformi ai principi dell'ordinamento comunitario le discipline specifiche che prevedono, in luogo delle concessioni di servizi a terzi, l'affidamento di servizi a soggetti che sono a loro volta amministrazioni aggiudicatrici; 6. Se

In questo quadro si collocano i successivi provvedimenti in materia di società strumentali e servizi pubblici locali emanati dal governo volti a riordinare, in senso più generale la presenza delle società a partecipazione pubblica a carattere strumentale e di quelle per la gestione dei servizi pubblici. Con le misure introdotte successivamente alla sentenza 199/2012, il governo interviene su tre fronti:

1. quello riguardante le partecipazioni c.d. strumentali attraverso un piano di dismissioni obbligate e di riordino mediante un complesso e articolato processo di privatizzazioni/dismissioni (d.l. 95/2012);
2. quello riguardante il rafforzamento dei sistemi di controllo e di governace da parte degli Enti partecipanti (d.l. 174/2012) e in materia di trasparenza e incandidabilità (legge 190/2012 e d.lgs 235/2012);
3. quello di riorganizzare l'assetto dei servizi pubblici locali a rilevanza economica per ambiti territoriali nel rispetto della disciplina comunitaria e nazionale di settore (d.l. 179/2012 con riferimento all'art. 3-bis del d.l. 138/2011 modificato con la previsione che l'affidamento dei servizi avvenga unicamente da parte dell'autorità di ambito designata).

Possiamo, dunque, riassumere che, in esito alla sentenza 199/2012, gli Enti locali possono affidare la gestione dei servizi pubblici a rilevanza economica o meglio di scelta del soggetto gestore e/o affidatario del servizio tramite tre modalità:

- i) ricorso al mercato*, quindi attraverso una gara pubblica;
- ii) partenariato pubblico-privato istituzionalizzato (cosiddetto PPPI)*, a società mista, con selezione con gara del socio privato operativo e senza vincoli relativi alla percentuale di capitale da collocare sul mercato;
- iii) affidamento in house*, a società in possesso dei requisiti previsti dall'ordinamento comunitario.

un'amministrazione aggiudicatrice concede ad un soggetto che non è un'amministrazione aggiudicatrice diritti speciali o esclusivi di esercitare un'attività di servizio pubblico, l'atto di concessione prevede che, per gli appalti di forniture conclusi con terzi nell'ambito di tale attività, detto soggetto rispetti il principio di non discriminazione in base alla nazionalità; 7. Si applicano le disposizioni della parte IV. Si applica, inoltre, in quanto compatibile l'articolo 143, comma 7.”

Principalmente, dunque, l'affidamento dei servizi pubblici a rilevanza economica dovrà avvenire, a mezzo di procedure ad evidenza pubblica, a favore di società di capitali interamente private o a società miste pubblico-private ovvero in via diretta a società rispondenti allo schema dell'*in house providing*, nel rispetto degli ormai noti elementi costitutivi di tali figure così come ricostruiti dall'elaborazione giurisprudenziale comunitaria ed interna¹⁷⁸. La prima è il modello della così detta evidenza pubblica, ossia della scelta del soggetto affidatario previa gara, rispettosa del regime comunitario di libera concorrenza.

La seconda è il fenomeno delle società miste (che a livello comunitario è conosciuto come quello del PPPI), il quale si realizza attraverso la cosiddetta gara a doppio oggetto (riguardante sia la qualità di socio che la gestione del servizio)¹⁷⁹, in cui la società viene costituita per una specifica missione in base a una gara che ha ad oggetto la scelta del socio e l'affidamento della missione medesima (ipotesi che fa da contraltare a quella, diversa e non consentita, in cui si intendono affidare direttamente ulteriori appalti a una società mista già costituita).

La terza è il cosiddetto *in house*¹⁸⁰ che consente l'affidamento diretto, senza previa gara, ad un soggetto solo formalmente, e non sostanzialmente, diverso dall'Ente affidante. Il che è consentito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'U.E. in presenza di tre condizioni: *a)* totale partecipazione pubblica; *b)* controllo analogo sulla società affidataria a quello che l'Ente o gli Enti affidanti esercitano sui propri servizi; *c)* realizzazione, da parte della società affidataria, della parte più importante

¹⁷⁸ Per l'esame degli elementi costitutivi di tali modelli societari, sia consentito rinviare a A. AZZARRITI, *I servizi pubblici di rilevanza economica dopo il referendum: le novità e conferme della legge n. 148/2011*, in *IDF*, 2011, 3, p. 531 ss. Più compiutamente si veda il Quaderno *IDF* "Le Società a partecipazione pubblica degli enti territoriali", n. 2 del 2011.

¹⁷⁹ È da escludere la possibilità della doppia procedura (la prima per la selezione del partner privato del PPP, e la seconda per l'aggiudicazione dell'appalto pubblico o della concessione all'entità a capitale misto). Ne consegue l'obbligo di un'unica gara a doppio oggetto, sia per la scelta del partner privato che per l'aggiudicazione dell'appalto o concessione. Pubblicato su *filodiritto* il 16.01.2013.

¹⁸⁰ In tema di *in house* si veda: V. PARISIO, *Forma privatistica e sostanza pubblicistica: modello societario e gestione dei servizi pubblici locali*, in www.giustamm.it, n. 12/2012 e Corte di Giustizia U.E., sez. III, 29 novembre 2012 (cause nn. C-183/11 e C-183/1), in www.giustam.it, n. 12/2012, con commento G. GUZZO, *Nota a sentenza della Corte di Giustizia, Sezione III, del 29.11.2012 (C – 183/11)*.

della propria attività con l'Ente o gli Enti che la controllano. Quindi, ammissibilità dell'affidamento in house senza deroghe e senza eccezioni¹⁸¹. Ogni forma di gestione diretta da parte del pubblico deve essere subordinata ad una previa verifica di condizioni di mercato e di concorrenzialità praticabile (nel mercato, per il mercato), della presenza di monopoli naturali (reti e infrastrutture), nonché da una attenta analisi delle particolari condizioni e caratteristiche geomorfologiche e territoriali.

Anche le gestioni *in house*, rese possibili alle condizioni disciplinate dal diritto comunitario (proprietà pubblica e controllo analogo), rappresentano o dovrebbero rappresentare una scelta residuale qualora i servizi possano essere svolti a migliori condizioni di efficacia ed efficienza in un regime di concorrenza (nel mercato o per il mercato). Non sempre tuttavia l'acquisto sul mercato di beni e servizi è in sé garanzia della miglior scelta, e la corretta e sana gestione delle società in house, in rapporto alle finalità istituzionali dell'Ente locale e alle particolarità del servizio, può assicurare il raggiungimento di redditività e socialità.

In via generale si può affermare che i provvedimenti sopra richiamati, con riferimento al fenomeno delle società partecipate e a quello specifico riguardante le società per la gestione dei servizi pubblici locali nel loro complesso, sono in linea di principio condivisibili nei fini che si prefiggono, ma risultano purtroppo molto meno convincenti nei loro contenuti applicativi. Innanzitutto, perché pesa su queste disposizioni il quadro di incertezza determinato dal contesto di fine legislatura e dai limiti sostanziali determinati dall'aver operato tramite decretazione d'urgenza.

In una situazione di grande confusione istituzionale e fortemente critica per la finanza pubblica, ciò che è mancato è stata la capacità di avanzare politiche di sviluppo e rilancio dell'economia, in particolare nei settori dei servizi pubblici e delle infrastrutture. Ciò avrebbe dovuto costituire il quadro di riferimento entro cui collocare la necessaria operazione di riordino e semplificazione del sistema di

¹⁸¹ L'art. 4, comma 13°, del d.l. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 148/2011, e successive modificazioni, consentiva l'affidamento in house solo "se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento è pari o inferiore alla somma complessiva di 200.000 euro annui".

partecipazioni pubbliche e di imprescindibile revisione della spesa delle amministrazioni pubbliche. Richiamandoci più direttamente alla proliferazione delle partecipazioni societarie di tipo strumentale e, quella più specifica, di riqualificare i servizi pubblici locali, da sempre i principi di autonomia e responsabilità che le amministrazioni a livello centrale, regionale e locale devono garantire, devono altrettanto coniugarsi con quelli del buon andamento della attività pubblica.

Tutte le amministrazioni pubbliche sono, infatti, vincolate al rispetto non formalistico del principio costituzionale del buon andamento di cui all'articolo 97 della Costituzione che, accanto a quelli di legalità e di imparzialità, si richiama a precisi criteri di efficienza, efficacia, economicità nonché di trasparenza.

In tale quadro, che evoca complessi profili organizzativi, gestionali di risorse e di bilancio vanno, quindi, favorite tutte quelle misure riguardanti la promozione di assetti concorrenziali nell'erogazione e produzione di servizi, in questo caso a livello regionale e locale, in grado di garantirne l'adeguatezza, l'efficienza e l'economicità, innanzitutto potenziando il ruolo delle autorità di regolazione e di tutela della concorrenza. A tal fine è evidente la necessità di valorizzare concretamente e incisivamente - più di quanto è stato operato finora - nei rapporti con i gestori di servizi, il contratto di servizio e la Carta dei servizi quali strumenti centrali di garanzia degli standard qualitativi e dei diritti dei cittadini-utenti-clienti in un quadro ordinamentale certo e stabile nel tempo. Il livello di efficienza del sistema dei servizi pubblici locali rappresenta un elemento qualificante del livello di *governance* locale e della competitività di un sistema territoriale ai fini dell'attrazione degli investimenti ed è altresì un fattore fondamentale della coesione sociale.

Anche nella prospettiva di un welfare più aperto e "di mercato", i servizi pubblici locali rivestono un carattere nevralgico per la tenuta e lo sviluppo degli ambiti di integrazione sociale, fino a caratterizzare alcuni di essi come strettamente connaturati alla definizione dei livelli essenziali delle prestazioni e dei diritti sociali. Pertanto, le misure in proposito introdotte dal governo Monti, seppure in modo non articolato e in assenza di un incisivo riassetto degli Enti locali, dal decreto legge 95/ 2012 e dal

decreto legge 179/2012 in materia di partecipazioni societarie e gestioni di servizi pubblici per ambiti, dal decreto legge 174/2012 in materia di controlli e dalla legge 190/2012 e dal d.lgs 235 /2012 in materia di trasparenza e incompatibilità, malgrado le buone intenzioni, rischiano l'asfissia entro breve se non si riesce a ridare prospettive concrete a riforme attese da anni. Questo dovrà essere un punto qualificante del programma della nuova legislatura.

La prima condizione per realizzare concretamente i cambiamenti necessari è dare sostanza alla riforma degli Enti locali. Alcuni tra gli obiettivi posti, seppure con modalità discutibili quando si interviene con decretazione d'urgenza in materia ordinamentale delle autonomie, si avviano all'ennesimo accantonamento, vedi il riordino delle province tentato, avviato e poi rinviato.

Le altre misure, tra cui quelle riguardanti l'esercizio associato di funzioni e servizi e le unioni di comuni non riescono a prendere slancio. Troppo pesanti e troppo complesse sono le questioni che si abbattono su regioni ed Enti locali. Accanto al precario quadro di attuazione del c.d. federalismo istituzionale (che fine ha fatto il Codice delle autonomie?) c'è il grande problema non risolto del federalismo fiscale. Il congelamento del federalismo fiscale non fa camminare le altre riforme; il congelamento delle altre riforme blocca sostanzialmente il federalismo fiscale. Il risanamento della finanza condiziona il tutto. Se si vuole però effettivamente procedere, in particolare, con il necessario processo di razionalizzazione della presenza delle società partecipate, occorre realisticamente prendere atto almeno di due questioni di non poco conto da definire nel più breve tempo.

La prima attiene alle modalità di collocazione del personale; la seconda, che si collega alla prima, riguarda gli effetti del riordino sul patto di stabilità e sulle altre misure riguardanti il personale che l'internalizzazione di alcune tra le attività attualmente esternalizzate, pone alle amministrazioni locali. Restano, per le altre situazioni che riguardano l'ingresso *nel mercato* le preoccupazioni dettate dall'assenza di adeguate misure di tutela occupazionale, in assenza delle quali appare poco realistico non immaginare ogni sorta di freno.

5.4 LA PRESTAZIONE DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI DI RILEVANZA ECONOMICA IN REGIME LIBERALIZZATO E LA VERIFICA DELLE CONDIZIONI DI MERCATO

Al fine di agevolare la lettura, è il caso di ricordare brevemente la definizione di “servizi pubblici di interesse generale”¹⁸². Per servizi pubblici di interesse generale deve intendersi l’attività che, per le sue caratteristiche oggettive, riguarda un interesse diffuso nella collettività alla continuità di tali prestazioni, alla loro effettività ed alla loro qualità minima. Nella categoria dei servizi pubblici di interesse generale vi rientrano i servizi pubblici locali (cfr., da ultimo, Corte dei Conti, sez. Lombardia, parere n. 506 del 27 novembre 2012).

Sul punto, inoltre, si osserva che l’art. 1 della direttiva 2006/123/CE e l’art. 14 del T.F.U.E. rimettono agli Stati membri il compito di definire, in conformità del diritto comunitario, quali essi ritengano essere servizi d’interesse economico generale ed in che modo essi debbano essere organizzati e finanziati, in conformità delle regole sugli aiuti concessi dagli Stati, ed a quali obblighi specifici essi debbano essere soggetti.

Com’è stato ricordato in precedenza la Corte Costituzionale, con la pronuncia n. 199 del luglio 2012, ha sancito l’illegittimità costituzionale dell’art. 4 del decreto legge n. 138/2011, convertito con modificazioni con legge 148/2011, poiché in detto articolo veniva riproposta la medesima normativa contenuta nell’art. 23-bis decreto legge 112/2008, abrogata con referendum popolare.

L’art. 4 (“*Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa europea*”) mirava all’attuazione della sussidiarietà orizzontale anche nei servizi pubblici locali di rilevanza economica, prevedendo che, qualora gli

¹⁸² L’espressione “servizi di interesse generale” non è presente nel trattato, ma è derivata nella prassi comunitaria dall’espressione “servizi di interesse economico generale” che invece è utilizzata nel trattato. E’ un’espressione più ampia di “servizi di interesse economico generale” e riguarda sia i servizi di mercato che quelli non di mercato che le autorità pubbliche considerano di interesse generale e assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico. (cfr. Libro Verde sui servizi di interesse generale, Commissione della Comunità Europea COM/2003/270).

stessi non possano essere liberalizzati (concorrenza nel mercato), l'Ente locale debba comunque conferire la gestione mediante procedure competitive ad evidenza pubblica (concorrenza per il mercato), perché la scelta della gestione *in house providing* viene tassativamente limitata ai casi in cui il servizio presenta modeste dimensioni.

In linea generale, l'art. 4 imponeva agli Enti locali di verificare la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: in ordine al procedimento, l'Ente interessato, avrebbe dovuto effettuare un'analisi di mercato attraverso la quale verificare l'idoneità della libera iniziativa economica a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità. Solo nel caso di esito negativo della verifica e previa approvazione di una delibera-quadro, la pubblica amministrazione avrebbe potuto provvedere con l'attribuzione di diritti di esclusiva.

Attesa la dichiarazione d'illegittimità costituzionale della normativa in parola, il legislatore ha ritenuto necessario intervenire in via d'urgenza al fine di traghettare la frammentata materia dei servizi pubblici locali verso un intervento normativo più complesso. In particolare, il decreto legge n. 179/2012, convertito con modifiche della legge 221 del 17 dicembre 2012, all'art. 34 (*"Misure urgenti...per i servizi pubblici locali"*), commi 20° e ss., stabilisce che:

(comma 20°) *"Per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'Ente affidante, che da conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste"*.

(comma 21°) *"Gli affidamenti in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto non conformi ai requisiti previsti dalla normativa europea devono essere adeguati entro il termine del 31 dicembre 2013 pubblicando, entro la stessa data, la relazione prevista al comma 20°. Per gli affidamenti in cui non è prevista una data di*

scadenza gli Enti competenti provvedono contestualmente ad inserire nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto un termine di scadenza dell'affidamento. Il mancato adempimento degli obblighi previsti nel presente comma determina la cessazione dell'affidamento alla data del 31 dicembre 2013”.

(comma 22°) “Gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data, e a quelle da esse controllate ai sensi dell’articolo 2359 del codice civile, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto; gli affidamenti che non prevedono una data di scadenza cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell’Ente affidante, il 31 dicembre 2020”.

(comma 23°) “Dopo il comma 1° dell’articolo 3-bis del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, e successive modificazioni, è inserito il seguente “1-bis: “Le funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, compresi quelli appartenenti al settore dei rifiuti urbani, di scelta della forma di gestione, di determinazione delle tariffe all’utenza per quanto di competenza, di affidamento della gestione e relativo controllo sono esercitate unicamente dagli Enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei istituiti o designati ai sensi del comma 1° del presente articolo”.

(comma 25°) “I commi da 20° a 22° non si applicano al servizio di distribuzione di gas naturale, di cui al decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, al servizio di distribuzione di energia elettrica, di cui al decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79, e alla legge 23 agosto 2004, n. 239, nonché alla gestione delle farmacie comunali, di cui alla legge 2 aprile 1968, n. 475. Restano inoltre ferme le disposizioni di cui all’art. 37 del decreto legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 134”.

(comma 27°) “All’art. 4, comma 8°, del decreto legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, le parole: “e a condizione che il valore economico del servizio o dei beni oggetto dell’affidamento sia complessivamente pari o inferiore a 200.000 euro annui” sono soppresse”.

(comma 30°) “All’articolo 2, comma 4°, del decreto legge 25 gennaio 2012, n. 2, convertito, con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012, n. 28, le parole: “A decorrere dal 31 dicembre 2013” sono sostituite dalle seguenti: “A decorrere dal sessantesimo giorno dall’emanazione dei decreti di natura non regolamentare di cui al comma 2°”.

L’elemento di novità della disciplina in esame riguarda l’introduzione della “relazione” che, salve le ipotesi di cui al comma 25° (gas, energia elettrica e farmacie comunali), è un atto preliminare e necessario per l’affidamento dei servizi pubblici locali. Al suo interno l’Ente pubblico deve indicare le ragioni che l’hanno indotto a scegliere un determinato procedimento di aggiudicazione, anche con riferimento all’art. 106 T.F.U.E.¹⁸³. Il legislatore è intervenuto, inoltre, sul discusso art. 3-*bis* del decreto legge 138 del 13 agosto 2011, aggiungendo il comma 1-*bis* il quale attribuisce le funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali agli Enti di governo degli ambiti.

Innanzitutto si ricorda che l’art. 3-*bis* disciplina le modalità di perimetrazione degli ambiti territoriali omogenei, che di norma non possono essere inferiore alla circoscrizione del territorio provinciale. Da qui la problematica della concreta perimetrazione poiché, il legislatore, con l’art. 17 del decreto legge n. 95 del 6 luglio 2012 c.d. “*Spending review*”, convertito con legge n. 135 del 7 agosto 2012, ha avviato il riordino delle circoscrizioni provinciali tutt’ora in corso¹⁸⁴.

Il comma 1-*bis* aggiunto crea, un’ulteriore, problema giuridico-interpretativo in quanto si scontra con l’art. 9 del decreto legge 95/2012 nella parte in cui attribuisce ai Comuni, funzioni fondamentali in tema di organizzazione dei servizi pubblici locali. Allo stato, dunque, le stesse funzioni risultano attribuite a due soggetti: Comuni ed Enti di governo degli ambiti. Infine, la legge di conversione del decreto legge 179/2012 elimina il limite dei 200.000,00 euro per gli affidamenti diretti *in house* e risolve un’altra

¹⁸³ La norma prevede l’applicazione delle regole della concorrenza anche al settore dei servizi di interesse economico generale, salvo il caso in cui ciò osti al raggiungimento delle finalità istituzionali.

¹⁸⁴ Nella legge di stabilità per il 2013, approvata definitivamente il 21 dicembre 2012 ed in fase di pubblicazione, all’art. 1, comma 87°, vi sono delle modifiche in tema di riordino delle Province e allocazione delle funzioni (sommariamente, sospensioni e proroghe al 31 dicembre 2013).

questione controversa. La dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 4 non lascia, tuttavia, un vuoto normativo nella disciplina di settore nella misura in cui è valida ed efficace la normativa comunitaria, certamente meno restrittiva quanto meno per il ricorso all'affidamento diretto a società in house, rispetto a quella nazionale censurata dalla Corte Costituzionale.

Tornando alla verifica della possibilità di mettere in concorrenza i servizi pubblici locali di rilevanza economica, essa dovrà essere svolta da parte delle amministrazioni in base a cinque criteri:

1. *le esigenze della comunità in relazione al servizio pubblico locale;*
2. *gli standard minimi delle prestazioni che devono essere assicurati nell'espletamento del servizio pubblico locale;*
3. *l'articolazione operativa del servizio pubblico locale, con particolare riferimento all'eventuale offerta di servizi sostitutivi;*
4. *il valore economico stimato del servizio pubblico locale;*
5. *infine gli eventuali investimenti da programmare, anche per opere infrastrutturali, con la stima dei relativi tempi di attuazione.*

Nello specifico, vanno definiti, in particolare, i criteri per la verifica sulla realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica sia per l'adozione della delibera-quadro che le modalità attuative del sistema di misurazione delle prestazioni dei gestori di servizi pubblici locali.

La principale novità dell'attuale sistema è costituita dall'introduzione del principio della liberalizzazione di tutte le attività economiche oggetto dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. La regola è la prestazione di tali servizi in regime di concorrenza nel mercato, e l'eccezione è l'attribuzione – mediante gara – ad un solo soggetto dell'esclusiva di svolgere un determinato servizio (concorrenza per il mercato). L'affidamento *in house* è l'eccezione nell'eccezione, quindi l'ipotesi più residuale.

Con particolare attenzione alla verifica delle condizioni per un passaggio al sistema concorrenziale “nel mercato”, il Consiglio di Stato ricorda che in tale sistema si consente agli imprenditori del settore di operare contemporaneamente nel mercato rilevante ad

armi pari, riuscendo a soddisfare le esigenze della comunità amministrata. L'accesso al mercato dovrebbe dunque essere libero o, al più, caratterizzato dal previo rilascio di autorizzazioni (vincolate) all'esercizio della relativa attività economica in base a criteri oggettivi, trasparenti e non discriminatori.

Dal punto di vista tecnico, la verifica sulle condizioni atte a puntare sulla concorrenzialità dei servizi, consiste nella redazione di un'apposita relazione istruttoria, in cui si descrivono le modalità di gestione con cui il servizio pubblico locale viene attualmente espletato, indicando in particolare le eventuali compensazioni economiche riconosciute ai gestori e la sussistenza di situazioni di monopolio naturale, anche con riferimento alla gestione delle opere infrastrutturali e degli impianti fissi, nonché la possibilità di liberalizzare singole fasi del servizio.

La verifica è effettuata attraverso una procedura di consultazione degli operatori del settore di riferimento, adeguatamente pubblicizzata. L'Ente, sulla base degli esiti della consultazione degli operatori del settore evidenzia l'incidenza, sulla gestione imprenditoriale del servizio o di singole fasi dello stesso, degli obblighi di servizio pubblico e universale e degli standard minimi delle prestazioni, valutando anche eventuali esperienze di gestione di servizi pubblici rinvenibili in altre realtà geografiche, anche con riferimento ai livelli tariffari praticati ed alle compensazioni economiche: il cosiddetto *benchmarking*. Se, dalla verifica non emerge la realizzabilità di una gestione concorrenziale del servizio l'Ente competente, in base al regolamento, può procedere all'affidamento in esclusiva dei servizi, o delle diverse fasi non erogabili in regime di concorrenza nel mercato, con il sistema della gara.

(Segue): 5.4.1 ***La politica della concorrenza e il ruolo dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato***

Se si volesse individuare un tema capace di rappresentare lo snodarsi estenuante dei processi di liberalizzazione in Italia, che giungono talvolta ad assumere i tratti di una tela di Penelope¹⁸⁵, si fa certamente riferimento alla riforma dei servizi pubblici locali. Da oltre un decennio, il quadro normativo in materia patisce una instabilità e una variabilità di assetti che non hanno eguali in altri settori dell’economia. Dopo l’abrogazione referendaria dell’art. 23-*bis* del decreto legge n. 112/2008, l’art. 4 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, sembrava aver restituito un assetto minimamente stabile al settore, per quanto minato da piccole successive modifiche e mai completato¹⁸⁶.

Il parere obbligatorio dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sulle delibere quadro degli Enti locali costituiva un tassello centrale di quel disegno, offrendo diversi spunti di riflessione sia sull’azione che l’Autorità era stata chiamata a svolgere nella delicata fase di *start up* del processo di liberalizzazione, sia sui diversi tipi di risposta provenienti dagli Enti locali e sui rimedi eventualmente azionabili.

A sei mesi di distanza dall’introduzione del citato parere, e in prossimità dell’emanazione di un decreto ministeriale particolarmente atteso nel settore, è intervenuta, come abbiamo più volte ricordato, la sentenza n. 199/2012 della Corte Costituzionale, che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 4, cancellando la nuova disciplina e, con essa, la base giuridica costitutiva del potere dell’Autorità garante

¹⁸⁵ L’espressione è ripresa da G. PITRUZZELLA, *Presentazione, Relazione annuale sull’attività svolta nel 2011*, Roma, 23 giugno 2012, reperibile su www.agcm.it.

¹⁸⁶ L’art. 4 del decreto legge n. 138/2011 è stato infatti modificato, dapprima, dall’art 9 della legge 12 novembre 2011, n. 183 “*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità per il 2012)*”; successivamente, dall’art. 25 del decreto legge 24 gennaio 2012 n. 1 “*Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*”, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27. Lo stesso articolo, inoltre, prevedeva, al comma 33-*ter*, l’emanazione di un decreto ministeriale che avrebbe dovuto specificare aspetti essenziali della nuova disciplina, da emanarsi entro il termine del 31 gennaio 2012, successivamente differito al 31 marzo 2012. Il provvedimento, sottoposto nella forma di schema di regolamento al Consiglio di Stato nel giugno 2012 per il relativo parere, non è mai giunto all’approvazione definitiva.

della concorrenza e del mercato. Il parere dell'AGCM in materia di servizi pubblici locali non costituiva una novità. Già l'art. 23-bis, comma 4°, del decreto legge 112 del 2008 (e il regolamento attuativo, di cui al D.P.R. 168/2010) lo aveva previsto. Benché quella normativa sia stata abrogata dal referendum popolare dell'11-12 giugno 2011, l'esperienza maturata dall'Autorità tra il 2010 e il 2011 nella valutazione delle richieste di parere trasmesse dagli Enti locali non è stata inutile: anzi, proprio le evidenze emerse nella fase applicativa devono considerarsi all'origine dell'ultimo intervento riformatore.

Non è possibile in questa sede ripercorrere nei dettagli il quadro precedente. Appare sufficiente, tuttavia, richiamare i dati più significativi, emersi in sede di applicazione della suddetta disciplina. In termini del tutto succinti: un orientamento dell'AGCM nella quasi totalità dei casi (oltre il 90%) negativo rispetto alla prefigurata (e prevalente) intenzione degli Enti locali di ricorrere a forme di affidamento diretto (*in house*); la mancanza di istruttorie, da parte degli Enti locali, adeguate e realmente funzionali alla liberalizzazione del settore; un quadro sostanzialmente oscuro circa gli sviluppi successivi al parere rilasciato dall'Autorità: pur mancando un'analisi puntuale circa l'osservanza in concreto delle indicazioni fornite, è ragionevole ritenere che molti pareri non abbiano trovato accoglimento.

Non mancava, in effetti, la consapevolezza che alcune vie di fuga esistevano nel quadro legislativo e potevano essere utilmente sfruttate dagli Enti locali meno virtuosi, *in primis* per l'assenza di adeguati meccanismi sanzionatori¹⁸⁷. La stessa era apparsa, tuttavia, coerente con le tendenze generali di un sistema che stava evolvendo verso una sempre maggiore responsabilizzazione delle autonomie locali: dava ad esse fiducia, perlomeno nel breve periodo, senza imporre preventivamente decisioni autoritative dal

¹⁸⁷ “Un punto di criticità può cogliersi, in particolare, nell'assenza di adeguati meccanismi sanzionatori, competendo all'Autorità solo un compito consultivo e di monitoraggio delle scelte compiute in sede locale. D'altra parte, il rispetto dell'autonomia costituzionalmente riconosciuta agli enti locali nel soddisfare i bisogni delle comunità locali non ha suggerito di andare oltre, almeno in una prima fase. Certamente, dai dati raccolti dall'Autorità potrà venire un importante ausilio: sulla base di questi, infatti, il legislatore potrà adottare in futuro iniziative più incisive di liberalizzazione negli ambiti in cui dovessero manifestarsi ingiustificate e diffuse scelte di chiusura” si legge nella Relazione annuale.

centro¹⁸⁸. Poiché i risultati di quella prima esperienza in termini di propensione manifestata dalle amministrazioni locali ad aprire i mercati sono stati deludenti, il legislatore è nuovamente intervenuto dopo l'abrogazione referendaria: questa volta in un senso ben più rigoroso, disponendo una serie di passaggi che gli Enti locali non potevano più eludere.

La nuova disciplina conteneva quattro disposizioni chiave, con riguardo alle modalità da seguire per il conferimento ed il rinnovo della gestione dei servizi pubblici locali:

i) obbligo per ciascun Ente locale di liberalizzare tutte le attività economiche, limitando negli altri casi *“l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad un'analisi di mercato, la libera iniziativa privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità”* (art. 4, comma 1°, d.l. n. 138/2011);

ii) adozione, all'esito della predetta verifica di mercato, di una delibera-quadro *“che illustra l'istruttoria compiuta ed evidenzia, per i settori sottratti alla liberalizzazione, i fallimenti del sistema concorrenziale e, viceversa, i benefici per la stabilizzazione, lo sviluppo e l'equità all'interno della comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio”* (art. 4, comma 2°, d.l. n. 138/2011);

iii) sottoposizione della delibera-quadro (*rectius*, dello schema di delibera), per il parere obbligatorio, all'AGCM, che si pronuncia *“sulla base dell'istruttoria svolta in merito all'esistenza di ragioni idonee e sufficienti all'attribuzione di diritti di esclusiva e alla correttezza della scelta eventuale di procedere all'affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi pubblici locali”* (art. 4, comma 3°, d.l. n. 138/2011);

iv) divieto di procedere all'attribuzione di diritti di esclusiva in assenza della delibera-quadro (art. 4, comma 4°, d.l. n. 138/2011).

¹⁸⁸ Non è superfluo ricordare che, dopo la riforma del titolo V Cost, la materia dei servizi pubblici locali è stata ricondotta dal Giudice delle leggi alla potestà legislativa residuale/esclusiva delle Regioni. Cfr. sul punto, Corte costituzionale, sentenza n. 272/2004. Per un esame delle problematiche connesse alla rafforzamento dei poteri regolatori delle Regioni a seguito della citata riforma, v. B. CARAVITA DI TORITTO, *Tutela della concorrenza e regioni nel nuovo assetto istituzionale dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, in C. RABITTI BEDOGNI - P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010, p. 229 ss.

Con tali previsioni il legislatore ha reintrodotto un principio di liberalizzazione e tutela della concorrenza, richiedendo a ciascun Ente un'analisi preventiva della possibilità di offerta concorrenziale nel mercato per ogni singolo servizio. Erano almeno tre gli aspetti di novità che rendevano il nuovo quadro potenzialmente più efficace: a) gli obblighi di cui sopra assumevano valore cogente, considerato che la mancata verifica di mercato e l'assenza di deliberazione comportavano per l'Ente locale l'impossibilità di "procedere all'attribuzione di diritti di esclusiva ai sensi del presente articolo"; b) era prevista l'adozione di un decreto ministeriale, chiamato a definire, fra l'altro, "i criteri per la verifica di cui al comma 1° e l'adozione della delibera quadro di cui al comma 2°"¹⁸⁹; c) il parere dell'AGCM sulla delibera-quadro acquistava rilievo cruciale. Detto parere, infatti, non solo forniva all'Ente locale, nell'immediato, un giudizio in merito alla verifica di concorrenzialità svolta ma, in caso di mancata osservanza, avrebbe offerto al giudice gli elementi di valutazione tecnico-economica per stabilire se l'istruttoria condotta era stata corretta e se quel servizio locale, per le sue caratteristiche tecnico-economiche e organizzative, poteva in realtà essere liberalizzato.

Questo aspetto è sufficiente ad evidenziare che il ruolo attribuito all'Autorità andava oltre la dimensione meramente consultiva. Una delle peculiarità di quella riforma era che la liberalizzazione del settore veniva in una certa misura ad essere procedimentalizzata: la responsabilità dell'*iter* procedurale restava formalmente in capo all'Ente locale; tuttavia, risultava molto rafforzata rispetto al quadro precedente, sia l'articolazione interna del procedimento, con la delibera-quadro¹⁹⁰ e il parere preventivo dell'Autorità che si ponevano quali atti ineludibili, sia il sistema dei rimedi, attraverso la riconosciuta legittimazione dell'AGCM ad impugnare gli atti amministrativi in violazione delle

¹⁸⁹ Art. 4, comma 33-ter, d. l. n. 138/2011.

¹⁹⁰ Sottolinea la sostanziale assimilazione della prescritta analisi di mercato alla tipica istruttoria procedimentale del diritto amministrativo F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010, 254, il quale osserva "Liberatici dalle suggestioni delle mode e di una "modernità" che va presa con molto tatto, potremo dire che, in fondo, quel che l'ente locale deve compiere è un'attenta acquisizione e ponderazione di tutti gli interessi in gioco, avendo come fine principale la cura dell'interesse pubblico".

regole di concorrenza (*ex art. 21-bis* della legge n. 287/90). In virtù di tali elementi, la determinazione dell'Ente procedente di aprire il singolo servizio locale alla concorrenza nel mercato non era più il risultato dell'esercizio di un potere libero o comunque condizionato soltanto da valutazioni di politica economica, ma veniva a soggiacere ad una serie di vincoli procedurali e sostanziali (pubblicità, analisi di mercato, relazione scritta, parere tecnico, ecc), volti a neutralizzare i rischi e i limiti di una decisione rimessa alla competenza di un soggetto munito di capacità di rappresentanza politico-istituzionale.

Il procedimento, come congegnato dalla norma costitutiva, in sostanza, il presupposto e la garanzia di un controllo accurato delle modalità di esercizio di quel potere da parte di un'autorità tecnica indipendente, estranea al perseguimento di finalità politiche dirette, e soprattutto, nella fase successiva, da parte del giudice amministrativo.

(Segue): 5.4.2 ***Venti anni di disciplina della concorrenza in Italia***

Il perseguimento dell'efficienza produttiva e allocativa rappresenta la motivazione economica per l'introduzione di una legislazione per la tutela della concorrenza. Infatti, una delle conclusioni dell'analisi economica é che in generale, in presenza di un grado concorrenziale limitato, si osservano extra profitti stabili, costi più elevati dovuti a inefficienza produttiva e una minore introduzione di innovazioni e di progresso tecnico, il che conduce ad una minore crescita economica.

Una normativa antimonopolistica mira, attraverso l'ottenimento di un maggior grado di concorrenza nel sistema economico, a consentire il raggiungimento di un benessere sociale più elevato a parità di risorse disponibili, tutelando non solo la libertà di impresa ma anche i diritti dei consumatori. La legislazione per la tutela della concorrenza non opera isolatamente per il raggiungimento degli obiettivi di efficienza del sistema economico, ma si inserisce nel contesto più ampio degli strumenti di intervento pubblico nell'economia.

Sono trascorsi poco più di due decenni, dalla legge italiana sull'antitrust, legge n. 287 del 10 ottobre 1990 ("*Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*") con la quale viene istituita, in Italia, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), nota anche come Autorità Antitrust, che è una autorità indipendente, con la quale si fa riferimento ad un'amministrazione pubblica che prende le proprie decisioni sulla base della legge, senza possibilità di ingerenze da parte del Governo né di altri organi della rappresentanza politica.

È stato sottolineato come, in questi due decenni, si sia sviluppata, nella penisola, una cultura della concorrenza che era prima estranea al nostro ordinamento giuridico, gravato da più di mezzo secolo di pratiche anticoncorrenziali. Si è anche rilevato che i criteri interpretativi delle regole di concorrenza abbiano sempre più intensamente avvertito l'influenza dell'analisi economica, a seguito soprattutto dell'influenza europea

e, in misura minore, di quella statunitense¹⁹¹. È stato osservato, poi, come, ad un primo decennio (dal 1990 al 2000) felice per l'esperienza delle politiche concorrenziali e del sistema delle autorità indipendenti in Italia, abbia fatto seguito un secondo decennio (dal 2001 ad oggi) cupo, di erosione del ruolo benefico svolto dalle autorità indipendenti nell'ordinamento giuridico. Ciò soprattutto a causa dell'aggressivo ritorno della politica, che ha svuotato dall'interno l'impatto innovativo delle pratiche concorrenziali, e del muro rigido costruito dalle corti, che hanno limitato all'esterno il ruolo delle autorità e inciso sul modo in cui viene intesa la concorrenza nel nostro paese¹⁹².

La legge n. 287 assegnava al nuovo organismo tre missioni: - la prima è l'applicazione delle regole nazionali antitrust che vietano le intese restrittive della concorrenza e l'abuso di posizione dominante.; - la seconda è il controllo preventivo delle operazioni di concentrazione, per evitare che da esse derivi una riduzione sostanziale e durevole della concorrenza nei mercati interessati; - la terza è quella di promuovere la concorrenza segnalando al Parlamento, al Governo e alle amministrazioni interessate i casi in cui le regole vigenti o in via di adozione comportano distorsioni del funzionamento del mercato che non appaiono giustificate da esigenze di interesse generale (*competition advocacy*).

Per la promozione della concorrenza i poteri dell'Autorità sono meramente consultivi: la scelta se dare seguito alle segnalazioni e ai pareri dell'Autorità spetta ai soggetti istituzionalmente competenti ad adottare le regole. Per l'attività a tutela della concorrenza (intese, abusi, concentrazioni) l'Autorità dispone, invece, di pieni poteri decisori ed è soggetta unicamente al controllo del giudice amministrativo.

L'insieme delle competenze dell'Autorità è stato progressivamente ampliato. L'estensione ha riguardato anzitutto il cuore dell'attività, ossia la tutela della concorrenza. Con la legge comunitaria per il 1994 l'Autorità è stata designata come

¹⁹¹ G. AMATO, La legge antitrust venti anni dopo, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2010, n. 4, 923 ss.

¹⁹² S. CASSESE, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel "sistema" delle autorità indipendenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, n. 1, 102 ss.

autorità nazionale competente ad applicare anche le norme comunitarie su intese e abuso di posizione dominante (articoli 81 e 82 del Trattato CE). Il proliferare di provvedimenti legislativi in materia di liberalizzazioni ha accresciuto, ancor di più, l'importanza del valore primario della concorrenza determinando una crescente estensione del sistema dei controlli che vede, quindi, nell'Autorità garante della concorrenza e del mercato l'attore principale¹⁹³.

È da qualche anno, infatti, che il tema delle liberalizzazioni è al centro dell'agenda politica dei governi nazionali; si tratta di un processo lento ma costante¹⁹⁴ portato avanti dal legislatore e dall'AGCM con la sua quotidiana attività di "guardiano" della concorrenza¹⁹⁵, andando a rafforzare sempre più il proprio ruolo, oltre quanto già avvenuto con l'introduzione della legge annuale per il mercato e la concorrenza¹⁹⁶.

Certamente l'introduzione di tale legge rappresenta uno strumento normativo che ha posto il Paese all'avanguardia nel panorama internazionale e che ha elevato l'Autorità garante della concorrenza e del mercato a interlocutrice privilegiata di Governo e Parlamento nel processo di modernizzazione degli assetti che frenano lo sviluppo del Paese, dando così riconoscimento al contributo da essa offerto all'evoluzione pro-

¹⁹³ Sull'argomento Cfr.: (a cura di) V. D'APRILE e D. NALIN, *Autorità indipendenti e controlli sul mercato*, in *Dir. scienza*, 2012, n. 7, 19 e ss.

¹⁹⁴ Sono un "work in progress", come le ha definite il Presidente dell'Autorità garante per la concorrenza e il mercato G. PITRUZZELLA durante la sua Audizione al Senato su "*Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*", 8 febbraio 2012.

¹⁹⁵ Come evidenziato da M. BIANCO, S. GIACOMELLI e G. RODANO, "*Concorrenza e regolamentazione in Italia in Banca d'Italia*", *Questioni di Economia e Finanza*, 2012, n. 123, 6 e ss.: "La teoria economica è concorde nell'affermare che la pressione della concorrenza, incentivando la corretta allocazione delle risorse sia all'interno della singola impresa (mobilità dei fattori), sia nel mercato (entrata ed uscita delle imprese), favorisce l'efficienza produttiva e allocativa in un contesto statico e ha effetti positivi, in termini di minori costi, sui settori a valle".

¹⁹⁶ Nel 2009, accogliendo le raccomandazioni più volte formulate dall'Antitrust per dare maggiore incisività all'attività consultiva, è stata approvata una norma che impegna il Governo a presentare annualmente al Parlamento, entro sessanta giorni dalla presentazione della Relazione Annuale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, un disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza "al fine di rimuovere gli ostacoli regolatori, di carattere normativo o amministrativo, all'apertura dei mercati, di promuovere lo sviluppo della concorrenza e di garantire la tutela dei consumatori", tenendo conto anche delle segnalazioni eventualmente trasmesse dall'Autorità (art. 47, legge 23 luglio 2009, n. 99).

concorrenziale. Si è già menzionata la competenza dell'AGCM in merito all'espressione del parere obbligatorio sulle verifiche di mercato, tramite le quali gli Enti locali avrebbero dovuto accertare od escludere la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi locali di rilevanza economica. In caso di esito positivo, le relative attività sarebbero state liberalizzate compatibilmente con la realizzazione della missione propria di ciascun servizio. Soltanto nel caso in cui l'iniziativa economica privata, in base ad un'analisi di mercato, si fosse quindi rivelata inidonea a soddisfare i bisogni della collettività¹⁹⁷, l'Ente avrebbe potuto conferire diritti di esclusiva al soggetto affidatario.

Il parere, obbligatorio, non vincolante e rilasciato ex ante rivestiva quindi funzione prettamente regolatoria ed era contemplato sia nella normativa recentemente abrogata che in quella prevista dall'art. 23-bis. Non può tuttavia sfuggire la differente portata dell'istituto all'interno delle due discipline.

Nella normativa più risalente, il parere dell'Antitrust era, infatti, finalizzato a dare concretezza al già menzionato favor legislativo per la privatizzazione del soggetto erogatore dei servizi pubblici locali¹⁹⁸, arginando il ricorso agli affidamenti in house, laddove invece nella normativa recentemente ritenuta illegittima l'Ente competente avrebbe dovuto procedere ad una verifica inerente l'impossibilità di procedere ad una liberalizzazione, anche solo per giustificare un affidamento in esclusiva tramite gara.

Pur con la dovuta attenzione al rispetto delle scadenze procedurali, in entrambi i casi, il parere del regolatore indipendente avrebbe al più costituito una presunzione circa la bontà dell'esito cui era pervenuto l'Ente di governo locale, superabile quindi in sede di giudizio amministrativo. Se quindi in entrambi i casi sarebbe stato possibile discostarsi dai rilievi e dalle osservazioni espresse dall'Autorità indipendente,

¹⁹⁷ La necessità di individuare preliminarmente i compiti specifici che identificano e qualificano il servizio come pubblico resta passaggio fondamentale dell'analisi di mercato, come confermato anche dallo schema di regolamento di attuazione. Non sfuggiva al legislatore come anche all'interno di un mercato con un assetto concorrenziale sarebbe stato necessario individuare quali servizi o quali porzioni degli stessi potessero essere soddisfatti dal mercato o andassero contemporaneamente introdotte misure di regolazione.

¹⁹⁸ F. CINTIOLI, *La Regolazione dei servizi di interesse economico generale*, convegno promosso dalla Fondazione Cesifin, Firenze, 6 Novembre 2009.

l'autorevolezza di quest'ultima e la specifica cognizione in materia avrebbe richiesto, nella vigenza dell'art. 4, la predisposizione di un impianto argomentativo decisamente più articolato anche solo per pervenire all'adozione di una delibera-quadro che non recepisce le indicazioni giunte dalla stessa. Assunto confermato ad esempio dalla circostanza che, mentre la verifica di mercato nella vigenza dell'art. 23-bis era condotta sulla sola base di un formulario predisposto dalla stessa Autorità¹⁹⁹, l'art. 4, prevedeva l'emanazione di uno specifico regolamento di attuazione disciplinante dettagliatamente proprio gli adempimenti degli Enti locali²⁰⁰. Il procedimento che gli Enti locali erano chiamati a svolgere non si differenziava quindi soltanto nell'oggetto²⁰¹, ma anche per la forma dello strumento prescelto e i contenuti dello stesso.

L'intenzione del legislatore di favorire quanto più possibile l'adozione delle misure di liberalizzazione e rendere più penetrante l'intervento di un soggetto terzo è ricavabile però anche dal combinato disposto con un'altra norma²⁰², conferente all'Autorità la legittimazione a ricorrere, a mezzo dell'Avvocatura dello Stato, contro atti amministrativi generali, regolamenti e provvedimenti delle Amministrazioni, che, a prescindere da altre eventuali fattispecie rientranti nell'alveo di applicazione di tale disposizione, avrebbe sicuramente potuto riguardare la delibera quadro dell'Ente di governo locale.

¹⁹⁹ Il formulario in questione previsto come allegato alla “*Comunicazione sull'applicazione dell'art. 23-bis, comma 3°, del decreto legge n. 112 del 2008, convertito in legge n. 112 del 2008, relativo all'affidamento in house dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*”, adottata con Delibera AGCM del 16 Ottobre 2008.

²⁰⁰ Il regolamento in realtà non è stato mai emanato, anche se in merito allo schema trasmesso dall'esecutivo avevano già espresso il proprio parere Conferenza Unificata e Consiglio di Stato.

²⁰¹ Anche la qualificazione dell'affidamento in house avrebbe dovuto essere, in via residuale, oggetto di valutazione comparativa con possibili forme di concorrenza attuabili tra gli operatori del settore considerato, e quindi di convenienza economica da parte di imprese terze rispetto all'ente locale. Tuttavia, l'analisi di mercato richiedeva sempre dover tener conto di peculiari caratteristiche ambientali, geomorfologiche e sociali, le quali, oltre a introdurre grandi margini di discrezionalità per l'ente precedente, definivano di fatto l'ambito di operatività dell'in house (e quindi anche della eventuale concorrenza nel mercato) in termini di opportunità piuttosto che di economicità.

²⁰² Cfr. art. 21-bis, comma 2°, della legge 287 del 1990, come introdotto dall'art. 35 del decreto legge n. 201 del 2011.

La prova poi che l'intervento dell'AGCM non si sarebbe rivelato svuotato, risolvendosi in una sorta di controllo improprio di regolarità formale degli adempimenti prescritti agli Enti dalle fonti primarie e secondarie, è ricavabile non solo dalla recente novella che aveva reso facoltativo per l'Autorità pronunciarsi entro 60 giorni dalla richiesta dello stesso²⁰³, ma anche in virtù del fatto che l'obbligo di gestione dei servizi per ambiti territoriali attenuava i problemi organizzativi derivanti dallo spropositato numero di Enti che in caso contrario sarebbero stati chiamati a deliberare.

Queste disposizioni, assieme all'istituzione della neonata Autorità dei Trasporti²⁰⁴ e al trasferimento all'Autorità dell'energia elettrica e gas delle competenze nel settore idrico²⁰⁵, anche se formalmente non rientrano nella disciplina dei servizi pubblici locali, non possono che essere inserite in un quadro complessivo di riforme dell'ultimo periodo volto proprio a stimolare una concorrenza effettiva nel settore, anche attraverso la necessità di individuare soggetti regolatori nell'ambito considerato, differenti dall'Ente pubblico concedente, in un primo tentativo volto a riscattare la funzione regolatoria da quel ruolo ancillare rispetto alla programmazione, da sempre caratterizzante il settore dei servizi pubblici locali.

A ciò va sommata l'estensione progressiva della tipologia di atti nei confronti dei quali l'Autorità esercita i poteri di segnalazione e consultivi. Oggetto degli interventi

²⁰³ L'art. 53 di cui al decreto legge n. 83 del 2012, al n. 1, lett. b), apporta alcune modifiche, al previgente comma 3 dell'art. 4 del decreto legge 138 del 2011 inerente l'attribuzione dei diritti di esclusiva, con l'aggiunta – rispetto alla già prevista dimensione dell'Ente (10.000 abitanti) - di un valore economico del servizio (200.000 euro annui), quale discriminante per l'acquisizione del parere obbligatorio ma non vincolante, dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Ulteriori modifiche prevedono che per l'espressione del parere, l'*Antitrust* adesso potesse pronunciarsi entro sessanta giorni dal ricevimento dello stesso, chiarendo la natura ordinatoria di tale scadenza. Rispetto al soggetto competente a svolgere l'istruttoria, sempre al succitato comma 3 dell'art. 4 del decreto legge 138 del 2011, viene eliminato l'inciso "dall'Ente di governo locale dell'ambito o del bacino o in sua assenza", restando quindi a carico dell'Ente locale l'attuazione della complessa procedura per l'attribuzione dei diritti di esclusiva. Infine era stabilito che, trascorsi i previsti 60 giorni senza che l'Autorità abbia espresso alcun parere, l'Ente richiedente potesse comunque adottare la delibera quadro, introducendo così una forma di silenzio.

²⁰⁴ Legge n. 27 del 2012.

²⁰⁵ Decreto legge n. 201/2011, convertito in legge n. 214/2011. Si ricorda come il settore idrico non sia stato tuttavia oggetto della riforma di cui all'art. 4 decreto legge n. 138 del 2011 e successive modificazioni.

dell'Autorità non sono soltanto le leggi statali già approvate o in corso di approvazione. In molti casi le segnalazioni hanno avuto ad oggetto gli atti normativi, proposti o approvati, di recepimento di direttive comunitarie. Nello specifico, questo tipo di attività di segnalazione e consultiva sembra conferire all'Autorità garante della concorrenza e del mercato quasi un ruolo di garante della conformità dell'ordinamento italiano al diritto comunitario che, per sua stessa origine e vocazione, è un diritto che tende a promuovere l'apertura dei mercati e, in generale, il valore della concorrenza.

Il raggio di intervento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nell'attività di segnalazione e consultiva risulta, però, certamente più esteso rispetto al campo di azione del diritto comunitario.

Pertanto, è proprio là dove si sconta l'assenza di un atto di provenienza comunitaria che l'attività di segnalazione e consultiva, si dimostra ancora più preziosa in quanto dovrebbe tendere a generare una spinta interna maggiore, da parte dei responsabili delle politiche pubbliche nazionali, a favore della concorrenza.

5.5 L'EROGAZIONE DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI DI RILEVANZA ECONOMICA TRA PROCEDURA AD EVIDENZA PUBBLICA E IN HOUSE

Nell'attuale quadro normativo, secondo l'ordinamento comunitario, la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, può essere affidata mediante:

- procedura ad evidenza pubblica;
- sistema in house

Per quanto riguarda la procedura ad evidenza pubblica, il sistema prevede due modalità ordinarie: l'affidamento a terzi *imprenditori, o società in qualunque forma costituite, individuati mediante procedure competitive a evidenza pubblica*²⁰⁶; oppure la costituzione di una società a capitale misto pubblico-privato nella quale il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gara con procedure ad evidenza pubblica, che abbiano ad oggetto, al tempo stesso, l'individuazione e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio²⁰⁷.

²⁰⁶ Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica deve avvenire, in via ordinaria, 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. È peraltro consentito l'affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi pubblici locali nei casi in cui possa essere dimostrato che tale scelta sia economicamente vantaggiosa. In questo caso la durata dell'affidamento, unica per tutti i servizi, non può essere superiore alla media calcolata sulla base della durata degli affidamenti indicata dalle discipline di settore. 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.

²⁰⁷ Le procedure devono garantire il rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti (e con le specifiche individuate dalla giurisprudenza consolidata) attraverso provvedimenti o circolari specifiche. Il comma 5-bis (introdotto dall'articolo 4, comma 234, lettera a, legge n. 350 del 2003) sancisce che *“le normative di settore, al fine di superare assetti monopolistici, possono introdurre regole che assicurino concorrenzialità nella gestione dei servizi da esse disciplinati prevedendo, nel rispetto delle disposizioni di cui al comma 5°, criteri di gradualità nella scelta della modalità di conferimento del servizio”*.

In *deroga* alle modalità ordinarie l'affidamento può avvenire a favore di una società a capitale interamente pubblico, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione c.d. "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 controllano²⁰⁸. Per sintesi, alla luce del dato normativo vigente, la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica può avvenire in una delle seguenti modalità:

- **tramite imprenditore o società privata**, individuata mediante *procedura competitiva ad evidenza pubblica* (art. 30 Codice dei contratti);
- **tramite società mista pubblica e privata, maggioritaria o minoritaria**, con individuazione tramite *gara a doppio oggetto* del socio privato "operativo";
- **tramite società in house (senza più limiti massimi di affidamento)**, purchè conforme al diritto europeo.

A tali principi occorre aggiungere le norme di settore che prevedono in alcuni casi forme ulteriori di affidamento (*si vedano ad esempio le farmacie, la distribuzione del gas e dell'energia elettrica – servizi esclusi non a caso dagli obblighi previsti dall'art. 34 d.l. 179/2012*). Nulla vieta infine di gestire i servizi in forma associata, tramite gara o società costituita in ambito sovracomunale, nell'ambito delle funzioni conferite alla forma associativa (*Unione di Comuni o convenzione*).

Inoltre, in base all'art. 34 del d.l. 179/2012 l'ordinamento comunitario non prevede limitazioni di valore del servizio. Ma prevede l'obbligo di pubblicare sul sito internet dell'Ente affidante un'apposita relazione che dia conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e

²⁰⁸ Secondo la normativa comunitaria, le condizioni integranti la *gestione in house* debbono essere interpretate restrittivamente, costituendo questa un'eccezione rispetto alla regola generale dell'affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica. Tuttavia, la giurisprudenza comunitaria non pone ulteriori requisiti per procedere a tale tipo di affidamento diretto. Le ulteriori condizioni poste dal legislatore italiano si risolvono in una restrizione delle ipotesi in cui è consentito il ricorso alla gestione in house del servizio e, quindi, della possibilità di derogare alla regola comunitaria concorrenziale dell'affidamento del servizio. Non è irragionevole per la Corte Costituzionale una disciplina intesa a restringere ulteriormente - rispetto al diritto comunitario - i casi di affidamento diretto in house (Corte Cost., 17 novembre 2010 n. 325).

che definisca i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste. Per “servizio universale” si intende, nell’ordinamento comunitario, un servizio di qualità a prezzi accessibili per tutti. La finalità è quella di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l’economicità della gestione e garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento.

(Segue): 5.5.1 **Modello ordinario: l’esternalizzazione del servizio**

Nell’ambito delle proposte di modernizzazione, razionalizzazione o, più genericamente, di riforma dell’amministrazione pubblica, diffusi nel corso di questi ultimi venticinque anni, un rilievo centrale hanno assunto quelle favorevoli all’esternalizzazione di attività e servizi da parte delle amministrazioni.

Questa pratica, ritenuta strumento utile al miglioramento delle performance delle amministrazioni pubbliche, è coerente con alcune delle principali linee di ispirazione della riforma quali la trasformazione organizzativa, la maggiore apertura alle esigenze degli *stakeholder*, la semplificazione dei processi amministrativi, il miglioramento dell’efficienza e la riduzione dei costi associati all’espletamento di adempimenti amministrativi sia da parte delle imprese che dei cittadini.

I principali interventi legislativi che hanno interessato e innovato il settore dei servizi pubblici locali hanno modificato il ruolo svolto dall’Ente locale. Infatti, si è assistito ad un passaggio da una modalità di gestione dei servizi pubblici locali che vedeva impegnato l’Ente locale in maniera diretta ad una caratterizzata dall’assunzione di un ruolo di regolatore. Questo processo che vede l’Ente locale svolgere essenzialmente funzioni di indirizzo e di controllo, ossia di scelta di soluzioni che possono meglio soddisfare le esigenze dei cittadini e la conseguente verifica della bontà delle soluzioni adottate, interessandosi esclusivamente agli aspetti prestazionali, è la conseguenza del processo di esternalizzazione. Con la gestione esternalizzata dei servizi pubblici il

legislatore ha voluto adeguarsi alle pressioni comunitarie indirizzata ad una maggiore apertura del mercato dei servizi alla concorrenza.

Ciò ha consentito alle imprese private, nel rispetto delle normative di settore, di intervenire direttamente nella gestione, sempre previo controllo dell'Ente locale, al fine di assicurare al cittadino un'erogazione più efficace ed efficiente specie da un punto di vista del miglioramento della qualità, sancendo di fatto il passaggio da un orientamento alla produzione verso un orientamento al mercato.

Esternalizzare significa affidare una specifica produzione all'*esterno* di una data unità e, di conseguenza, instaurare un rapporto di tipo contrattuale, fra cliente (amministrazione) e fornitore (azienda). Spesso tale fenomeno, anche nella letteratura italiana, è denominato *outsourcing* termine risultante dalla fusione dei due termini inglesi *outside* e *resourcing* o anche *contracting out*. Ugualmente ricorrente, specie nei testi di contabilità direzionale, è il riferimento alle scelte del tipo *make or buy* e ciò in quanto prima di affidare ad altri una produzione, precedentemente svolta in proprio è sempre necessario interrogarsi circa la convenienza economica fra le due alternative *produrre* o *acquistare*. L'affidamento all'esterno o in *outsourcing*, quindi, consiste nel far svolgere ad altre unità produttive un'attività che, in precedenza, era svolta dall'amministrazione al proprio interno, cioè utilizzando risorse materiali e immateriali proprie. Nella letteratura economico-aziendale, il termine "esternalizzazione" può essere impiegato in due accezioni principali:

- in senso **tradizionale**, per indicare l'affidamento ad un *provider* esterno di attività elementari e collaterali rispetto alla attività principale (*core business*) dell'azienda-cliente. In questa ipotesi, il rapporto fra l'azienda-cliente (ovvero l'Ente locale) e l'impresa-fornitrice è disciplinato principalmente secondo i criteri della negoziazione contrattuale (logica classica);
- in senso **strategico**, per esprimere la scelta di delegare ad un fornitore esterno la realizzazione di interi processi produttivi o di attività fondamentali rispetto al *core business* aziendale. In questa ipotesi, l'azienda-cliente e l'impresa-fornitrice mirano alla creazione non di un semplice rapporto contrattuale, ma

di un più intenso e durevole rapporto di *partnership* (logica relazionale), ispirato a principi di integrazione e cooperazione fra le rispettive strutture organizzative e attività gestionali.

L'esternalizzazione di un servizio pubblico locale coinvolge sempre tre attori principali: *a*) il committente (o *outsourcer*), cioè il Comune che affida a terzi la gestione del servizio; *b*) il gestore (definito anche *provider*, fornitore o *outsourcer*), ovvero il soggetto incaricato dal Comune della gestione del servizio; *c*) i cittadini-utenti finali, cioè coloro che usufruiscono delle prestazioni offerte dal gestore su incarico del committente.

Uno degli aspetti più interessanti dell'esternalizzazione dei servizi pubblici locali riguarda la responsabilità politica nei confronti dei cittadini in merito alle condizioni di fornitura delle prestazioni essenziali, che comunque permane in capo all'Ente locale committente. A prescindere dall'identità del soggetto gestore, infatti, il Comune resta l'organismo istituzionalmente preposto a rappresentare i bisogni fondamentali della comunità di riferimento e a garantire che tali bisogni vengano soddisfatti. In caso di esternalizzazione tradizionale di un servizio intermedio, l'amministrazione locale si limita a delegare a terzi l'espletamento di una determinata attività, in alternativa alla sua realizzazione in economia, accettando un'offerta piuttosto che un'altra, ma senza interferire sulle modalità concrete di produzione stabilite dal provider prescelto.

Nell'ipotesi di esternalizzazione strategica di un servizio pubblico, invece, l'Ente locale non solo deve selezionare le più opportune condizioni di fornitura (protezione, finanziamento e organizzazione del servizio) e, intrapresa la strada del contracting out, l'offerta più aderente alle esigenze della comunità cui il servizio è destinato, deve anche concordare nel dettaglio, con il gestore affidatario, gli standard minimi (qualità, quantità, continuità e prezzo) delle prestazioni essenziali, nonché le modalità attraverso cui tali standard potranno essere puntualmente monitorati.

In conseguenza all'affidamento in *outsourcing* di un servizio pubblico l'Ente locale riconosce al gestore aggiudicatario il diritto di scegliere in autonomia le più opportune

formule organizzative e tecnico-produttive, ma resta comunque impegnato nel presidiare gli effetti di tali scelte sulle condizioni di offerta ai cittadini delle prestazioni essenziali.

Attraverso l'organizzazione di un servizio pubblico, l'Ente locale provvede alla scelta e alla definizione della sua forma di gestione più appropriata, in relazione alle specifiche condizioni socio-culturali ed economiche del contesto di riferimento. Appurata l'esistenza di un determinato bisogno collettivo e di un servizio pubblico locale idoneo a soddisfarlo, di cui l'amministrazione comunale intende assumere la protezione, la scelta della forma di gestione è il risultato di un articolato percorso di analisi e valutazioni, sinteticamente riconducibili alle seguenti fasi principali:

1. analisi delle fondamentali caratteristiche tecniche-produttive del servizio e dei tratti economico-finanziari che tali caratteristiche imprimono alla gestione (ad esempio in relazione al fabbisogno finanziario, alla configurazione dei costi fissi e variabili di produzione);
2. analisi del contesto ambientale di riferimento;
3. analisi dei modelli di gestione concretamente adottabili, con particolare attenzione al confronto incrociato fra i benefici e i limiti delle diverse alternative.

A prescindere dell'ambito comunale di implementazione tutti i modelli di gestione dei servizi pubblici locali presentano i propri vantaggi e i propri limiti, che l'Ente locale deve valutare attentamente tanto prima della scelta iniziale della forma di gestione quanto, successivamente, ogni volta in cui tale scelta viene rimessa in discussione. In sintesi, le più significative ragioni della crisi del modello municipale della gestione diretta dei servizi possono essere così sintetizzate:

- il crescere della complessità del sistema dei servizi per l'emergere di nuovi e più articolati bisogni;
- l'insostenibilità dei costi connessi alla gestione diretta dei servizi;
- l'esigenza di strutture di gestione dei servizi più agili ed estranee ai vincoli di diritto amministrativo;

- il processo di integrazione europeo e la relativa pressione comunitaria per l'apertura del mercato di servizi alla concorrenza: - azione di liberalizzazione a livello nazionale di alcuni settori dei servizi pubblici, - articolazione di molti servizi su base sovracomunale (ad esempio il servizio idrico integrato ed il trasporto pubblico locale);
- la generale crisi del modello dell'intervento pubblico in economia, aggravata in alcuni casi da fenomeni degenerativi quali quello della corruzione.

I principali motivi che hanno suggerito il ricorso all'esternalizzazione da parte delle amministrazioni pubbliche appartengono alla sfera economica, strategico-organizzativa e operativa della gestione. Le motivazioni di matrice economica fanno riferimento al contenimento dei costi di gestione, grazie alla realizzazione di economia di scala, alla riduzione del capitale immobilizzato e la trasformazione della struttura dei costi.

Le ragioni di natura strategica e organizzativa riguardano la possibilità di concentrarsi sulle cosiddette *core competence*, ossia le competenze distintive dell'azienda che la distinguono dalle altre e sono fonte di vantaggio competitivo, liberando risorse umane da compiti di routine e da attività non rilevanti dal punto di vista strategico; una migliore misurabilità dei costi e delle performance, che obbliga l'amministrazione a essere più aperta all'esterno e a confrontarsi con altri tipi di gestione e di struttura, rapido accesso a competenze esterne; le motivazioni operative riguardano il miglioramento della qualità, dell'efficienza, ecc.

L'esternalizzazione, poi, può avere ad oggetto: *a) servizi indiretti o di supporto*, ovvero attività produttive il cui output è destinato a soddisfare in via immediata bisogni interni all'amministrazione e che, in via mediata, si pone come strumentale alla produzione del servizio diretto o finale. In questo caso non è possibile parlare di esternalizzazione dei servizi pubblici in senso proprio; *b) servizi diretti o finali*, ovvero attività produttive il cui output è destinato a soddisfare in via immediata bisogni di soggetti esterni all'amministrazione, cioè i bisogni di famiglie ed imprese. In questo caso è possibile parlare di esternalizzazione di servizi pubblici.

Quanto ai soggetti dell'outsourcing, bisogna tener presente che le amministrazioni pubbliche hanno tradizionalmente svolto le loro produzioni di servizi finali:

- *in modo diretto*, assegnando una porzione delle risorse materiali ed umane già disponibili nell'ambito dell'amministrazione;
- *in modo indiretto*, cioè tramite la costituzione, ex novo, di un'azienda distinta dall'Ente pubblico assegnando alla stessa specificamente la funzione economica primaria di realizzare determinate produzioni.

La prima delle ipotesi considerate, generalmente denominata gestione in economia, è una soluzione idonea allo svolgimento di processi produttivi molto semplificati che non richiedono particolari professionalità o ingenti investimenti, privi di significative autonomie, ed i cui risultati patrimoniali, finanziari ed economici si confondono con quelli della gestione complessiva delle amministrazioni pubbliche.

Nel secondo caso, invece, si viene a costituire una diversa unità economica (azienda speciale, società di capitali, consorzio, istituzione, fondazione, ecc), con soggetto giuridico pubblico o, più spesso, privato, dotata di autonomia dagli organi dell'Ente, in misura più o meno ampia a seconda della veste giuridica prescelta, con proprio personale, conti annuali distinti da quelli dell'Ente e, quindi, separate risultanze patrimoniali, finanziarie ed economiche. Nel sistema dei servizi si sono venuti a distinguere due differenti posizioni cui fanno capo due funzioni: da un lato l'Ente locale con la sua attività di indirizzo e controllo, dall'altro il soggetto erogatore incaricato di organizzare materialmente il servizio.

Il Ruolo dell'Ente locale: indirizzo e controllo

La scelta delle soluzioni che, compatibilmente con la disponibilità di risorse dell'Ente affidante o dell'utenza, possono meglio soddisfare le legittime aspettative dei cittadini, non termina con l'affidamento dell'esecuzione del servizio. Spetta, infatti, all'amministrazione la valutazione della bontà e/o attualità e adeguatezza dei servizi

previsti nei contratti di affidamento. Ogni soluzione adottata contiene elementi di previsione di fatti futuri che sono da verificare.

E' compito dell'Ente affidante la costante verifica della bontà delle soluzioni adottate e l'iniziativa di adeguare il servizio alle mutate esigenze dei cittadini. Esso si avvarrà del supporto tecnico-operativo dell'erogatore, poichè dovrà operare scelte che si riferiscono non solo al servizio vero e proprio, ma anche ai servizi connessi alle politiche generali o intersettoriali. L'Ente locale dovrà esercitare, limitandosi esclusivamente agli aspetti prestazionali e non a quelli organizzativi interni del gestore, l'effettiva e corretta erogazione di quanto previsto contrattualmente.

Tale attività dovrà essere svolta attraverso una serie di strumenti di rilevamento e controllo che garantiscono un reale e costante monitoraggio delle prestazioni erogate e dei loro risultati. L'Ente locale potrà avvalersi del gestore per ottenere, contrattualmente, dati relativi alla gestione. L'integrazione di questi con quanto risultante da altri sistemi di informazione permetterà di attivare la fase di valutazione dei risultati e di indirizzo.

Il Ruolo del soggetto gestore: organizzazione ed erogazione del servizio

L'affidatario individuato dall'Ente locale organizza l'erogazione del servizio seguendo gli indirizzi dell'amministrazione affidante, ma mantenendo piena autonomia nella gestione, pertanto, il soggetto affidatario organizza le risorse strumentali ed umane disponibili secondo modalità di cui assume la responsabilità e al di fuori dalle ingerenze della pubblica amministrazione affidante.

L'affidatario, sulla base della propria autonomia organizzativa e seguendo gli indirizzi ed obiettivi fissati dall'amministrazione affidante, eroga il servizio, garantendo il conseguimento degli standard prestazionali pattuiti.

(Segue): 5.5.2 *Modello ordinario: l'affidamento a società miste*

Le società miste sono società a partecipazione pubblica e privata; esse rappresentano

una modalità di gestione dei servizi pubblici locali da parte dell'amministrazione, alternativa rispetto all'esternalizzazione effettuata mediante l'affidamento a soggetti terzi selezionati con gara, nonché rispetto alla gestione in proprio da parte dell'Ente.

Il modello è stato ammesso dalla Corte di Giustizia U.E.²⁰⁹; la quale, a sua volta, ha aderito alla comunicazione interpretativa della Commissione europea in data 5 febbraio 2008 “*sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)*”²¹⁰.

Occorre evidenziare che, quando la Pubblica Amministrazione si avvale di un soggetto terzo per garantire il servizio all'utenza, ricorre tradizionalmente ad un provvedimento concessorio avente ad oggetto proprio la gestione del servizio da parte del privato a favore della collettività; siamo di fronte ad un rapporto trilaterale che coinvolge l'Ente pubblico titolare del servizio, l'operatore economico che ne è gestore e l'insieme dei consociati che ne beneficiano. Nell'oggetto della concessione e nella trilateralità del rapporto si ravvisa un elemento discrezionale fondamentale rispetto alla fattispecie propria dell'appalto di servizi.

Quest'ultimo, infatti, si configura come fattispecie negoziale che sorge, a seguito di regole di una procedura di evidenza pubblica, tra la P.A. e l'appaltatore privato scelto dalla prima, avente ad oggetto la prestazione di un servizio da parte del privato a favore dello stesso Ente e non della collettività. Tale distinzione riveste un'importanza rilevante dal punto di vista della disciplina applicabile. Ed, infatti, le direttive comunitarie in tema di appalti (2004/17/CE e 2004/18/CE) e lo stesso Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) che ne costituisce la normativa interna di recepimento, non trovano applicazione in riferimento ai servizi pubblici.

²⁰⁹ Corte Giust. U.E., sez. III, 15 ottobre 2009, procedimento C-196/08, Acoset s.p.a., in *Foro amm. CDS*, 2009, 10, 2211. Va rilevato che la decisione della Corte di Giustizia è stata anticipata dal legislatore italiano che, con il d.l. 25 settembre 2009, n. 135 - convertito, con modificazioni, dalla l. 20 novembre 2009, n. 166 - ha previsto per la prima volta il modello della cosiddetta gara a doppio oggetto.

²¹⁰ Pubblicata nella G.U.C.E. 12 aprile 2008, C91/4. Il modello della gara a doppio oggetto ha avuto anche l'avallo iniziale della giurisprudenza del Consiglio di Stato (sez. VI, 16 marzo 2009, n. 1555, in *Urbanistica e appalti*, 2009, 705, commentata da G. FRACCASTORO e F. COLAPINTO, *I servizi pubblici fra società mista e in house providing*; sez. V, 13 febbraio 2009, n. 824, in *Giurisd. amm.*, 2009, I, 214; sez. II, 18 aprile 2007, n. 456, in *Foro it.*, 2007, 12, 611).

Le disposizioni del Codice dei contratti pubblici, infatti, ad eccezione della parte IV sul contenzioso (artt. 239-246) e dell'art. 143, comma 7°, in quanto compatibile, non si applicano alle concessioni di servizi (art. 30). Tuttavia, ai sensi del comma 3° dell'art. 30 *“la scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi”*.

Il contenuto precettivo di tale comma è dunque quello che così come la materia degli appalti pubblici, anche quella dei servizi pubblici è soggetta all'applicazione dei principi del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, direttamente operante negli Stati membri. Nondimeno, mentre per gli appalti pubblici i principi trovano estrinsecazione attraverso la procedura dettagliata delle menzionate direttive, come recepite dal Codice dei contratti pubblici, per i servizi pubblici le procedure non sono dettagliate e formalizzate, ma si devono conformare a tali principi. Le società miste hanno fatto ingresso nel nostro sistema positivo con l'art. 22 della Legge 142/1990, confluito nell'art. 113 T.U.E.L., approvato con d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267. Tale disposizione normativa prevede espressamente, la costituzione delle s.p.a. a partecipazione pubblica locale quale forma di espletamento del servizio, cui l'Ente locale (comuni e province) poteva ricorrere ogni volta in cui si rendesse opportuna, in relazione al servizio da erogare, la partecipazione di altri soggetti pubblici o privati²¹¹.

Il ricorso alla società mista costituisce l'esito di una scelta discrezionale della P.A., che deve tuttavia apparire rispondente al perseguimento dell'interesse pubblico. A tal proposito, è possibile affermare che l'introduzione di tale modello organizzatorio è stata legata alla necessità di contemperare in taluni casi due diverse esigenze. Da un lato, essa

²¹¹ Giova tenere presente che a partire dalla data dal 1996, il regolamento approvato con D.P.R. n. 533 ha statuito la possibilità di costituire tanto società miste con capitale pubblico di maggioranza, che di minoranza.

è risultata connessa alla rilevata opportunità di promuovere la collaborazione tra Enti locali e soggetti diversi, apportatori di capitali e tecnologie nella logica di una più efficiente prestazione del servizio, mediante una più agile struttura di tipo privatistico.

Dall'altro, all'obiettivo di consentire all'Ente di non estraniarsi totalmente dall'attività di gestione, bensì, di essere presente nella compagine societaria tanto con il capitale sociale, che con la presenza nella stessa di amministratori e sindaci, nominati nelle forme consentite dal diritto civile.

L'affidamento a società miste deve essere conforme al modello del Partenariato Pubblico Privato di tipo Istituzionale (PPPI), definito dalla Commissione Ue 2008: socio privato scelto con gara ad evidenza pubblica (senza limite minimo di quote/azioni del capitale sociale) e contestuale assegnazione allo stesso di specifici compiti operativi (socio privato operativo). L'affidamento alle società miste è, quindi, subordinato alla sussistenza di due presupposti:

- che la selezione del socio privato avvenga con procedura ad evidenza pubblica nell'osservanza dei principi di cui detto in precedenza;
- che la gara per la scelta del socio abbia ad oggetto, oltre alla qualità di socio, anche l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio (c.d. gara a doppio oggetto);

In relazione alla formula organizzatoria della società mista, ferma restando, quindi, la necessità di espletamento di una gara "a doppio oggetto" avente, al contempo, ad oggetto l'affidamento del servizio e la selezione del socio privato, va richiamata l'attenzione sulla latitudine dell'oggetto della gara, nel senso della possibile limitazione a segmenti o frazioni di servizi, nonché sul *quantum* di quote societarie da attribuire al socio privato a seguito della caducazione del limite posto dall'art. 4 del d.l. 138/2011.

Sotto il primo profilo, la giurisprudenza più recente ha chiarito che la conformità allo schema delineato impone l'affidamento al socio privato non di un qualunque compito

operativo, bensì di ogni attività necessaria all'esecuzione dell'appalto e del servizio che sia suscettibile di rendere una utilità economica, da predeterminarsi nel bando di gara²¹².

In relazione al *quantum* di quote spettanti al socio privato, a fronte dell'abrogazione dell'art. 4 del d.l. 138/2011, rappresenta un dato ormai acquisito nell'interpretazione giurisprudenziale che questi abbia natura di socio operativo o industriale, *sub specie* di socio d'opera, diverso dunque dalla figura del socio finanziatore, al quale vanno attribuiti compiti operativi relativi alla gestione del servizio e, a tal fine, deve essere dotato di adeguati requisiti tecnico-finanziari e strutturali e di adeguate competenze gestionali²¹³.

Rilevante appare, inoltre, la disamina del rapporto tra l'utilizzo del modello della società mista e le richiamate disposizioni in materia di razionalizzazione della spesa pubblica, sotto il profilo della loro applicabilità nonché, eventualmente, della loro compatibilità con i principi espressi nella pronuncia 199/2012. È noto, infatti, che gli artt. 3, commi 27°, 28°, 29° della legge 244/2007 e 14, comma 32° del d.l. 78/2010, convertito in legge 122/2010, hanno introdotto disposizioni volte a restringere il mantenimento delle partecipazioni da parte degli Enti locali e favorirne la dismissione da parte di Comuni demograficamente minori, prevedendo il divieto di costituzione di nuove società per Comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti, salva la possibilità di associazione con altri Enti, in modo da superare tale soglia numerica, e la detenzione di una partecipazione paritaria ovvero proporzionale al numero di abitanti.

In particolare, l'art. 3, comma 27°, stabilisce il divieto di costituzione di società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie

²¹² Consiglio di Stato, Sez. V, 20 aprile 2012, n. 2348, in *Urbanistica e Appalti*, 2012, 10, con nota di A. GUERRIERI, *L'effettivo affidamento di compiti operativi al socio privato*, p. 1068. In dottrina, da ultimo, sul modello della società mista: M.P. CHITI, *Il partenariato pubblico-privato*, Napoli, 2009; A.M. SANDULLI, *Il partenariato pubblico-privato istituzionalizzato nell'evoluzione normativa*, Relazione presentata a Bologna, presso la Scuola di Specializzazione in Studi sull'Amministrazione Pubblica, il 23 gennaio 2012.

²¹³ Già a partire da L. Consiglio di Stato, Sez. V, 19 febbraio 1998, n. 192, in *Giur. it.*, 1998, 6, p. 1257, la giurisprudenza precisa che "la posizione del socio privato nella società mista non si riduca all'apporto economico, ma si sostanzia in quella di socio imprenditore, che apporta know-how e svolge compiti operativi".

per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, e di assunzione o mantenimento di partecipazioni, anche di minoranza, in esse, ferma restando la possibilità di costituzione di società che producono servizi di interesse generale.

Tali disposizioni, sulla scorta del pensiero giurisprudenziale e dottrinale sul punto, trovano applicazione con riferimento alle società che erogano servizi strumentali alle attività istituzionali degli Enti locali.

Sul punto va principalmente richiamata la pronuncia della Corte costituzionale 326/2008 ove, in relazione alle disposizioni contenute nell'art. 13 del d.l. 223/2006, convertito in legge 248/2006, noto come "Decreto Bersani", viene chiarita la distinzione tra l'attività svolta da società a totale o parziale partecipazione pubblica a supporto delle funzioni amministrative dell'ente di riferimento e l'attività d'impresa, tra cui quella svolta da società costituite per la gestione dei servizi pubblici locali, che mirano a soddisfare direttamente in via immediata esigenze generali della collettività²¹⁴.

Sulla tematica si registrano altresì recenti interventi del giudice contabile resi nelle deliberazioni delle Sezioni regionali di controllo per il Veneto (n. 436 del 9 luglio 2012), per la Basilicata (n. 20 del 20 settembre 2012), e per la Lombardia (n. 506 del 27 novembre 2012)²¹⁵. In tali pronunce viene da un lato affermata l'ammissibilità di costituzione di società miste volte all'erogazione di servizi pubblici locali, ascrivibili alla definizione *ex art. 3, comma 27°* della legge 244/2007, di società che erogano servizi di interesse generale, prescindendo così dai limiti demografici della popolazione di riferimento posti dal successivo art. 14, comma 32° del d.l. 178/2010, sulla base dell'assunto della effettuazione da parte del legislatore a monte della valutazione circa il perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente.

²¹⁴ Corte Costituzionale 1° agosto 2008, n. 326, in *GdA*, 2009, 1, p. 11, con nota di R. Ursi, *La Corte costituzionale traccia i confini dell'art. 13 del Decreto Bersani*. Tale aspetto è stato altresì chiarito da: Consiglio di Stato, V, 5 marzo 2010, n. 1282 e Consiglio di Stato, V, 12 giugno 2009, n. 3766. In dottrina, si vedano, altresì: A. MASSERA, *Le società pubbliche*, in *GdA*, 2009, p. 894; M.P. CHITI, *Le carenze della disciplina delle società pubbliche e le linee direttrici per un riordino*, in *GdA*, 2009, p. 1115.

²¹⁵ Reperibili in www.dirittodeiservizipubblici.it.

Dall'altro, viene posto l'accento sulla necessità di dare una lettura costituzionalmente orientata dello strumento societario per l'erogazione di servizi pubblici locali alla luce di quanto affermato dalla Corte Costituzionale nella sentenza 199/2012, e dunque consentendo il ricorso ad esso secondo i principi del diritto europeo, richiamando tuttavia l'attenzione degli Enti locali sull'esigenza di evitare fenomeni elusivi e moltiplicativi delle spese, in nome dei principi di efficacia, efficienza ed economicità.

Le tipologie del Partenariato Pubblico Privato (PPP)

La nozione di Partenariato Pubblico Privato (PPP) non ha una compiuta definizione né a livello comunitario né a livello nazionale, ma è possibile individuare alcuni indici rivelatori nel primo *Libro Verde* della Commissione europea in tema di "*Partenariati pubblico-privati*", nonché nel diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni²¹⁶. In senso generale il PPP viene considerato come "*un possibile strumento di organizzazione e gestione delle funzioni pubbliche*", riconoscendo alle amministrazioni "*la più ampia facoltà di stabilire se avvalersi o meno di soggetti privati terzi, oppure di imprese interamente controllate oppure, in ultimo, di esercitare direttamente i propri compiti istituzionali*"²¹⁷.

Il termine Partenariato Pubblico Privato (PPP) si riferisce a diverse forme di cooperazione possibile tra settore pubblico e privato, affinché si possa determinare una integrazione delle rispettive competenze e risorse, al fine di garantire l'attuazione di un progetto (*Design*) per la realizzazione, il finanziamento (*Finance*), la costruzione (*Build*), il rinnovamento, la gestione (*Operate*) o la manutenzione (*Maintenance*) di

²¹⁶ Commissione Europea, "*Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*", Bruxelles, 30/04/2004 (COM(2004)327).

²¹⁷ Come ricostruito da C. VOLPE, "*In house providing, Corte di Giustizia, Consiglio di Stato e Legislatore nazionale. Un caso di convergenze parallele*", in *Giustizia-amministrativa.it*, 2008, pag. 3.

un'infrastruttura o la fornitura di un servizio²¹⁸. Le operazioni di PPP sono caratterizzate, dunque, dai seguenti elementi:

- i) la durata relativamente lunga della collaborazione;
- ii) la modalità di finanziamento del progetto, garantito da parte dal settore privato, talvolta tramite relazioni complesse tra diversi soggetti, ma spesso anche da quote di finanziamento pubblico, che si aggiungono ai finanziamenti privati;
- iii) il ruolo importante dell'operatore economico, che partecipa alle varie fasi del progetto (progettazione, realizzazione, attuazione, finanziamento), laddove il partner pubblico si concentra principalmente sulla definizione degli obiettivi da raggiungere in termini d'interesse pubblico, di qualità dei servizi offerti, di politica dei prezzi;
- iv) la ripartizione dei rischi tra il partner pubblico ed il partner privato, sul quale sono trasferiti, in tutto o in parte (caso per caso) i rischi di solito a carico del settore pubblico.

Quindi, i modelli gestionali riconducibili nell'alveo delle PPP si caratterizzano *in primis* per una sinergia tra settore pubblico e privato di lunga durata e sono fondati su una suddivisione razionale dei ruoli tra i *partner* coinvolti. A fronte della molteplicità e diversità delle varie forme applicative che tali rapporti di cooperazione possono assumere, la Commissione sulla base della prassi esaminata, ha ricondotto il partenariato pubblico-privato in due modelli-tipo, ossia quello "*contrattuale*" e quello "*istituzionale*".

Il primo - quello contrattuale²¹⁹ - si fonda su legami esclusivamente convenzionali tra le amministrazioni ed i privati per l'affidamento dell'opera pubblica, richiamando le figure della concessione di lavori pubblici²²⁰ e del *project financing*²²¹.

²¹⁸ *Libro Verde*, cit., par. 1, ripreso dal Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 3 marzo 2008, n.1, in *Riv. Corte dei Conti* 2008, 2, 324, par. 9.

²¹⁹ Così si esprime la Commissione nel *Libro Verde* finora citato "Il termine PPP di tipo puramente contrattuale riguarda un partenariato basato esclusivamente sui legami contrattuali tra i vari soggetti. Esso definisce vari tipi di operazione, nei quali uno o più compiti più o meno ampi – tra cui la progettazione, il finanziamento, la realizzazione, il rinnovamento o lo sfruttamento di un lavoro o di un servizio - vengono affidati al partner privato. In questo contesto, uno dei modelli più conosciuti, spesso denominato "modello concessorio", è caratterizzato dal legame diretto esistente tra il partner privato e l'utente finale: il partner privato fornisce un servizio al pubblico, "in luogo", ma sotto il controllo, del partner pubblico. Il modello è caratterizzato anche dal tipo di retribuzione del co-contraente, consistente in compensi riscossi presso gli utenti del servizio, se necessario completata da sovvenzioni versate dall'autorità pubblica" (par. 22).

In tale tipologia, particolare rilievo è assunto dal PPP concessorio che si distingue in ragione dell'esigenza di instaurare un legame diretto tra il soggetto privato e l'utente finale, fornendo un servizio al pubblico in sostituzione e sotto il controllo della parte pubblica. Il modello si caratterizza anche per le modalità di retribuzione del privato, che trae il compenso da quanto riscosso dagli utenti del servizio²²².

²²⁰ In tale ipotesi è previsto che, *in primis*, la P.A. predisponga la progettazione preliminare e, successivamente, che i soggetti privati predispongano la progettazione definitiva ed esecutiva, interessandosi della gestione. Da un'analisi preliminare è possibile evidenziare che tra i vantaggi di questo modello, da un lato, vi è il forte contenimento sul versante della spesa per la P.A., dall'altro, l'abbattimento di costi di transazione visto che l'*iter* di aggiudicazione risulta essere molto più semplificato rispetto alla procedura ad iniziativa privata. Tuttavia, sotto il profilo delle criticità, è possibile evidenziare una possibile inadeguatezza economica/tecnica della P.A. a redigere la progettazione preliminare e le ripercussioni, in termini di scarso *appeal* economico, per gare bandite in assenza di uno specifico studio di prefattibilità.

²²¹ In tale caso, la P.A. sollecita il mercato degli operatori privati ponendo a base di gara uno studio di fattibilità; successivamente, i privati predispongono un progetto preliminare e, dopo l'aggiudicazione, fissano i restanti livelli di progettazione, realizzazione e gestione. Interessante, sotto il profilo delle ulteriori opportunità, è la possibilità che soggetti privati possano farsi parte propulsiva presentando studi di fattibilità all'amministrazione per incentivare la successiva messa a gara. Tra gli aspetti positivi è possibile rilevare come la fase progettuale sia affidata interamente al soggetto privato; questo implica che una "promozione" delle iniziative da parte degli operatori privati spinge verso un processo di minimizzazione dei costi di realizzazione, e quindi, verso la realizzazione di progetti economicamente sostenibili e fattibili. Tuttavia, considerata la complessità della procedura, tra gli aspetti negativi non può non menzionarsi il rischio di dilatarsi dei tempi.

²²² Fra i differenti modelli ricompresi all'interno del PPP contrattuale si ha innanzitutto lo schema tradizionale di appalto di lavori pubblici, in cui la responsabilità delle diverse attività è totalmente pubblica. In questo caso, infatti, l'amministrazione affida al privato, attraverso una gara, la sola realizzazione dell'infrastruttura mentre gestione e finanziamento restano a carico dell'amministrazione. Vi è, poi, un secondo schema indicato con l'acronimo BOT (*Build Operate and Transfer*) che costituisce una variante del contratto di concessione in cui il soggetto privato progetta, realizza e gestisce l'infrastruttura, ma con finanziamenti pubblici che possono essere finanziamenti comunitari, nazionali e regionali nonché finanziamenti erogati dalla Banca Europea degli Investimenti. In questo schema rientra anche il cosiddetto contratto "Chiavi-in-Mano". Il terzo schema è lo schema di concessione DBFO (*Design, Build, Operate and Transfer*) ossia il contratto con il quale il partner privato progetta, costruisce, finanzia e gestisce l'infrastruttura, la proprietà dell'opera resta pubblica per tutto il periodo della concessione mentre il partner privato detiene solo il possesso dell'infrastruttura stessa nel periodo concessorio. In questo schema contrattuale sono ricompresi anche la concessione di servizio e il cosiddetto BOOT (*Build Own Operate Transfer*), variante della concessione, in quanto il privato costruisce e nel periodo della concessione è anche titolare del diritto di proprietà sull'immobile; lo stesso privato al termine della concessione ritrasferisce nuovamente l'immobile all'Amministrazione. Oltre lo schema tradizionale di appalto di lavori pubblici in cui la responsabilità, come detto, è totalmente pubblica, si ha poi l'ultimo schema che è un contratto totalmente privato, in cui l'opera è privata, quindi, il privato progetta, realizza, finanzia e gestisce l'opera, ma l'opera resta del privato. Tutti gli schemi illustrati sono stati pubblicati nelle linee guida della Commissione europea per il successo del PPP del marzo del 2003 ("*Guidelines For Successful Public-Private Partnerships*").

L'altra macro-tipologia è rappresentata dal partenariato di tipo "istituzionale", il quale implica una cooperazione tra il settore pubblico e quello privato in seno ad un'entità distinta. Specificamente, il PPP di tipo istituzionale presuppone l'esistenza di una struttura societaria (o, appunto, istituzionale), la quale sia "detenuta congiuntamente" dal soggetto pubblico e da quello privato e che svolge precipuamente la funzione di fornire un'opera o di un servizio a favore della collettività; in tale tipologia rientra il modello "più conosciuto" di PPP, ossia la società mista²²³.

I PPP istituzionalizzati possono essere realizzati tramite la fondazione *ex novo* di una società a capitale misto, oppure con l'assunzione di controllo di una società precedentemente pubblica da parte di un soggetto privato. Come già visto nel paragrafo precedente, la pubblica amministrazione si è avvalsa del modello della società mista prevalentemente per la gestione di servizi pubblici a livello locale. A fronte di tale categorizzazione, si deve altresì rilevare come le forme di partenariato pubblico-privato non riguardino solo le iniziative per infrastrutture e servizi e nemmeno si esauriscano nelle due categorie giuridiche considerate dal *Libro Verde*, ossia i partenariati "contrattuali" e "istituzionalizzati".

Al riguardo, basti pensare alle sempre più diffuse situazioni in cui "i privati sono preposti all'esercizio di attività amministrative" e, più in generale, alle forme di sussidiarietà orizzontale, ovvero ancora alle "autonome iniziative dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale" (art. 118 Cost.), che permettono di osservare come, nella realtà, "la sostituzione dei privati alla pubblica amministrazione non determina separatezza dall'amministrazione pubblica, ma originali forme di partenariato segnate da convenzioni, accordi e responsabilità"²²⁴.

²²³ Così, Consiglio di Stato, sentenza 1/2008, cit, par. 9.

²²⁴ M.P. CHITI, "Luci, ombre e vaghezze nella disciplina del Partenariato Pubblico-Privato", Atti del Convegno: "Il Partenariato Pubblico-Privato e il Diritto Europeo degli Appalti e delle Concessioni", in www.iisa.it. Si, pensi, inoltre, ai contratti di sponsorizzazione, gli accordi di collaborazione e le convenzioni tra Enti locali e privati, ammessi "al fine di favorire una migliore qualità dei servizi prestati"; ovvero cooperazioni come le associazioni temporanee di scopo (ATS) istituite per la gestione di progetti finanziati da risorse pubbliche (nazionali e/o comunitarie).

(Segue): 5.5.3 **Modello in deroga: le società in house**

L'espressione *in house providing* compare per la prima volta nel Libro Bianco del 1998 nel quale, la Commissione europea, con riferimento al settore degli appalti pubblici, formula una definizione della nozione qualificando gli appalti *in house* come “quelli aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione, ad esempio tra amministrazione centrale e locale o, ancora, tra un'amministrazione ed una società interamente controllata”²²⁵.

L'affidamento diretto di un servizio pubblico viene consentito tutte le volte in cui un ente pubblico decida di affidare la gestione del servizio, al di fuori del meccanismo della gara, avvalendosi di una società esterna, ossia soggettivamente separata, che presenti caratteristiche tali da poterla qualificare come una “derivazione”, o *longa manus*, dell'ente stesso.

La società *in house* agisce come un vero e proprio organo dell'amministrazione dal punto di vista sostanziale (e, per questo, è richiesto il requisito del controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi dall'amministrazione aggiudicatrice e della destinazione prevalente dell'attività dell'Ente *in house* in favore dell'amministrazione stessa), mentre la diversa figura della società mista a partecipazione pubblica, in cui il socio privato è scelto con una procedura ad evidenza pubblica, presuppone la creazione di un modello nuovo, nel quale interessi pubblici e privati trovino convergenza. In quest'ultimo caso, l'affidamento di un servizio ad una società mista è ritenuto ammissibile a condizione che si sia svolta un'unica gara per la scelta del socio e l'individuazione del determinato servizio da svolgere (delimitato in sede di gara sia temporalmente che con riferimento all'oggetto)²²⁶.

La disciplina comunitaria è meno restrittiva rispetto a quella contenuta nell'art. 4 del d.l. 138/2011 e configura la situazione di *in house* legittima, senza previa gara, nel

²²⁵ Comunicazione della Commissione europea 11 marzo 1998, n. COM (98) 143, *Gli appalti pubblici nell'Unione europea*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 889 ss., con commento di G. PASQUINI, *Le nuove prospettive degli appalti pubblici in Europa*.

²²⁶ T.A.R. Sicilia Catania Sez. III, 11 aprile 2011, n. 876.

rispetto dei seguenti requisiti: (prospettati per la prima volta nella sentenza Teckal, C. giust. CE, 18 novembre 1999, C-107/98):

1. esercizio del controllo analogo a quello esercitato dall'ente affidante sui propri servizi;
2. realizzazione da parte dell'affidataria della parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti che la controllano.

L'ordinamento comunitario ha da tempo riconosciuto varie forme di auto-organizzazione e non ha mai richiesto una forma giuridica particolare per l'ente *in house*, ben potendo la qualificazione riferirsi sia a società di capitali (per azioni o anonima), sia ad una associazione o ad una fondazione o ancora ad un ente pubblico tradizionale che non ha partecipazioni in senso proprio. Riguardo al requisito del controllo analogo, è la capacità dell'Ente affidante di determinare le scelte di gestione e d'organizzazione per la produzione dell'Ente *in house*; la giurisprudenza comunitaria ha affermato che, ai fini dell'esercizio del suddetto controllo, la partecipazione pubblica totalitaria è necessaria ma non sufficiente, dal momento che occorrono maggiori strumenti di controllo da parte dell'Ente rispetto a quelli previsti dal diritto civile.

In particolare: *i*) il consiglio di amministrazione della società *in house* non deve avere rilevanti poteri gestionali e l'Ente pubblico deve poter esercitare maggiori poteri rispetto a quelli che il diritto societario riconosce alla maggioranza sociale; *ii*) le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'Ente affidante²²⁷; *iii*) l'impresa non deve aver acquisito una vocazione commerciale che renda precario il controllo da parte dell'Ente pubblico (tale vocazione risulterebbe, tra l'altro: dall'ampliamento dell'oggetto sociale; dall'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali; dall'espansione territoriale dell'attività della società a tutta l'Italia e all'estero²²⁸; *iv*) in astratto, è configurabile un "controllo analogo" anche nel

²²⁷ Cfr. la decisione della V sezione del Consiglio di Stato 8 gennaio 2007, n. 5, che ha affermato che se il consiglio di amministrazione ha poteri ordinari non si può ritenere sussistere un "controllo analogo".

²²⁸ Al riguardo, le sentenze 13 ottobre 2005, causa C- 458/03 - Parking Brixen GmbH e 10 novembre 2005, causa C-29/04 - Mödling o Commissione c/ Austria).

caso in cui il pacchetto azionario non sia detenuto direttamente dall'Ente pubblico, ma indirettamente mediante una società per azioni capogruppo (c.d. holding) posseduta al 100% dall'Ente medesimo; v) il controllo analogo non è escluso nel caso in cui il pacchetto azionario della società sia posseduto da una pluralità di Enti pubblici. Il "controllo analogo" dei soci pubblici sulla società in house costituisce un potere assoluto di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato e riguarda l'insieme dei più importanti atti di gestione del medesimo.

In presenza di tale assoluto potere, l'amministrazione può prescindere dall'applicazione delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, non in virtù di apposite clausole di esclusione contenute nelle rispettive normative di settore, ma perché si è in presenza di un modello di organizzazione meramente interno, qualificabile in termini di delegazione interorganica²²⁹.

In astratto, è configurabile un "controllo analogo" anche nel caso in cui il pacchetto azionario non sia detenuto direttamente dall'Ente pubblico, ma indirettamente mediante una società per azioni capogruppo (c.d. holding) posseduta al 100% dall'Ente medesimo. Tuttavia una tale forma di partecipazione "può, a seconda delle circostanze del caso specifico, indebolire il controllo eventualmente esercitato dall'amministrazione aggiudicatrice su una società per azioni in forza della mera partecipazione al suo capitale"²³⁰.

Secondo la giurisprudenza comunitaria quando più autorità pubbliche, nella loro veste di amministrazioni aggiudicatrici, istituiscono in comune un'entità incaricata di adempiere compiti di servizio pubblico ad esse spettanti, oppure quando un'autorità pubblica aderisce ad un'entità siffatta, la condizione enunciata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, secondo cui tali autorità, per essere dispensate dall'obbligo di avviare una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico in conformità alle norme del diritto dell'Unione, debbono esercitare congiuntamente sull'entità in questione un controllo analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi,

²²⁹ Consiglio di Stato Sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 762.

²³⁰ Cfr. la citata sentenza Carbotermo, 11 maggio 2006, causa C-340/04.

è soddisfatta qualora ciascuna delle autorità stesse partecipi sia al capitale sia agli organi direttivi dell'entità suddetta²³¹.

Si tratta di principio accolto anche da una parte della giurisprudenza nazionale: nel caso di affidamento in house conseguente alla istituzione da parte di più Enti locali di una società di capitali da essi interamente partecipata per la gestione di un servizio pubblico, il controllo, analogo a quello che ciascuno di essi esercita sui propri servizi, deve intendersi assicurato anche se svolto non individualmente ma congiuntamente dagli Enti associati, deliberando se del caso anche a maggioranza, ma a condizione che il controllo sia effettivo, dovendo il requisito del controllo analogo essere verificato secondo un criterio sintetico e non atomistico, sicché è sufficiente che il controllo della mano pubblica sull'Ente affidatario, purché effettivo e reale, sia esercitato dagli Enti partecipanti nella loro totalità, senza che necessiti una verifica della posizione di ogni singolo Ente²³².

Nel caso di in house S.p.A., trattandosi di società di capitali, gli amministratori hanno piena libertà decisionale con riguardo alla gestione ordinaria della società. Dal momento che l'assemblea dei soci ha competenza solo con riguardo agli atti fondamentali e strategici di governo della società (essendole preclusa la possibilità di influenzare sull'ordinaria gestione della stessa), la stessa non potrebbe impartire direttive generali, né, a maggior ragione, specifici ordini agli amministratori concernenti il compimento di atti di impresa.

Con riferimento al requisito dell'attività prevalente, l'attività dell'organizzazione *in house* deve essere destinata all'ente o agli enti territoriali che esercitano il controllo analogo escludendo che l'organizzazione controllata *in house* possa rivolgersi al mercato in via prevalente o principale. La destinazione deve essere valutata rispetto al complesso delle amministrazioni controllanti, sommando le prestazioni che il produttore *in house* svolge nei confronti o per conto di ciascun ente in posizione di controllo analogo.

Per la giurisprudenza, la condizione dell'attività prevalente è soddisfatta quando

²³¹ C.G.U.E. – sez. III – sentenza 29 novembre 2012 in cause riunite C- 182/11 e 183/11.

²³² T.A.R. Toscana Firenze Sez. I, 20 dicembre 2012, n. 2090.

l'affidatario diretto non fornisca i suoi servizi a soggetti diversi dall'ente controllante, anche se pubblici, ovvero li fornisca in misura quantitativamente irrisoria e qualitativamente irrilevante sulle strategie aziendali, ed in ogni caso non fuori della competenza territoriale dell'ente controllante.

In origine si affermava che l'attività esterna non dovesse superare la soglia del 40% del fatturato ai fini del rispetto del requisito in esame²³³. Successivamente è stato proposto anche un approccio di tipo qualitativo che tenga conto di elementi concreti in ordine alla gestione del servizio. Più ancora che l'individuazione di una soglia percentuale necessita 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 resi al mercato privato, oltre alla sua esiguità, deve anche dimostrare la quasi inesistente valenza nella strategia aziendale e nella collocazione dell'affidatario diretto nel mercato pubblico e privato.

Che un'impresa creata per gestire lo *spin off* immobiliare di un grande Ente locale come una Provincia, fornisca, saltuariamente, una sola volta nell'anno, e in quantità irrisoria rispetto al fatturato pubblico, un servizio di global service ad una grande impresa privata dello stesso territorio, particolarmente importante sotto il profilo sociale, potrebbe non violare il principio della prevalenza. Ma se la stessa operazione, negli stessi limiti quantitativi, cominciasse ad inserirsi in un piano aziendale di espansione, anche territoriale, ciò implicherebbe una rilevanza "qualitativa" della operazione in contrasto con il principio della prevalenza. Inoltre, il rapporto tra la società appaltatrice e l'amministrazione si deve sostanziare in una relazione di *subordinazione gerarchica* tale da concretizzare uno stretto controllo gestionale e finanziario dell'Ente pubblico sulla società. La *gerarchia* si caratterizza per il potere di direzione, per il quale l'organo sovraordinato impartisce direttive e indirizzi, ossia indica gli obiettivi da raggiungere lasciando libertà di azione all'organo sottostante circa le modalità di perseguimento degli stessi.

²³³ Cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. II, sent. 13 febbraio 2006, n. 198.

La sussistenza del rapporto di connessione e subordinazione *interorganica* intercorrente tra l'Ente e la società da esso costituita, trova fondamento normativo nell'articolo 42 del D. lgs. 267 del 2000, per cui spetta al Consiglio comunale la “... *partecipazione dell'Ente locale a società di capitali ...*”, nonché la “*nomina dei rappresentanti del Consiglio presso enti, aziende ed istituzioni ad esso espressamente riservata dalla legge*”.

5.6 L'IN HOUSE FRA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA E CORTE COSTITUZIONALE

Con alcune sentenze recenti la giustizia amministrativa ha proclamato il venir meno del principio della eccezionalità del modello *in house* per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica²³⁴ e, sulla sua scia, T.A.R. Campania Napoli, Sez. I, 11/4/2013, n. 1925).

Il messaggio è esplicito nella recentissima sentenza del T.A.R. Lombardia Brescia, Sez. II, 11/06/2013, n. 558, ove si afferma che l'ordinamento nazionale *“non indica un modello preferibile – ossia non predilige né l'in house, né la piena espansione della concorrenza nel mercato e per il mercato, e neppure il partenariato pubblico privato ma rinvia alla scelta concreta del singolo Ente affidante”*.

In effetti la strada sembrava spianata dalla nota sentenza della Corte Costituzionale n. 199 del 20 luglio 2012 che aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011, norma, a sua volta, più restrittiva dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008. In quella occasione il Giudice di costituzionalità delle leggi aveva affermato che la disciplina *“volta a restringere, rispetto al livello minimo stabilito dalle regole concorrenziali comunitarie, le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare di gestione in house dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, consentite solo in casi eccezionali ed al ricorrere di specifiche condizioni”* era stata cancellata dalla consultazione referendaria, venendosi in tal modo a realizzare l'intento referendario di escludere l'applicazione delle norme contenute nell'art. 23-*bis* che limitano, rispetto al diritto comunitario, le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, quelle di gestione in house di pressoché tutti i servizi pubblici locali e di consentire conseguentemente l'applicazione della normativa comunitaria conferente.

Nelle condizioni attuali, dunque, secondo i giudici amministrativi la scelta dell'Ente locale sulle modalità di organizzazione dei servizi pubblici locali, e in particolare

²³⁴ Consiglio di Stato, Sez. VI, 762/2013.

l'opzione tra modello *in house* e ricorso al mercato, deve basarsi sui consueti parametri di esercizio delle scelte discrezionali, vale a dire:

- valutazione comparativa di tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti;
- individuazione del modello più efficiente ed economico;
- adeguata istruttoria e motivazione²³⁵.

Inoltre, fa notare il T.A.R. Brescia nella menzionata sentenza n. 558/2013, il legislatore nazionale si è uniformato alla pronuncia della Corte (è da presumere si faccia riferimento a Corte Cost., sentenza 28/03/2013, n. 50, con il d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito in legge 17 dicembre 2012, n. 221. In particolare, l'art. 34 comma 20° prevede che *“per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina Europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'Ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento Europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche, se previste”*.

Ad ulteriore conforto di questa tendenza all'equiparazione tra i diversi moduli di svolgimento dei SPL di rilevanza economica si può citare pure un parere del Comitato economico e sociale europeo del 26 aprile 2012 in merito alla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'aggiudicazione dei contratti di concessione laddove afferma che le autorità nazionali, regionali e locali devono poter *“stabilire liberamente i criteri di aggiudicazione – sociali, ambientali e di qualità – secondo loro più adeguati rispetto all'obiettivo del contratto. Le autorità pubbliche non dovranno in nessun caso essere obbligate a liberalizzare o a esternalizzare la prestazione dei servizi di interesse economico generale contro la propria volontà o i propri criteri. Il CESE invita a ricordare chiaramente che alle imprese incaricate della*

²³⁵ Consiglio di Stato, Sez.VI, n. 762/2013 e T.A.R. Campania Napoli, Sez. I, n. 1925/2013.

gestione di servizi di interesse generale si applicano le norme in materia di concorrenza e di mercato interno, conformemente all'art. 106 del TFUE, ossia nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata". Fin qui, nel rispetto dei requisiti comunitari che caratterizzano l'affidamento *in house*, parrebbe restaurata in pieno la possibilità di scelta ad opera degli Enti locali secondo i moduli tradizionali.

Però, a turbare queste convinzioni, è intervenuta in parallelo una decisione della Corte Costituzionale, anch'essa recente. Infatti, con la sentenza del 20 marzo 2013, n. 46, il giudice di costituzionalità delle leggi ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 25, comma 1°, lettera a), del decreto legge sulla concorrenza (d.l. 24 gennaio 2012 n. 1).

Questa norma, a sua volta, ha introdotto un peculiare meccanismo normativo che si risolve in una situazione di svantaggio pratico per l'affidamento *in house* dei SPL di rilevanza economica, sia pur riconducibile ad una fonte normativa diversa da quella già abrogata. Questo il tenore della norma appena citata: *"A decorrere dal 2013, l'applicazione di procedura di affidamento dei servizi ad evidenza pubblica da parte di regioni, province e comuni o degli enti di governo locali dell'ambito o del bacino costituisce elemento di valutazione della virtuosità degli stessi ai sensi dell'articolo 20, comma 2°, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111."*

A sua volta la norma di cui all'art. 20 del decreto legge n. 98/2011, recante *"Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria"*, prevede una divisione in due classi degli enti considerati (regioni, province e comuni), a seconda del loro grado di virtuosità, in forza di una serie di indici tra cui è contemplata l'adozione di procedure ad evidenza pubblica. Dall'inclusione nel novero degli Enti virtuosi discende l'attribuzione di un premio, o meglio dire discende la possibilità di sottostare a vincoli finanziari meno pesanti (o, come recita il comma 2° dell'art. 20, a vincoli connessi *"al fine di distribuire il concorso alla realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica"*).

Da tale norma discende la situazione di disfavore per gli affidamenti *in house* se posti in comparazione con l'evidenza pubblica. Situazione di disfavore che, evidentemente, va in senso opposto rispetto all'equiparazione tra i diversi modelli per lo svolgimento del SPL cui è approdata la più recente giurisprudenza amministrativa. Va inoltre aggiunto che la disposizione che premia il ricorso all'evidenza pubblica è stata portata all'attenzione della Corte Costituzionale dalla Regione Veneto nel giudizio al cui esito è stata depositata la suddetta sentenza n. 46/2013.

Queste le argomentazioni dell'Ente regionale. Il disposto normativo in questione finirebbe per estromettere nei fatti la possibilità di affidamenti *in house*, in seguito ad una valutazione negativa operata *ex ante* e oltretutto senza possibilità di contraddittorio, laddove, invece, sarebbe ben possibile che, in concreto, questa tipologia di affidamenti possa dimostrarsi più efficiente e virtuosa.

Tutto ciò – secondo l'ente impugnante – porta a dire che, in tal modo, si priverebbero gli enti territoriali della possibilità di valutare le proprie esigenze e di scegliere le modalità di gestione dei servizi a loro più convenienti, violando l'autonomia regionale, prevista dall'art. 118 Cost., nell'esercizio delle funzioni amministrative. Gli argomenti adottati, però non scalfiscono, sul piano del diritto, la legittimità costituzionale della norma impugnata, almeno stando al profilo fatto valere dalla Regione Veneto.

Infatti, a differenza di come operavano l'art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008 o l'art. 4 del d.l. n. 138/2011, la norma in discussione non incide sui presupposti per l'affidamento, il che sarebbe stato precluso dagli esiti referendari e dalla giurisprudenza della stessa Corte Costituzionale che li aveva asseverati, tanto che oramai, come si è visto, nella giurisprudenza amministrativa, l'affidamento *in house* non viene più qualificato come un'eccezione rispetto all'evidenza pubblica.

Il decreto legge sulle liberalizzazioni imbecca una strada diversa, che è quella promozionale. Siffatta tecnica consente di perseguire il duplice vantaggio: di superare le strettoie di un oramai impossibile inasprimento dei presupposti per accedere all'*in house* e di lasciare intatte le competenze degli enti territoriali nelle materie economiche.

L'ente territoriale non è obbligato a rinunciare all'affidamento domestico, bensì orientato a scegliere l'evidenza pubblica, ossia quella modalità che, essendo conforme al principio della concorrenza, lo Stato ritiene economicamente più conveniente e, quindi, funzionale al contenimento della spesa pubblica²³⁶.

Il ragionamento alla base della sentenza n. 46/2013, si fonda sul fatto che l'affidamento *in house* assuma carattere derogatorio e, per ciò stesso di eccezione, rispetto all'evidenza pubblica. Secondo logica, però, un'eccezione deve viaggiare sullo stesso piano della regola cui viene a derogare. Ma è proprio questo il punto di cui è lecito dubitare, ossia che si tratti di due moduli di svolgimento del SPL di rilevanza economica che si collocano nella stessa dimensione valutativa e giuridica.

Tenendo in disparte l'abuso che è stato fatto nel nostro Paese dello strumento giuridico del quale si discute, è lecito pensare che allorché un Ente pubblico si volga ad utilizzare il modulo dell'*in house* ponga in essere una valutazione di efficienza ed economicità tale per cui il ricorso anche alla sola concorrenza per il mercato non sarebbe profittevole. Almeno nella sua accezione fisiologica non viene in questione un'eccezione alla regola del mercato, bensì un'ipotesi in cui al mercato non si può far ricorso pena l'impossibilità per le imprese incaricate del servizio di adempiere in linea di diritto o di fatto alla loro missione.

Come suggerisce la sentenza della II Sezione del T.A.R. Brescia, n. 558/2013 si tratta di casi in cui “*non sussistono i presupposti per applicare le norme comunitarie a tutela della concorrenza*”. Così si può dire che il ricorso all'*in house* trova applicazione *a monte* della decisione dell'Ente pubblico e quando non ci sono le condizioni per rivolgersi al mercato. Non risponde, o almeno non dovrebbe rispondere, a finalità di “auto protezione” degli apparati pubblici, bensì ad elementi oggettivi. Conseguentemente applicare, in questo caso, una logica di premialità a favore dell'evidenza pubblica non è ragionevole perché così facendo si sovrappongono due piani che sono distinti.

²³⁶ Per una più diffusa esplicitazione di queste argomentazioni si rimanda alla Corte Costituzionale, 23 gennaio 2013, n. 8.

Ad ausilio di questa impostazione soccorre la giurisprudenza comunitaria, che – come è noto – ha riconosciuto che rientra nel potere organizzativo delle autorità pubbliche “autoprodurre” beni, servizi o lavori mediante il ricorso a soggetti che, ancorché giuridicamente distinti dall’Ente conferente, siano legati a quest’ultimo da una “relazione organica”²³⁷.

La giurisprudenza comunitaria si concentra, in particolar modo, sulla verifica di quei requisiti che impediscono di ritenere che la scelta dell’*in house* venga a costituire una impropria modalità per falsare la concorrenza nell’arena economica. Se, in più occasioni, la Corte di Giustizia ha attestato che, in presenza di tali requisiti, lo svolgimento fisiologico del mercato non risulta turbato, se ne deve dedurre che la gestione di un SPL di rilevanza economica può svolgersi anche al di fuori del mercato (come nel caso dell’*in house*). Perché se così non fosse la giustizia comunitaria, che è universalmente considerata il massimo custode e patrono del mercato e della concorrenza, non potrebbe restare indifferente rispetto ad un fenomeno che impropriamente avesse aggirato questi valori.

Siffatte considerazioni trovano, poi, conforto nei successivi passaggi della stessa sentenza n. 46/2013 ove si conferma l’assoggettamento delle società *in house* al patto di stabilità interno. Secondo il diritto comunitario è da escludere che l’*in house contract* configuri, nella sostanza, un rapporto contrattuale intersoggettivo tra aggiudicante ed affidatario, perché quest’ultimo è, in realtà, solo una *longa manus* del primo. Onde una disciplina che esentasse dai vincoli del patto di stabilità le società *in house* finirebbe per collocarle in una condizione di favore rispetto a quella di un’Amministrazione pubblica che, invece, si orientasse per l’aggiudicazione ad evidenza pubblica, ponendosi in contrasto con la disciplina comunitaria e determinando una condizione di ingiustificato *favor* nei confronti della gestione del servizio in autoproduzione.

²³⁷ In tal senso si è espressa anche la nostra Corte Costituzionale, sentenza 28 marzo 2013, n. 50.

La distinzione tra la situazione in cui l'Amministrazione agisce esternalizzando il servizio *in outsourcing* e quella in cui agisce in autoproduzione attraverso una società che è una sua *longa manus* risulta netta, e, solo su questa base, si giustifica l'assoggettamento al patto di stabilità. Chiarito questo, in merito alla possibilità di contestare la ragionevolezza della scelta del legislatore, il problema pratico del diverso trattamento riservato dal nostro ordinamento agli affidamenti *in house*, tramite la ricordata norma del decreto sulle liberalizzazioni, resta.

Quindi pare difficile recepire acriticamente la già menzionata affermazione della sentenza del T.A.R. Brescia, Sez. II, n. 558/2013, secondo cui: “*L’ordinamento nazionale non indica un modello preferibileomissis.... ma rinvia alla scelta concreta del singolo Ente affidante*”, venendosi a delineare in concreto un percorso di adeguatezza alle condizioni esistenti, ossia “*al tipo di servizio, alla remuneratività della gestione, all’organizzazione del mercato, alle condizioni delle infrastrutture e delle reti, e soprattutto all’interesse della platea degli utenti*”.

È necessario, infatti, prestare attenzione alla circostanza che la scelta dell'*in house* comporta, per l'ente che la abbraccia, possibili restrizioni finanziarie in relazione alla normativa sulla *spending review*.

Semmai bisognerebbe riuscire a contestare vittoriosamente sul piano della legittimità costituzionale (non trascurando la possibilità di vagliarne l'applicabilità anche alla luce del diritto comunitario, facendo tesoro delle conclusioni del citato parere del CESE del 26 aprile 2012) la scelta del legislatore nazionale, che, sul piano dei presupposti per l'affidamento ha equiparato impropriamente due modalità di svolgimento dei servizi che rispondono a presupposti diversi perché si pongono nell'ambito di orizzonti normativi diversi, seppur tangenti.

5.7 TEMPI E MODALITA' DI DISMISSIONI DELLE PARTECIPAZIONI SOCIETARIE NON CONSENTITE

La legislazione degli ultimi anni è caratterizzata da una serie crescente di *delimitazioni e divieti*, con riferimento alle partecipazioni societarie, per esigenze di razionalizzazione dei costi e di adeguatezza degli ambiti gestionali: in questo modo, sono state rafforzate le forme di tutela della concorrenza e del mercato, da un lato, e, dall'altro, i vincoli a presidio del contenimento della spesa pubblica. In tale contesto, gli Enti locali sono chiamati a intervenire sulle partecipazioni esistenti adeguandole al quadro legislativo di riferimento.

Ciò premesso, ripercorriamo in modo sintetico le prossime scadenze con riferimento alla classificazione dei servizi prevista in dottrina:

a) servizi pubblici locali (art. 112 TUEL). Sono i servizi erogati direttamente al pubblico e si dividono in: - *di rilevanza economica*, qualora caratterizzati da margini significativi di "redditività", anche solo potenziale (ad es. la raccolta dei rifiuti ma anche l'illuminazione votiva²³⁸; - *privi di rilevanza economica* (es. la gestione del canile);

b) servizi strumentali (art. 13 d.l. 223/2006). Sono i servizi erogati all'Ente locale, di cui i cittadini beneficiano solo indirettamente (es. i servizi informatici). Si definiscono strumentali all'attività della pubblica amministrazione, in funzione della loro attività, tutti quei beni e servizi erogati da società a diretto e immediato supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica di cui resta titolare l'Ente pubblico di riferimento e con i quali lo stesso ente provvede al perseguimento dei propri fini istituzionali²³⁹.

Spetta al singolo Ente locale la qualificazione delle attività affidate alle società partecipate, come ribadito dalla stessa Corte Costituzionale nell'ambito della sentenza n. 325/2010; è evidente, peraltro, che tale qualificazione deve avvenire nel rispetto dei criteri sopra riportati, stabiliti dall'ordinamento comunitario e integrati dal diritto vivente. La classificazione del servizio costituisce il punto di partenza per una revisione

²³⁸ Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 23 ottobre 2012 n. 5409.

²³⁹ Comunicazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato del 4 febbraio 2013.

complessiva dell'assetto delle partecipazioni. Sono fatti salvi evidentemente quelli che saranno i prossimi interventi in materia da parte del nuovo esecutivo, nell'auspicio che venga prontamente data soluzione ad alcuni nodi interpretativi tuttora irrisolti.

Servizi di rilevanza economica: il panorama normativo in materia di servizi pubblici locali a rilevanza economica, come abbiamo detto in precedenza, è improntato all'ordinamento europeo. Infatti, l'art. 4 del decreto legge n. 138/2011 che aveva riproposto la disciplina previgente, cancellata dal referendum del 12 giugno 2011 è stato soppresso dalla Corte Costituzionale (sentenza n. 199/2012).

Dopo tale soppressione il Legislatore si è limitato a disporre l'obbligo di conformare gli affidamenti rispetto all'ordinamento europeo, con particolare riferimento alla parità tra gli operatori, alla economicità della gestione e ad una adeguata informazione alla collettività di riferimento. L'affidamento del servizio deve essere effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'Ente affidante, che da conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e di servizio universale (art. 34, comma 20°, d.l. 179/2012).

La verifica sugli affidamenti in essere al 20 ottobre 2012 va compiuta entro il 31 dicembre 2013, mediante pubblicazione sul sito della predetta relazione, contenente gli elementi sopra riportati; gli affidamenti non conformi cessano a tale data. Entro il 31 dicembre 2013 per gli affidamenti per i quali non è prevista una scadenza del contratto, gli Enti competenti provvedono ad inserire nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto un termine di scadenza dell'affidamento; il mancato rispetto di questi obblighi comporta la cessazione dell'affidamento al 31 dicembre 2013 (art. 34, comma 21°).

Gli affidamenti diretti in essere alla data del 1° ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data, e a quelle da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto; gli affidamenti che non prevedono una data di scadenza cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione

dell'Ente affidante, il 31 dicembre 2020 (art. 34, comma 22°). Queste sono le scadenze da rispettare. Questi obblighi non si applicano al servizio di distribuzione di gas naturale, di energia elettrica e alla gestione delle farmacie comunali.

Servizi strumentali: sono consentite dall'ordinamento, diverse modalità di gestione:

- *in economia*;
- *in appalto* (Codice dei contratti);
- *tramite società "strumentale"* in conformità al Decreto Bersani (d.l. 223/2006, art. 13) e al d.l. 95/2012 (art. 4);
- *unione* di comuni o convenzione.

La società strumentale può essere "costituita" o anche solo "partecipata" dall'Ente locale, purché operi solo per conto degli Enti partecipanti, non partecipi a gare per la gestione di servizi pubblici locali e non abbia partecipazioni (d.l. 223/2006, art. 13). In proposito, occorre verificare l'applicabilità degli obblighi e delle scadenze previste dall'art. 4 del d.l. 95/2012 con riferimento alle società controllate che nel 2011 abbiano avuto almeno il 90 % del fatturato a favore delle p.a.:

- cessazione dell'intera partecipazione a privati, entro il 30 giugno 2013: la società privatizzata gestisce il servizio nel quinquennio 2014-2018;
- liquidazione della società entro il 31 dicembre 2013.

La sanzione in caso di inerzia, è l'impossibilità di ricevere nuovi affidamenti nel 2014. Le disposizioni in esame non si applicano, in particolare, nelle seguenti fattispecie: - gestione di servizi di interesse generale a rilevanza economica; - qualora, per le peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto di riferimento non sia possibile per l'amministrazione pubblica controllante un efficace e utile ricorso al mercato. In tal caso, l'amministrazione trasmette una relazione all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per l'acquisizione del parere vincolante. La normativa in esame non brilla certo per chiarezza. E' stato affermato che l'Ente locale possa mantenere in essere:

1. la società in house esistente, se nel 2011 ha avuto meno del 90 % del fatturato a favore delle p.a.;

2. la società mista esistente, in assenza di norme specifiche volte a disciplinare la posizione giuridica del socio privato.

Piuttosto incerta appare la disciplina a regime scaturita dal susseguirsi di vari decreti legge. In base all'art. 4, comma 8°, d.l. 95/2012, a decorrere dal 1° gennaio 2014 l'affidamento diretto di servizi strumentali può avvenire solo a favore di società a capitale interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione in house; l'art. 34 del d.l. 179/2012 ha opportunamente abolito la soglia massima di 200.000 euro. Sembrerebbero, inoltre, configurabili a regime società strumentali miste, mediante gara a doppio oggetto conforme ai principi comunitari, non verificandosi in tal caso un'ipotesi di "affidamento diretto". Sono fatti salvi gli affidamenti in essere fino alla scadenza naturale e comunque fino al 31/12/2014.

Vincoli per tutte le partecipazioni societarie: l'ordinamento dispone inoltre un vincolo di tipo quantitativo indirizzato alle partecipazioni societarie dei Comuni di medie e piccole dimensioni, allo scopo di evitare il fenomeno della polverizzazione degli assetti gestionali, che produce tendenzialmente diseconomie. Entro il 30 settembre del 2013 i Comuni con popolazione inferiore alla soglia di 30.000 abitanti (entro il 31 dicembre 2013 i Comuni tra i 30.000 e i 50.000 abitanti) devono dismettere le partecipazioni non consentite dall'art. 14, comma 32°, del d.l. 78/2010 (obbligo peraltro confermato dall'art. 9, comma 7°, del d.l. 95/2012). Il vincolo in esame vale per le società di gestione di servizi strumentali²⁴⁰.

E' più controversa invece l'applicabilità del limite numerico in esame con riferimento alle società che gestiscono servizi a rilevanza economica, comprese quelle quotate in borsa²⁴¹. Ancora più complessa la situazione delle società patrimoniali, per le quali occorre considerare anche l'ulteriore problema posto dalla sentenza della Corte Cost. n.

²⁴⁰ Cfr. deliberazione n. 83 dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, Adunanza del 6 ottobre 2011, con cui si vieta al comune di Tortona la possibilità di costituire società partecipate per la gestione dei servizi di manutenzione ordinaria e straordinaria degli immobili.

²⁴¹ Cfr. Corte dei conti, sez. Basilicata n. 173/2012 che, dopo la soppressione dell'art. 4, comma 32-bis, d.l. 138/2011 che rimandava al d.l. 78/2010, mette in discussione l'applicabilità di tale disciplina ai servizi pubblici locali.

320/2011. Ciò premesso, due sono le fasce demografiche interessate dal vincolo:

i) i Comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti non possono più costituire nuove società; in teoria, gli stessi enti possono invece acquisire nuove quote di partecipazione in società esistenti purchè – si ritiene – non in perdita²⁴² (cfr. parere Corte dei Conti sez. Lombardia 29/03/2012 n. 91/PAR). Inoltre, entro il 30 settembre 2013 tali enti devono mettere in liquidazione le società già costituite – in caso di partecipazione totalitaria - ovvero ne cedono le partecipazioni, qualora abbiano registrato perdite nel corso dell'ultimo triennio (si ritiene: negli esercizi 2010-2012), oppure abbiano subito riduzioni di capitale sociale o perdite da ripianare.

ii) i Comuni con popolazione compresa tra 30.000 e 50.000 abitanti possono “detenere” (= costituire o mantenere) la partecipazione in una sola società in deroga ai divieti in esame. Entro il 31 dicembre 2013²⁴³ i predetti enti di fascia intermedia devono mettere in liquidazione le altre società già costituite o, se la partecipazione non è totalitaria, ne cedono le partecipazioni, sempre qualora – si ritiene – vi siano state perdite²⁴⁴.

La disposizione di cui al comma 32° non si applica alle società “pluripartecipate”, con partecipazione paritaria ovvero proporzionale al numero degli abitanti, costituite da più Comuni la cui popolazione complessiva superi la soglia di 30.000 abitanti; ciò vale sia per le società già costituite che per quelle da costituire. Tale esclusione vale, a maggior ragione, per i *Comuni con popolazione tra 30.000 e 50.000 abitanti*, che non avrebbe alcun senso escludere dagli ambiti di gestione associata individuati dalla Regione in attuazione dei principi stabiliti dalla legge nazionale.

Si ritiene dunque possibile mantenere le partecipazioni anche in perdita tramite forma associativa sopra la soglia di 30.000 abitanti: - conferimento all'Unione di Comuni; -

²⁴² Cfr. parere Corte dei Conti sez. Lombardia 29/03/2012, n. 91/PAR.

²⁴³ Cfr. Corte conti sez. Lombardia, parere n. 602/2011.

²⁴⁴ Cfr. in senso contrario parere n. 9/2012 della Corte dei Conti, sez. E. Romagna, ma si tratta in realtà di una svista evidente del Legislatore; è preferibile attenersi ad una interpretazione di tipo logico-sistematico, dal momento che in base ad una interpretazione letterale del testo gli enti di fascia intermedia risulterebbero gravati in modo del tutto irragionevole da una serie di vincoli assai superiore a quelli vigenti per i comuni più piccoli).

convenzione tra più enti che intendano partecipare ad una società pluripartecipata in ambito sovracomunale, con quote paritarie o proporzionali, o che intendano modificare le quote di una società pluripartecipata già esistente in senso conforme alla norma. E' auspicabile che il Legislatore intervenga per fare chiarezza sugli aspetti più controversi della norma del 2010. In ogni caso gli enti devono pianificare i percorsi necessari per affrontare con la dovuta tempestività le scadenze appena descritte.

Capitolo VI

SERVIZI PUBBLICI LOCALI E CONCORRENZA: ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI NAZIONALI ED EUROPEI

SOMMARIO: **6.1** *Servizi pubblici locali, concorrenza e Costituzione.* – **6.2** *Gli interventi della Corte costituzionale: l'interpretazione della materia "tutela della concorrenza" (sentenza 14/2004).* – **6.3** *L'applicazione della competenza statale in materia di concorrenza alla normativa sui servizi pubblici locali (sentenza 272/2004).* – **6.4** *La trasversalità della materia "tutela della concorrenza" in tema di servizi pubblici locali (sentenza 29/2006).* – **6.5** *La "tutela della concorrenza" nel quadro della Costituzione riformata.* – **6.6** *I recenti orientamenti giurisprudenziali e quadro normativo e storico europeo.*

6.1 SERVIZI PUBBLICI LOCALI, CONCORRENZA E COSTITUZIONE

Sono trascorsi poco più di due decenni dalla legge italiana sull'antitrust, legge 10 ottobre 1990, n. 287, che ha istituito, in Italia, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM). È stato evidenziato come, in questi due decenni, si sia sviluppata una cultura della concorrenza che era prima estranea al nostro ordinamento giuridico, gravato da pratiche anticoncorrenziali. Si è anche rilevato che i criteri interpretativi delle regole di concorrenza abbiano subito l'influenza dell'analisi economica, a seguito soprattutto dell'influenza europea e, in misura minore, di quella statunitense²⁴⁵.

Di conseguenza è stato osservato come ad un primo decennio, che va dal 1990 al 2000, felice per l'esperienza delle politiche concorrenziali e del sistema delle autorità indipendenti in Italia, abbia fatto seguito un secondo decennio, che va dal 2001 ad oggi, cupo del ruolo benefico svolto dalle autorità indipendenti nell'ordinamento giuridico. Questo a causa dell'aggressivo ritorno della politica, che ha svuotato dall'interno

²⁴⁵ G. AMATO, *La legge antitrust venti anni dopo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2010, n. 4, 923 ss.

l'impatto innovativo delle pratiche concorrenziali, e del muro rigido costruito dalle corti, che hanno inciso sul modo in cui viene intesa la concorrenza nel nostro paese²⁴⁶.

In tale contesto, può essere interessante verificare come la Corte costituzionale abbia contribuito al dibattito, nel corso dell'ultimo anno e mezzo, con tre significative e controverse pronunce. La Corte ha inciso sul modo di concepire la concorrenza nel nostro ordinamento²⁴⁷, in particolare per quanto riguarda il settore dei servizi pubblici, anche se sembra aver contribuito a instillare nuovi dubbi piuttosto che sopire quelli già esistenti.

I servizi pubblici locali costituiscono un settore nel quale è possibile verificare il processo di adattamento dell'ordinamento interno alla normativa comunitaria. Essi rappresentano una sorta di cartina di tornasole dell'incidenza e dell'attuazione dei principi del libero mercato nel nostro sistema.

In particolare si vuole verificare se, grazie al recepimento delle normative comunitarie da un lato ed alla riforma costituzionale operata nel 2001 dall'altro, si possa considerare realizzata un'emersione dei valori concorrenziali a livello costituzionale, utilizzando come terreno di analisi, appunto, il settore dei servizi pubblici locali. Abbiamo già visto, nei capitoli precedenti, come nel corso dell'ultimo ventennio del secolo scorso la disciplina dei pubblici servizi abbia conosciuto una movimentata stagione di riforme caratterizzata dal progressivo superamento della precedente normativa fondata sul sistema, consacrato dall'art. 43 Cost., della riserva originaria.

Grazie al susseguirsi delle direttive comunitarie nei diversi settori e delle corrispondenti norme interne di recepimento, si è affermata in linea di principio la

²⁴⁶ S. CASSESE, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel "sistema" delle autorità indipendenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, n. 1, 102 ss.

²⁴⁷ Per una ricostruzione della disciplina nazionale della concorrenza, con particolare riferimento al rapporto tra concorrenza e servizi pubblici, si veda, tra le opere più recenti, A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Giappichelli, Torino, 2007; F. GIGLIONI, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale. Una prospettiva per riconsiderare liberalizzazione e servizi pubblici*, Giuffrè, Milano, 2008; A. LALLI, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008; F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Giuffrè, Milano, 2010; D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2010.

prevalenza delle regole della concorrenza. Questa comporta, come primo presupposto, la libertà di accesso delle imprese al settore dei servizi pubblici e, conseguentemente, il passaggio dallo strumento concessorio, fondato sulla discrezionalità dello Stato nell'affidamento del servizio, a quello dell'autorizzazione, in base al quale, all'opposto, l'amministrazione non ha il potere discrezionale di decidere se permettere o meno l'accesso al settore dei servizi pubblici ma deve limitarsi a verificare la presenza dei requisiti del richiedente, con conseguente limitazione o eliminazione dei monopoli legali.

Ulteriore conseguenza dell'impatto delle disposizioni comunitarie, ed in particolare del fenomeno delle liberalizzazioni, sul regime dei pubblici servizi è stato quello dell'enfaticizzazione della funzione regolatrice dei pubblici poteri. E' stato, infatti, evidenziato come, essendo questi sempre meno depositari unici o privilegiati dell'erogazione dei servizi, e sempre più orientati alla dismissione delle partecipazioni azionarie nelle imprese di pubblica utilità, svolgano un ruolo determinante non più come produttori di prestazioni, ma piuttosto come garanti e regolatori delle dinamiche dell'accesso e dello svolgimento dei servizi pubblici.

La privatizzazione delle aziende erogatrici di servizi pubblici viene accompagnata, o meglio subordinata, alla creazione di autorità di regolazione che garantiscano la effettiva libertà di accesso, attraverso la vigilanza sulla possibilità, per i nuovi operatori, di accedere ed interconnettersi alle infrastrutture essenziali e non duplicabili detenute e gestite dall'impresa dominante (rappresentata normalmente dall'ex monopolista).

Compito delle autorità garanti²⁴⁸ è, inoltre, quello di assicurare il funzionamento di quei mercati che, per loro specifica natura, necessitano l'amministrazione delle risorse

²⁴⁸ Con la legge 481 del 1995 viene istituita l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas mentre con la legge 31 luglio 1997, n. 249 l'autorità per le garanzie nelle telecomunicazioni. G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, pag. 68, evidenzia come la magistratura amministrativa sia stata chiamata per prima a misurarsi con i nuovi problemi della regolazione. L'Autore ricorda che "il rapporto tra le autorità ed il giudice amministrativo è inizialmente difficile. La logica della legittimità giuridica entra in conflitto con quella della regolazione pro-concorrenziale: è la prima a prevalere con l'annullamento di quelle misure che non trovano una specifica base normativa. Gradualmente, però, il giudice amministrativo comprende la specificità dei provvedimenti delle autorità: non entra nel merito

scarse o l'organizzazione delle transazioni, ed infine quello di garantire il rispetto, da parte dei soggetti erogatori, dei diritti degli utenti²⁴⁹. Occorre tuttavia puntualizzare le differenze che si sono verificate tra l'evoluzione del settore dei servizi pubblici nazionali rispetto a quello dei servizi locali²⁵⁰. Nei servizi nazionali, infatti, i processi di privatizzazione e di liberalizzazione, sicuramente imperfetti, incompleti e per molti versi falsati sono tuttavia irreversibili²⁵¹.

E' difficile immaginare un cambio di direzione che porti ad un'inversione rispetto all'affermarsi e al prevalere delle regole concorrenziali, cosa che è invece sostanzialmente accaduta nell'ambito dei servizi pubblici locali.

In questo settore, infatti, l'affermazione di una normativa realmente pro-concorrenziale ha incontrato numerose difficoltà e si trova oggi in una situazione di stallo determinata dall'incapacità, per il legislatore, di realizzare una normativa che sancisca la definitiva apertura al mercato dei servizi pubblici locali, incapacità che, come si vedrà, lo ha indotto a cercare riparo da altre procedure di infrazione comunitaria in una disciplina che consente un modello non competitivo in alternativa a quelli competitivi.

Prima di esaminare gli orientamenti giurisprudenziali della Corte costituzionale, occorre chiarire, in via preliminare, che la Corte è stata chiamata a pronunciarsi su ricorsi dello Stato o delle Regioni, relativi alla titolarità della competenza legislativa in materia di tutela della concorrenza. Difatti, la riforma costituzionale del Titolo V della

delle valutazioni tecniche-economiche e valorizza, piuttosto, il ruolo dei presidi partecipativi e degli istituti di trasparenza di cui le autorità si dotano.

²⁴⁹ Nasce la normativa in tema di carta dei servizi volta ad individuare gli obblighi degli erogatori di servizi pubblici al fine di garantire la fruizione diffusa dei servizi universali ed in generale di tutelare l'utenza in ordine all'adeguatezza dei servizi prestati.

²⁵⁰ Sulle caratteristiche "in trasformazione" del servizio pubblico nazionale e per un suo inquadramento costituzionale e, soprattutto, per le differenze fra questo e il servizio pubblico locale, G. DI GASPARE, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, CEDAM, Padova, 2001, pp. 6 ss.

²⁵¹ Sul punto si veda la completa ricostruzione del fenomeno operata da G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, cit., il quale dopo aver scandagliato i limiti e le ambiguità del processo di liberalizzazione e privatizzazione del settore dei servizi nazionali, riconoscendo la necessità per il legislatore di superarli e risolverli, conclude nel senso che essi non bastano a mettere in dubbio il reale cambiamento operato e la necessità di "prendere sul serio le privatizzazioni".

seconda parte della Costituzione, intervenuta nel 2001, ha previsto un riparto di potestà legislativa tra Stato e Regioni configurato nel modo seguente: alcune materie, espressamente elencate, sono state attribuite alla potestà legislativa esclusiva dello Stato (art. 117, comma 2°, Cost.); altre materie, anch'esse espressamente elencate, sono state sottoposte a potestà legislativa concorrente (lo Stato fissa i principi fondamentali e le Regioni la disciplina di dettaglio: art. 117, comma 3°, Cost.); per le materie non elencate, la potestà legislativa spetta, in via residuale, alle Regioni (art. 117, comma 4°, Cost.).

Tra le materie di competenza legislativa esclusiva dello Stato (art. 117, comma 2°, Cost.) è stata contemplata la *tutela della concorrenza*, che non è propriamente una materia, bensì un regime giuridico. In quanto tale, esso attraversa trasversalmente molte materie, rendendo complicata l'attività interpretativa della Corte costituzionale e finendo per configurare sacche di potestà legislativa esclusiva dello Stato anche in materie apparentemente rientranti nella potestà concorrente o residuale delle Regioni.

Non a caso le controversie costituzionali relative al riparto di competenza legislativa tra Stato e Regioni sono cresciute in modo esponenziale negli ultimi anni, infatti si può affermare, che la Corte costituzionale sia chiamata ad occuparsi soprattutto delle questioni che attengono ai confini della competenza legislativa statale e regionale.

6.2 GLI INTERVENTI DELLA CORTE COSTITUZIONALE:

L'INTERPRETAZIONE DELLA MATERIA "TUTELA DELLA CONCORRENZA"

(sentenza 14/2004)

Su tale tormentato iter si è inserita la Corte Costituzionale, che in due sentenze del 2004, la n. 14 del 13 gennaio 2004 e la n. 272 del 27 luglio 2004, ha affrontato il tema dell'inquadramento, nel sistema costituzionale, della tutela della concorrenza alla luce delle novità introdotte dal titolo V riformato, partecipando in modo diretto all'evoluzione del sistema.

Nella prima pronuncia la Corte non si è occupata direttamente della disciplina dei servizi pubblici locali ma ha affrontato la questione del ruolo svolto dalla clausola di cui all'art. 117, comma 2° lett. e), che affida al legislatore statale la materia della tutela della concorrenza, con l'intento di fissare dei punti fermi che vengono ripresi e confermati nella sentenza del luglio 2004. La prima sentenza, come si è anticipato, fornisce un'interpretazione sistematica della clausola "*tutela della concorrenza*" che, 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 una materia trasversale²⁵² attribuita al legislatore statale e la cui concreta estensione rappresenta un nodo cruciale per il sistema delineato con la riforma del titolo V²⁵³.

²⁵² F.S. MARINI, la Corte costituzionale nel labirinto delle materie «trasversali»: dalla sentenza n. 282 alla n. 407 del 2002, in *Giur. cost.*, 2002, 2952 evidenzia che accanto alle materie tradizionalmente intese, che hanno, cioè, un oggetto ben preciso e determinato, con la novella costituzionale del 2001, vengono concepite nuove materie che non hanno più un oggetto specifico ma che si identificano piuttosto in uno scopo ovvero un tipo di disciplina. Secondo G. FALCON, *Regolamenti statali e leggi regionali. Riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale 376/2002*, in *Istituzioni del federalismo*, 2003, pag. 23, "non poche delle clausole di competenza statale ai sensi dell'art. 117, comma 2°, sono in realtà finestre aperte sulle materie di competenza regionale: non occorre neppure ricordare, ad esempio, le "materie" della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, della concorrenza, dell'ambiente". Sempre sul punto si vedano anche: A. D'ATENA, *Materie legislative e tipologie delle competenze*, in *Quad. cost.*, 1, 2003, pag. 15 e E. FOLLIERI, *Le funzioni amministrative nel nuovo Titolo V*, in *Le Regioni*, 2003, pag. 2.

²⁵³ La Corte costituzionale ha affrontato più volte il tema della competenza statale nelle materie trasversali (orizzontali). Si ricordano in particolare le sentenze 26 giugno 2002, n. 282 (in *Giur. cost.*, 2002, 2012, con note di A. D'ATENA, *La Consulta parla ...e la riforma del titolo V entra in vigore*, e di D. MORANA, *La tutela della salute, fra libertà e prestazioni, dopo la riforma del Titolo V. A proposito*

La Corte rileva preliminarmente che *“Tutte le impugnazioni pongono la questione cruciale del rapporto tra le politiche statali di sostegno del mercato e le competenze legislative delle Regioni nel nuovo Titolo V, Parte II, della Costituzione. Specificamente, il tema su cui occorre soffermarsi in via preliminare può essere ridotto all’interrogativo se lo Stato, nell’orientare la propria azione allo sviluppo economico, disponga ancora di strumenti di intervento diretto sul mercato, o se, al contrario, le sue funzioni in materia si esauriscano nel promuovere e assecondare l’attività delle autonomie.*

Vera questa seconda ipotesi lo Stato dovrebbe limitarsi ad erogare fondi o disporre interventi speciali in favore di Regioni, Province, Città metropolitane e Comuni, i quali sarebbero quindi da considerare come gli effettivi titolari di una delle leve più importanti della politica economica.

Per sciogliere il dilemma è necessario collocare gli interventi pubblici in un più ampio contesto sistematico. Tali interventi, quale che ne sia l’entità e quale che sia la natura delle imprese che ne beneficiano, sono qualificati nel diritto comunitario “aiuti di Stato”; coinvolgono pertanto i rapporti con l’Unione europea e incidono sulla concorrenza, la cui disciplina si articola, nell’attuale fase di integrazione sovranazionale, su due livelli: comunitario e statale”.

Fatta questa premessa, la Corte rileva che il principio ordinatore della Comunità è quello di un’economia di mercato aperta e in libera concorrenza, in conformità del quale la Comunità è vincolata a perseguire tra l’altro i fini di uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche e dei sistemi di protezione sociale; secondo la Corte, *“i principi comunitari del mercato e della concorrenza [...] non sono*

della sentenza 282/2002 della Corte costituzionale) e 26 luglio 2002, n. 407 (in Giur. cost. 2002, 2940, con nota di F.S. MARINI, La Corte costituzionale nel labirinto delle materie «trasversali»: dalla sentenza n. 282 alla n. 407 del 2002). Nella motivazione della pronuncia 282/2002 la Corte, in relazione alla clausola di cui all’art. 117, comma 2°, lett. m) (livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali) ha espressamente chiarito che: “non si tratta di una «materia» in senso stretto, ma di una competenza del legislatore statale idonea ad investire tutte le materie, rispetto alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull’intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionale.”

svincolati da un'idea di sviluppo economico-sociale e sarebbe errato affermare che siano estranei alle istituzioni pubbliche compiti di intervento sul mercato.

La sentenza n. 14 è intervenuta a valle di un acceso dibattito dottrinario circa la corretta interpretazione da attribuire alla clausola “tutela della concorrenza”. La concordia di vedute, infatti, si limita esclusivamente alla certezza che essa rappresenti una materia-non materia, una finalità o meglio un valore al quale tendere. Molto controverso è, invece, il contenuto di tale clausola, in altre parole l'identificazione di ciò cui il legislatore costituzionale intendeva riferirsi. La necessità di chiarire tale aspetto è evidente in quanto esso rappresenta l'ambito, ma anche il limite, per l'intervento del legislatore statale nelle materie non affidate alla sua competenza ma sulle quali, proprio in ragione di tale potere di intervento trasversale, ugualmente incide.

Secondo una parte della dottrina²⁵⁴ per “*tutela della concorrenza*” si deve intendere l'insieme delle regole e dei principi antitrust così come previsti e disciplinati dalla legge 287/1990. Si tratterebbe di un riferimento limitato esclusivamente alla normazione diretta ad evitare le intese restrittive, gli abusi di posizione dominante e le concentrazioni senza coinvolgere in alcun modo gli aspetti di regolazione concernenti settori sensibili.

Diversamente ritiene un'altra dottrina che considera artificiosa la distinzione appena operata poiché, in entrambi i casi, obiettivo del legislatore è la tutela della concorrenza²⁵⁵. Altra dottrina²⁵⁶, invece, ha affrontato il tema partendo dall'obiettivo di fondo della riforma costituzionale del 2001 consistente nel “decongestionare il centro”. Sulla base di questa premessa non “*pare metodologicamente corretto voler a tutti i costi estendere la portata delle clausole di attribuzione di competenza legislativa allo Stato*”.

L'opzione ermeneutica più corretta in ordine all'art. 117, comma 2°, lett. e), sembra quindi quella più semplice in base alla quale “*spetta allo Stato dettare la legge generale*

²⁵⁴ L. CASSETTI, *Potestà legislativa esclusiva e tutela della concorrenza*, in *www.Federalismi.it*, 2004.

²⁵⁵ L. AMMANNATI, *Concorrenza e regolazione tra Stato e Regioni*, in *www.unifi.it*, 2003.

²⁵⁶ R. CARANTA, *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del titolo V della Costituzione (nota a Corte cost., n. 14/2002)*, in *Le Regioni*, pag. 4, 2004.

sulla tutela della concorrenza tra gli operatori economici che operano, o vorrebbero operare, nel mercato investendo tra l'altro di specifici poteri un'autorità amministrativa". In questo modo la materia della tutela della concorrenza verrebbe ad avere un ambito ben delineato e perderebbe i caratteri di competenza trasversale. Il legislatore statale, quindi, sarebbe sì, il depositario esclusivo di tale competenza ma nei limiti certi degli istituti in essa rientranti. Questa ricostruzione è stata condivisa da una precedente sentenza della Corte che ha affrontato in maniera esplicita il tema indicando, nella tutela della concorrenza, una particolare materia caratterizzata da istituti e procedure tipici²⁵⁷.

Completamente diverso è l'approccio della Corte nella sentenza n. 14 nella quale veniva chiamata a verificare la legittimità costituzionale di numerose disposizioni della legge finanziaria per il 2002²⁵⁸ rispetto alle quali, come la stessa Corte ha premesso, si poneva *“la questione cruciale del rapporto tra le politiche statali di sostegno del mercato e le competenze legislative delle Regioni nel nuovo Titolo V, Parte II, della Costituzione”*.

Nell'impostare la decisione i supremi giudici hanno avuto come obiettivo quello di rispondere all'interrogativo se *“lo Stato, nell'orientare la propria azione allo sviluppo economico, disponga ancora di strumenti di intervento diretto sul mercato, o se, al contrario, le sue funzioni in materia si esauriscano nel promuovere e assecondare*

²⁵⁷ Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 6. La Corte, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della legge 55/2002 in tema di realizzazione o potenziamento di impianti di produzione dell'energia elettrica, sconfessa la pretesa che tale legislazione possa essere riconducibile alla *“tutela della concorrenza”* di cui all'art. 117, comma 2°, lettera e), Cost., *“dal momento che la disciplina in questione non è affatto caratterizzata dagli istituti e dalle procedure tipiche di questa particolare materia”* riconoscendo quindi che la materia *“tutela della concorrenza”*, sia appunto caratterizzata da istituti e procedure tipici.

²⁵⁸ Della legge 28 dicembre 2001, n. 448 si contestava la legittimità costituzionale delle norme relative alle misure di sostegno destinate al fondo di mutualità e solidarietà per i rischi in agricoltura di cui all'articolo 52, comma 83°, di quelle concernenti i contributi per i settori produttivi del tessile, dell'abbigliamento e calzaturiero di cui all'art. 59, quelle in materia di agevolazioni per le aree svantaggiate di cui all'art. 60, comma 1°, lettera d), ed in fine quelle disciplinanti il finanziamento di patti territoriali ed accordi di programma per il settore agroalimentare e la pesca contenuti nell'art. 67, in riferimento agli articoli 117, 118 e 119 della Costituzione, nonché al principio di leale collaborazione.

l'attività delle autonomie". La pronuncia, quindi, riconducendo gli interventi in parola alla generale categoria degli "aiuti di stato" ha focalizzato il suo esame sull'estensione delle competenze legislative dello Stato in materia di tutela della concorrenza. A tale proposito la Corte ha affermato che gli aiuti di Stato²⁵⁹, accanto agli interventi regolativi, alla disciplina *antitrust* ed alle misure destinate a promuovere un mercato aperto e in libera concorrenza, rappresentano i diversi aspetti sui quali può incidere lo Stato esercitando la potestà di cui all'art. 117, comma 2°, lettera e).

Secondo la Corte, il fatto che tale voce comprenda assieme alla tutela della concorrenza, la moneta, la tutela del risparmio e dei mercati finanziari, il sistema valutario, i sistemi tributario e contabile dello Stato, la perequazione delle risorse finanziarie, *"rende palese che quest'ultima costituisce una delle leve della politica economica statale e pertanto non può essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia d'interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell'accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali"*.

La Corte però si è preoccupata anche di puntualizzare che una eccessiva dilatazione di tale materia, che definisce come *"una funzione esercitabile sui più diversi oggetti"*, provocherebbe una distorsione del sistema di riparto dell'art. 117 Cost., in base al quale sono invece le Regioni che devono disciplinare quegli strumenti che pur incidendo sullo sviluppo economico della realtà regionale non rappresentano interventi macroeconomici ma sono solo diretti alla realtà produttiva locale.

²⁵⁹ Chiarisce infatti la Corte che poiché i principi comunitari del mercato e della concorrenza non sono svincolati da un'idea di sviluppo economico-sociale si deve dedurre che le istituzioni pubbliche ben possono intervenire sul mercato al fine di perseguire tale sviluppo. La sentenza in particolare puntualizza che "se è vero che sono incompatibili con il mercato comune gli aiuti pubblici, sotto qualsiasi forma concessi, che falsino o minaccino di falsare la concorrenza, è altrettanto vero che le deroghe ai divieti di aiuti, regolate in principio dall'art. 87, paragrafi 2 e 3, del Trattato CE, sono a loro volta funzionali alla promozione di un mercato competitivo. Esse sono guardate con favore ed anzi propiziate dalla stessa Comunità quando appaiono orientate ad assecondare lo sviluppo economico e a promuovere la coesione sociale.

La Corte, per risolvere questo contrasto, indica nel “criterio sistematico” il mezzo per valutare l’estensibilità di tale competenza statale. Le competenze previste dalla lettera e) rappresenterebbero, infatti, tutte degli “strumenti di politica economica che attengono allo sviluppo dell’intero Paese strumenti che, in definitiva, esprimono un carattere unitario e risultano tutti finalizzati ad equilibrare il volume di risorse finanziarie inserite nel circuito economico”. Con questa chiave di lettura si giunge a considerare costituzionalmente legittimi “solo” quegli interventi che abbiano una rilevanza macroeconomica tale da incidere sull’equilibrio economico generale.

La sentenza della Corte è stata duramente criticata in sede dottrina. È stato contestato l’intero impianto teorico sul quale la pronuncia si basa in ragione della pregiudiziale considerazione che le disposizioni comunitarie che la Corte richiama, lungi dall’essere idonee a fondare delle competenze in capo agli Stati, sono all’opposto volte a limitare o al più ad indirizzare l’esercizio di competenze.

Nella stessa ottica si pone altra dottrina²⁶⁰ che evidenzia come il riferimento alla normativa europea sugli aiuti di Stato non è per nulla coincidente con la tutela della concorrenza ma piuttosto ne costituisce una deroga.

La citata dottrina rifiuta l’accettabilità di una ricostruzione che, fondandosi su un’interpretazione sbagliata della tutela della concorrenza²⁶¹ “giunge ad individuare una sorta di altra e diversa materia trasversale, a contenuto potenzialmente indeterminato e in grado di penetrare, attraverso gli interventi a carattere macroeconomico e ad ambito territoriale nazionale, in tutti i settori riservati alla competenza concorrente o residuale delle Regioni”. Alla luce di quanto esposto, appare chiaro che l’interpretazione che la Corte ha fornito della clausola prevista dall’art. 117 comma 2°, lett. e) non può essere

²⁶⁰ F. PIZZETTI, *Guardare a Bruxelles per ritrovarsi a Roma? Osservazione a Corte cost. sentenza n. 14 del 2004*, in *Le Regioni*, pag. 4, 2004.

²⁶¹ F. PIZZETTI, *Guardare a Bruxelles per ritrovarsi a Roma?*, cit., afferma che la lettura della Corte della clausola “tutela della concorrenza” “va ben al di là della tutela della concorrenza correttamente intesa sia alla luce di una lettura restrittiva e sostanziale del dato comunitario che sulla base di una ricostruzione del quadro ordinamentale interno, così come ricavabile dalla normativa costituzionale dell’art. 41 Cost. e dalla legislazione italiana relativa all’autorità per la concorrenza”.

condivisa essendo sostanzialmente fondata su un'errata interpretazione dei parametri (diritto comunitario) che essa stessa prende a riferimento. Obiettivo della Corte era quello di giustificare l'intervento del legislatore statale riconducendolo ad un ulteriore "mezzo di penetrazione delle competenze regionali" rappresentato dalla clausola "tutela della concorrenza".

6.3 L'APPLICAZIONE DELLA COMPETENZA STATALE IN MATERIA DI CONCORRENZA ALLA NORMATIVA SUI SERVIZI PUBBLICI LOCALI (sentenza 272/2004)

La sentenza 27 luglio 2004, n. 272, è stata pronunciata proprio per 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 regionale²⁶². La Corte è intervenuta in materia di servizi pubblici locali, cercando di trovare un fondamento al proprio intervento derivante dalla mancata inclusione della materia dei servizi pubblici locali tra quelle spettanti alla legislazione esclusiva statale.

In particolare, nel ricorso che ha promosso le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 14, la Regione Toscana sosteneva che le disposizioni impugnate, che hanno introdotto una disciplina dettagliata ed autoapplicativa dei servizi pubblici locali sia di rilevanza economica sia di privi di rilevanza economica, sarebbero prive di fondamento costituzionale, non potendo questo essere rinvenuto in nessuna delle materie di competenza legislativa esclusiva dello Stato previste dall'art. 117, comma 2°, Cost., né in particolare in quella relativa alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili o sociali, di cui alla lett. *m*), né in quella relativa alle funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane, di cui alla lett. *p*) dello stesso articolo. Inoltre, ad avviso della ricorrente, neppure sarebbe invocabile la competenza statale in materia di tutela della concorrenza di cui alla lett. *e*), del secondo comma

²⁶² Contro la disciplina dei servizi pubblici locali, come incisa prima dall'art. 35 della l. 448/2002 e poi dal decreto legge n. 269 del 2003, convertito, con modificazioni, nella legge n. 326 del 2003, sono stati promossi numerosi ricorsi da parte di diverse Regioni che lamentavano la lesione, da parte del legislatore statale, della loro sfera di competenza legislativa concorrente o addirittura esclusiva. Con l'ordinanza n. 274 la Corte Costituzionale ha riunito tali giudizi ed in considerazione delle successive revisioni intervenute ma, fondamentalmente, della declaratoria di illegittimità costituzionale disposta con la sentenza n. 272/2004 relativamente agli artt. 113, comma 7°, e 113-*bis*, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, quali risultano dalle modifiche apportate dallo stesso art. 35, ha dichiarato in relazione ad essi la cessazione della materia del contendere.

dell'art. 117 Cost., in quanto la disciplina dei servizi pubblici locali riguarderebbe non già la tutela della concorrenza, ma la diversa materia della promozione della concorrenza. La sentenza, ponendosi in linea di continuità con la pronuncia esaminata nel paragrafo precedente, ha respinto la tesi, proposta dalle Regioni ricorrenti, secondo la quale la “*tutela della concorrenza*” si dovrebbe intendere come competenza legislativa limitata alle ipotesi di incentivazione della concorrenza in situazioni di non concorrenzialità “per la presenza di diffuse condizioni di monopolio naturale” e non, anche, con riferimento agli interventi antitrust, sostenendo con ciò l'illegittimità di normative statali in tema di servizi pubblici locali.

La sentenza, ponendosi in linea di continuità con la pronuncia esaminata nel paragrafo precedente, stabilisce che tale disciplina deve essere agevolmente ricondotta nell'ambito della materia “*tutela della concorrenza*”, riservata dall'art. 117, secondo comma, lett. e), Cost. alla competenza legislativa esclusiva dello Stato.

Sotto tale profilo, infatti, “*non appare però condivisibile la prospettazione della Regione ricorrente, secondo cui il regime in oggetto, incidendo su situazioni di non concorrenzialità del mercato per la presenza di diffuse condizioni di monopolio naturale e riguardando interventi propriamente di promozione e non già di tutela della concorrenza, sarebbe estraneo in quanto tale all'ambito della potestà legislativa esclusiva dello stato e pertinente invece alla competenza regionale in tema di servizi pubblici locali*”.

Riprendendo le argomentazioni già espresse nella sentenza n. 14 del 2004, in tema di aiuti di stato, la tutela della concorrenza “*non può, infatti, essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell'accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali*”.

Di conseguenza, l'ambito di applicazione della materia in questione non si limita ai profili strettamente attinenti alla tutela della concorrenza (in sé comprensiva di interventi regolativi e disciplina antitrust), ma ricomprende anche quelli indirizzati a promuovere

un mercato aperto e in libera concorrenza. Sulla base di queste osservazioni, l'art. 14 decreto legge n. 263 del 2003, può essere considerato una “*norma-principio*” della materia, nel senso cioè che il titolo di legittimazione dell'intervento statale in oggetto è fondato sulla tutela della concorrenza, di cui all'art. 117, comma 2°, lett. e) e che la disciplina contiene un quadro di principi nei confronti di regolazioni settoriali di fonte regionale.

Con la conseguenza da un lato, che il titolo di legittimazione statale è riferibile solo alle disposizioni di carattere generale che disciplinano le modalità di gestione e l'affidamento dei servizi pubblici di rilevanza economica e dall'altro che solo le predette disposizioni non possono essere derogate da norme regionali.

Sulla base di tale premessa la Corte, ritenendo che la tutela della concorrenza riguardi nel loro complesso i rapporti concorrenziali sul mercato e non escluda perciò anche interventi promozionali dello Stato, ha respinto la tesi di una pretesa distinzione di competenze legislative tra Stato e Regioni in ordine rispettivamente a misure di “tutela” (Stato) e a misure di “promozione” (Regioni) della concorrenza, dal momento che la configurazione della tutela della concorrenza ha una portata così ampia da legittimare interventi dello Stato volti sia a promuovere, sia a proteggere l'assetto concorrenziale del mercato.

La Corte quindi ritiene costituzionalmente legittime tutte quelle norme impugnate 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 Corte rileva per converso che se è vero che non spetta alla sua autorità valutare in concreto la rilevanza degli effetti economici derivanti dalle singole previsioni di interventi statali in materia e stabilire se una determinata regolazione abbia effetti così importanti sull'economia di mercato, da postulare misure di tutela della concorrenza, tali da trascendere l'ambito regionale, è tuttavia anche vero che essa deve verificare che i vari “strumenti di intervento siano disposti in una relazione ragionevole e proporzionata

rispetto agli obiettivi attesi” (sentenza n. 14 del 2004)²⁶³. La Corte, dunque, dichiara la illegittimità costituzionale della norma e, in via consequenziale anche dell’art. 113, comma 7°, limitatamente al secondo e al terzo periodo del testo risultante dalle modifiche apportate dall’art. 35, comma 1°, della legge n. 448 del 2001.

Quanto alla disciplina dei servizi pubblici privi di rilevanza economica, la Corte, rilevato che la tutela della concorrenza e l’inderogabilità della disciplina da parte di norme regionali sono evocate dalle stesse disposizioni censurate solo con riferimento ai servizi di rilevanza economica, opera una profonda distinzione tra il regime cui sono soggetti i primi e quello dei servizi privi di rilevanza economica.

Questi ultimi che, secondo il noto orientamento emerso in sede comunitaria sono individuati dalla presenza di determinati requisiti (quali l’assenza di uno scopo precipuamente lucrativo, dalla mancata assunzione dei rischi connessi a tale attività ed anche dall’eventuale finanziamento pubblico dell’attività in questione), esulano dalla competenza statale in materia di tutela della concorrenza, in quanto in riferimento ad essi non esiste un mercato concorrenziale²⁶⁴ e possono, dunque, essere oggetto di una

²⁶³ Ad avviso della Corte il criterio della proporzionalità e dell’adeguatezza appare essenziale per definire l’ambito di operatività della competenza legislativa statale attinente alla “tutela della concorrenza” e conseguentemente la legittimità dei relativi interventi statali. *“Trattandosi infatti di una cosiddetta materia-funzione, riservata alla competenza esclusiva dello Stato, la quale non ha un’estensione rigorosamente circoscritta e determinata, ma, per così dire, “trasversale” (cfr. sentenza n. 407 del 2002), poiché si intreccia inestricabilmente con una pluralità di altri interessi – alcuni dei quali rientranti nella sfera di competenza concorrente o residuale delle Regioni – connessi allo sviluppo economico-produttivo del Paese, è evidente la necessità di basarsi sul criterio di proporzionalità-adequazione al fine di valutare, nelle diverse ipotesi, se la tutela della concorrenza legittimi o meno determinati interventi legislativi dello Stato”.*

²⁶⁴ La Commissione europea, nel “Libro Verde sui servizi di interesse generale” (COM-2003-270) del 21 maggio 2003, ha affermato 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”. Secondo la costante giurisprudenza comunitaria spetta infatti 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 (Corte di giustizia CE, sentenza 22 maggio 2003, causa 18/2001). Per i servizi locali, quindi, che, in relazione al soggetto erogatore, ai caratteri ed alle modalità della prestazione, ai destinatari, appaiono privi di “rilevanza economica”, ci sarà dunque spazio per una specifica ed adeguata disciplina di fonte regionale ed anche locale.

specificata ed adeguata disciplina di fonte regionale e anche locale. In particolare, secondo la Corte la disciplina dei servizi pubblici privi di rilevanza economica non può certamente essere riferita alla tutela della concorrenza e quindi questa si configura come illegittima compressione dell'autonomia regionale e locale. Da qui la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2°, e in via consequenziale dell'art. 113-*bis* del d.lgs. n. 267 del 2000.

La pronuncia della Corte Costituzionale solleva due distinte problematiche. Con riferimento ai servizi che assumono rilevanza economica, ci si chiede quali limiti incontri il potere legislativo della regione e, quindi, che tipo d'intervento sia consentito ad essa nel nuovo quadro costituzionale. L'abrogazione dell'art. 113-*bis* induce, invece, a domandarsi secondo quali forme organizzative gli Enti locali potranno provvedere alla gestione di tali servizi.

6.4 LA TRASVERSALITA' DELLA MATERIA "TUTELA DELLA CONCORRENZA" IN TEMA DI SERVIZI PUBBLICI LOCALI

(sentenza 29/2006)

La Corte Costituzionale è infine tornata ad occuparsi del tema della tutela della concorrenza verificando la legittimità costituzionale di una legge regionale recante norme in tema servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Nella pronuncia del 23 gennaio 2006, n. 29 la Consulta si è pronunciata sul giudizio di legittimità costituzionale della legge della Regione Abruzzo 5 agosto 2004, n. 23 (Norme sui servizi pubblici locali a rilevanza economica) con riguardo agli artt. 4, comma 4°, e 7, comma 1°, lettera *b*), e comma 4,° lettere *b*), *d*), *f*) e *g*).

Nel giudicare le due questioni sottoposte alla sua attenzione la Corte, richiamando quanto affermato nella sentenza 272/2004, ha individuato, quale parametro da utilizzare per valutare l'eventuale lesione della competenza legislativa esclusiva ex art. 117, comma 2°, lett. *e*), le previsioni dell'art. 113 del D.lgs. n. 267 del 2000, sulla base della considerazione che i precetti in esso contenuti, in materia di 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"*.

La Suprema Corte ha, infatti, ricordato che le disposizioni in parola rappresentano *"norme-principio della materia, alla cui luce è possibile interpretare il complesso delle disposizioni in esame nonché il rapporto con le altre normative di settore, nel senso cioè che il titolo di legittimazione dell'intervento statale in oggetto è fondato sulla tutela della concorrenza, di cui all'art. 117, 2° comma, lettera *e*), della Costituzione, e che la disciplina stessa contiene un quadro di principi nei confronti di regolazioni settoriali di fonte regionale"*.

Riguardo alla prima norma impugnata²⁶⁵ la Corte ha negato la fondatezza della questione asserendo che il legislatore regionale si fosse sostanzialmente limitato ad

²⁶⁵ L'art. 4, comma 4°, stabilisce che le società a capitale interamente pubblico – alle quali gli enti locali abbiano conferito la proprietà delle reti, degli impianti, delle dotazioni patrimoniali e dei beni essenziali

integrare la disciplina statale non avendo, infatti, il legislatore statale, né specificamente previsto la possibilità, per le società a capitale interamente pubblico (alle quali gli Enti locali abbiano conferito la proprietà delle reti, degli impianti, delle dotazioni patrimoniali e dei beni essenziali all'espletamento di un servizio pubblico locale) nonché per le società controllate e collegate con le medesime, di partecipare alle gare per l'affidamento della gestione del servizio; né, avendo per converso, escluso in modo espresso tale possibilità.

“In tale situazione” ha chiarito la Corte “versandosi pur sempre in materia riservata alla competenza residuale delle Regioni, nel silenzio della legislazione statale al riguardo, può ritenersi ammissibile che queste ultime, esercitando la loro discrezionalità legislativa, integrino la disciplina dettata dallo Stato, prevedendo il divieto per le società proprietarie delle reti di partecipare alle gare in questione”.

La Consulta ha seguito lo stesso *modus procedendi* riguardo allo scrutinio della conformità costituzionale dell'art. 7, comma 4°, lett. b, Legge Regionale 23/2204, che è stato, invece, ritenuto illegittimo²⁶⁶. In questo caso sono state assunte, quale parametro di riferimento, le previsioni transitorie di cui al comma 6° dell'art. 113 TUEL sulla base del richiamo alla pronuncia 272/2004 nella quale si afferma che *“allo scopo di salvaguardare le esigenze della concorrenza, operano non solo le disposizioni previste a regime sulle modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali, ma anche le relative disposizioni aventi carattere soltanto transitorio”.*

Appare evidente il senso della pronuncia in parola che conferma, elevandolo a principio indiscusso, l'assunto secondo il quale alla potestà legislativa esclusiva dello

all'espletamento di un servizio pubblico locale – nonché le società controllate e collegate con le medesime, non sono ammesse a partecipare alle gare (ad evidenza pubblica) indette per la scelta del soggetto gestore del servizio, ovvero per la scelta del socio privato delle società a capitale misto, gare disciplinate dall'art. 113, comma 5, del citato D.lgs. n. 267 del 2000.

²⁶⁶ L'art. 7, comma 4°, nel vietare alle società a capitale interamente pubblico, già affidatarie in via diretta della gestione di un servizio pubblico, di partecipare alle gare ad evidenza pubblica per la scelta del soggetto gestore del servizio, contrasta con le disposizioni contenute nell'art. 113 (segnatamente nel comma 15-*quater*) del D.lgs. n. 267 del 2000 e, dunque, con il parametro costituzionale dell'art. 117, secondo comma, lettera e) della Costituzione.

Stato nella materia “tutela della concorrenza”, devono essere ricondotte le disposizioni statali di principio contenute nell’art. 113 del D.lgs. n. 267 del 2000, in quanto le medesime, pur incidendo sulla materia dei servizi pubblici locali, che appartiene alla competenza residuale delle Regioni, disciplinano l’affidamento della gestione dei servizi pubblici locali, di rilevanza economica, secondo un sistema teso a salvaguardare la concorrenzialità del mercato.

6.5 LA “TUTELA DELLA CONCORRENZA” NEL QUADRO DELLA COSTITUZIONE RIFORMATA

E' stato efficacemente evidenziato che le disposizioni del titolo V riformato hanno notevolmente inciso sul diritto costituzionale dell'economia attraverso l'utilizzazione di termini (ad es. sviluppo economico, unità economica, tutela del risparmio e dei mercati finanziari) che si riferiscono a concetti e parametri di natura economica arricchendo il dettato costituzionale prima limitato ai soli principi espressi dagli artt. 41 e ss.²⁶⁷.

Si tratta a questo punto di stabilire se tali riferimenti, ed in particolare quello della “tutela della concorrenza”, rappresentano solo ambiti di ripartizione delle competenze legislative ovvero se la riforma del sistema di distribuzione delle attribuzioni legislative abbia determinato l'emersione, a livello costituzionale, di valori che non sono contemplati dalla prima parte della Costituzione perché figli di un'epoca diversa ma che, non di meno, rappresentano principi del diritto vivente dotati anch'essi di rango costituzionale.

L'interrogativo è in realtà di difficile soluzione se solo si considera che la risposta in un senso o nell'altro determina ricadute sull'intero sistema costituzionale. In ragione di tale difficoltà appare necessario premettere un'analisi delle teorie relative alla copertura costituzionale dei principi della concorrenza prima della riforma del titolo V, considerato che esse rappresentano, come si vedrà, i presupposti teorico-ideologici di questa nuova normazione.

Al fine di ottenere un quadro di analisi chiaro occorre anche verificare l'evoluzione dell'integrazione tra diritto interno e diritto comunitario perché, anche in questa direzione, è possibile verificare che la forza delle cose spesso anticipa e travalica il suo inquadramento teorico. Procedendo con il primo tema si ricorda che la necessità di

²⁶⁷ Per una rilettura dell'art. 41 cost, cfr. G. DI GASPARO, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, CEDAM, Padova, 2003, pp. 84 ss.

individuare il fondamento costituzionale del principio di libera concorrenza²⁶⁸ è stato avvertito in primis dalla dottrina industriale e commerciale e solo successivamente da quella costituzionale²⁶⁹. Il principio di libera concorrenza viene storicamente ancorato alla Costituzione repubblicana con riferimento all'art. 41 in relazione al quale sono state prospettate, però, ricostruzioni diverse.

Secondo alcuni autori²⁷⁰ il fulcro dogmatico della disposizione risiede nell'affermazione della libertà di iniziativa economica privata che rappresenta la libertà del singolo di entrare in un qualsiasi mercato e di competere con gli altri operatori, nel rispetto, appunto, delle regole concorrenziali che rappresentano una garanzia nei confronti degli altri soggetti e dello Stato stesso, tenuto ad astenersi da qualsiasi compressione di tale libertà se non nelle ipotesi tassativamente previste dal comma dell'art. 41.

Si segnala in particolare la tesi di autorevole dottrina²⁷¹ secondo la quale dall'ottica microeconomica di libera concorrenza come libertà del singolo all'iniziativa economica privata occorre operare un'astrazione con riguardo ai riflessi che essa produce sulle relazioni macroeconomiche, verificando come la tutela della concorrenza divenga elemento caratterizzante e fondante della garanzia del libero mercato.

²⁶⁸ Di estraneità dell'economia di mercato e del principio di concorrenza alla cultura dell'Assemblea costituente parla L. BUFFONI, *La "tutela della concorrenza" dopo la riforma del Titolo V: il fondamento costituzionale ed il riparto di competenze legislative*, in *Le istit. Del fed.*, 2, 2003, 350, la quale riprende le parole di G. AMATO, che evidenziò come l'Assemblea "Del mercato diffida nel momento stesso in cui lo difende; e lo difende essendo in buona parte insensibile a buona parte delle ragioni per cui è giusto e merita farlo" così G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 992, 1. Per una ricostruzione del dibattito in sede costituente si veda da ultimo M. GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza*, in *Dir. e soc.*, al quale si rimanda per la diffusa bibliografia sul tema.

²⁶⁹ Sul ritardo dei costituzionalisti M. GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza*, cit., 503 nonché L. BUFFONI, *La "tutela della concorrenza" dopo la riforma del Titolo V: il fondamento costituzionale ed il riparto di competenze legislative*, cit., 367.

²⁷⁰ G. FERRI, voce *Concorrenza*, in *Enc. Dir.*, VIII, 1961, 352; V. DONATIVI, *Concorrenza e mercato nel prisma dell'ordinamento giuridico: appunti per una ricostruzione storica*, in *Riv. dir. ind.*, 1992, 3-4, 335 ss.; A. PACE, *L'iniziativa economica privata come diritto di libertà: implicazioni teoriche e pratiche*, in *Giur. cost.*, 1979, 1629.

²⁷¹ G. GHIDINI, *Slealtà della concorrenza e costituzione economica*, Padova, 1978, 88; ID., *Monopolio e concorrenza*, in *Enc. dir.*, Vol. XXVI, Milano, 1976.

In questo modo la previsione costituzionale a tutela dell'iniziativa economica privata diviene strumento di riconoscimento del mercato al cui rispetto è vincolato il legislatore. Viene tuttavia evidenziato che l'art. 41 Cost. opera un'affermazione di principio della concorrenza ma non predispone alcuno strumento diretto a impedire e/o a reprimere eventuali concentrazioni. Sulla base di questa considerazione la citata dottrina deduce l'impossibilità di riconoscere nella trama costituzionale una espressa condanna del monopolio²⁷².

Questa considerazione conduce a concludere che nella Costituzione più che una vera garanzia è indicata una direttiva contro il rovesciamento della struttura economica del mercato. Proprio tale ricostruzione, come si vedrà, consente di argomentare, dopo la riforma del 2001, la possibilità di riconoscere una positiva affermazione della concorrenza come valore costituzionale. Altro filone dottrinario²⁷³, concentrando la sua attenzione sul limite dell'utilità sociale posto dal comma 2° dell'art. 41 alla libertà di iniziativa economica, fonda su quest'ultimo l'ancoraggio costituzionale del principio di libera concorrenza.

Sulla base della considerazione che la libertà di iniziativa economica non postula il mantenimento di un regime di concorrenza, ma che, anzi, le imprese tendono, nell'esercizio della loro libera iniziativa, a raggiungere una sempre maggiore affermazione che si traduce nel progressivo restringimento del mercato, tale orientamento individua nella concorrenza il mezzo per conciliare e risolvere conflitti tra

²⁷² Si sottolinea in proposito il ruolo dell'art. 43 che, oltre ad affermare la possibilità per lo Stato di operare pubblicizzazioni di imprese private, contiene implicitamente un riconoscimento della possibilità (e legittimità) di costituzione di monopoli privati raggiunti per naturale espansione dell'impresa (e non naturalmente tramite operazioni di concentrazione) e relativi ad attività che non rivestano il carattere di preminente interesse generale. Viene in proposito ricordato che anche l'ordinamento comunitario non prevede alcuna condanna aprioristica delle situazioni di oligopolio o monopolio che siano il frutto di una naturale espansione delle imprese sul mercato. Aggiunge a tal proposito G. DI GASPARE G, che quando vi sia un obiettivo ed evidente contrasto fra l'utilità individuale e quella sociale il legislatore è tenuto a limitare ove non addirittura ad escludere l'iniziativa economica; esemplificazione di un tale contrasto che conduce alla esclusione dell'iniziativa economica sarebbe proprio la riserva di attività economiche ex art. 43 cost.

²⁷³ F. GALGANO, *Rapporti economici – Art. 41, 44*, in G. BRANCA, a cura di *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1982.

le diverse libertà di iniziativa economica in contrasto tra loro. In quest'ottica il riferimento costituzionale sarebbe quindi da individuare nel canone dell'utilità sociale²⁷⁴ che porterebbe a configurare la concorrenza come un mezzo per vincolare l'operato delle singole iniziative economiche all'interesse generale.

E' stato da più parti evidenziato²⁷⁵ come gli studiosi del diritto costituzionale in principio lontani dall'idea di operare studi sistematici nei confronti di un "valore", quello della concorrenza, al quale non si riconosceva tale dignità, si siano poi riavvicinati al tema con rinnovato interesse all'indomani dell'emanazione della legge antitrust. Con l'introduzione di tale normativa, infatti, si è operata una definitiva adesione al principio della concorrenza ed il suo riconoscimento come condizione necessaria per la realizzazione di un unico libero mercato europeo. Anche in relazione agli approfondimenti degli studiosi di diritto costituzionale si possono individuare due correnti di pensiero corrispondenti a quelle della dottrina commercialistica.

Secondo alcuni autori²⁷⁶, infatti, l'ancoraggio costituzionale del principio di concorrenza deve essere ricondotto, con diverse ricostruzioni, alla clausola dell'utilità sociale, di cui al comma 2°, nonché in quella dei fini sociali del comma 3° dell'art. 41 Cost. facendo leva sul principio per il quale con un corretto funzionamento del mercato si garantiscono la produttività, l'efficienza, il livello quantitativo e qualitativo dei

²⁷⁴ Sul punto si veda L. BUFFONI, op. cit., 356, la quale operando una sintesi tra le diverse opinioni circa la natura degli interessi riconducibili nella nozione di utilità sociale (intesa come il diretto aggancio costituzionale della normativa antitrust) individua tre correnti di pensiero: "per alcuni il concetto di utilità sociale sarebbe principio riassuntivo delle garanzie costituzionali preordinate alla tutela delle posizioni più deboli, prima fra tutte quella dei consumatori; per altri la medesima clausola avrebbe una valenza prevalentemente economica, "mercaticistica", e coinciderebbe con la massimizzazione della produzione o con l'efficienza del mercato (P. BARCELLONA, *Programmazione e soggetto privato*, in *Aspetti privatistici della programmazione economica*, Milano, Giuffrè, 1971, p. 101 ss.; L. MICCO, *Lavoro ed utilità sociale nella Costituzione*, Torino, 1966, pp. 183, 241-2);. per altri, infine, l'utilità sociale si identificerebbe con il benessere economico collettivo, con il progresso materiale di tutti in condizioni di uguaglianza (V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, cit., p. 243; G. OPPO, *L'iniziativa economica*, cit., p. 324; A. PREDIERI, *Mercati e concorrenza: asimmetria e diseconomia nello Stato prefederativo*, in *Nuova Antologia*, 1993, fasc. 2186, p. 8;)"

²⁷⁵ G. AMATO, *Il mercato nella costituzione*, cit., 14; M. GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza*, cit..

²⁷⁶ G. BOGNETTI, *Costituzione economica e Corte costituzionale*, p. 269; M. LUCIANI, *la produzione economica privata*, 131.

prodotti a vantaggio dei consumatori ed utenti finali ed in genere dell'intero sistema. Partono invece da un angolo prospettico diverso coloro che fanno leva sulla libertà di iniziativa economica intesa in senso relazionale verticale ed orizzontale. Nel primo caso, come limite ai poteri pubblici e nel secondo a quelli privati. Secondo questa interpretazione che è stata sviluppata in diverse tesi²⁷⁷, il fondamento per la libera concorrenza come valore costituzionale sarebbe appunto da individuare nei primi due commi dell'art. 41.

Sintetizza questa opinione quella posizione²⁷⁸ che, ricordando gli indizi specifici che la Costituzione contiene per il riconoscimento del principio di libera concorrenza²⁷⁹, evidenzia come esso possa, però, ben essere limitato per tutelare "altri interessi costituzionalmente rilevanti, primi fra tutti quelli riconducibili alle ampie nozioni di libertà, sicurezza, dignità umana e utilità sociale di cui all'art. 41 comma 2° Cost.

Alla luce delle opinioni riportate appare chiaro che il tema della valenza costituzionale della concorrenza sia profondamente radicato nella coscienza giuridica e come queste opinioni rappresentino il presupposto di un intervento del legislatore costituzionale che, in continuità con esse, ha compiuto passi ulteriori giungendo alla definitiva costituzionalizzazione della concorrenza²⁸⁰. Nel ricostruire questa affermazione occorre considerare anche la nuova valenza che l'integrazione comunitaria ha assunto nel quadro della costituzione riformata. Questo perché consente di dimostrare che il principio della concorrenza oggi non ha un solo fondamento ma molteplici.

L'art. 117 comma 1° afferma la sottoposizione del legislatore statale e regionale, nell'esercizio della potestà legislativa ad essi affidata, al rispetto dei vincoli derivanti

²⁷⁷ A. PACE, *Libertà "del" mercato e "nel" mercato*, AMATO G., *Il mercato nella Costituzione*.

²⁷⁸ M. GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza*, cit., 512.

²⁷⁹ La doppia affermazione di libertà contenuta nell'art. 41 commi 1° e 2°, il principio *antimonopolistico* implicitamente ricavabile dagli artt. 41 comma 1° e 43°, il *principio di eguaglianza formale e sostanziale* sancito dall'art. 3.

²⁸⁰ Così S. CASSESE, (*L'energia elettrica nella legge costituzionale n. 3/2001*, in *Osservatorio sul federalismo*, realizzato dal sito www.federalismi.it) riferendosi all'art. 117, comma 2 lett. e); sul punto cfr. anche F. DI PORTO, *Concorrenza e intervento pubblico nell'economia*, in G. GHIDINI, a cura di *L'antitrust italiano*, Ed. Il Sole 24 Ore, Milano, 2003, p. 149.

dall'ordinamento comunitario (e dagli obblighi internazionali). Questo riconoscimento rappresenta il definitivo ingresso delle norme comunitarie al più elevato grado della scala gerarchica del sistema. Mentre, infatti, prima del 2001 la subordinazione ai principi comunitari veniva fatta discendere solo dalla clausola di apertura del nostro ordinamento dell'art. 11²⁸¹, oggi la Costituzione prevede un esplicito richiamo che rappresenta un limite espresso alle decisioni del legislatore²⁸².

Il principio della concorrenza sarebbe stato affermato anche nelle parti in cui la Costituzione si dedica a descrivere l'architettura dei valori sui quali il nostro ordinamento si fonda nel caso in cui anch'esse fossero state oggetto di revisione costituzionale. Il principio di libera concorrenza quale strumento per garantire il mercato nell'ambito di un sistema di regolazione (in grado di disciplinare il corretto esercizio della competizione tra i diversi operatori, far fronte agli eventuali fallimenti del mercato e contemporaneamente tutelare, con le necessarie eccezioni, le situazioni particolari) è riconosciuto come il mezzo migliore per ottimizzare l'efficienza del sistema nell'interesse dei consumatori finali²⁸³.

Sulla base di questo presupposto sembra difficile immaginare che vi siano riserve in relazione al sistema comunitario, che sul principio concorrenziale ha costruito la sua ragion d'essere. Tutto ciò basterebbe per affermare la valenza costituzionale della concorrenza nel nostro ordinamento. Ma c'è di più. L'art. 117 comma 2°, lett. e) affida,

²⁸¹ Per il riconoscimento del principio di concorrenza sulla base dell'art. 11 Cost. si veda: G. GUARINO, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*; P. BILANCIA, *Libertà economiche e situazioni giuridiche soggettive*, pp. 322 e 326.

²⁸² G. CORSO, (*La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*), in *Dir. pubb.*, 3, 2002, 985) infatti afferma che "le norme del trattato, in quanto costitutive dei vincoli comunitari, legano oggi il legislatore ordinario per espresso disposto della costituzione. Non è più necessario invocare le limitazioni di sovranità previste dall'art. 11 per giustificare la supremazia del diritto europeo, e in particolare, del diritto europeo della concorrenza".

²⁸³ Secondo L. BUFFONI, (*La "tutela della concorrenza" dopo la riforma del Titolo V: il fondamento costituzionale ed il riparto di competenze legislative*, cit., 365) "tale espressione è stata inserita nella parte relativa alla ripartizione delle competenze normative, al delimitato scopo di attribuire allo Stato, per evidenti esigenze di uniformità dell'ordinamento, interventi legislativi teleologicamente orientati alla tutela della libera concorrenza sull'intero mercato nazionale. Ciò che appare estremamente controvertibile e pericoloso è dedurre da tale esplicita, ma materialmente limitata, menzione una elevazione della struttura concorrenziale del mercato al rango di valore costituzionalmente garantito".

infatti, espressamente alla competenza esclusiva del legislatore statale la tutela della concorrenza. Autorevole dottrina²⁸⁴ ha chiarito l'importanza del fatto che in questa occasione si sia fatto riferimento non alla concorrenza ma alla “*tutela della concorrenza*”²⁸⁵. In questo modo, infatti, la conservazione e/o la promozione di tale valore viene identificata come fine pubblico al cui perseguimento l'ordinamento è deputato. In ragione di ciò si consente, per inequivoca previsione costituzionale, al legislatore statale di debordare in tutte le materie di competenza legislativa regionale per garantire il suo perseguimento²⁸⁶.

Ma non solo, poiché la previsione costituzionale della concorrenza come fine pubblico da tutelare comporta una scelta di principio che rende illegittime non solo le restrizioni della concorrenza operate dalle imprese (cosa che avveniva già precedentemente sulla base delle norme legislative ordinarie antitrust) ma anche quelle determinate dai pubblici poteri o conseguenti alla legge statale o regionale garanzia delle regole concorrenziali nell'ambito dei settori di interesse generale.

A meno che, infatti, non si ritenga possibile interpretare l'onere di favorire l'esercizio di attività di interesse generale da parte dei soggetti privati esclusivamente come

²⁸⁴ G. CORSO, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, cit., 991.

²⁸⁵ Cfr. G. CORSO, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, il quale specifica che: “La concorrenza è un fatto o una relazione. Ma ciò che l'art. 117, comma 2, riserva alla potestà legislativa dello Stato non è la concorrenza, ma la tutela della concorrenza. Non si tratta di un mero fatto: ma, se vogliamo, una situazione di fatto da conservare se c'è, o una situazione di fatto da promuovere o instaurare (quando non c'è). E' un valore che viene protetto non un fatto: come accade ogni qual volta il diritto assume una certa situazione di fatto come un bene da tutelare” ... “Ciò comporta che la concorrenza opererà come limite non solo della competenza legislativa regionale (...) ma anche della potestà legislativa statale: nel senso che il Parlamento dovrà trattare la concorrenza non come fatto da regolare (magari in modo restrittivo della sua portata), ma come un valore o un bene o un fine da promuovere astenendosi dalle politiche che indebitamente escludono o limitano la concorrenza”.

²⁸⁶ Sulla trasversalità della concorrenza nel nuovo ordine costituzionale si veda: L. ARNAUDO, *Costituzione e concorrenza: note a margine della recente giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2005, 391. L'Autore, tuttavia operando un confronto con un'altra materia trasversale (l'ambiente) riflette sul fatto che “l'ambiente è direttamente riconosciuto e tutelato in sé e per sé quale bene giuridico dalla Costituzione e pertanto da intendersi “generalmente valido” mentre la concorrenza è riconosciuta e tutelata quale modalità di organizzazione dell'agire economico che risponde a fini diversi da sé medesima”.

impegno a favorire l'accesso a chiunque di essi sia poi in grado di stabilirsi in modo monopolistico sul relativo mercato precludendo l'ingresso successivo ad altri soggetti, sembra doversi ritenere che l'attuazione del 4° comma dell'art. 118 presupponga la garanzia della concorrenza.

Il nostro ordinamento ha assunto nell'ordine costituzionale un valore, appunto la concorrenza, che non trova coerenza solo in ragione della sua tutela ad opera di un ordinamento (quello comunitario) sovraordinato. Con le dovute differenze si può ritenere che esso possa essere avvicinato ad altri valori costituzionali che rappresentano patrimonio proprio della Costituzione italiana anche a prescindere dalla loro tutela in ambito comunitario. Non si tratta di una puntualizzazione teorica, derivante da un interesse meramente classificatorio e priva di rilevanza pratica, poiché se è vera la premessa appena operata è possibile ritenere che la tutela della concorrenza garantita dall'ordinamento italiano assuma una veste in alcuni tratti diversa da quella comunitaria.

Così, con specifico riferimento al settore dei servizi pubblici locali è possibile chiedersi quanto la disciplina dettata dall'art. 113 comma 4° lettera c) sia realmente rispettosa della tutela della concorrenza interpretata alla luce delle norme della costituzione italiana. In realtà si tratta di un interrogativo anche più complesso.

Si tratta cioè di stabilire, riprendendo alcune riflessioni operate in dottrina circa la flessibilità dell'ordinamento comunitario proprio in relazione ai servizi pubblici locali²⁸⁷, se vi è la possibilità che un determinato sistema (appunto quello degli affidamenti in house), compatibile con i principi comunitari, non sia tuttavia pienamente conforme ai principi interni di tutela della concorrenza alla luce anche degli altri.

In altre parole se si giunge a ritenere che il libero gioco della concorrenza sia

²⁸⁷ G. SCIULLO, La procedura di affidamento dei servizi pubblici locali tra disciplina interna e principi comunitari, in *lexitalia.it*, 12, 2003. L'autore in particolare evidenzia l'emersione di "un dato spesso trascurato nel dibattito sulle forme di gestione dei servizi pubblici locali in Italia ossia che l'ordinamento comunitario risulta assai più flessibile di quanto comunemente creduto, consentendo esso, per questi servizi, sia il modello dell'esternalizzazione sia quello dell'*in house providing*, ossia del mantenimento all'interno della sfera pubblica della gestione, peraltro richiedendo che, se viene assunto il primo modello, se ne sposti fino in fondo la logica, ossia quella della pubblicità, del confronto concorrenziale, in breve del mercato.

strumento per garantire un miglior livello quantitativo e qualitativo dei servizi pubblici locali nell'interesse degli utenti finali, in armonia con quanto costituzionalmente previsto in tema di tutela della concorrenza, libertà di iniziativa economica e suo indirizzo a fini sociali, garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni, favorire della sussidiarietà orizzontale, è possibile che il legislatore possa prevedere forme di gestione che non lo assicurino solo perché il diritto comunitario non lo vieta.

6.6 I RECENTI ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI E QUADRO NORMATIVO E STORICO EUROPEO

Alla luce delle riflessioni effettuate nelle pagine precedenti ci si può allora chiedere quali prospettive è possibile delineare per la futura definizione della disciplina in materia di servizi pubblici locali. Al riguardo, interessanti indicazioni provengono da un'altra pronuncia della Corte Costituzionale di poche settimane precedenti la sentenza con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'articolo 4 del decreto legge 138/2011²⁸⁸.

Il riferimento è alla sentenza 21 marzo 2012, n. 62 con la quale la Corte si è espressa sulla legge regionale Puglia 20 giugno 2011, n. 11, che disponeva la "pubblicizzazione" della gestione del servizio idrico mediante la costituzione di una azienda pubblica regionale. Tale pronuncia sebbene adottata con riferimento a un particolare servizio pubblico locale di rilevanza economica – il servizio idrico integrato – contiene indicazioni che possono essere estese alla generalità degli altri servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Per quanto attiene alle finalità di questa indagine, assumono particolare rilievo le osservazioni del giudice costituzionale effettuate con riferimento all'art. 2, comma 1°, della citata legge regionale, al quale aveva stabilito che «...il servizio idrico integrato della Puglia è affidato a un'azienda pubblica regionale che realizza la parte prevalente della propria attività con l'ente pubblico che la controlla, anche per beneficiare delle economie di scala e di scopo e favorire una maggiore efficienza ed efficacia nell'espletamento del servizio e con l'obbligo del reinvestimento nel servizio di almeno l'80 per cento degli avanzi netti di gestione».

Ad avviso della Corte, tali disposizioni regionali risultano in contrasto con l'articolo

²⁸⁸ Tra le più significative pronunce della Corte Costituzionale che si sono occupate del riparto di competenze tra Regioni e legislatore nazionale nella definizione della disciplina dei servizi pubblici locali, vanno ricordate, oltre alle pronunce (272/2004; 325/2010; 62/2012 e 199/2010), anche le sentenze 187/2011; 307/2009; 80/2006; 29/2006.

117, 2° comma, lettere e) ed s) della Costituzione, poiché, «*la disciplina dell'affidamento della gestione del SII attiene, come più volte affermato..., alle materie tutela della concorrenza e tutela dell'ambiente, riservate alla competenza legislativa esclusiva dello Stato (ex plurimis, sentenze n. 187 del 2011; n. 128 del 2011; n. 325 del 2010; n. 142 del 2010; n. 307 del 2009; n. 246 del 2009)*».

In tale linea di ragionamento, dunque, «*la norma regionale impugnata si pone in contrasto con la suddetta normativa statale, perché – disponendo che la gestione del SII è affidata ad un'azienda pubblica regionale avente determinate caratteristiche – da un lato esclude che l'ente regionale successore delle competenze dell'AATO (ossia l'Autorità idrica pugliese) deliberi con un proprio atto le forme di gestione del SII e provveda all'aggiudicazione della gestione del servizio al soggetto affidatario e dall'altro, con disposizione che tiene luogo di un provvedimento, stabilisce essa stessa che il SII sia affidato ad un'azienda pubblica regionale, da identificarsi necessariamente nell'unica azienda pubblica regionale istituita al fine di detta gestione, cioè nell'azienda denominata “Acquedotto pugliese – AQP”, prevista dalla medesima legge reg. Puglia n. 11 del 2011 (artt. da 5 a 14)*».

In sostanza, dunque, la Corte Costituzionale ha censurato, per violazione delle prerogative esclusive del legislatore statale in materia di tutela della concorrenza e tutela dell'ambiente, non già la possibilità di adottare – in quanto tale – un modello di gestione diretta del servizio idrico integrato, né la regionalizzazione dell'Autorità d'Ambito, ma la scelta del legislatore regionale di stabilire ed *imporre*, una volta per tutte e con lo strumento della legge regionale, il modello gestionale della autoproduzione pubblica.

Le recenti pronunce della Corte 62/12 e 199/12, pur affrontando il tema della disciplina dei servizi pubblici locali alla luce di differenti parametri di legittimità costituzionale evocati nei diversi giudizi, contribuiscono a delineare un quadro nel quale, in coerenza con i principi europei, la scelta in ordine alle varie modalità di organizzazione e gestione – gestione diretta, gestione attraverso aziende speciali, *in house providing*, forme di partenariato pubblico-privato, esternalizzazione - privatizzazione mediante gara pubblica dei servizi pubblici locali di rilevanza economica

– ritorna ad essere una scelta (di tipo amministrativo) affidata alla cura degli Enti locali, istituzionalmente competenti e responsabili della prestazione di tali servizi e non effettuabile a priori, in senso più o meno *market oriented*, né dal legislatore nazionale, né da quello regionale.

Appare dunque chiaro che, nel caso in cui il legislatore nazionale sarà chiamato nuovamente ad intervenire con l'obiettivo di liberalizzare il settore e di rimuovere gli ostacoli che limitano la partecipazione di una pluralità di operatori alla erogazione di servizi pubblici locali, dovrà essere percorsa una strada alternativa rispetto a quella finora intrapresa.

L'esperienza di questi anni dimostra chiaramente come l'approccio volto ad imporre l'adozione di determinati moduli organizzativi e gestionali, da un lato, ha alimentato un continuo e crescente conflitto tra legislatore nazionale e Regioni per invadenza delle reciproche e rispettive competenze normative, dall'altro, ha finito per sovraccaricare gli Enti locali di una nutrita serie di stringenti vincoli operativi, senza riuscire a conseguire l'obiettivo di definire un assetto normativo e regolatorio stabile e capace di resistere alle turbolenze del settore e di delineare con coerenza la prospettiva della liberalizzazione ed apertura alla concorrenza dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Strappi e fughe in avanti (...e/o in dietro...) da parte del legislatore nazionale (o di quelli regionali) con interventi normativi, in alcuni casi discutibili²⁸⁹, sortiscono solo l'effetto di contribuire ad incrementare la mole dei contributi dottrinari e/o i pronunciamenti della giurisprudenza in materia, non certamente a quello di avviare finalmente un credibile percorso di riforma del settore.

In un quadro rispettoso delle autonomie delle Regioni e degli Enti locali, dovrebbe ritenersi ammissibile un intervento del legislatore statale che, oltre ad esercitare le competenze costituzionalmente riconosciute in via esclusiva ed impattanti sulla

²⁸⁹ Come la richiamata legge regionale Puglia 11/2012, censurata dalla Corte Costituzionale con sentenza 62/2012, che utilizzando un approccio diametralmente opposto a quello del legislatore nazionale, aveva imposto con legge regionale la gestione pubblica provvedendo contestualmente – con la medesima fonte – all'individuazione del soggetto gestore Acquedotto Pugliese, privando gli Enti locali responsabili dei margini di autonomia nella scelta della modalità organizzativa e gestionale più adatte alle caratteristiche tecniche, economiche, sociali e del contesto di riferimento.

disciplina dei servizi pubblici locali decida, attraverso meccanismi premiali ed incentivanti, opportunamente disegnati e calibrati, di perseguire una propria *policy* in materia di servizi pubblici locali. In tale linea di ragionamento, appare dunque auspicabile la definizione, con un intervento normativo statale, di un quadro normativo volto a favorire l'introduzione, da parte di Regioni e Enti locali, di dinamiche e pressioni competitive sempre più pronunciate, sia, quando possibile, nella forma della concorrenza *nel* mercato (liberalizzazione) che, negli altri casi, nella forma della concorrenza *per* il mercato, senza tuttavia compromettere oltremodo i margini di autonomia delle autonomie locali.

In altri termini, il futuro assetto dei servizi pubblici locali dovrà essere disegnato in modo tale da consentire al legislatore nazionale di perseguire, in considerazione di obiettivi di crescita economica generale del Paese, di aumento della competitività di alcuni settori economici e di riduzione dei costi di funzionamento e finanziamento dei servizi, l'obiettivo di realizzazione un (desiderabile) assetto liberalizzato e concorrenziale dei servizi pubblici locali utilizzando, a tal fine, tutti gli strumenti di legittima pressione su Regioni ed Enti locali, lasciandoli comunque liberi di determinarsi in modo alternativo e, dunque, di optare per formule organizzative e gestionali più o meno internalizzate di prestazione di tali servizi.

Si intravedono, ovviamente, le difficoltà ed i potenziali rischi connessi al sistema appena tratteggiato. Da un lato, impone soluzioni efficaci il non irrilevante problema della concreta definizione di un sistema che sappia effettivamente svolgere la funzione di incentivo alla adozione da parte degli Enti locali di soluzioni organizzative e gestionali coerenti con gli obiettivi previsti dal legislatore nazionale; dall'altro, la (probabile) eterogeneità delle soluzioni organizzative e gestionali concretamente adottabili a livello locale potrà verosimilmente generare alcune difformità, anche non trascurabili, in termini di livelli qualitativi, accessibilità, universalità, condizioni economiche, delle varie gestioni con intuibili effetti sui livelli delle prestazioni erogate nei vari contesti locali.

Il rischio esiste e, di per sé, non è eliminabile. Si può, però, tentare di gestirlo:

Regioni ed Enti locali, posto il rispetto del quadro ordinamentale europeo, potrebbero scegliere in autonomia un assetto organizzativo e gestionale dei servizi pubblici locali difforme dai desiderata del legislatore statale, ma dovranno assumersene la responsabilità, in termini di reperimento e gestione delle risorse economiche necessarie, anche nel rispetto del Patto di stabilità. La strada da percorrere è quella che porta a coniugare necessariamente autonomia e libertà da un lato, con la responsabilità delle decisioni assunte dall'altro²⁹⁰.

In un quadro di autonomia e libertà responsabile, nel caso di conclamata inadeguatezza dei risultati economici-gestionali e dei livelli qualitativi delle prestazioni e di inefficacia degli ordinari meccanismi sanzionatori, anche di natura politico-elettorale, ad evitare che le amministrazioni pubbliche locali "abusino" irresponsabilmente dell'autonomia loro riconosciuta, potrebbe prevedersi, opportunamente disegnato e calibrato dal punto di vista sostanziale e procedurale, l'intervento sostitutivo del Governo ex articolo 120 della Costituzione, pienamente giustificato ed anzi doveroso quando è diretto ad assicurare la "tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali da garantirsi in modo unitario su tutto il territorio nazionale".

²⁹⁰ Anche alla luce della attuazione dell'autonomia finanziaria di cui all'articolo 119 della Costituzione. Sul tema di vedano: P. GIARDA, *Le regole del federalismo fiscale nell'articolo 119: un economista di fronte alla nuova Costituzione*, in *Le Regioni*, 6/2001, pp. 1425-1484; G. PITRUZZELLA, *Problemi e pericoli del "federalismo fiscale" in Italia*, in *Le Regioni* 5/2002, pp. 977-988; G. DELLA CANANEA, *Autonomie e perequazione nell'art. 119 della costituzione*, in *Istituzioni del Federalismo*, 1/2005, pp.127-142; G. FALCON, *Che cosa attendersi, e che cosa non attendersi, dal federalismo fiscale*, in *Le Regioni* n. 4-5/2008, pp. 765-770; S. GAMBINO, *Autonomia, asimmetria e principio di eguaglianza: limiti costituzionali al federalismo fiscale*, in *Politica del diritto* n. 1/2009, pp. 3-44; V. NICOTRA, F. PIZZETTI, S. SCOZZESE, a cura di *Il federalismo fiscale*, Donzelli, Roma, 2009; G.C. DE MARTIN, *Le funzioni amministrative delle Regioni e degli enti locali dopo la legge n. 42/09*, in *Amministrare* n. 3/2010, pp. 485-494; A. DE PETRIS, (a cura di), *Federalismo fiscale 'learning by doing': modelli comparati di raccolta e distribuzione del gettito tra centro e periferia*, Cedam, Padova, 2010; RIVOSECCHI G., *Il federalismo fiscale tra giurisprudenza costituzionale e legge n. 42/2009, ovvero: del mancato coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario*, in *Rivista di diritto tributario*, n. 1/2010, pp. 49-60; M. CLARICH, *Federalismo fiscale e federalismo amministrativo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1/2012, pp. 105-111.

BIBLIOGRAFIA

- ALBERTI, C. Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione, in Riv. It. Dir. pubbl. com., 2001, 520;
- AMATO, G. Il mercato nella Costituzione, in Quad. cost., 992, 1.
- AMMANNATI, L. Concorrenza e regolazione tra Stato e Regioni , in www.unifi.it, 2003.
- BARCELLONA, P. Programmazione e soggetto privato, in *Aspetti privatistici della programmazione economica*, Milano, Giuffrè, 1971, p. 101 ss.;
- BILANCIA, P. Libertà economiche e situazioni giuridiche soggettive, cit., pp. 322 e 326.
- BOGNETTI, G. Costituzione economica e Corte costituzionale, 269;
- BUFFONI, L. La “tutela della concorrenza” dopo la riforma del Titolo V: il fondamento costituzionale ed il riparto di competenze legislative, in *Le istit. Del fed.*, 2, 2003, 350,
- BUFFONI, L. La “tutela della concorrenza” dopo la riforma del Titolo V: il fondamento costituzionale ed il riparto di competenze legislative, 367.
- CARANTA, R. La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del titolo V della Costituzione (nota a Corte cost., n. 14/2002), in *Le Regioni*, 4, 2004.
- CASALINI, D. L’Organismo di diritto pubblico e l’organizzazione in house, Napoli, 2003, 32.
- CASSESE (L’energia elettrica nella legge costituzionale n. 3/2001, in Osservatorio sul federalismo, realizzato dal sito www.federalismi.it
- CASSESE, S. La nuova costituzione economica, Bari, 2004, 90.
- CASSETTI L. (La Corte e le scelte di politica economica: la discutibile dilatazione dell’intervento statale a tutela della concorrenza, in [www. Federalismi.it](http://www.Federalismi.it), 5, 2004
- CASSETTI, L. Potestà legislativa esclusiva e tutela della concorrenza, in [www. Federalismi.it](http://www.Federalismi.it), 2004
- CLARIZIA, A. (La Corte suona il de profundis per l’in house, in www.giustamm.it, 10,

2005 in Riv. it. dir. pubbl. com., 2001, 1393; in Foro amm. 2001, 795, con nota di R. IANNOTTA.C-107/98

COCOZZA, F. Profili di diritto costituzionale applicato all'economia tra libertà economiche ed integrazione sociale, Vol. II, Torino, 2001, 49

COLOMBARI, S. Organismo di diritto pubblico e delegazione intergovernativa tra diritto comunitario e diritto internazionale, in Urb. e appalti, 2003, 1150 ;

CORSO, G. (La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato), in Dir. pubbl., 3, 2002, 985)

CUOCOLO, I livelli essenziali delle prestazioni: spunti ricostruttivi ed esigenze di attuazione, in dir. eco., 2003, 389;

D'ATENA, A. Materie legislative e tipologie delle competenze, in Quad. cost., 1, 2003, 15

DE GIOIA, V. I servizi pubblici locali nel quadro delle competenze legislative dell'art. 117 della Costituzione, in Urb. App., 12, 2004, 1398.

DI GASPARE, G. Sulla questione dei rapporti fra servizio pubblico locale e ordinamento comunitario, per un'utile periodizzazione, Servizi pubblici locali in trasformazione, CEDAM, Padova, 2001, pp. 140 ss.

DI GASPARE, G. Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali, CEDAM, Padova, 2003, pp. 84 ss.

DI PORTO, F. Concorrenza e intervento pubblico nell'economia, in G. GHIDINI (a cura di) L'antitrust italiano, Ed. Il Sole 24 Ore, Milano, 2003, p. 149.

DONATIVI, V. Concorrenza e mercato nel prisma dell'ordinamento giuridico: appunti per una ricostruzione storica, in Riv. dir. ind., 1992, 3-4, 335 ss.;

DUGATO, M., La riduzione della sfera pubblica?, in Dir. amm., 1, 2002, 177

DUGATO, M. La disciplina dei servizi pubblici locali, in Gior. Dir. amm., 2004, 122

FALCON, G. (Regolamenti statali e leggi regionali. Riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale 376/2002, in Istituzioni del federalismo, 2003, 23

FERRI, G. voce Concorrenza, in Enc. Dir., VIII, 1961, 352;

FOLLIERI, E. Le funzioni amministrative nel nuovo Titolo V, in Le Regioni, 2, 2003

- GALGANO, F. Rapporti economici – Art. 41, 44, in G. BRANCA (a cura di), Commentario della Costituzione, Bologna, 1982.
- GAMBINO, Cittadinanza e diritti sociali fra neoregionalismo e integrazione comunitaria, in Quad. cost., 2003, 67;
- GHIDINI, G. Slealtà della concorrenza e costituzione e conomica, Padova, 1978, 88;
- ID., Monopolio e concorrenza, in Enc. dir., Vol. XXVI, Milano, 1976,
- GIAMPIERETTI, M. Il principio costituzionale di libera concorrenza, in Dir. e soc.,
- GIAMPIERETTI, M. Il principio costituzionale di libera concorrenza, cit.,
- GRECO, G. Gli affidamenti in house di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara, in Riv. It. Dir. pubbl. com., 2001, 1461.
- GUARINO, G. Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie;
- LUCIANI, M. la produzione economica privata, 131
- LUPO, N. Nel nuovo titolo V il fondamento costituzionale della potestà regolamentare del Governo?, in Forum dei Quaderni costituzionali, in www.unife.forumcostituzionale/contributi/titoloV.htm.
- MAMELI, B. Affidamenti in house e libera concorrenza, in Urb. e appalti, 2003, 1419;
- MARCHI, G I servizi pubblici locali tra potestà legislativa statale e regionale, in Gior. Dir. amm., 1, 2005, 30;
- MARINI F. S. (La Corte costituzionale nel labirinto delle materie «trasversali»: dalla sent. n. 282 alla n. 407 del 2002, in Giur. cost., 2002, 2952)
- MARINI F.S. La Corte costituzionale nel labirinto delle materie «trasversali»: dalla sent. n. 282 alla n. 407 del 2002. in Giur. cost. 2002, 2940
- MICCO, L. Lavoro ed utilità sociale nella Costituzione, Torino, 1966, pp. 183, 241-2;), per altri, infine, l'utilità sociale si identificherebbe con il benessere economico collettivo, con il progresso materiale di tutti in condizioni di uguaglianza
- MORANA, D. La tutela della salute, fra libertà e prestazioni, dopo la riforma del Titolo V.
- NAPOLITANO, G. Regole e mercato nei servizi pubblici, Bologna, 2005, 68

OLIVERI, L. E' esclusiva la competenza legislativa dello Stato sulla materia dei servizi pubblici a rilevanza economica?, in www.lexitalia.it, 7-8, 2004.

OLIVERI, L. E' esclusiva la competenza legislativa dello Stato sulla materia dei servizi pubblici a rilevanza economica?, in www.lexitalia.it, 7-8, 2004.

PACE, A. L'iniziativa economica privata come diritto di libertà: implicazioni teoriche e pratiche, in *Giur. cost.*, 1979, 1629.

PACE, A. Libertà "del" mercato e "nel" mercato,

PERICU, A. Servizi pubblici locali e diritto comunitario, in *Analisi economica e metodo giuridico, i servizi pubblici locali*, Padova, 2003, 96;

PINELLI, Sui "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" (art. 117, co. 2, lett. m, Cost.), in *Dir. pubb.*, 2002, 881.

PIZZETTI, F. Guardare a Bruxelles per ritrovarsi a Roma? Osservazione a Corte cost. sent. n. 14 del 2004, in *Le Regioni*, 4, 2004.

PIZZETTI, La ricerca del giusto equilibrio tra uniformità e differenza: il problematico rapporto tra il progetto originario della Costituzione del 1948 e il progetto ispiratore della riforma costituzionale del 2001, in *Le regioni*, 2003, 599;

POLICE, A. La nozione di servizio pubblico locale tra limiti territoriali e principio di sussidiarietà, in *Quad. del pluralismo*, 84,

PREDIERI, A. Mercati e concorrenza: asimmetria e diseconomia nello Stato prefederativo, in *Nuova Antologia*, 1993, fasc. 2186, p. 8;

RESCIGNO, G. U. Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali, in *Dir. pubb.*, 2002, 5;

SCACCIA, Legge e diritti fondamentali nell'art. 117 della Costituzione, in *Quad.cost.*, 2003, 531;

SCIPIONE, I diritti civili dopo la riforma del Titolo V della Costituzione nella dottrina e nella giurisprudenza costituzionale, in *dir. reg.*, 2003, 735;

SCIULLO, G. La procedura di affidamento dei servizi pubblici locali tra disciplina interna e principi comunitari, in www.lexitalia.it, 12, 2003,

SCIULLO, G. Stato, Regioni e servizi pubblici locali nella pronuncia n. 272/04 della

Consulta, in www.lexitalia.it, 7-8, 2004,

Spadaro, Antonino Le *forniture di beni e servizi nella pubblica amministrazione : Stato, enti pubblici, enti locali, A.S.L. : il quadro normativo nazionale e comunitario, le procedure contrattuali nazionali e comunitarie, la stipulazione del contratto, la sua gestione ed i suoi contenuti, le procedure non contrattuali e le gestioni dirette, schemi di contratto, documentazione di riferimento Rimini : Maggioli, ©2002 (stampa 2001). - 696 p. Quaderni Formez ; 72 2008.

SPAGNUOLO VIGORITA, V. L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico, p. 243;

VARONE, S. (Servizi pubblici locali e concorrenza, Torino, 2004, 185

ZITO, A. Attività amministrativa e rilevanza dell'interesse del consumatore nella disciplina antitrust, Torino, 1998

www.dirittodeiservizipubblici.it

www.lexitalia.it

www.unifi.it

www.Federalismi.it

www.amministrazioneincammino.luiss.it/

www.unife.forumcostituzionale/contributi/titoloV.htm.

www.giustamm.it