

Le società a partecipazione pubblica che producono servizi pubblici locali: un equilibrio instabile tra mercato e concorrenza

Giuseppe GIANNÌ

SOMMARIO : 1. Il quadro normativo. 2. I servizi pubblici locali a rilevanza economica. 3. Le società a capitale pubblico che producono servizi pubblici locali. 4. Le concessioni di servizi nella Direttiva comunitaria n. 23 del 28/3/2014. 5. Le società con capitale pubblico anche non maggioritario che producono servizi pubblici locali ed il Codice degli Appalti. 6. Conclusioni.

1. Il quadro normativo

Il quadro normativo di riferimento dei servizi pubblici locali, delle società a partecipazione pubblica e del Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione è stato oggetto di recenti interventi, alcuni approvati e pubblicati in G.U., altri ancora in fase di approvazione e pubblicazione.

Per quanto concerne la materia dei servizi pubblici locali di interesse economico generale, infatti, il Legislatore, con la L. 7/8/2015 n. 124, ha delegato al Governo la funzione legislativa di riordino della disciplina, prevedendo i principi e i criteri direttivi nell'art. 19, lettere da a) a v); lo schema di Decreto Legislativo è in corso di approvazione e pubblicazione.

Allo stesso modo, è stato oggetto di delega legislativa, sempre con la L. 124/2015 (art. 18), il riordino della disciplina in materia di partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche, che il Governo ha esercitato con il D.Lgs. 19/8/2016 n. 175, pubblicato nella G.U. n. 210 dell'8/9/2016.

Infine, il Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione è stato emanato a seguito della Legge delega n. 11/2016, con la quale il Parlamento ha delegato al Governo

Testo della relazione tenuta al 62° Convegno di Studi amministrativi su *L'Italia che cambia: dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della Pubblica Amministrazione* - Varenna, 22, 23 e 24 settembre 2016.

l'attuazione delle Direttive UE 23, 24 e 25, il Codice è stato approvato poi approvato con il D.Lgs. 18/4/2016 n. 50, pubblicato nella G.U. 19/4/2016.

Si tratta, dunque, di tre strumenti nuovi con cui l'interprete deve misurarsi e che devono necessariamente essere raccordati tra loro.

1.1 Premesso che la posizione dell'Europa rispetto ai servizi pubblici si è modificata nel corso del tempo¹, le Direttive hanno lasciato impregiudicata la libertà degli Stati membri di definire, in conformità al diritto dell'Unione i servizi di interesse economico generale, il relativo ambito operativo e le caratteristiche del servizio da prestare, comprese le eventuali condizioni relative alla qualità del servizio, al fine di perseguire i loro obiettivi di interesse pubblico.

Com'è noto, la materia dei servizi di interesse generale, comunemente distinti tra economici e non economici, rientra tra le materie di potestà legislativa concorrente tra l'UE e gli Stati membri e il Parlamento ed il Consiglio sono chiamati, in considerazione dell'importanza che rivestono, quali valori comuni dell'Unione e per la diretta incidenza nella promozione

¹ Il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea pur attribuendo grande rilievo alla nozione e al concetto dei servizi di interesse generale, evidenzia il ruolo essenziale degli Stati membri e riconosce il valore delle rispettive competenze. L'UE, in conclusione, rispetta il ruolo delle autorità nazionali nel garantire il benessere dei loro cittadini e le scelte da essi compiute per garantire l'universalità, l'accessibilità e la qualità dei servizi stessi.

Com'è noto, l'art. 60 del Trattato che istituiva la Comunità economica europea definiva "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" e li distingueva in quattro distinte tipologie, ovvero, i servizi industriali, i servizi commerciali, i servizi artigianali ed i servizi delle libere professioni. Il riferimento espresso a tali categorie conduceva a ritenere che la norma non potesse trovare applicazione riguardo i servizi "pubblici" e che quindi fosse necessario reperire la loro definizione altrove. Parte della dottrina era pertanto giunta a ritenere che una definizione di servizi pubblici potesse essere rinvenuta nell'art. 86 (ex art. 90), comma primo del Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea, a norma del quale "Le imprese che prestano servizi di interesse economico generale possono derogare al principio della concorrenza qualora ci siano due condizioni: il monopolio deve costituire l'unico sistema organizzativo per adempiere alla funzione affidata dagli stati, e la deroga al diritto comunitario non può pregiudicare lo sviluppo degli scambi in misura tale da compromettere gli scambi, ai contratti di fornitura e di licenza d'uso di software e dell'hardware,...gli interessi della comunità. Ai sistemi nazionali sono demandate le relative scelte...". Tale definizione, che prevedeva la sottoposizione alla disciplina comunitaria delle imprese pubbliche e di quelle a cui gli Stati membri riconoscono diritti speciali ed esclusivi, sembrava più conforme al concetto di servizio pubblico, inteso come servizio reso a favore di una pubblica amministrazione, cui corrisponde una controprestazione che va a remunerare l'attività in rapporto alla tipologia e qualità del servizio prestato.

Il menzionato art. 86 (ex art. 90) del Trattato, pur costituendo il punto nodale dell'ordinamento comunitario, ove era possibile rinvenire il precario equilibrio tra mercato, servizi pubblici e pubblici poteri, evidenziava comunque la volontà di non conferire un assetto definitivo alla materia. L'impiego di termini dagli incerti confini applicativi, del resto, generato dal desiderio dell'UE di non condizionare le scelte degli Stati membri, ha quindi consentito la creazione di equilibri precari a livello europeo e ciò tanto più nel momento in cui si è passati dal mero obiettivo di realizzare un mercato comune al più complesso tentativo di valorizzare la coesione sociale in Europa.

della coesione sociale e territoriale, a deliberare mediante regolamento le condizioni di funzionamento, in particolar modo economico finanziario, per consentire agli Stati membri di assolvere ai propri compiti.

Ritiene l'UE che l'assunzione da parte delle autorità amministrative dell'erogazione dei servizi di interesse generale costituisce l'adempimento di una specifica missione sicché il loro governo ha una disciplina autonoma che li colloca fuori dal recinto del mercato interno dei servizi e dalle stesse attività economiche con le quali si produce un servizio che talvolta, sussistendo i motivi imperativi di interesse generale, gli Stati membri possono assoggettare ad autorizzazioni amministrative o licenze preventive.

1.2 La disciplina e la definizione di servizi pubblici locali² nasce lontana nel tempo³, la legislazione interna è particolarmente stratificata, la prima legge che ha disciplinato il fenomeno (Legge Giolitti del 29/3/1903 n. 103, poi trasfusa nel RD 1078/1925) ha dato origine al c.d. socialismo municipale.

Oggi la definizione è contenuta nell'art. 112 del D.Lgs. 267/2000, il quale al comma 1 precisa che “gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni e attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali”.

La giurisprudenza amministrativa, chiamata ad interpretare la norma, ha posto in luce come l'utilità per le comunità locali debba essere intesa non solo nel senso di sviluppo economico,

² Secondo la normativa e la giurisprudenza amministrativa sono servizi pubblici locali: l'energia elettrica; le telecomunicazioni; le trasmissioni radio e quelle televisive; i trasporti ferroviari, via mare e aerei; le comunicazioni; l'erogazione del gas e dell'acqua potabile; l'attività di distribuzione di gas naturale; le poste; la raccolta e lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani; la pubblica istruzione e, in particolare, gli asili nido e l'attività di refezione nelle scuole materne ed elementari; l'illuminazione pubblica; l'illuminazione cimiteriale (con la precisazione che trattasi di servizio pubblico locale a rilevanza economica a fruizione individuale. Cfr., ex multis, Cons. Stato, Sez. V, 24/01/2013, n. 435; Tar Sicilia Catania, Sez. II, 03/08/2012, n. 1993; Tar Campania Napoli, Sez. I, 29/04/2011, n. 2409; Cons. Stato, Sez. V, 24/03/2011, n. 1784; Tar Lombardia Milano, Sez. I, 11/02/2011, n. 450 e Cons. Stato, Sez. V, 11/08/2010, n. 5620); il servizio cimiteriale di inumazioni ed esumazioni; l'edilizia economica e popolare e l'edilizia residenziale pubblica; l'attività di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici svolta dagli organismi di attestazione; i mercati pubblici; le pubbliche affissioni; il Servizio sanitario nazionale e quello farmaceutico; l'assistenza e la previdenza sociale; tutti i servizi pubblici locali contemplati dall'art. 113, D.Lgs. n. 267/2000; il servizio di tesoreria; il servizio di scuolabus; le fognature; i macelli pubblici; la vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare; i servizi di pubblica utilità di cui alla L. n. 481/1995; il monitoraggio dei fumi degli impianti industriali. Carmine Volpe, I servizi pubblici, in Vincenzo Cerulli Irelli, Verso il nuovo processo amministrativo. Commento alla legge 21 luglio 2000 n. 205, Giappichelli editore, Torino, 2000. Con riferimento, invece, ai servizi pubblici locali, l'art. 112, T.U.EE.LL. li identifica con “*la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali*”. Cfr. anche Marcello Clarich, Manuale di diritto amministrativo, Ed. Il Mulino, 2013.

³ Cfr. Giampiero Paolo Cirillo, diritto civile pubblico, Ed. Direkta, 2012.

ma anche di utilità che si tramuti in una promozione sociale della collettività e che l'assunzione del servizio pubblico appartiene alla sfera della discrezionalità dell'ente locale, in quanto ente a fine generale.

Gli svariati interventi normativi⁴, oltre agli articoli 112 e 113, sono costituiti dalla L. 326/2003, dalla L. 350/2003, dalla L. 112/2008 (art. 23 bis); quest'ultimo, in particolare, è stato espunto dall'ordinamento nazionale, per effetto del Referendum abrogativo del 12/13 giugno 2011.

Il tentativo del Legislatore di imporre agli enti locali un percorso ordinario è poi venuto definitivamente meno con la cancellazione dell'art. 4 del DL 138/2011, per effetto dell'intervento della Corte Costituzionale (sent. 199/2012).

⁴ La disciplina delle modalità di gestione dei servizi pubblici locali è contenuta nell'art. 113, T.U.EE.LL., interessato da numerose novelle. Molto sinteticamente, esso è stato interamente riscritto ad opera dell'art. 35 della L. n. 448/2001 (Legge finanziaria 2002), al quale si deve l'introduzione dell'art. 113-bis, recante la disciplina dei servizi pubblici privi di rilevanza economica; tale norma, oltre a sancire l'obbligo di separazione tra titolarità ed erogazione del servizio, introduceva per i servizi pubblici locali logiche concorrenziali fondate sulla regola per cui l'affidamento dei servizi doveva avvenire mediante procedure ad evidenza pubblica, individuando come ipotesi eccezionale l'affidamento diretto (cfr. co. 5 dell'art. 35, L. n. 448/2001). Sennonché, la disposizione normativa veniva abrogata dall'art. 14, D.L. 30 settembre 2003, n. 269, che ha ulteriormente innovato gli artt. 113 e 113-bis, T.U.EE.LL. quale epilogo della procedura di infrazione avviata dalla Commissione CE nei confronti dello Stato italiano per l'incompatibilità dell'art. 35 della L. n. 448/2001 con la normativa comunitaria sugli appalti di servizi. La Commissione, infatti, considerava tale norma in contrasto con l'ordinamento comunitario perché, pur prevedendo in linea di massima per i servizi di rilevanza industriale l'affidamento mediante gare ad evidenza pubblica, derogava a tale principio nelle ipotesi di affidamento della gestione di reti, impianti e altre dotazioni patrimoniali in caso di separazione fra le due attività; inoltre, faceva salvi per un periodo transitorio determinato dalla stessa legge, giudicato dalla Commissione europea eccessivamente dilatato, gli affidamenti diretti effettuati in passato in violazione del diritto comunitario. Dopo le richiamate modifiche, l'art. 113, co. 5, D.Lgs. n. 267/2000 prevedeva che l'erogazione del servizio pubblico locale a carattere industriale potesse avvenire sia con affidamento mediante gara che con affidamento diretto ad una società *in house*, fermi rimanendo i limiti fissati dalla giurisprudenza comunitaria in ossequio al principio del libero mercato (l'ente affidante deve esercitare sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e la società deve realizzare la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano). In tale quadro si inserisce l'art. 23-bis, D.L. 25 giugno 2008, n. 112, convertito nella Legge 6 agosto 2008, n. 133 (in seguito modificato dal D.L. 25 settembre 2009, n. 135, convertito con modificazioni dalla L. 20 novembre 2009, n. 166), che abrogava l'art. 113 nelle parti con esso incompatibili. Altresì l'art. 23-bis individuava come fattispecie tipica l'affidamento con gara; secondariamente riprendeva il modello della società mista pubblico-privata, già contemplata dall'art. 113, co. 5, lett. b), T.U.EE.LL., con l'ulteriore condizione che al socio privato selezionato con gara fossero affidati specifici compiti operativi nella gestione del servizio; soltanto in via residuale *“l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta “in house” e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano”* (cfr. co. 3 dell'art. 23-bis, D.L. n. 112/2008). Successivamente, in esito al referendum indetto con D.P.R. 23 marzo 2011, l'art. 23-bis, è stato abrogato, con conseguente venir meno dell'efficacia delle disposizioni in esso contenute. Sennonché con l'art. 4, D.L. n. 138/2011, convertito nella L. n. 148/2011, venivano sostanzialmente riprodotte le previsioni contenute nell'art. 23-bis; la norma aveva, però, vita breve giacché era dichiarata costituzionalmente illegittima con sent. Corte cost. n. 199 del 20/07/2012.

Con la sentenza della Corte Costituzionale il processo di liberalizzazione dei servizi pubblici si è arrestato e l'opzione in house è diventata il modello privilegiato.

Attraverso il raffronto tra i principi comunitari di trasparenza, pubblicità, economicità, efficienza, non discriminazione e proporzionalità e l'art. 34, co. 20 e 21, del DL 179/2012 - con il quale il Legislatore aveva sopperito al vuoto che si era creato- la giurisprudenza ha individuato precise indicazioni, in base alle quali: l'affidamento in house nel rispetto dello schema comunitario è sempre legittimo; la partecipazione alle gare da parte di soggetti in house è legittima, come pure lo svolgimento di attività a favore di terzi, ma espone al rischio di fuoriuscita dallo schema comunitario se la parte più importante dell'attività non viene svolta in favore degli enti che detengono il controllo.

Inoltre, per favorire la liberalizzazione e rispettare il principio contenuto nel trattato, secondo il quale l'erogazione dei servizi pubblici deve avvenire rispettando particolari condizioni economico finanziarie, l'art. 3 bis co. 3, co.4 e co.5 del DL 138/2011 -che si era sottratto alle censure di illegittimità della Corte Costituzionale- configura quali indici di merito, compensandole con premialità a carico della finanza pubblica, l'assegnazione dell'affidamento di servizi pubblici locali mediante procedure ad evidenza pubblica.

In seguito alla sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012, i servizi pubblici locali di rilevanza economica possono essere gestiti indifferentemente mediante il ricorso al mercato, ovvero attraverso il c.d. partenariato pubblico-privato, ovvero ancora attraverso l'affidamento diretto in house, senza previa gara, ad un soggetto che solo formalmente è diverso dall'ente ma che ne costituisce sostanzialmente un diretto strumento operativo; si richiede però che l'organismo sia interamente partecipato da una pubblica amministrazione e che quest'ultima eserciti sulla società affidataria un controllo analogo a quello che l'Ente affidante esercita sui propri servizi. Infine, è richiesto il requisito della realizzazione, da parte della società affidataria, della parte più importante della sua attività con l'ente o gli enti che la controllano.

Per affrontare il tema della relazione tra i soggetti che producono servizi pubblici ed il mercato è però doverosamente preliminare, innanzitutto, individuare la natura dei servizi di interesse generale; in secondo luogo, analizzare come si collocano nel mercato; in terzo luogo, considerare la forma organizzativa con la quale vengono organizzati e gestiti, per poi, da ultimo, individuarne la disciplina sostanziale. Ci si chiede poi in che misura le novelle

legislative -sui servizi pubblici locali e sulle società a partecipazione pubblica- e il nuovo Codice degli Appalti disegnino un quadro certo di regole. E ancora ci si chiede, alla luce delle definizioni di organismo di diritto pubblico, di impresa pubblica e di società in house, tenuto conto dell'ambito oggettivo di applicazione del "nuovo" Codice dei contratti pubblici, come delimitato dall'art. 1, co.3, secondo periodo, se e quando un soggetto che eroghi un servizio pubblico locale sia tenuto ad applicare le norme del Codice degli Appalti nella sua attività contrattuale e ancora se una società a partecipazione pubblica che svolge una società strumentale in favore di una P.A. debba fare applicazione del Codice degli Appalti. In altri termini, la coerenza tra le due discipline, quella rinvenibile nel Codice dei contratti e quella appositamente raccolta nel DLgs 19/8/2016 n. 175. Tutto ciò al fine di verificare se la convergenza di tutte queste novelle ha conseguito l'effetto di eliminare il rischio della fuoriuscita dalla schema comunitario, che si consuma nel momento in cui si consente alle società in house che producono servizi per le utenze o che invece producono servizi direttamente in favore delle P.A. (società strumentali) di partecipare alle gare pubbliche, soprattutto oggi che per effetto del D.Lgs. sopra citato è stato eliminato l'art. 13 del DL 4/7/2006 n. 223, conv. con modificazioni dalla L. 4/8/2006 n. 148.

2. I servizi pubblici locali a rilevanza economica

La legislazione europea mentre distingue tra servizi di interesse generale e servizi di interesse economico generale, non dà una definizione di servizio pubblico. Nel quadro normativo comunitario, come già indicato, non esiste una definizione generale ed esaustiva di "*servizio pubblico*" - inteso come un'attività esercitata da un'impresa pubblica o privata, svolta essenzialmente nel pubblico interesse e sotto il controllo e la regolazione di un'autorità pubblica-, bensì esiste soltanto una netta distinzione tra il concetto di "*servizi d'interesse generale*" e quello di "*servizi di interesse economico generale*".

I primi vengono definiti come servizi che possono essere prestati anche in assenza di una retribuzione e sono caratterizzati dall'essere considerati dalle autorità pubbliche "d'interesse generale"; sono attività connotate dall'essere manifestazione di prerogative pubbliche e dal non avere una preminente valenza economica. Tali caratteristiche li sottraggono, in toto, al mercato e per l'effetto anche alla concorrenza.

I “servizi d’interesse economico generale” sono, invece, servizi che pur assolvendo ad una finalità d’interesse generale, hanno natura economica e vengono forniti a fronte di un corrispettivo. Questi ultimi, di norma, sono servizi a rete, ma il concetto può essere esteso fino a ricomprendere qualsiasi attività economica soggetta ad obblighi di servizio pubblico. Per tali servizi gli utenti corrispondono direttamente o indirettamente al gestore un corrispettivo che però non si forma dall’incontro tra domanda di servizio e offerta della prestazione, sicché per tali beni e servizi non può parlarsi di collocazione sul mercato in regime di libera concorrenza.

La nozione tradizionale italiana di “servizi pubblici locali” coincide, com’è noto, con quella comunitaria di “servizio di interesse economico generale”; oggi la bozza di Testo Unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale contiene all’art. 2, co. 1 lett. a) e b) delle precise definizioni dalle quali si può desumere la sovrapposibilità tra servizi pubblici locali a rilevanza economica e servizi di interesse economico generale. Di contro, si può dedurre che i servizi pubblici locali a rilevanza non economica siano assimilabili ai servizi di interesse generale.

Analogamente il DLgs 175/2016 contiene all’art. 2 lett. h) ed i) definizioni quasi coincidenti. Il minimo comune denominatore che riguarda tali servizi consiste nel fatto che il corrispettivo del loro valore non si forma in un mercato in regime di concorrenza, come non si forma in un mercato in regime di concorrenza l’eventuale produzione di beni e servizi da parte di società strumentali delle P.A. che sono state costituite per operare esclusivamente nei confronti di queste ultime.

Quello che è certo è che la realtà dei servizi di interesse generale –nei quali sono ricompresi sia i servizi di interesse economico che i servizi di interesse non economico- è complessa ed in continua evoluzione e comprende un’ampia categoria di beni e servizi a fruizione collettiva divisibile o anche a fruizione individuale, la cui assunzione, nei limiti della riserva di legge è demandata alla valutazione della P.A.⁵.

Di contro, l’assunzione e l’erogazione di servizi di interesse generale, essendo strettamente connessa alle tradizioni culturali, alla storia e alla conformazione geografica e sociale di ogni Stato, è pervasa dalla posizione ideale secondo cui la loro disciplina e regolamentazione debbano essere riservata in maniera praticamente esclusiva alla

⁵ Cfr. art. 5 bozza di TU sui servizi pubblici locali di interesse economico generale

legislazione degli stati membri e ciò perché l'organizzazione di tali servizi varia in base alla conformazione geografica di ciascuno Stato membro, alla sua storia, alle sue tradizioni culturali, nonché alle caratteristiche specifiche delle singole attività. Tutto ciò oggi si scontra con il D.Lgs. 175/2016 che all'art. 4, circoscrive in maniera precisa i pochi casi in cui per lo svolgimento dei servizi di interesse generale, economico e non economico, è possibile costituire società partecipate dalla PA o mantenere le relative partecipazioni.

3. I servizi pubblici locali e la relazione con il mercato

Il profilo essenziale dei servizi di interesse generale, economici e non economici, consiste nel fatto che deve trattarsi di beni e servizi non offerti sul mercato -che sebbene possano essere erogati anche dietro un corrispettivo economico su un mercato non hanno comunque un prezzo che si forma in regime di libera concorrenza- e la cui produzione ed erogazione sottostà all'influenza dominante del soggetto pubblico che detta precise regole finalizzate ad assicurarne l'universalità e l'accessibilità. Deve trattarsi, in altri termini, di beni e servizi fondamentali ad assicurare a ciascuno condizioni di uguaglianza sostanziale nello sviluppo della persona e nell'affermazione della sua dignità.

Il perseguimento dell'obiettivo dell'interesse pubblico può essere assicurato in vari modi: o ponendo a carico di tutte le imprese che operano nel mercato obblighi di servizio pubblico, oppure, attribuendo direttamente i titoli di credito ai fruitori del servizio pubblico, ovvero, ponendo obblighi di servizio pubblico a carico operatori economici che possono essere pubblici o privati. L'attribuzione dell'obbligo di servizio pubblico può avvenire ancora mediante una procedura ad evidenza pubblica, mediante il ricorso al partenariato pubblico-privato con attribuzione alla società dell'obbligo di servizio pubblico, mediante gestione diretta con affidamento in house ad un soggetto interamente partecipato dalla Pubblica amministrazione -fatte salve le partecipazioni residuali consentite in osservanza di disposizioni di legge⁶-, oppure, infine, per i soli servizi che non debbono essere erogati mediante una rete, con gestioni in economia o mediante aziende speciali.

3.1. Quando si costituisce un obbligo di servizio pubblico attraverso una gara, l'Amministrazione può scegliere, fatte le valutazioni di economicità e di corretta gestione delle risorse pubbliche, tra un contratto d'appalto ed una concessione-contratto.

⁶ Cfr. art. 16, co. 1, 3, 5 e 6, del DLgs 175/2016

L'utilizzo dello strumento della concessione nei servizi pubblici locali a rilevanza economica non mira a trasferire potestà pubbliche in capo al concessionario, ma rappresenta lo strumento giuridico più idoneo a garantire l'esercizio del potere di vigilanza dell'autorità pubblica.

Con la Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri 1/3/2002 n. 3944 si è cercato di dare una definizione della concessione di servizi, in mancanza di esplicite indicazioni da parte dell'UE, così da differenziar la concessione-contratto dall'appalto di servizi.

Mentre la dottrina tradizionale aveva individuato quattro criteri per distinguere la concessione dall'appalto⁷, il Consiglio di Stato⁸ ha precisato che le concessioni, nel quadro del diritto comunitario, si distinguono dagli appalti non per il titolo provvedimentale dell'attività, né per il fatto che ci si trovi di fronte ad una vicenda di trasferimento di pubblici poteri o di ampliamento della sfera giuridica del privato, né per la loro natura autoritativa o provvedimentale rispetto alla natura contrattuale dell'appalto, ma per il fenomeno di traslazione dell'alea inerente una certa attività in capo al soggetto privato.

Quando l'operatore privato si assume il rischio della gestione del servizio, rifacendosi sull'utente mediante un canone o tariffa allora si tratta di concessione; è la modalità della remunerazione il tratto distintivo della concessione dall'appalto di servizi. Pertanto, un servizio pubblico si rivela quale appalto di servizi quando il suo onere sia interamente a carico dell'amministrazione, mentre se il servizio viene reso non a favore dell'amministrazione ma di una collettività indifferenziata di utenti e viene almeno in parte pagato dagli utenti all'operatore del servizio, allora si è in ambito concessorio.

Sono applicabili alle concessioni di servizi i principi comunitari di non discriminazione in ragione della nazionalità, di parità di trattamento, di trasparenza, di mutuo riconoscimento, di proporzionalità.

La Corte di Giustizia, con sentenza 10/3/2011, nel procedimento C-274/2009, chiamata a fornire la corretta interpretazione dell'art. 1, n.2, lett. a) e d), e 4 della Direttiva UE 18/2004 –che per la prima volta contiene la definizione di concessione di servizi a livello

⁷ Il primo consiste nel carattere surrogatorio svolto dal concessionario rispetto alla PA concedente, a differenza dell'appalto che compie una mera attività di rilevanza economica nell'interesse del committente pubblico; la seconda consiste nella natura unilaterale del titolo concessorio che si contrappone al carattere negoziale dell'appalto; il terzo consiste nel trasferimento di potestà pubbliche al concessionario che opera quale organo indiretto della PA, a fronte delle prerogative contrattuali dell'appaltatore; il quarto consiste nell'effetto accrescitivo della concessione.

⁸ Consiglio di Stato, Sez. VI, 15/5/2002 n. 2634

comunitario- ha aderito alla tesi del Consiglio di Stato, individuando la differenza tra concessione e appalto di servizi nella modalità di remunerazione e nel rischio legato alla gestione del servizio: nella concessione la remunerazione del concessionario non è garantita ma deriva dall'esercizio del diritto di gestire il servizio (in alcuni casi accompagnato da un prezzo), con un rischio che grava sul concessionario sia dal lato della domanda che dal lato dell'offerta. Questa differenza sostanziale deve far riflettere sul ricorrere di una concessione quando non c'è nessun rischio sul lato della domanda, perché si tratta di servizi a cui i cittadini oggi non possono più rinunciare e quando il corrispettivo è determinato e riscosso attraverso tariffe e con modalità che fanno applicazione di parametri applicativi.

Nel contratto di appalto pubblico di servizi il corrispettivo della prestazione viene versato dall'amministrazione aggiudicatrice stessa all'appaltatore e il rischio lo assume esclusivamente l'amministrazione aggiudicatrice e si riferisce alla eventualità dell'inadempimento dell'appaltatore o dell'utente che, pur ricevendo il servizio, non paga all'amministrazione aggiudicatrice la tariffa o il corrispettivo.

La Direttiva U.E. n. 18/2004, oggi abrogata, per quanto attiene alle concessioni era stata recepita nell'art. 30 del vecchio Codice degli appalti, co. 2 e 5. Il comma 2 disciplinava la concessione di servizi a terzi, sottraendola al codice degli appalti, fatta esclusione per l'applicazione dei principi generali del Trattato e di quelli relativi agli appalti pubblici. Il comma 5, invece, riguardava l'attribuzione di servizio pubblico a una amministrazione aggiudicatrice, nella cui definizione ricadevano sia le pubbliche amministrazioni, sia gli organismi di diritto pubblico, sia le imprese pubbliche che operano in un mercato non aperto in virtù di diritti esclusivi o speciali e sulle quali la pubblica amministrazione, alternativamente o cumulativamente, detiene la maggioranza del capitale sottoscritto, controlla la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa, ha diritto di nominare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa. In tale ambito soggettivo ricadevano anche le società a capitale pubblico che erano state costituite per produrre un servizio pubblico il cui corrispettivo non si forma in un mercato concorrenziale dall'incontro tra domanda e offerta.

4. Le concessioni di servizi nella Direttiva comunitaria n. 23 del 28/3/2014

L'esame della Direttiva n. 23 del 28/3/2014 e dei considerando n. 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 e 17, mette in evidenza come il Legislatore comunitario innanzitutto avverta la necessità di adottare norme di coordinamento per l'aggiudicazione di concessioni di lavori e servizi nei settori dell'energia, dei trasporti e postali -si tratta dei settori c.d. speciali, in cui operano gli enti aggiudicatori e di mercati di solito chiusi, a causa di diritti esclusivi o speciali concessi dagli Stati membri, che consentono la fornitura, la creazione ed il funzionamento delle reti di erogazione dei servizi in questione⁹-; di definire le concessioni, escludendo che possano dar luogo a concessioni di servizi i regimi in cui tutti gli operatori che soddisfano determinate condizioni sono autorizzati a svolgere un determinato compito senza selettività -come i sistemi basati sulla scelta del cliente ed i sistemi dei buoni servizio-. La Direttiva Bolkestein aveva già escluso il configurarsi delle concessioni negli atti di autorizzazioni o licenze richieste su iniziativa del privato per svolgere determinate attività economiche, nelle quali l'operatore economico rimane libero di recedere dalla fornitura di lavori o servizi¹⁰ - come accade ad es. per i taxi, per l'autorizzazione all'occupazione del suolo pubblico, l'autorizzazione ad avviare e ad esercitare sul suolo pubblico l'attività di distribuzione e vendita di carburante e i contratti nei quali il corrispettivo costituisce l'accordo del libero incontro di domanda e offerta e consente all'erogatore del servizio di coprire i costi e gli investimenti sostenuti per la fornitura-.

Particolare rilievo assume poi l'art. 4 della Direttiva 23/2014 citata che nel co. 1 riafferma la libertà per gli Stati membri di definire quali siano gli interessi di carattere economico generale, in che modo tali servizi debbano essere organizzati e finanziati, in conformità alle regole sugli aiuti di stato e a quali obblighi specifici debbano essere soggetti, e nel co. 2 sottrae all'applicazione della Direttiva le concessioni di servizi di interesse generale.

Il Legislatore italiano ha recepito la Direttiva, emanando il DLgs n. 50/2016, in attuazione della L. delega n. 11/2016, entrato in vigore il 19/4/2016 e suddiviso in sei parti, nel quale la disciplina sulle concessioni è contenuta nella parte III, artt. da 164 a 193. L'art. 164, co. 3 esclude dall'ambito di applicazione della parte III i servizi di interesse generale non economici.

⁹ Cfr. in particolare il considerando n. 10

¹⁰ Cfr. il considerando n. 11

5. Le società con capitale pubblico anche non maggioritario che producono servizi pubblici locali ed il Codice degli Appalti

La pubblicazione sulla G.U. del DLgs 175/2016 ha posto una serie di regole: innanzitutto ha ribadito la distinzione tra servizi di interesse generale, servizi di interesse economico generale e servizi strumentali all'ente; in secondo luogo, ha circoscritto le finalità perseguibili attraverso l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche, salve espresse deroghe contenute nella legge; in terzo luogo, ha posto la distinzione per le società a controllo pubblico tra attività economiche protette da diritti speciali o esclusivi e attività svolte in regime di economia di mercato; ulteriormente, all'art. 16 ha posto un obbligo generalizzato per tutti i soggetti che sono affidatari in house di produrre beni e servizi per oltre l'80% in favore degli enti affidanti, condizionando l'attività all'esterno a precisi legami funzionali con l'attività principale affidata e sottoponendo tali soggetti all'applicazione del Codice degli Appalti per intero, con ciò senza distinzione tra soggetti che producono beni e servizi sottratti alle regole dell'economia di mercato –anche se a beneficiare siano gli utenti- e soggetti che producono servizi in qualità di enti strumentali a favore di P.A., sicché la formulazione contenuta nell'art. 1, co. 3, secondo periodo del Codice degli Appalti, in virtù del rinvio contenuto nel co. 7 dell'art. 16 del D.Lgs. 175/2016, perde efficacia. Infine, nell'art. 17, co. 6, viene fissata la regola per cui per le società in partenariato pubblico-privato, le dette società si sottraggono all'applicazione del Codice degli Appalti solo se ricorrono le condizioni del co. 6, lett. a), b) e c).

Invece, la Parte III del D.Lgs. 50/2016 fa rientrare nella disciplina delle concessioni le procedure di aggiudicazione dei contratti di concessione dei lavori pubblici o di servizi indetti dalle amministrazioni aggiudicatrici, nonché dagli enti aggiudicatori (i c.d. settori speciali) qualora i lavori e servizi siano funzionali alle attività di cui all'Allegato 2 della Direttiva 23/2014 (gas ed energia termica, elettricità, trasporto ferroviario, tramviario, attività relative allo sfruttamento di un'area geografica al fine della messa a disposizione di aeroporti, attività relative alla fornitura di servizi postali etc.); tali concessioni, sono all'evidenza diverse dalle concessioni di servizi pubblici locali.

Ancora, l'esame della bozza del TU sui Servizi pubblici locali, in precedenza esaminato, mette in luce che ove l'amministrazione aggiudicatrice non faccia ricorso al partenariato pubblico-privato o alla gestione diretta mediante affidamento in house -ovvero

limitatamente ai servizi diversi da quelli a rete, mediante gestione in economia o azienda speciale- l'art. 7, co. 1, lett. a), impone l'affidamento mediante procedura ad evidenza pubblica in applicazione delle disposizioni in materia di contratti pubblici.

Le considerazioni che si possono fare a riguardo sono le seguenti: l'amministrazione aggiudicatrice che attribuisce l'obbligo di servizio pubblico applica le disposizioni in materia di contratti pubblici e cioè la Parte I e la Parte II, se opta per lo strumento del contratto di appalto di servizi; se opta, invece, per lo strumento della concessione, l'applicazione della Parte III non sembra così pacifica -tranne l'ovvia applicazione dei principi contenuti nei Trattati e nel Codice degli Appalti- sebbene la formulazione letterale dell'art. 7, co.1 lett. a), richiamando tutte le disposizioni in materia di contratti pubblici, sembra richiamare anche le disposizioni relative alla Parte III ove si scelga lo strumento della concessione.

Qualora, invece, l'amministrazione aggiudicatrice decida per l'autoproduzione del servizio, mediante affidamento in house, il combinato normativo tra le disposizioni contenute nel DLgs 175/2016 e quelle contenute nel Codice degli appalti, in particolare gli artt. 5 e 192 richiedono: il soggetto sia quasi interamente pubblico e che la sua attività, nella misura di oltre l'80%, sia diretta a produrre i beni o i servizi per i quali la società è stata costituita.

A tal proposito la L. delega 28/1/2016 n. 11 all'art. 1, co.1, lett. iii), aveva individuato tra i principi ed i criteri direttivi generali, l'obbligo per i concessionari di lavori o di servizi, affidatari in house, di affidare una quota pari all'80% mediante procedure ad evidenza pubblica, nel caso in cui l'affidamento in concessione abbia ad oggetto lavori o servizi di importo pari o superiore a 150.000 euro, affidando il controllo sul rispetto di tale obbligo all'ANAC che vigilerà sull'elenco dei soggetti che dispongono affidamenti in house ad enti partecipati. L'art. 192 del Codice degli Appalti ha previsto presso l'ANAC un elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che affidano direttamente e che operano mediante società in house.

Ebbene, se non può esserci dubbio alcuno che qualora le società di servizi pubblici locali assumano la configurazione di organismo di diritto pubblico siano tenute ad applicare il codice degli appalti -infatti l'organismo di diritto pubblico, è quell'organismo istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale, dotato di personalità giuridica, e finanziato dalla Pubblica amministrazione,

oppure, la cui gestione sia sotto il controllo della Pubblica amministrazione, oppure il cui organo di amministrazione, direzione o vigilanza, è costituito da membri nominati per più di metà dalla Pubblica amministrazione-, rimane da chiarire quali bisogni possano assumere la configurazione della non industrialità o della non commercialità.

Perplessità rimangono riguardo quei soggetti con capitale pubblico che non sono organismi di diritto pubblico e che producono beni e servizi, indubbiamente con connotazioni di industrialità o commercialità ma in un mercato non aperto o comunque in un mercato che non può qualificarsi come regime di mercato aperto, sia che i servizi siano rivolti agli utenti, sia che siano rivolti direttamente alla P.A., rispetto ai quali, se non sono affidatari in house, nulla si dice sulla loro autonomia negoziale e perciò sulla loro capacità di partecipare a gare pubbliche e sulla loro sottoposizione al Codice degli Appalti piuttosto che al diritto civile.

Tra tali soggetti rientrano certamente le società di capitali soggette al controllo, ex art. 2359 c.c., di una Pubblica amministrazione o comunque partecipate anche indirettamente da una Pubblica amministrazione.

6. Conclusioni

Il nuovo quadro normativo sembra avere una sua coerenza interna e in particolare il TU sulle società a partecipazione pubblica sembra imporre restrizioni concrete e serie al proliferare delle società pubbliche e soprattutto il combinato disposto degli artt. 5, 192 del Codice degli Appalti e 16 del TU sulle società a partecipazione pubblica, oltre a non consentire l'affidamento in house a società interamente private, sembra anche se partecipate indirettamente attraverso una società quotata in borsa dal momento che, anche se la partecipazione indiretta nella società affidataria in house è posseduta attraverso una società quotata in borsa, la presenza del privato non consente comunque il controllo analogo, sottopone questi soggetti anche se non si configurano quali organismi di diritto pubblico, a sottostare al Codice degli Appalti e quindi quantomeno a sottoporsi alla concorrenza per il mercato.

Parimenti, alla luce delle nuove norme non dovrebbe essere più possibile ai soggetti affidatari in house, per la produzione di beni o servizi destinati ad un mercato non aperto o destinati a produrre solo in favore degli enti affidanti, partecipare a gare, avendo il vincolo di un'attività che per oltre l'80% deve rivolgersi all'ente affidante, mentre la parte residua è

consentita esclusivamente per conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale e cioè ammortizzare più velocemente impianti e macchinari acquistati per l'attività principale e non invece, come accade, per ricercare nuove aree di business e produrre utili, creando distorsioni del mercato e inquinamenti nel libero scambio. Pertanto, l'abrogazione dell'art. 13 del D.Lgs. 223/2006, da parte del DLgs 175/2016 non può essere inteso come il venir meno dell'ultimo ostacolo alla fuoriuscita dallo schema comunitario da parte di soggetti pubblici che non svolgono la parte prevalente dell'attività con gli enti che detengono il controllo, ma al contrario, la riconduzione a unità, alla luce del fatto che si tratta di soggetti che operano in un regime che non è di economia di mercato, col divieto di uscire dai confini imposti dalla normativa.