

# La gestione dei servizi pubblici locali e la tutela della concorrenza<sup>1</sup>

di Francesca TRIMARCHI BANFI

## I. La privatizzazione dei servizi pubblici locali

### 1. *Modalità di gestione e modalità di affidamento dei servizi*

Dal 2001 l'azienda speciale non solo ha cessato di essere la forma tipica di gestione dei servizi pubblici locali più importanti, ma è stata senz'altro esclusa dalle modalità ammesse per la produzione dei servizi di rilevanza economica; da allora questi servizi avrebbero potuto essere gestiti soltanto per mezzo di società di capitali (art.35, c.1, l.448/01). Tenendo conto della giurisprudenza della Corte di Giustizia<sup>2</sup>, la disciplina vigente ammette che la gestione sia affidata anche ad imprenditori individuali e non pone limiti riguardo al tipo societario, ma la gestione per mezzo di società per azioni costituisce di fatto la nuova forma di gestione dei servizi pubblici di una certa importanza. Le condizioni della gestione sono regolate da un contratto stipulato tra l'ente locale ed il gestore (il contratto di servizio).

Quanto alla proprietà della società affidataria, la legge si è mostrata dapprima neutrale: si ammetteva la proprietà pubblica, quella privata e quella mista. La proprietà assumeva rilevanza, tuttavia, per la modalità di *affidamento* della gestione: mentre restava fermo che la regolazione del rapporto tra l'ente responsabile del servizio e la società di gestione fosse in ogni caso rimessa al contratto di servizio, la proprietà privata o mista della società comportava la messa in gara dell'incarico<sup>3</sup>; la gara non era, invece, necessaria se la società fosse stata interamente in mano pubblica e posta al servizio dell'ente locale, così da costituire sostanzialmente un elemento dell'organizzazione dell'ente stesso (c.d. *in house providing*). Si delineava così la distinzione tra affidamento diretto (ammesso nell'ipotesi di *in house providing*) e affidamento mediante selezione competitiva.

La differente modalità dell'affidamento ben si comprende se si pensa che l'ente locale, nel momento in cui costituisce per la gestione del servizio una società a capitale interamente pubblico, manifesta la volontà di produrre il servizio medesimo con mezzi propri. La gara non era richiesta perché il sistema normativo ammetteva la possibilità, per l'ente responsabile, di scegliere tra la gestione del servizio a mezzo di terzi e quella interna, attraverso uno strumento proprio. Una

---

<sup>1</sup> **In corso di stampa in *Amministrare*, 2010.**

<sup>2</sup> Sentenza pronunciata nel caso C-357/06.

<sup>3</sup> Nel caso di società mista, l'obbligo di scegliere il gestore mediante gara si considera assolto se la gara indetta per la scelta del socio privato include nel proprio oggetto l'apporto operativo del socio, da definirsi in relazione allo specifico servizio pubblico che sarà gestito dalla società. Questa modalità, suggerita nel parere del Consiglio di Stato n. 456/07 e considerata dalla Corte di giustizia compatibile con il diritto comunitario (caso C-196/08, punti 59-62), evita gli inconvenienti della doppia gara, ed è ora formalizzata nel testo dell'art.23-bis, d.l. 112/08, come modificato dall'art.15, d.l. 135/09. Il sistema comporta la liquidazione del socio privato alla scadenza della gestione (così l'art.3, c.4, lettera c) del regolamento per l'attuazione dell'art.23-bis); la disposizione intende evitare che il socio privato divenga socio stabile.

volta che fosse stata compiuta la scelta in favore della gestione interna (*in house*), la competizione tra potenziali gestori risultava ovviamente esclusa. In altre parole, nel sistema anzidetto, il passaggio significativo era quello della decisione in merito alla conservazione o al trasferimento della gestione a terzi; la modalità dell'affidamento (diretto o mediante gara) era meramente consequenziale alla decisione suddetta.

In questo quadro, la società a capitale interamente pubblico sostituiva la vecchia azienda, e l'elenco legale delle diverse forme di gestione possibili lasciava impregiudicata la capacità degli enti locali di provvedere direttamente alla produzione dei servizi.

La relazione anzidetta tra la decisione in ordine alla modalità della gestione (in proprio o per mezzo di terzi) e la modalità dell'affidamento si presenta, invece, invertita nella riflessione degli studiosi e nella stessa prospettiva dei giudici. Nei ragionamenti sui servizi pubblici, il c.d. *in house providing* viene di solito preso in considerazione quale metodo di affidamento diretto, piuttosto che come espressione che designa in primo luogo un modo di produzione del servizio e che solo consequenzialmente alla scelta di tale modo di produzione esime dalla gara.

Anche prima delle disposizioni recenti, che hanno sostanzialmente eliminato la gestione propria dai modi ordinari per provvedere ai servizi pubblici economici, il sistema delineato dall'art.113 TUEL veniva inteso, nella rappresentazione corrente, come sistema che, a fini "pro-concorrenziali", si imperniava sull'affidamento della gestione mediante gara, cosicché la gestione del servizio per mezzo dell'organizzazione propria appariva come *deroga* al principio della concorrenza.

Certo, se guardato dal punto di vista della modalità di affidamento, il sistema originario dell'art.113 poteva anche essere rappresentato in termini di regola e di eccezione: l'incarico è assegnato alla società di gestione mediante gara, e la gara è omessa se la società si configura come elemento dell'organizzazione propria dell'ente affidante. Ma la rappresentazione corrente non era il frutto di un mero punto di vista; infatti, muovendo dalla constatazione che la competizione tra gli aspiranti all'affidamento di servizi pubblici è principio del diritto comunitario, essa alimentava il convincimento che l'osservanza del diritto comunitario richiedesse che la modalità di gestione scelta dall'ente responsabile del servizio fosse tale da permettere la messa in gara del medesimo. Così ragionando, la gestione propria non si presentava come una fra le possibilità organizzative aperte all'ente locale, bensì come una deroga rispetto alla concorrenza nel mercato degli affidamenti e, in quanto forma derogatoria, essa abbisognava di una specifica giustificazione. L'ente locale non avrebbe dovuto farsi produttore di servizi pubblici di rilevanza economica, *affinchè vi fosse materia di gara*, in ossequio al (supposto) principio comunitario di concorrenza. Questa idea risulta oggi formalizzata nell'art.23-bis del dl 112/2008.

Conseguenza dell'inversione della relazione tra il modo della gestione e il modo dell'affidamento è che, nonostante il principio generale che prescrive l'apertura della gara a tutti gli aspiranti tecnicamente e finanziariamente idonei, la società di proprietà dell'ente affidante resta esclusa dalla gara medesima, giacché l'ente

suddetto non potrebbe essere, ad un tempo, responsabile dello svolgimento imparziale della procedura selettiva e titolare dell'impresa che partecipa alla gara<sup>4</sup>. In verità, il conflitto di interessi si profila anche quando aspirante affidatario è una società mista della quale è socio l'ente affidante<sup>5</sup>, e solo di recente il problema sembrerebbe superato facendo confluire nella gara (unica) per la scelta del socio privato, gli elementi attinenti all'apporto tecnico-operativo del socio, mettendo in gara, così, anche le condizioni della gestione.

Attualmente i servizi pubblici locali devono dunque essere gestiti, salvo casi eccezionali, mediante imprenditori individuali o società commerciali -private o miste; se il gestore è una società mista, la partecipazione dell'ente locale al capitale sociale non deve superare il 60%. A conclusione del processo di riforma, gli enti locali sono quindi privati della capacità di gestire in proprio i servizi dei quali hanno la responsabilità. Questo approdo viene presentato come attuazione dei principi comunitari in materia di concorrenza e le disposizioni legislative che disciplinano la gestione dei servizi pubblici locali sono ascritte alla "tutela della concorrenza", che l'art.117, c.2, lettera e) riserva alla competenza esclusiva dello Stato.

Per l'argomento trattato qui l'elemento che va sottolineato è che, nell'ordine di idee del quale si è detto, la separazione tra la responsabilità del servizio –in capo all'ente locale- e la gestione del medesimo –affidata a terzi- diviene essa stessa una regola di tutela della concorrenza, giacché senza la separazione anzidetta non vi è materia di gara. Il mercato (degli affidamenti) *deve essere creato* affinché in esso si possa attuare il principio di concorrenza.

Come si vedrà, il vizio del ragionamento risiede, in primo luogo (ma non soltanto) nell'interpretazione del diritto comunitario: questo esige, certo, che le concessioni di servizi pubblici e i contratti di appalto siano assegnati con modalità che evitino il rischio di discriminazioni tra gli aspiranti (in particolare, discriminazioni in ragione dello Stato di appartenenza), ma la "concorrenza" tra imprese che ha luogo nelle procedure di gara è regola che deve essere osservata *se e quando* l'incarico venga affidato a terzi; da essa non è dato inferire la necessità per gli enti locali di produrre i servizi mediante l'organizzazione di terzi.

Nelle pagine che seguono verrà analizzato il percorso che ha condotto al convincimento che riservare ai privati o a società miste la gestione dei servizi pubblici sia richiesto dal diritto, comunitario e nazionale, della concorrenza. E poiché la Corte costituzionale, quando viene chiamata ad applicare la nozione di concorrenza (il che accade di solito quando deve risolvere le controversie circa i confini delle potestà dello Stato e delle Regioni), dichiara che tale nozione non può che essere tratta dal diritto comunitario<sup>6</sup>, a questo diritto si dovrà fare riferimento.

Preliminarmente, conviene chiarire che, agli effetti dell'applicazione della disciplina in esame, sono considerati servizi pubblici sia le attività che utilizzano beni pubblici a fini collettivi (come il verde pubblico o le aree pubbliche destinate a

<sup>4</sup> Il regolamento per l'attuazione dell'art.23 *bis* conferma l'esclusione: la categoria delle società a capitale interamente pubblico che esso espressamente ammette alla gara (art.3,c.2 ) non include le società *in house*, che il regolamento stesso tratta separatamente dalle altre società in mano pubblica designandole, appunto, con l'espressione "società *in house*".

<sup>5</sup> Lo rileva il Consiglio di Stato nel parere 456/07, punti 8.2.2 e 8.2.3.

<sup>6</sup> La derivazione della nozione di concorrenza dal diritto comunitario, agli effetti dell'interpretazione dell'art.117, c.2, lettera e) Cost., è un punto fermo della giurisprudenza costituzionale, a partire dalla sentenza 14/2004, punto 4; tra le più recenti si veda la sentenza n. 45 del 2010, punto 4.1

parcheggi), sia le attività economiche delle quali l'ente assume la responsabilità al fine di soddisfare esigenze che, altrimenti, resterebbero insoddisfatte o non adeguatamente soddisfatte. Nel secondo caso l'espressione "servizi pubblici" designa quelle attività economiche che, a norma dell'art.43 della Costituzione, possono essere riservate agli enti territoriali, se la riserva è giustificata da ragioni di utilità generale. Esemplificando con riferimento al livello regionale e locale di amministrazione, rientrano tra i servizi del secondo tipo quelli che riguardano i rifiuti, i servizi idrici, i trasporti urbani.

La categoria dei servizi pubblici, nell'accezione ampia, include fattispecie profondamente diverse tra loro, accomunate dal fatto che si tratta di attività il cui svolgimento da parte di privati è subordinato ad un titolo, che è conferito dall'amministrazione. Se l'attività fosse aperta a qualunque impresa idonea, nell'esercizio dell'iniziativa economica che si svolge all'interno di mercati liberalizzati, non vi sarebbe materia per incarichi conferiti dall'amministrazione, né si porrebbe il problema della scelta tra gestione dei servizi con mezzi propri dell'ente locale o mediante l'opera di terzi. Questo elemento comune ai servizi pubblici in senso ampio non dovrebbe, tuttavia, mettere in ombra le differenze che sussistono all'interno della categoria. L'utilizzazione di beni di proprietà dell'ente locale per servizi destinati al pubblico non presuppone la riserva di un'attività che sarebbe altrimenti aperta all'iniziativa economica dei privati; per questo, la questione della concorrenza tra gli aspiranti gestori di questo tipo di servizi non si pone, o non si pone nei termini di succedaneo alla concorrenza nel mercato, come avviene invece secondo la *ratio* della "concorrenza *per* il mercato", sulla quale ci si soffermerà più avanti<sup>7</sup>.

Benchè la disciplina della gestione dei servizi pubblici locali non attribuisca espressamente rilevanza alla differenza che corre tra i servizi pubblici nel senso dell'art.43 Cost. e gli altri, questa differenza dovrebbe riflettersi sulla nozione di concorrenza alla cui attuazione sono dirette le relative disposizioni, ponendo in dubbio la congruità dell'applicazione della c.d. concorrenza per il mercato al caso della gestione di beni dell'ente locale.

Anche la politica tariffaria dell'ente responsabile del servizio risente della differenza anzidetta, giacché la possibilità che l'ente ricavi un utile dalla gestione dei servizi pubblici -che potrebbe essere messa in dubbio per alcuni dei servizi che sono ad esso riservati per fini di utilità generale- non incontra analoghe limitazioni di principio quando i servizi sono prodotti mediante la destinazione di beni pubblici. Si pensi, ad esempio, ai servizi di parcheggio su aree pubbliche: non vi è ragione per escludere che il Comune possa ricavare un utile praticando tariffe che scoraggino l'uso del mezzo di trasporto privato per l'accesso alle zone centrali.

Prima di addentrarsi nell'analisi dei ragionamenti intorno al principio di concorrenza applicato ai servizi pubblici locali, conviene soffermarsi sulla portata che il ricorso a società per la gestione di quei servizi assume per i caratteri del governo locale.

---

<sup>7</sup> Si veda pag.14.

## 2. *Le implicazioni istituzionali della gestione dei servizi pubblici a mezzo di società*

La gestione di servizi pubblici per mezzo di terzi non è una novità: tale è la concessione, che appartiene alla tradizione del diritto amministrativo e, per alcuni servizi, è modalità di gestione prescritta da leggi di settore lontane nel tempo.

La differenza tra concessione ed “affidamento” (termine impiegato nella vigente disciplina dei servizi locali) è stata svalutata dal Consiglio di Stato, quasi si trattasse di una questione meramente lessicale o di una distinzione appartenente alla sfera delle speculazioni astratte<sup>8</sup>. Ma non è così, o meglio non è così se si guarda alla natura del rapporto che viene costituito nell’uno e nell’altro caso, anziché alla qualificazione (pubblicistica) dell’atto che precede la stipulazione del contratto<sup>9</sup>.

Nel rapporto di concessione il privato veniva associato al concedente nell’esercizio di un’attività che poteva anche includere l’esercizio di poteri pubblicistici e che, comunque, per la sua attinenza a compiti pubblici restava sottoposta al governo dell’amministrazione; di qui i poteri del concedente (di direttiva e di controllo), considerati inerenti alla natura del rapporto.

Le cose stanno diversamente quando la gestione è “affidata” ad una società e il rapporto tra affidante e affidatario è regolato da un contratto. I due elementi – società e contratto- vanno considerati in collegamento fra loro perché, come si vedrà, le novità rispetto al passato si colgono, appunto, nella combinazione degli elementi suddetti.

La prima novità riguarda il profilo tecnico e finanziario. La gestione a mezzo di società, generalizzata dalle disposizioni dell’art.113 TUEL, permette di associare il capitale privato alla gestione medesima, nella forma della società mista. Anche la società a capitale interamente pubblico (la gestione “interna”, poi divenuta eccezionale) lasciava aperta la possibilità del successivo ingresso dei privati nella società stessa, permettendo così di realizzare l’associazione pubblico-privato che, come si sa, è stata incoraggiata dalle istituzioni comunitarie.

La seconda novità –e la più importante sul piano istituzionale- riguarda la relazione giuridica tra affidante ed affidatario, e si apprezza in modo particolare nel caso in cui affidataria sia una società mista. L’idea sottesa al modello è che il diritto delle società (in particolare quello della società per azioni) rechi con sé la benefica distinzione tra l’interesse societario (lucrativo) e l’interesse del socio (incluso il socio pubblico). Applicata al caso del quale ci si occupa qui, la distinzione dovrebbe evitare che, sotto la veste dell’interesse pubblico, gli interessi particolari degli attori politici si insinuino nella gestione del servizio, compromettendone l’economicità.

In questo ordine di idee, l’interesse pubblico correttamente inteso dovrebbe essere definito nel momento della conformazione del servizio, vale a dire nel momento in cui l’ente locale delibera riguardo alla qualità e quantità delle prestazioni, nonché riguardo alle condizioni economiche alle quali esse saranno rese disponibili per la collettività. In questo momento il ruolo dei rappresentanti della collettività locale trova la propria corretta collocazione. Esaurita questa fase (i cui risultati sono recepiti nel contratto di servizio messo in gara), la sorte del

<sup>8</sup> CS V, 4125/06, punto 6.

<sup>9</sup> Nella sentenza citata alla nota che precede la parificazione dell’affidamento alla concessione ricorre in un ragionamento che attiene alla natura giuridica dell’atto costitutivo del rapporto.

servizio resterebbe affidata all'adempimento degli impegni assunti dalle parti contraenti. Ulteriori interventi della rappresentanza locale sarebbero esclusi e l'esclusione dovrebbe ritenersi opportuna perché eviterebbe il rischio che interessi particolari, estranei alla gestione efficiente del servizio, influenzino la conduzione del medesimo, attraverso l'interferenza del personale politico<sup>10</sup>.

Nel modello basato sul binomio società mista-contratto, l'ente locale sarebbe titolare dei soli poteri del socio, e poiché gli amministratori –inclusi quelli di nomina pubblica- sono tenuti a perseguire l'interesse sociale e rispondono alla società e non al socio che li ha nominati, l'autonomia della gestione dovrebbe essere assicurata<sup>11</sup>. Eventuali patti parasociali potrebbero impegnare i soci riguardo agli indirizzi strategici della società, ma non riguardo ai fatti di gestione, riservati alla competenza degli amministratori. Riguardo a questo aspetto del modello può essere utile ricordare che la Corte di Giustizia considera come condizione necessaria per la sussistenza del “controllo analogo” agli effetti della gestione *in house*, la circostanza che il consiglio di amministrazione della società non abbia rilevanti poteri gestionali, perché questi poteri sono ritenuti incompatibili con il controllo suddetto.<sup>12</sup>

La sostituzione del termine concessione con quello di *affidamento*, nella disciplina della gestione dei servizi, è dunque densa di significato, perché intende espungere i connotati pubblicistici che caratterizzano la concessione - forma tradizionale dell'associazione dei privati a compiti pubblici. E che questo sia il senso dell'affidamento è confermato dalla disposizione che, con espressione peraltro impropria, attribuisce al gestore “la titolarità del servizio”<sup>13</sup>: il rapporto tra l'ente locale ed il gestore è per intero regolato dal contratto di servizio. In questo quadro, la forma societaria dovrebbe permettere all'ente locale di investire nel servizio, senza influenzarne la gestione. Nella combinazione dei due elementi –società e contratto- risiede la sostanza privatistica del modello delineato nell'art.113 TUEL, che verrà perfezionato con gli interventi legislativi che si succederanno nel tempo<sup>14</sup>.

L'ente locale può esigere solo ciò che è contenuto nel contratto: quest'ultimo *crystallizza* le condizioni della gestione. Considerato nella sua portata istituzionale, il binomio società-contratto blocca, per la durata dell'affidamento, il processo di adattamento del servizio alle esigenze della collettività –adattamento tradizionalmente considerato come una caratteristica del regime dei servizi pubblici- ed esclude la pretesa dei cittadini di farsi portatori delle esigenze anzidette, anche attraverso forme di partecipazione alla gestione nonché al controllo sulla gestione medesima.

<sup>10</sup> Si tratta dell'interferenza dovuta alla “agenda personale” dei politici di professione, sulla quale si veda oltre, pag.6.

<sup>11</sup> Questa *ratio* non è percepita dal giudice amministrativo, che presenta la società mista come la soluzione organizzativa che permetterebbe al socio pubblico di controllare la gestione dall'interno. Il termine controllo è generico, ma nel contesto nel quale esso è impiegato –in contrapposizione ai poteri spettanti all'ente in quanto committente- esso parrebbe implicare la possibilità, per il socio pubblico, di intervenire sulla gestione (CS , parere 456/07, punti 8 e 8.2.3)

<sup>12</sup> Si veda la sentenza pronunciata nel caso C-340/04, punti 38 e 47.

<sup>13</sup> Art.113, c.5, d.lgs. 267/00.

<sup>14</sup> E' in via di eccezione rispetto allo schema generale che le disposizioni sul servizio idrico integrato prevedono il potere sostitutivo dell'amministrazione e lo inseriscono in una specifica disciplina dei controlli sulla gestione del servizio (art.152, d.lgs. 152/06). Da notare anche il termine “convenzione” che, nell'anzidetta disciplina, sostituisce quello di “contratto di servizio”, ad indicare lo scostamento rispetto al modello. Anche la disciplina del servizio integrato di gestione dei rifiuti dedica una certa attenzione al sistema dei controlli, prevedendo tra l'altro l'obbligo del gestore di comunicare “dati, informazioni e documenti”(art.203, d.lgs.cit.).

Si ricorderà che questa pretesa è fondata sulle disposizioni del Testo unico degli enti locali che prescrivono che la partecipazione dei cittadini all'attività dell'amministrazione sia resa effettiva anche attraverso l'accesso delle forme associative civiche "alle strutture ed ai servizi"<sup>15</sup>. Ammesso che gli enti locali fossero disponibili a sperimentare forme di partecipazione civica alla gestione ed al controllo dei servizi, l'abbandono della forma-azienda e la gestione dei servizi a mezzo di società sbarrano la strada a questa possibilità.

La gestione a mezzo di società si riflette anche sul ruolo dei consiglieri. Il diritto di questi di ottenere dagli uffici, dalle aziende e dagli enti dipendenti "tutte le notizie e le informazioni in loro possesso utili all'espletamento del proprio mandato"(art. 43, c.2 TUEL) è inteso a rendere effettivo il controllo da parte di ciascun consigliere e soprattutto da parte della minoranza, sulla conduzione degli affari di competenza dell'amministrazione, indipendentemente dalla modalità organizzativa adottata per la loro conduzione. Con la soppressione delle aziende e l'affidamento della gestione dei servizi a società, private o miste, i consiglieri si vedono sottratte le informazioni necessarie per l'esercizio del controllo sull'andamento dei servizi dei quali è responsabile l'ente locale.

Il Consiglio di Stato si è mostrato incline ad applicare analogicamente le disposizioni sull'accesso dei consiglieri ai documenti, ma la rilevanza attribuita dal giudice al carattere maggioritario della partecipazione dell'ente locale nella società ai cui atti si chiedeva accesso lascia intendere i limiti che il modello societario impone ai diritti dei consiglieri e, in ultima analisi, al funzionamento del sistema di governo locale<sup>16</sup>.

### 3. *Il nuovo modello organizzativo: argomenti di economia dell'organizzazione*

La riforma della gestione dei servizi pubblici economici si ispira ai suggerimenti di studiosi dell'economia pubblica<sup>17</sup>. Il ragionamento che conduce a raccomandare la separazione tra indirizzo (che spetta all'ente responsabile e che viene concretizzato nel contratto di servizio) e gestione (che spetta alla società affidataria) muove dal postulato che l'interesse personale sia il motore dell'azione dei singoli. Questa premessa ha valore esplicativo della condotta degli individui e, insieme, ha implicazioni normative, poiché da essa si ricavano indicazioni circa i comportamenti, potenzialmente dannosi, che devono essere ostacolati, e circa gli incentivi a mezzo dei quali l'interesse personale può essere sfruttato a fini di interesse collettivo –nel caso di specie, al fine di promuovere economicità e efficienza nella gestione dei servizi.

In questo ordine di idee, la privatizzazione stimolerebbe, attraverso incentivi economici, il ruolo dei *managers*, dal cui impegno dipendono l'efficienza organizzativa e la propensione all'innovazione. Allo stesso tempo, essa impedirebbe

<sup>15</sup> Art.10, c.3, TUEL.

<sup>16</sup> CS V, 4472/02. La richiesta di accesso ai documenti era stata presentata sia al Comune che alla società, i quali avevano entrambi respinto la richiesta.

<sup>17</sup> Si vedano i numerosi contributi di Boitani e Petretto a partire dagli ultimi anni '90; le raccomandazioni in tema di gestione dei servizi pubblici locali si possono leggere in BOITANI-PETRETTO, *I servizi pubblici locali tra governance locale e regolazione economica*, in ROBOTTI (ed.), *Competizione e regole nel mercato dei servizi pubblici locali*, Bologna 2002, pag.38 e ss.

ai politici di interferire nella gestione, evitando il pregiudizio derivante dal prevalere delle convenienze elettoralistiche di questi sulle ragioni di una sana gestione<sup>18</sup>. La separazione della gestione metterebbe quest'ultima al riparo dai guasti della "agenda personale" dei politici, vale a dire delle decisioni dettate dall'interesse particolare e non dichiarato del decisore.

A fronte di questo vantaggio, la separazione anzidetta reca con sé gli inconvenienti della "asimmetria informativa", che giova al gestore e alla quale corrisponde l'indebolimento della posizione dell'ente affidante, che si vede privato della conoscenza degli elementi di costo rilevanti per la definizione delle condizioni alle quali il servizio sarà fornito. Ma lo squilibrio informativo sarebbe neutralizzato dalla competizione tra gli aspiranti gestori.

Il modello si regge, infatti, sul postulato dei benefici della messa in gara del servizio (la "concorrenza per il mercato"). In sintesi, i benefici in questione presuppongono una pluralità di imprese idonee, che partecipino alla gara e che agiscano in modo non collusivo, nonché –sul lato dell'ente aggiudicatore- la disponibilità da parte di questo di competenze tecniche adeguate a fronteggiare le strategie messe in atto dalle imprese offerenti. Inoltre, l'efficacia della concorrenza per il mercato richiede la durata relativamente breve dell'incarico, con il frequente rinnovo del confronto competitivo, affinché l'incremento della produttività (ipotizzato dal modello) possa riflettersi in modo positivo sulle condizioni alle quali il servizio sarà reso nel periodo successivo. Infine, ammesso il corretto funzionamento della selezione competitiva, occorre ancora considerare i costi di amministrazione del sistema, e metterli a confronto con il risparmio conseguito attraverso la competizione tra gli aspiranti affidatari<sup>19</sup>.

Il modello cui si ispira l'attuale disciplina dà luogo alle difficoltà proprie dei rapporti contrattuali di durata, aggravate dal fatto che, nel caso dei servizi pubblici, non vi è coincidenza tra il destinatario delle prestazioni (i cittadini) e il soggetto che è controparte del gestore nel contratto di servizio -il che rende più problematico il monitoraggio dell'esatto adempimento del contratto.

I problemi dei contratti di durata sono analizzati negli studi di economia dell'organizzazione<sup>20</sup>, che mettono a confronto vantaggi e svantaggi dell'alternativa tra il ricorso a fornitori esterni e l'internalizzazione delle funzioni –alternativa che viene sintetizzata nella formula *make or buy*.

Le disfunzioni del metodo contrattuale sono osservate sia *ex ante*, con riferimento alla definizione del contenuto del contratto, sia *ex post*, in relazione all'esecuzione del contratto stesso. Quanto al primo aspetto della questione, vengono in considerazione i problemi posti dall'incompletezza dei contratti di durata, sia per la non verificabilità (e quindi non contrattabilità) di alcuni elementi, sia per la necessità del loro adeguamento nel tempo.

<sup>18</sup> Il riferimento più frequente a questo proposito riguarda la politica del personale, dettata dal calcolo elettoralistico : v. PETRETTO, *Privatizzazione*, in *Enciclopedia Italiana- XXI secolo. Settima appendice*, Roma 2007, pag. 53.

<sup>19</sup> Indicativamente, si vedano i dati relativi ai costi delle gare per l'affidamento della distribuzione del gas esposti in *La riforma della distribuzione del gas in Italia*, a cura di S. DORIGONI, Milano 2007, pagg. 117-118.

<sup>20</sup> Ci si riferisce in primo luogo ai noti contributi di WILLIAMSON, in particolare a *I meccanismi del governo. L'economia dei costi di transazione: concetto, strumenti, applicazioni*, 1996, edito in Italia da Franco Angeli nel 1998 e *L'organizzazione economica*, 1986, edito in Italia dal Mulino nel 1991.



Per il secondo aspetto, le disfunzioni attengono sia al controllo sull'esatto adempimento da parte del fornitore, sia all'effettività degli incentivi ad adempiere propri del diritto dei contratti. Al riguardo si segnalano le difficoltà di monitorare efficacemente l'esecuzione del contratto, tenuto conto non solo del livello della preparazione del personale a ciò preposto, ma anche della resistenza degli uffici ad ammettere disfunzioni che potrebbero essere imputate a errori di valutazione compiuti da quegli stessi uffici in occasione della messa a punto dello schema di contratto. D'altro canto, l'efficacia degli incentivi ad adempiere puntualmente, al fine di conservare il contratto, è indebolita dagli oneri connessi alla sostituzione del fornitore: non si risolve il contratto per inadempimenti non gravi,<sup>21</sup>(questa considerazione vale tanto più per i servizi pubblici, anche perché la sostituzione richiede che si indichi una gara).

Infine, l'idea che la periodica contendibilità dell'incarico costituisca un effettivo incentivo all'esatto adempimento come pure alla efficienza economica dello scambio che verrà negoziato in occasione della scadenza dell'incarico, è messa in dubbio sia dal vantaggio di fatto del quale gode il precedente fornitore, sia dal problema posto dalla sistemazione degli addetti al servizio, nel caso di sostituzione dell'impresa<sup>22</sup>: la sostituzione pone la difficile alternativa tra lasciare piena libertà all'impresa subentrante riguardo all'assunzione del personale addetto al servizio, con il rischio di perdita di capitale umano specializzato, o vincolarla all'assorbimento del personale, con il rischio che tale vincolo scoraggi i potenziali subentranti<sup>23</sup>.

Nell'analisi condotta dal punto di vista della "economia dei costi di transazione", ricorso al mercato (*buy*) e produzione interna regolata dall'organizzazione gerarchica (*make*) vengono presentate come tecniche alternative per acquisire i servizi necessari all'impresa: vi sono casi nei quali la gerarchia (vale a dire l'impresa integrata) è preferibile al ricorso al mercato.

Trasferite dall'organizzazione dell'impresa al terreno della gestione dei servizi pubblici, le osservazioni sintetizzate più sopra offrono elementi di riflessione che inducono a dubitare della ragionevolezza di soluzioni uniformi, che prescrivano comunque l'adozione del modello basato sul binomio società-contratto. Quando si ricorre al mercato per gestire i servizi pubblici, la debolezza derivante dall'asimmetria informativa è aggravata, in particolare nel caso di enti locali di dimensioni ridotte, dalla ben nota inadeguatezza delle strutture tecniche di supporto per la definizione del contenuto del contratto. Anche a non considerare il contenzioso cui dà luogo la ripartizione dei punteggi tra le varie voci e, in particolare, il peso attribuito alle condizioni economiche rispetto agli altri elementi rilevanti per la valutazione delle offerte, l'asimmetria informativa rende quanto meno problematica la valutazione, da parte degli uffici comunali, dei "contenuti di innovazione tecnologica e gestionale" che, secondo una norma dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale per lesione dei poteri regionali (in quanto sproporzionata rispetto all'obiettivo di tutela della concorrenza), ma che resta comunque

<sup>21</sup> O. Williamson, *L'organizzazione economica*, cit., pag 358.

<sup>22</sup> O. Williamson, *L'organizzazione economica* cit., pag.369.

<sup>23</sup> Le speciali disposizioni dettate per la gestione del servizio integrato dei rifiuti stabiliscono prevedono il passaggio diretto del personale al nuovo gestore (art.202, c.6, d.lgs. 152/06).

significativa per il tema che qui interessa, figura tra i criteri da applicare per la scelta dell'affidatario<sup>24</sup>.

Gli inconvenienti relativi al controllo sull'adempimento e all'asimmetria informativa potrebbero apparire attenuati nella gestione a mezzo di società mista, se si seguisse l'opinione del Consiglio di Stato che configura la presenza del socio pubblico come mezzo per esercitare dall'interno il controllo sulla gestione. Se così fosse, la società mista permetterebbe di salvaguardare alcune delle esigenze che paiono sacrificate dalla integrale contrattualizzazione del rapporto con il gestore.

Ma l'opinione del Consiglio di Stato dà per scontati poteri dei quali è dubbio che il socio pubblico disponga, quanto meno nella società per azioni -che è il tipo solitamente utilizzato. Il diritto delle società per azioni parrebbe contrastare con la pretesa del socio pubblico di utilizzare l'amministratore che ha nominato come proprio referente riguardo alla gestione della società. Inoltre, la qualità di "socio operativo"<sup>25</sup> rivestita dal socio privato, con la posizione di forza connessa a tale qualità, tende a ridurre l'ipotetica influenza del socio pubblico nella gestione del servizio.

La separazione tra indirizzo e gestione presenta i rischi che derivano dall'impiego normativo di ipotesi esplicative che semplificano la realtà sotto osservazione. La semplificazione, mentre può essere utile e in una certa misura inevitabile sul terreno della ricerca, costituisce un limite per l'effettiva validità predittiva dell'ipotesi assunta, e ciò dovrebbe rendere cauti riguardo all'efficacia delle implicazioni normative che ne vengono tratte.

Il pur sommario quadro che si è qui tracciato suggerisce che le scelte compiute riguardo alla gestione dei servizi pubblici dovrebbero essere sottoposte a verifica, alla luce dei dati empirici offerti dall'applicazione del modello. Ma alla ricchezza delle riflessioni condotte sul piano teorico non corrisponde, a quanto risulta, un adeguato impegno nell'esame del modello nelle sue applicazioni concrete, con attenzione per le diverse caratteristiche dei servizi. Mentre si registrano interventi legislativi che intendono correggere alcune patologie del sistema, con lo scopo principale di tenere sotto controllo la spesa pubblica<sup>26</sup>, i recenti sviluppi del regime dei servizi pubblici locali tengono ferma la fiducia nel modello, dando per scontato che il saldo tra costi e benefici della separazione tra indirizzo e gestione, posto a confronto con quello della gestione dei servizi per mezzo dell'organizzazione propria, sia a vantaggio del primo.

Il modello organizzativo che si è andato precisando nel corso degli anni attende dunque la verifica empirica della sua validità<sup>27</sup>. Sul piano giuridico, le disposizioni

<sup>24</sup> Si tratta dell' art. 113, c.7, come modificato dall'art14, c.1 dl 269/2003, dichiarato parzialmente illegittimo con sentenza n.272/04.

<sup>25</sup> Richiesta dall'art.23-bis, c.2, lettera b), d.l. 112/08.

<sup>26</sup> Ci si riferisce alle disposizioni che pongono un tetto agli emolumenti ed al numero dei componenti degli organi delle società a partecipazione pubblica ( art.1, commi 725-729, l.296/06) nonché alle disposizioni che che assoggettano le società *in house* al patto di stabilità e che impongono alle società a partecipazione pubblica locale l'osservanza dei principi in materia di reclutamento del personale delle amministrazioni pubbliche (artt.5 e 7 reg. per l'attuazione dell'art.23bis, dl 112/08).

<sup>27</sup> Operazione certo non semplice: si vedano le considerazioni di SCARPA ( *Commento a CAVALLARI, Privatizzazioni e liberalizzazioni: i servizi di pubblica utilità fra politica e finanza*, in *La finanza pubblica italiana.Rapporto 2010*, Bologna 2010, pag.361) sul difficile esercizio di indagine controfattuale. Lo scritto di Scarpa riguarda i risultati della regolazione; nel caso del quale ci si occupa qui si potrebbe pensare al confronto tra diverse

sulla gestione dei servizi pubblici locali, se considerate sotto il profilo della convenienza, attuano scelte che rientrano nell'ambito della discrezionalità del legislatore; vi sono, però, implicazioni per il circuito democratico dell'amministrazione locale e, sotto questo profilo, le disposizioni in questione divengono materia per valutazioni di carattere costituzionale.

#### 4. *Il nuovo modello organizzativo: argomenti di diritto costituzionale*

Come si è accennato più sopra, la privatizzazione della gestione pone il cittadino nella posizione di utente del servizio. In questa veste gli spettano i diritti contrattuali, ma gli vengono sottratti i diritti civici: il cittadino non può aspirare ad essere interlocutore della società che gestisce il servizio. La privatizzazione ostacola la messa in atto di quelle forme di vigilanza e controllo da parte dei cittadini che il Testo Unico degli enti locali intende promuovere e che sono state ricordate più sopra, e comprime altresì i poteri della rappresentanza elettiva. Se per il primo aspetto la riforma ostacola l'attuazione di norme che vorrebbero rinnovare il rapporto dei cittadini con l'amministrazione, per il secondo aspetto essa incide negativamente sul funzionamento del sistema rappresentativo locale come esso risulta dalle norme vigenti e dai principi generali che conformano il governo delle autonomie. L'affidamento della gestione dei servizi pubblici ad un gestore privato, consegnando ad un contratto le condizioni alle quali il servizio sarà reso, interrompe il circuito che idealmente collega i compiti dell'ente responsabile alle esigenze quotidianamente espresse dalla collettività. La contrattualizzazione rende intermittente il circuito: nel periodo di durata del contratto l'ente affidante può soltanto registrare la correttezza dell'adempimento di quanto a suo tempo pattuito. Inoltre, come si è visto più sopra, la forma societaria ostacola l'esercizio dei poteri di controllo dei consiglieri, anche quando il gestore è una società a partecipazione pubblica.

A sostegno del fondamento costituzionale della privatizzazione della gestione dei servizi pubblici viene addotto, da alcuni, il principio di "sussidiarietà orizzontale" enunciato dall'art.118 della Costituzione<sup>28</sup>.

Il collegamento tra sussidiarietà e privatizzazione dei servizi si fonda su un'interpretazione della sussidiarietà orizzontale che vorrebbe farne (anche) il principio regolatore del rapporto tra sfera pubblica e sfera privata nell'economia. La formula che la revisione del Titolo V della Costituzione ha inserito nell'art.118 viene collegata alla libertà di iniziativa economica privata (art.41 Cost.) la quale, in questo collegamento, acquista un significato che trascende la libertà (d'impresa) dei singoli e diviene strumento diretto per la realizzazione di interessi generali.

Così inteso, il principio di sussidiarietà orizzontale prescriverebbe la preferenza per l'impresa privata, ove non sussistano circostanze particolari che la rendano inadeguata alla gestione del servizio nel singolo caso concreto. Dell'inadeguatezza dovrebbe essere data dimostrazione nella motivazione delle deliberazioni assunte al riguardo dagli enti locali. La giustificazione così richiesta ha quale oggetto –si badi-

---

modalità di gestione dello stesso servizio, nei limiti nei quali le restrizioni legali al ricorso alla produzione interna rendono praticabile un tale confronto..

<sup>28</sup> Si veda, tra gli scritti più recenti, SALERNO, *Servizi di interesse generale e sussidiarietà orizzontale fra ordinamento costituzionale e ordinamento dell'Unione europea*, con *Presentazione* di G.Pastori, Torino 2010.

non l'assunzione in esclusiva dell'attività stessa (per la quale la giustificazione è già prescritta dall'art.43 Cost.e dall'art.86 del Trattato CE) bensì la decisione, *successiva*, con la quale viene scelta la modalità di gestione dell'attività economica che è stata assunta come servizio pubblico. E poiché la sussidiarietà deve essere "favorita", la gestione privata si imporrebbe anche quando la tariffa del servizio è fissata al di sotto del costo di produzione: l'ente locale deve sussidiare i privati affinché essi siano messi nella condizione di esplicare la loro iniziativa. Come questo passaggio si concili con il carattere "autonomo" dell'iniziativa stessa non è chiaro.

Muovendo dall'interpretazione qui sintetizzata, i recenti ritocchi al sistema di gestione dei servizi pubblici locali, che rendono eccezionale la produzione interna<sup>29</sup>, vengono presentati non come l'espressione di una scelta organizzativa del legislatore ordinario, dettata da considerazioni di convenienza economica, bensì come la doverosa attuazione del principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale. L'operazione interpretativa così proposta è singolare. Si ricorderà che la categoria dei servizi pubblici locali include attività che hanno ragioni e scopi diversi tra loro: da un lato quelli connessi con l'utilizzazione di beni che appartengono all'ente, dall'altra quelli che rispondono all'inadeguatezza del mercato a soddisfare le esigenze della collettività, come valutate dalla rappresentanza politica. Nell'uno come nell'altro caso non è ipotizzabile l'esistenza di iniziative "autonome" dei cittadini riferibili alla gestione dei servizi, rispetto alle quali l'azione pubblica si possa presentare come sussidiaria. Nel primo caso, perché la libertà dei privati di dar vita ad iniziative autonome è impensabile rispetto a beni dei quali essi non hanno la disponibilità; nel secondo caso perché il giudizio sull'opportunità dell'azione pubblica –e quindi sul suo eventuale arretramento di fronte all'adeguatezza delle iniziative autonome dei cittadini- si dovrebbe collocare in un momento che precede la decisione in ordine alla gestione, vale a dire nel momento della decisione riguardo all'assunzione dell'attività nell'ambito dei servizi pubblici. E' in questo momento che si pone la questione della necessità o anche soltanto della opportunità dell'intervento pubblico, tenuto conto delle attuali o potenziali iniziative dei privati. Nello stadio successivo, quando si decide chi gestirà un dato servizio, così come esso è conformato dall'ente responsabile, lo spazio per autonome iniziative dei cittadini è esaurito, e ciò che è in gioco non è l'autosufficienza delle componenti della collettività -rispetto alla quale l'azione pubblica si presenterebbe come compressione della spontaneità creativa dei cittadini- ma piuttosto l'interesse imprenditoriale a realizzare iniziative che non sono proprie, bensì dell'amministrazione pubblica. In questo secondo momento, i "cittadini singoli e associati", che nell'art.118 sono promotori di interessi generali, verrebbero sostituiti da imprese che sono interessate alle occasioni di profitto offerte dall'esecuzione dei progetti dell'amministrazione. Detto in altre parole, gli interessi che vengono in considerazione nelle situazioni delle quali si tratta qui sono l'interesse pubblico – definito dall'amministrazione cui spetta provvedere al servizio- e l'interesse privato dell'impresa che si impegna a produrlo. Per l'interesse generale, non soggettivo, non si vede spazio.

<sup>29</sup> A norma dell'art.23bis del d.l. 112/08, nel testo modificato dall'art.15, d.l.135/09, la gestione *in house* è ammessa "per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato.

Il principio di sussidiarietà, che il testo costituzionale espressamente riferisce alla dimensione civica dei soggetti, viene spostato, nell'interpretazione in esame, sul terreno dei rapporti tra sfera pubblica e sfera privata dell'economia, e aspira a modificare le norme che la Costituzione dedica ai rapporti economici. Con il risultato di accrescere le occasioni di guadagno del cittadino/imprenditore anche a scapito delle possibilità per il cittadino/utente di intervenire nella gestione del servizio che lo riguarda. Invero l'impresa privata può essere portatrice di economicità ed efficienza, quando essa operi in un ambiente effettivamente concorrenziale, ma tra i suoi benefici non si annovera la promozione del ruolo attivo della cittadinanza, né l'inclinazione all'ascolto del cittadino, specie quando essa si trovi ad operare in regime di esclusiva.

Pur nelle incertezze cui dà luogo la formulazione del principio, è indiscutibile che la sussidiarietà, trasferita dall'ordinamento verticale delle competenze al piano orizzontale e posta in collegamento con le "autonome" iniziative dei cittadini e delle loro associazioni, impegna i poteri pubblici a valutare l'idoneità delle iniziative suddette a soddisfare le esigenze sociali, in modo che l'estensione dell'azione pubblica sia commisurata a quella idoneità. In verità la valutazione dell'utilità dell'intervento dell'amministrazione nel contesto esistente è comunque un passaggio necessario nella decisione con la quale una data attività è assunta come compito pubblico, e il contesto di riferimento per la valutazione suddetta include le attività liberamente intraprese dai soggetti privati: l'amministrazione deve comunque valutare l'adeguatezza delle iniziative spontanee eventualmente esistenti. In questo senso, il precetto dell'art.118, c.4, non introduce un criterio nuovo; la novità sta piuttosto nell'impegno dei poteri pubblici a "favorire" le iniziative –che devono pur sempre essere autonome- dei cittadini. In quali modi possa manifestarsi tale "favore", senza che le iniziative civiche perdano la spontaneità che parrebbe elemento della loro "autonomia", non è questione che occorre esaminare qui.

Interessa piuttosto soffermarsi sull'aggettivo "generale", riferito all'interesse che connota le attività civiche che l'art.118 vuole incoraggiare. Il termine "generale", in un testo che tratta di funzioni amministrative, si contrappone idealmente all'aggettivo "pubblico" che, nel linguaggio tecnico, identifica gli interessi soggettivati nelle amministrazioni, secondo le competenze di ciascuna. Per questo, il precetto costituzionale prospetta il superamento del monopolio della cura degli interessi della collettività da parte dell'autorità pubblica. Al tempo stesso, il riferimento ai *cittadini* quali soggetti che agiscono per interessi generali evoca in modo immediato la dimensione politica entro la quale si colloca il principio di sussidiarietà orizzontale, che si direbbe inteso a valorizzare la cittadinanza attiva, nella prospettiva che Benvenuti indicava in uno degli ultimi scritti<sup>30</sup>.

In verità, la cittadinanza attiva di Benvenuti non implica la separazione tra la sfera di azione dei cittadini e quella dell'amministrazione, separazione che è implicita nell'idea di sussidiarietà. La nuova cittadinanza cui pensava Benvenuti si sarebbe concretizzata, al contrario, nel confluire dell'attività dei cittadini nell'attività dell'amministrazione, e proprio questa confluenza avrebbe reso inadeguato l'aggettivo "pubblico" riferito all'interesse curato dall'amministrazione:

---

<sup>30</sup> *Il nuovo cittadino*, Padova 1995.

la democratizzazione dell'amministrazione avrebbe reso appropriata la riqualificazione di questo interesse come interesse "generale"<sup>31</sup>.

## II. Il modello di gestione dei servizi pubblici locali e la promozione della concorrenza

### 1. *La disciplina dei servizi pubblici locali e la tutela della concorrenza*

L'art.113 TUEL esordisce ascrivendo alla "tutela della concorrenza" le disposizioni relative alle modalità di gestione e di affidamento dei servizi pubblici locali; il collegamento tra la disciplina della gestione dei servizi e la tutela della concorrenza si legge anche in apertura dell'art.23-bis del d.l. 112/08.

Il riferimento alla tutela della concorrenza richiama la competenza statale esclusiva che, al riguardo, è sancita dalla Costituzione (art.117, c.2, lettera e). L'autoqualificazione compiuta dal legislatore non ha evitato, naturalmente, il contenzioso circa ciò che effettivamente potrebbe essere ricompreso nella "tutela della concorrenza" e ciò che dovrebbe restarne escluso. Cose diverse sono contenute negli articoli citati e la rilevanza di ciascuna di esse per promuovere o preservare situazioni di concorrenza non è scontata. Si può convenire che le disposizioni di cui si tratta si iscrivano nel loro insieme in un disegno di promozione della concorrenza, ma questo non basta per legittimare senz'altro a tale titolo tutte le disposizioni che il legislatore ha racchiuso negli articoli in questione. Per l'argomento del quale ci si occupa qui è particolarmente importante chiarire se e perché le modalità di gestione dei servizi, prescritte dalla legge dello Stato, sono da ascrivere alla tutela della concorrenza.

Per chiarire le questioni che si pongono al riguardo, non si può che prendere le mosse dalla nozione di concorrenza fatta propria dalla giurisprudenza della Corte costituzionale nelle sentenze che definiscono i confini delle competenze spettanti, rispettivamente, allo Stato e alle Regioni. Poiché le Regioni sono tenute ad osservare, in ogni materia loro assegnata, i precetti statali dettati a "tutela della concorrenza", la definizione dei confini delle competenze rispettive di Stato e Regioni discende anche dall'interpretazione che viene data alla formula anzidetta.

Cosa si debba intendere per concorrenza e tutela della concorrenza è questione che viene guardata dal giudice costituzionale attraverso la lente dei rapporti tra titolari di poteri legislativi, e non con riferimento diretto agli effetti delle singole disposizioni per l'esplicarsi delle libertà economiche dei soggetti interessati o riguardo all'attitudine delle norme a promuovere o conservare assetti concorrenziali dei mercati: ciò che è rilevante quando si controverte intorno alla spettanza della competenza è *l'attinenza* delle disposizioni in contestazione alla "materia" concorrenza. Il giudice afferma ripetutamente che non spetta alla Corte costituzionale valutare in concreto la rilevanza degli effetti delle scelte compiute dal legislatore statale sull'economia<sup>32</sup>. Può accadere, allora, che sia possibile rispondere

---

<sup>31</sup> *op. cit.*, pag.84 e ss.

<sup>32</sup> L'affermazione, contenuta nelle sentenze 14 e 272 del 2004, è ripresa dalla giurisprudenza successiva..

affermativamente alla domanda circa la pertinenza di singole disposizioni sulla gestione dei servizi pubblici all'area della potestà legislativa esclusiva dello Stato, senza che occorra indagare né sulla loro effettiva attitudine a promuovere la concorrenza, né sui loro effetti per il ruolo degli enti territoriali minori nell'economia e, in definitiva, per l'autonomia dei medesimi.

La tutela della concorrenza si può realizzare per vie diverse, e non sorprende che il contrasto tra Stato e Regioni sia suscitato da regole che intervengono su aspetti diversi delle attività economiche. In alcuni casi l'effetto pro-concorrenziale delle regole è diretto; tale è senza dubbio l'effetto delle regole che limitano gli aiuti pubblici alle imprese o che aboliscono o riducono i limiti all'accesso a mercati nei quali vige un sistema di programmazione dell'offerta. In altri casi le regole ascritte alla materia in questione pongono le condizioni preliminari per l'applicazione di altre regole, cui è affidato l'effetto di promuovere la concorrenza. In questo senso è indiretto l'effetto pro-concorrenziale delle disposizioni che prescrivono la gestione di servizi a mezzo di affidamento a terzi, giacché esse costituiscono il presupposto per la messa in gara dell'affidamento, e quest'ultima viene comunemente ascritta alla categoria delle misure che realizzano la concorrenza.

Quando l'effetto è indiretto nel senso appena visto, l'operazione interpretativa (riguardo alla legittimità costituzionale delle regole in questione) si fa complessa: occorre accertare la consistenza della relazione strumentale tra i due ordini di misure, e nel passaggio tra le misure strumentali e quelle finali potrebbero risultare compromessi valori di rango costituzionale. In tal caso il giudizio di proporzionalità (che il giudice costituzionale afferma necessario nel contenzioso tra Stato e Regioni in questa materia<sup>33</sup>) potrebbe farsi stringente. Ma non è così; benchè il giudice costituzionale costruisca il giudizio del quale si parla qui come un giudizio in due fasi, nel quale prima si verifica la pertinenza delle disposizioni in contestazione alla materia "tutela della concorrenza", e poi si controlla il rispetto dei limiti interni alla competenza statale, i quali esigono che non si vada oltre quanto è proporzionato e ragionevole in relazione all'obiettivo di tutela<sup>34</sup>, il giudizio resta dichiaratamente estrinseco: il giudice ritiene di essere chiamato non a pronunciarsi sull'attitudine dalle disposizioni sottoposte al suo esame a promuovere o conservare la concorrenza, ma soltanto a verificare l'assenza di sproporzione o irragionevolezza tra le disposizioni statali e l'obiettivo dichiarato.

Della nozione di "tutela della concorrenza" che si è consolidata nella giurisprudenza costituzionale interessano qui due aspetti: il primo è che la nozione è dichiaratamente ricavata dal diritto comunitario<sup>35</sup>; il secondo è che si tratta di una nozione ampia, che include misure diverse tra loro, che vengono assimilate agli effetti dell'interpretazione dell'espressione "tutela della concorrenza".

La nozione di concorrenza fatta propria dal giudice costituzionale si è andata precisando nel tempo. Stando ad una delle prime pronunce, le misure riservate alla legislazione dello Stato a titolo di tutela della concorrenza e diverse da quelle riguardanti la condotta delle imprese (misure antitrust), avrebbero dovuto assumere rilevanza "macro-economica"<sup>36</sup>. In seguito la nozione si è andata

<sup>33</sup> Si tratta di un punto fermo della giurisprudenza costituzionale, a partire dalle sentenze 14/2004 e 272/2004.

<sup>34</sup> Sentenza 401/2007, punto 6.7.

<sup>35</sup> Si tratta di affermazione ricorrente: si vedano le sentenze 401 e 430 del 2007, 160 e 314 del 2009 e 45 del 2010.

<sup>36</sup> Sentenza n.14 del 2004, punto 4.

affinando e specificando; nelle sentenze più recenti si è stabilizzata la suddivisione delle misure ascrivibili alla tutela della concorrenza in tre ordini di disposizioni: a) quelle che regolano la condotta delle imprese (misure antitrust); b) quelle che aprono l'accesso a mercati precedentemente chiusi o che riducono i limiti all'accesso a determinate attività economiche (misure di liberalizzazione); c) quelle che prescrivono la gara per l'aggiudicazione dei contratti pubblici e per l'affidamento dei servizi pubblici e, in collegamento con queste, le disposizioni riguardo alle modalità di gestione dei servizi<sup>37</sup>.

Il carattere pervasivo delle misure di tutela della concorrenza viene sintetizzato nella c.d. trasversalità della materia "concorrenza" e, quindi, nell'attitudine della competenza esclusiva statale a comprimere la competenza delle Regioni in tutti i settori loro assegnati. La tutela della concorrenza è una "materia-funzione"<sup>38</sup>, cosicché essa non pone propriamente problemi di confini tra materie, e determina piuttosto la prevalenza della disciplina statale su quella regionale, in ogni materia. Per questo, la competenza regionale in tema di servizi pubblici locali non può essere utilmente contrapposta alla disciplina statale delle modalità di gestione e di affidamento dei servizi medesimi, che è fondata sulla tutela della concorrenza<sup>39</sup>. Le disposizioni contenute nell'art.113 TUEL, sono ascritte in blocco alla competenza statale per la tutela della concorrenza: raramente il giudice si spinge a verificare la funzione pro-concorrenziale delle tante regole che compongono il blocco e di quelle altre che, nel tempo, hanno modificato l'art.113, e i non frequenti casi di dichiarazione di illegittimità riguardano disposizioni di contorno<sup>40</sup>.

Questa configurazione della materia dà luogo a conseguenze paradossali, quando la questione sia guardata dal punto di vista della legittimità di leggi regionali, anziché dal punto di vista della legittimità di disposizioni statali. L'influenza che le misure settoriali adottate dalle Regioni siano in grado di esercitare sulla concorrenza negli ambiti loro assegnati, sarà motivo sufficiente per concludere che le misure in questione esulano dalla sfera di competenza regionale, in quanto riconducibili alla materia "tutela della concorrenza"? Oppure si dovrà pensare che l'esclusività della competenza statale ammetta tuttavia interventi regionali che incrementino la concorrenza, cosicché lo sconfinamento dai limiti della competenza regionale sussisterebbe soltanto nel caso in cui le leggi delle Regioni abbiano l'effetto di ridurre la concorrenza nei settori interessati?

Se si dovesse impiegare lo stesso criterio che viene comunemente adottato quando si giudica della legittimità delle leggi statali, si dovrebbe ravvisare un'invasione di competenza in ogni misura regionale comunque ascrivibile alla materia della concorrenza, secondo la nozione fatta propria dal giudice delle leggi. L'irragionevolezza della coerente applicazione del criterio anzidetto è avvertita dal giudice costituzionale. Nella sentenza 430 del 2007<sup>41</sup> viene osservato che le Regioni, nell'esercizio delle proprie competenze di settore, potrebbero emanare disposizioni che, per i loro effetti, sono valutabili come norme attinenti alla tutela della

<sup>37</sup> Sentenze nn. 45/2010, punto 4.1; 160/2009, punto 3, 401/2007, punto 6.7.

<sup>38</sup> Così si legge nella sentenza 272/2004 al punto 3, ma il concetto è espresso, con altre parole, già nella sentenza 14/2004.

<sup>39</sup> Sentenze 272/04, punto 3; 29/2006, punto 7.

<sup>40</sup> Si veda le sentenze 272/04, punto 3.

<sup>41</sup> Punto 3.2.1. della motivazione.



concorrenza, riservate, in quanto tali, alla competenza esclusiva dello Stato, ma – aggiunge il giudice- occorre d'altra parte evitare che le competenze regionali risultino per questa via vanificate. Per questo, le disposizioni regionali a “valenza pro-competitiva” possono essere considerate legittime purchè ” tali effetti siano marginali o indiretti”<sup>42</sup>.

## *2. Il confronto competitivo tra gli aspiranti alla gestione dei servizi pubblici locali: la concorrenza per il mercato*

Le disposizioni sui servizi pubblici locali che richiedono che la gestione sia affidata a soggetti distinti dall'ente responsabile dei medesimi, se considerate dal punto di vista della tutela della concorrenza, appartengono alla categoria delle misure indirette nel senso visto più sopra, giacché esse pongono le premesse per l'applicazione di un'altra serie di regole (quelle relative all'affidamento mediante gara) alle quali viene comunemente riconosciuta la qualità di misure che tutelano la concorrenza.

Le regole della seconda serie -quelle che mettono in gara gli aspiranti all'incarico- realizzano la concorrenza per i servizi. Quelle della prima serie costituiscono il presupposto per la messa in gara dei servizi stessi. Esse sono comunemente indicate come regole rivolte a realizzare la concorrenza “per il mercato”.

Forme della gestione e modalità di affidamento della gestione si presentano dunque in collegamento tra loro. Il collegamento, lo si è visto, discende dalle scelte sottese al sistema. Tuttavia, quando si applicano nozioni come quella di tutela della concorrenza, è necessario, in qualche caso, tenere distinti i due elementi che compongono il sistema.

Quando si parla di concorrenza riferendosi al confronto competitivo tra i soggetti che prendono parte alla gara, la concorrenza si svolge *nel* mercato: quello degli appalti o, nel caso del quale ci si occupa qui, nel mercato degli incarichi di gestione. Per questo, le regole che devono essere rispettate nell'ammissione alla gara e nello svolgimento di questa possono essere presentate come regole che “aprono alla concorrenza” il mercato suddetto<sup>43</sup>. Queste sono le regole del diritto comunitario degli appalti pubblici, inteso a porre al riparo da discriminazioni l'esercizio delle libertà fondamentali enunciate dal Trattato: libertà di stabilimento (art.43 ), libertà di fornire servizi (art.49).

Il diritto comunitario degli appalti pubblici richiede che, quando l'amministrazione (e i soggetti che ad essa sono assimilati a questi effetti) si rivolge all'esterno per procurarsi dei servizi, la scelta del fornitore avvenga secondo modalità che evitino il rischio di discriminazioni tra le imprese interessate. Le regole delle gare per gli appalti pubblici non si applicano alle concessioni di servizi pubblici (comunque denominate), ma il diritto comunitario prescrive che anche le concessioni siano assegnate secondo modalità idonee a garantire la parità di

<sup>42</sup> Il criterio di giudizio è ribadito in pronunce successive: v. sentenze 431/07, punto 5; 160/2009, punto 3.

<sup>43</sup> Come spesso si esprime il giudice costituzionale:v. ad esempio le sentenze 431/07, punto 5 e 314/09, punto 5.

trattamento di coloro che aspirano all'incarico<sup>44</sup>. L'individuazione di queste modalità è lasciata alla legislazione degli Stati membri.

Diversa è l'accezione del termine "concorrenza" quando si attribuisce valore "pro-concorrenziale" alla c.d. concorrenza per il mercato. In questo caso, gli effetti positivi della competizione (che si svolge comunque e soltanto nel mercato degli affidamenti), si riflettono su di un altro mercato, quello nel quale il vincitore della gara svolgerà l'attività economica in condizioni di esclusiva. E' la particolarità dell'oggetto per il quale si compete, cioè il diritto di svolgere l'attività in condizioni di esclusiva su di un diverso mercato, che spiega il valore pro-concorrenziale che viene comunemente attribuito alla concorrenza per il mercato. Il mercato che beneficia, per così dire, del risultato della competizione tra coloro che partecipano alla gara è e resta un mercato chiuso, nel quale la concorrenza non c'è, ma la circostanza che il diritto di operare in esso sia stato conseguito attraverso il confronto tra diversi offerenti, dovrebbe avvicinare le condizioni di qualità e di prezzo che saranno praticate dal monopolista a quelle che si determinerebbero in un mercato di concorrenza.

La formula della "concorrenza per il mercato" ha origine in quella corrente di studi che, sul finire degli anni '60, aveva sottoposto a critica il metodo della regolazione della condotta delle imprese come rimedio alle disfunzioni di mercati non concorrenziali nei settori dei servizi di pubblica utilità. Al bilancio negativo che veniva tratto dall'esperienza della regolazione economica negli Stati Uniti si accompagnava, da parte di alcuni, la proposta di rinunciare alla pretesa di correggere autoritativamente le disfunzioni di quei mercati. Nei casi nei quali il carattere essenziale di certe infrastrutture e le diseconomie connesse alla loro duplicazione avessero favorito situazioni di monopolio dell'offerta, il rischio di abusi monopolistici avrebbe potuto essere evitato mettendo in gara l'accesso all'infrastruttura ed assegnandolo all'impresa che si fosse impegnata a produrre il bene o il servizio al prezzo più basso. Il confronto competitivo tra produttori (non realizzabile nel mercato dei prodotti) sarebbe stato spostato al momento in cui le imprese aspiranti all'esercizio dell'attività avessero partecipato alla gara per aggiudicarsi la possibilità di fornire, in esclusiva, il prodotto. A gara conclusa, l'impresa aggiudicataria avrebbe operato come monopolista, ma si sarebbe trattato di un monopolista privo del *potere di mercato*, giacché l'impresa prescelta sarebbe stata vincolata a produrre alle condizioni stabilite con la gara e, quindi, a condizioni che sarebbero state il risultato di un confronto concorrenziale<sup>45</sup>.

Come a suo tempo precisava il suo teorizzatore, l'efficacia dell'operazione presuppone che esista e partecipi alla gara un numero elevato di imprese che siano qualificate per l'esercizio dell'attività oggetto della gara, che esse operino in modo non collusivo e che i fattori produttivi siano accessibili alle imprese suddette a prezzi formati su mercati di concorrenza<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> Tra le più recenti affermazioni del principio di pubblicità e trasparenza nell'assegnazione delle concessioni di servizi pubblici si vedano i punti 58-61 della sentenza della Corte di giustizia nel caso C-347/06.(in materia di distribuzione del gas naturale).

<sup>45</sup> La concorrenza per il mercato come metodo per ovviare all'assenza di concorrenza nel mercato è idea che si sviluppa a partire dallo scritto di H. DEMSETZ, *Why regulate utilities?*, in *Journal of Law and Economics*, 1968, p.55 e ss; Demsetz riconosce il suo debito verso E. Chadwick che, più di un secolo prima, aveva delineato la distinzione tra *competition for the field* e *competition within the field of service*.

<sup>46</sup> DEMSETZ, *op. cit.*, p.58.

La concorrenza per il mercato si presenta quindi come *un succedaneo* della concorrenza, quando quest'ultima, per qualche ragione, appare impraticabile nel mercato finale (quello al quale fa riferimento la preposizione "per").

Per quel che riguarda l'applicazione della concorrenza per il mercato ai servizi pubblici locali, il metodo in questione prevede la creazione di un mercato intermedio, nel quale si svolge la contrattazione riguardo ad un servizio che, successivamente, l'impresa vittoriosa offrirà agli utilizzatori su di un altro mercato che, per i fini presenti, possiamo qualificare come mercato "finale".

Guardata dal punto di vista delle facoltà dell'ente locale, la concorrenza per il mercato presuppone la rinuncia da parte dell'ente a farsi esso stesso offerente sul mercato finale; considerata dal punto di vista della situazione nel mercato finale, essa consegna il mercato stesso al monopolista, nella fiducia che l'adempimento del contratto messo in gara soddisfi al meglio i bisogni della collettività, per tutto il periodo coperto dal contratto medesimo.

### *3. Il mercato della gestione dei servizi pubblici e la tutela della concorrenza*

La concorrenza per il mercato può essere considerata come un congegno pro-concorrenziale se si realizzano i presupposti visti più sopra, che dovrebbero rendere inoffensivo il monopolista. Resta fermo il fatto che l'unica concorrenza che effettivamente ha luogo è quella che si svolge nel mercato degli incarichi: gli effetti pro-concorrenziali sul mercato finale discendono da un postulato, che peraltro non manca di puntualizzare le condizioni cui è subordinata la propria validità - condizioni che non possono certo essere date per scontate nella realtà degli enti locali. Inoltre, conviene ribadirlo, la concorrenza per il mercato presuppone la modalità di gestione a mezzo di terzi, cosicché accogliere questo tipo di misura "pro-concorrenziale" tra le regole che tutelano la concorrenza significa privare gli enti locali del pieno controllo sui servizi dei quali hanno la responsabilità.

Le precisazioni svolte fin qui, benchè esponano cose risapute, non sono superflue quando si voglia valutare la giurisprudenza costituzionale nella materia in esame.

La Corte costituzionale, seguendo il legislatore, abbina le modalità di gestione e le modalità di affidamento dei servizi pubblici, considerandole entrambe come pertinenti alla materia "tutela della concorrenza"<sup>47</sup>. L'abbinamento potrebbe essere spiegato come adesione alla teoria dell'effetto pro-concorrenziale della concorrenza per il mercato. Senonché in varie occasioni il giudice impiega l'espressione "concorrenza per il mercato" quando si riferisce alle regole che devono essere osservate per l'aggiudicazione di contratti di appalto, trascurando il fatto che le regole della c.d. evidenza pubblica, in sè considerate, non sono regole che realizzano la concorrenza per il mercato<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> Le disposizioni "che disciplinano le modalità di gestione e l'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica" attengono alla tutela della concorrenza: sentenza 29/06, punto 7, che richiama quanto già affermato nella sentenza 272/04 (punto 3).

<sup>48</sup> "In sintesi, la nozione comunitaria di concorrenza, che viene in rilievo in questa sede e che si riflette su quella di cui all'art.117, secondo comma, lettera e), Cost., è definita come concorrenza "per il mercato", la quale impone che il contraente venga scelto mediante procedure di garanzia che assicurino il rispetto dei valori comunitari e costituzionali sopra indicati" (sentenza 401/2007, punto 6.7). Analoga affermazione si legge nelle sentenze 160/2009 (punto 3) e 45/2010 (punto 4.1), entrambe riguardanti disposizioni regionali in materia di aggiudicazione di contratti pubblici.

Poiché l'impiego della formula "concorrenza per il mercato" ricorre in contesti nei quali l'inderogabilità delle regole per l'aggiudicazione di contratti pubblici è ricondotta alla vincolatività del diritto comunitario, l'uso improprio dell'espressione accredita l'idea che la gestione a mezzo di terzi sia richiesta dal diritto comunitario, affinché abbia luogo la concorrenza per il mercato.

Ma il diritto comunitario, dal quale il giudice costituzionale afferma di ricavare la nozione di concorrenza, non esige né promuove la concorrenza per il mercato. Non esige, cioè, che le amministrazioni rinuncino alla possibilità di rendersi fornitori di servizi entro mercati non concorrenziali affinché sia possibile mettere in gara l'incarico e attivare, così, la concorrenza per il mercato. E neppure detta norme intese a promuovere tale rinuncia.

L'apertura del mercato degli appalti (o delle concessioni) è prescritta dal diritto comunitario quando l'amministrazione intende avvalersi dell'opera di terzi, ma non c'è alcun mercato che debba essere aperto se l'amministrazione si avvale dei mezzi propri.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia sull' *in house providing* ha chiarito che la competizione tra imprese attiene al principio di concorrenza che deve essere osservato *quando c'è un contratto che deve essere assegnato*; quel principio non esige, invece, che si crei un mercato del contratto, a scapito della libertà dell'ente pubblico di rendersi produttore del servizio. La messa in gara e le regole di svolgimento della stessa valgono ad evitare distorsioni della concorrenza tra le imprese che aspirano all'incarico, per questa ragione il confronto trasparente e imparziale tra gli aspiranti è regola che deve essere osservata dall'ente che aggiudica, ma da questa regola non discende la necessità che l'ente si faccia aggiudicatore<sup>49</sup>.

La finalità anti-discriminatoria delle procedure competitive prescritte dal diritto comunitario è costantemente messa in luce dalla giurisprudenza comunitaria, ma chi tuttavia coltivasse l'idea che il principio della messa in gara degli aspiranti rechi con sé la necessità che si creino le condizioni per la gara –a scapito delle facoltà dell'ente pubblico di svolgere l'attività per mezzo dell'organizzazione propria– troverebbe un'esplicita smentita da parte della Corte di giustizia che, interpellata a proposito della compatibilità con il diritto comunitario dell'art.113, c.5 (che prevedeva l'affidamento diretto della gestione di servizi pubblici a società c.d. *in house*) ha affermato la legittimità comunitaria della disposizione citata<sup>50</sup>, confermando la propria precedente giurisprudenza in materia di provvista diretta di servizi da parte degli enti pubblici.

Di quanto sopra si ha conferma nel nuovo regolamento europeo in materia di trasporti pubblici, che non solo ammette espressamente la possibilità che le amministrazioni locali forniscano esse stesse il servizio, ma allenta anche il rigore

---

<sup>49</sup> Questo è detto chiaramente ai punti 34-36 della sentenza pronunciata nel caso C-285/99.

Si vedano anche i punti 39-40 e 53 della sentenza pronunciata nel caso C-213/07: la concorrenza nel "settore" degli appalti riguarda le condizioni di ammissione alla gara e la parità nella valutazione delle offerte, ed è perseguita al fine di evitare il "rischio di favoritismi da parte dei pubblici poteri".

<sup>50</sup> Punti 24-25 della sentenza pronunciata nel caso C-410/04.

delle condizioni che devono essere soddisfatte affinché si realizzi la figura dell'*in house providing*<sup>51</sup>.

Il diritto comunitario non limita dunque la facoltà dei poteri pubblici di svolgere attività economiche per mezzo di un'organizzazione propria e questo vale sia per le attività che si svolgono su mercati aperti, sia per quelle che si esercitano entro mercati nei quali, per ragioni diverse, opera un'unica impresa in condizioni di esclusiva

Il diritto comunitario non esprime sfavore per l'operatore economico pubblico; ciò che esso esige è che tale qualità non gli conferisca indebiti vantaggi nei confronti dei concorrenti; in altre parole, la qualità di operatore pubblico non deve dare origine a *distorsioni* della concorrenza, quando esso esercita l'attività economica in mercati che sono aperti alla concorrenza.

#### 4. La prassi dell'AGCM riguardo alle condizioni per la produzione in house

Il divieto per l'ente locale di fornire i servizi pubblici economici per mezzo dell'organizzazione propria è il prodotto di una scelta del legislatore nazionale, dettata dallo sfavore per l'ente locale come operatore economico. E' significativo che il regolamento per l'attuazione dell'art.23 bis, d.l. 112/08 ammetta la gestione *in house* – ma soltanto per i servizi del settore idrico- se è soddisfatta una serie di condizioni che rendono tale modalità “comparativamente non svantaggiosa per i cittadini”<sup>52</sup>. Lo sfavore per l'ente locale come operatore economico può quindi essere superato dalla prova contraria, ma solo in via di eccezione rispetto alla regola, che si basa sulla presunzione assoluta di inferiorità della gestione pubblica o, si direbbe, sul favore per l'impresa privata.

Se si esaminano i pareri resi dall'Autorità garante del mercato e della concorrenza riguardo alla sussistenza delle situazioni che, eccezionalmente, consentono il ricorso alla gestione propria dei servizi, si constata che i rari casi di parere favorevole riguardano servizi che l'AGCM definisce “di esiguo valore”. In casi del genere l'Autorità non richiede che l'ente locale abbia interpellato il mercato per verificare la disponibilità di gestori privati<sup>53</sup>. La circostanza che il servizio (parcheggio a pagamento) assicurerebbe un margine di guadagno all'ente locale non è una ragione valida perché il Comune ne conservi la gestione<sup>54</sup>.

Come si verifica l'assenza di imprese disponibili a rendere il servizio, cosicché sia consentita la produzione diretta? Questo è uno dei punti più problematici del sistema. L'AGCM ragionevolmente richiede che l'indagine di mercato effettuata dall'ente locale sia idonea a dimostrare che mancano alternative alla gestione propria. Dalla prassi applicativa risulta che l'indagine di mercato richiesta dall'Autorità consiste in una vera e propria gara: occorre che sia data adeguata

<sup>51</sup> Reg. 2007/1370, art.5, par.2. Non è necessaria la partecipazione pubblica al 100% affinché la società sia considerata operatore interno.

<sup>52</sup> Art.4, c.2, regolamento per l'attuazione dell'art.23bis, d.l. 112/2008.

<sup>53</sup> Il regolamento per l'attuazione dell'art.23bis ha formalizzato questo criterio, fissando a 200.000 euro annui la soglia al di sotto della quale non è richiesto il parere dell'AGCM (art.4, c.1). Il venir meno del parere obbligatorio dell'AGCM non modifica –si suppone- le condizioni sostanziali cui è subordinata la provvista del servizio mediante l'organizzazione propria

<sup>54</sup> Parere del 4/6/2009, in *Bollettino* n. 29/2009.

pubblicità (non è considerata tale la pubblicazione sull'albo pretorio per 15 giorni, durante il mese di agosto<sup>55</sup>) all'intenzione dell'ente locale di fornire direttamente il servizio, unitamente ai dati utili affinché le imprese possano valutare il proprio interesse ad offrire. Quello che in sostanza si richiede è un vero e proprio "invito al mercato"<sup>56</sup> e non è tale la raccolta di alcuni preventivi<sup>57</sup>. D'altro canto, il tenore dei pareri resi dall'Autorità mostra che questa non prende in considerazione l'ipotesi che l'efficacia pro-concorrenziale della gara possa essere illusoria a causa dell'esiguo numero dei partecipanti. Anche l'assenza, dimostrata, di operatori disponibili a fornire l'intero pacchetto di servizi, non è ragione sufficiente per giustificare la gestione propria: in casi del genere l'ente dovrebbe separare, all'interno del "pacchetto" (indipendentemente, si direbbe, dalla convenienza dell'aggregazione) i servizi che le imprese private hanno giudicato appetibili da quelli per i quali non è stato mostrato interesse<sup>58</sup>.

### 5. *La gestione dei servizi pubblici e i caratteri dell'amministrazione locale*

Di fronte alle condizioni nelle quali si trova l'amministrazione locale, studiosi e legislatore si sono applicati nella ricerca di rimedi alle inefficienze di questa. Il modello di gestione dei servizi locali del quale si è discusso fin qui è il frutto di questo impegno. Il cattivo funzionamento delle autonomie locali è affrontato come problema di sana gestione finanziaria, e ad esso si risponde confidando negli automatismi impersonali suggeriti da alcune ipotesi di teoria economica.

Contemporaneamente si registra il favore per l'esternalizzazione di funzioni tecniche, cui corrisponde la riduzione della capacità degli enti locali di gestire in modo autonomo ed efficace gli affari di loro competenza. Si alimenta un circolo vizioso che rende le amministrazioni sempre meno autorevoli e sempre più dipendenti da condizionamenti esterni: non si indirizza, coordina e controlla – secondo il nuovo modello di amministrazione locale auspicato – se non si è tecnicamente attrezzati. Ed è significativo che, in questo stato di cose, si pensi di istituire una graduatoria della capacità delle amministrazioni di gestire gli affidamenti, consentendo alle amministrazioni meno attrezzate di delegare i relativi compiti a quelle più efficienti.<sup>59</sup> Da punti di attacco diversi tra loro, il movimento complessivo converge nel fare degli enti locali dei comitati che, per il loro carattere elettivo, dovrebbero conferire legittimazione ad un insieme di entità separate.

Parallelamente a questi orientamenti culturali e legislativi, si estende nei cittadini la presa di coscienza dell'illusorietà della democrazia rappresentativa e della correlativa responsabilità politica, in un contesto nel quale è assente la funzione dei partiti come elementi di collegamento tra la società e le istituzioni. L'insufficienza dei congegni della democrazia rappresentativa include il ruolo dell'opposizione che, in attesa dell'alternanza, trascura di esercitare la funzione di

<sup>55</sup> Parere del 29/4/2009, reso a Il' Autorità di ATO per il servizio idrico della Provincia di Imperia, pubblicato nel *Bollettino* n.23/2009. Si veda anche il Parere del 13/1/10, in *Bollettino* n. 7/10.

<sup>56</sup> Parere del 29/4/09, in *Bollettino* n. 23/09.

<sup>57</sup> Parere del 8/7/10, in *Bollettino* n. 30/10; si vedano anche i Pareri del 10/2/10 e del 3/9/09, rispettivamente in *Bollettino* n.18/10 e n.40/09.

<sup>58</sup> Parere del 28/5/09, in *Bollettino* n.25/09. Per quanto si può desumere dal parere, la composizione del "pacchetto" non era priva di razionalità.

<sup>59</sup> Così la *Segnalazione* dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici del 16/6/2010.

controllo puntuale sull'operato quotidiano della maggioranza e di informazione dell'elettorato.

In questo stato di cose la ricerca di forme organizzative che rianimino le istituzioni locali, promuovendone l'affidabilità insieme all'efficienza diviene una questione di sopravvivenza per l'idea stessa di amministrazione autonoma delle collettività minori: aprire l'amministrazione ai cittadini non è indulgere all'utopia, ma piuttosto una necessità.

Già più sopra sono state ricordate le disposizioni del Testo Unico che, sia pur timidamente, ponevano le basi per un rinnovamento organizzativo in questa direzione. Tra queste paiono particolarmente importanti nel momento presente quelle che ammettono l'esercizio del controllo civico sull'amministrazione, con azione continua e non nella forma intermittente e velleitaria che dovrebbe conferire premi e sanzioni agli eletti nel momento della scadenza del loro mandato. Il controllo effettivo, da parte dei cittadini, sul funzionamento dell'amministrazione potrebbe essere la versione minima, ma forse praticabile, della democrazia diretta, in grado di stabilire una relazione costante tra la collettività e le istituzioni e anche di contrastare i fenomeni degenerativi dell'amministrazione.

Se ci si pone in questo ordine di idee, le modalità di gestione dei servizi locali dovrebbero essere valutate anche secondo la qualità del rapporto con i cittadini che esse promuovono o, almeno, rendono possibile. Il modello di gestione dei servizi pubblici perfezionato di recente vorrebbe massimizzare l'efficienza attraverso un congegno che sottrae quest'area dell'azione pubblica al circuito democratico, rendendola inaccessibile al controllo diretto da parte dei cittadini e non permeabile dalla domanda proveniente dalla collettività.

Il Testo unico degli enti locali, nelle sue linee generali, delinea al contrario una forma aperta, entro la quale sarebbe stato possibile far convivere esigenze che non sono tra loro alternative: l'efficienza e il controllo democratico. Le riforme degli ultimi anni lasciano sopravvivere formalmente le disposizioni orientate ad aprire canali diretti tra cittadinanza e amministrazione, ma ne ostacolano severamente l'attuazione.