

## **Brevi osservazioni sul nuovo art.113 del testo unico sull'ordinamento degli enti locali, in materia di disciplina dei servizi pubblici locali**

*di Adriana Vigneri*

### *Considerazioni generali.*

L'art.35 della legge finanziaria 2002 aveva dato – secondo l'opinione comune - messaggi contraddittori e confusi (a cominciare dall'individuazione del carattere industriale, ai casi di effettiva applicazione della separazione tra rete e servizio, con le relative conseguenze sulle modalità di gestione, all'estensione della gestione in regime di autorizzazione a favore dei proprietari degli impianti; al regime della transizione, a quello delle società quotate o quotande), nell'intento di accontentare sia i comuni proprietari, sia coloro che volevano depotenziare le ex municipalizzate per acquisirle agevolmente.

Una cosa sembrava chiara tuttavia, ed era l'impossibilità di considerare quella disciplina un punto di arrivo, capace di consolidarsi. Sia per le scelte compiute, già in sé contraddittorie, sia per l'incompletezza e insieme l'impossibilità, giuridica e politica, di completamento, sia per i complicati rapporti con le discipline di settore, e con le competenze regionali in seguito all'entrata in vigore della legge costituzionale n. 3/2001.

Preannunciata dal testo introdotto dal governo in Senato nella legge di delega in materia ambientale (con il voto di fiducia), confermata con emendamenti in sede Camera, trasferita poi nel decreto legge (art.14) contenente una parte della finanziaria annuale, corretta e completata con la legge finanziaria 2004 (art.27), è finalmente giunta la versione definitiva della materia, che, rispetto alla edizione precedente, ha almeno il pregio della chiarezza e della semplicità, se si guarda alla disciplina a regime. Quella transitoria invece è una disciplina tormentata, largamente "continuista", e in alcune passaggi anche difficilmente comprensibile.

Volendo anticipare subito un giudizio complessivo, se l'art.35 – pur nella contraddittorietà degli indirizzi (o forse proprio per quello) - dava un messaggio "subliminare" di sostanziale continuità, l'art.14 dà un'indicazione chiara in tal senso,

consentendo di proseguire – con alcuni accorgimenti – nelle scelte già compiute da enti locali ed aziende negli anni 90. Abbandonata l'individuazione dei servizi a rilevanza industriale, sostituita con la rilevanza economica (che fa riferimento ai servizi di interesse economico generale dell'art.16 del Trattato), il nuovo articolo 113, comma 5, affida all'ente locale la decisione, se operare in un ambito concorrenziale o in un ambito protetto. Le modalità della gestione cessano definitivamente di essere questione di rilevanza nazionale (ed eventualmente comunitaria), per diventare determinazione autonoma del singolo ente locale. Escono così definitivamente dalla politica industriale nazionale gli obiettivi di crescita dimensionale ed imprenditoriale delle imprese – presenti soltanto in certa misura nella disciplina transitoria. Più esattamente, si concentrano su quelle aziende che già si sono quotate in borsa (e che conservano assets e concessioni o affidamenti senza termine).

### *La gestione a regime.*

Si ritorna così alla gestione pubblica diretta – non più nella forma azienda speciale – bensì in quella societaria, che qui esprime tutta la sua “neutralità”. Si ritorna all'affidamento diretto alla società mista, con il socio scelto con gara (come la giurisprudenza amministrativa già richiedeva). L'affidamento con gara della gestione è soltanto una delle possibilità offerte all'ente locale.

Il prezzo pagato alle regole comunitarie (si vedrà poi se sarà stato sufficiente) sta nell'introduzione di un più netto sistema binario: da un lato il mercato con le gare per la gestione, dall'altro la gestione pubblica che si colloca al di fuori della competizione. La società mista, in quanto affidataria diretta, dovrebbe collocarsi nel secondo campo, ma è facile prevedere che, come nella fase precedente, si collocherà a mezzo, e continuerà a dar luogo a posizioni divergenti.

Si continua a prevedere la gestione separata delle reti (rimessa alla disciplina di settore), che a questo punto si differenzia dalla disciplina dell'erogazione del servizio, non più per la possibile gestione pubblica (attraverso l'affidamento diretto ad una società interamente pubblica avente le stesse caratteristiche previste per la società pubblica di gestione dei servizi), ma per l'impossibilità di utilizzare anche l'affidamento diretto ad una società a capitale misto.

Resta infine consentito che il proprietario dell'infrastruttura sia autorizzato a gestire direttamente, con alcune cautele per evitare abusi (comma 14 dell'art.113).

In sintesi: per i servizi con rilevanza economica (art.113) l'affidamento diretto non è eccezione ma regola; sia nella gestione delle reti, sia nell'erogazione ovvero nella gestione dell'intero servizio, e può avvenire mediante società interamente pubblica o (per l'erogazione del servizio) con capitale misto pubblico privato. Per i servizi privi di tale rilevanza (art.113-*bis*) l'affidamento diretto è la norma, a istituzioni, aziende speciali anche consortili, società interamente pubbliche. Se si tratta di servizi culturali o per il tempo libero l'affidamento diretto è consentito anche ad “*associazioni e fondazioni da loro*

*(enti locali) costituite o partecipate*". Va motivato l'affidamento con gara a soggetti terzi, ammesso "quando sussistono ragioni tecniche, economiche o di utilità sociale".

### *La nuova disciplina transitoria.*

La disciplina transitoria, ora contenuta negli ultimi commi dell'art.113 (commi da 15-*bis* a 15-*quater*), si applica se nella disciplina settoriale manca un "congruo periodo di transizione"; all'inizio sembra rigorosa (31 dicembre 2006), ma poi elenca una lunga serie di esenzioni.

Per regola generale le concessioni rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica cessano entro e non oltre il 31 dicembre 2006 (senza necessità di deliberazione dell'ente affidante). Termine che può essere differito di un anno se il bacino servito raddoppia a mezzo di fusione; di due anni se il bacino servito corrisponde a quello ottimale o provinciale.

Poi iniziano le eccezioni. Logicamente, non cessano le "concessioni" in corso già conformi alle nuove norme; essendo queste molto permissive, non cessano le concessioni attribuite:

- a terzi, con procedura di gara ad evidenza pubblica;
- a società con capitale misto, in cui il socio è stato scelto con gara
- a società interamente pubbliche;

l'aspetto più grave di questa continuità è che non vi è alcun intervento sulle durate. Questo tipo di rapporti, se già instaurato, prosegue per il tempo inizialmente previsto, quale ne sia la lunghezza.

Inoltre non cessano le concessioni rilasciate

- a società quotate in borsa alla data del 1 ottobre 2003;
- alle società da queste direttamente partecipate, se concessionarie esclusive del servizio (si tratta del caso in cui la società quotata svolge funzioni di holding);
- a società originariamente a capitale pubblico che entro l'1 ottobre 2003 hanno collocato sul mercato quote di capitale con procedure ad evidenza pubblica.

Mentre nella prima serie di casi il rapporto prosegue – come si è detto - fino al termine stabilito o indefinitamente se non c'è termine, nel secondo caso "*le concessioni cessano comunque allo spirare del termine equivalente a quello della durata media delle concessioni aggiudicate nello stesso settore a seguito di procedure di evidenza pubblica*". Norma di difficile applicazione, tenuto conto che ci si riferisce non a durate di legge, che ad ogni buon conto non sono state ancora fissate, bensì a quelle effettivamente praticate in rapporti sorti in seguito a gare (il cui svolgimento è puramente eventuale). Inoltre, da quando decorre il termine "equivalente a quello della durata media"? Dall'inizio del rapporto o dall'inizio della fase transitoria?

Non basta: il testo fa anche salva la possibilità di “*determinare caso per caso la cessazione in una data successiva qualora la stessa risulti proporzionata ai tempi di recupero di particolari investimenti effettuati da parte del gestore*”. Si noti che questa ulteriore possibilità è data in fase di proroga straordinaria, e con riferimento a “particolari investimenti” che possono non corrispondere a piani di opere o attività precedentemente fissati, e si prestano quindi ad ogni strumentalizzazione.

Nelle modifiche aggiunte alla fine con l'art.27 della legge finanziaria si è anche rimediato ad una omissione, si è rinviato l'inizio del divieto di partecipare a gare in quanto affidatari diretti al 1° gennaio 2007. In ogni caso il divieto non si applica se si tratta delle prime gare aventi ad oggetto i servizi forniti dalle società partecipanti alla gara stessa. Al di fuori di quest'ultimo caso, il divieto vale per le società che dopo il 31 dicembre 2006 si trovano ancora nella condizione di affidatarie dirette.

#### *Sulla gestione con società interamente pubblica.*

La gestione pubblica non è soggetta a limitazioni e può quindi avvenire in tutti i settori cui l'art.113 è applicabile. Le condizioni alle quali può realizzarsi hanno soltanto carattere organizzativo (“*società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano*”), al fine di configurare quella che la giurisprudenza della Corte di giustizia chiama “delega interorganica”.

Le imprese pubbliche sono escluse dal mercato, non possono partecipare a gare. Non significa necessariamente che non possano operare al di fuori dell'area di loro pertinenza (il mercato *captive*), grazie al fatto che il relativo ente locale acquisisca una quota, anche minima della società. Oppure mediante convenzione.

#### *Sulla società a capitale misto pubblico privato.*

Tra la gara per il gestore terzo e la gestione pubblica diretta con propria azienda (in forma di società) si colloca una società mista riveduta e corretta (lett.*b*) del comma 5).

L'interpretazione giurisprudenziale dell'art.113, lett. *e*) del TUOEL aveva finito con l'affermare che il ricorso alla società serviva, più che ad acquisire un socio imprenditore, a consentire all'ente locale di utilizzare la forma societaria. Cosicché la società poteva avere come soci aziende pubbliche dello stesso comune, enti pubblici, banche, oltre che altri comuni.

Nel caso in cui si trattasse invece di un socio privato, la giurisprudenza affermava la necessità della gara anche per l'individuazione di un socio di minoranza, con l'argomento che si trattava di scegliere in realtà un imprenditore che (co) gestisse. Tuttavia era difficile negare che:

- non si pretendeva che la gara avesse i contenuti propri dell'affidamento della gestione di un determinato servizio;
- la durata della società poteva essere lunga o lunghissima, senza alcun nesso con la durata della gestione di un determinato servizio, a sua volta normalmente priva di un termine di scadenza;
- nulla vietava che a quella società venissero affidati poi ulteriori servizi.

Cosicché era di tutta evidenza la differenza tra una gara per la scelta del socio e una gara per la gestione del servizio, stante l'assenza di giuridica relazione tra quel socio e un determinato servizio.

Ora deve trattarsi di “*società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza*” (comma 5, lett. **b**). Fermo restando che nella nuova società mista il socio deve essere privato, la lett. **b**) pone l'accento sulle garanzie che la gara deve offrire, ma non dice su quali elementi la gara deve svolgersi.

Senoché nel comma 12 successivo si legge che la cessione da parte dell'ente locale di una propria partecipazione societaria (*id est*: l'acquisizione di un nuovo socio) deve avvenire “*con procedura (ad evidenza pubblica) da rinnovarsi alla scadenza del periodo di affidamento*”.

Certo, la fattispecie cui si riferisce il comma 12 non è esattamente quella del comma 5, ed è necessario un approfondimento. E tuttavia sembra proprio che la scelta del socio debba essere collegata all'affidamento di un servizio (o di più servizi insieme) e il vincolo sociale debba durare finché dura tale affidamento (non vi sono nel testo norme sulle durate, ma se ne presuppone l'esistenza, rinviata quindi alla normativa di settore). Una lettura meno rigida non pare possibile, dato l'obbligo di “rinnovare la procedura”, il che lascia intendere che non può trattarsi di qualche cosa di meno di una gara.

Nella logica del testo, d'altra parte, questa relazione appare indispensabile per ammettere l'affidamento diretto: poiché sulla società con socio privato non è esercitabile quel “controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi” che può giustificare l'affidamento diretto, non resta che assimilare la gara per la scelta del socio alla gara per l'affidamento del servizio, al fine di offrire agli enti locali la possibilità di una terza forma di gestione, che consente di controllare l'attività dall'interno, con amministratori di propria fiducia.

Anche per quanto riguarda la partecipazione alle gare la situazione delle società a capitale misto appare complessa (come è sempre stata). Non è certissimo che anche queste, come quelle pubbliche, siano escluse dalle gare. Il testo del comma 6 dell'art.113 dice che non sono ammesse “*le società che, in Italia o all'estero, gestiscono a qualunque titolo servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica, o a seguito dei relativi rinnovi*”. Non vi è dubbio che le società miste possono essere destinatarie di affidamenti diretti, e in quanto tali ricadrebbero nel divieto. Non si potrebbe invece affermare che siano titolari del servizio senza una procedura ad evidenza pubblica, se è vero che la scelta del socio deve essere riferita all'affidamento di un servizio. La norma sembra dire che anche in presenza di una procedura ad evidenza pubblica (per la scelta del socio) si è esclusi, se l'affidamento è diretto. Ma una tale interpretazione è forse

troppo letterale. Se si confida sulla gara per la scelta del socio al fine di legittimare l'affidamento diretto, si dovrebbe conseguentemente equiparare anche le società miste ai soggetti che hanno superato una gara.

Non è quindi escluso che le società miste che rispondono ai requisiti richiesti dal comma 5, lett. *b*) possano partecipare alle gare. In effetti le società della lett. *b*) sono molto diverse dalle società della lettera *c*), che della società commerciale ha soltanto il nome.

Certo, una soluzione di questo tipo riproporrebbe la questione della compatibilità tra affidamenti diretti e statuto d'impresa, compatibilità che la giurisprudenza di TAR tendenzialmente esclude, e quella del Consiglio di stato tendenzialmente ammette, anche se con argomenti che non affrontano il nocciolo della questione. Se si dovesse optare per la soluzione positiva, si dovrebbe fare i conti ora con il collegamento tra scelta del socio e servizio da gestire.

### *Sulla compatibilità comunitaria.*

Poiché il nuovo testo è stato pensato anche (certo non soltanto) per superare la procedura d'infrazione avviata prima nei riguardi dell'art.22 della legge 142, poi dell'art.35 della finanziaria 2002, il primo interrogativo che ci si pone è se esso consenta di superare le precedenti contestazioni (e ne eviti di nuove).

Con riferimento all'art.35, la Commissione europea ha contestato all'Italia:

- l'affidamento diretto della gestione reti;
- la salvezza, per un troppo lungo periodo, degli affidamenti precedenti avvenuti in violazione del diritto comunitario;
- il regime derogatorio del servizio idrico integrato, con affidamenti diretti successivi all'entrata in vigore della riforma;
- il regime dell'art.113-bis, che generalizzava l'affidamento diretto anche relativamente a servizi aventi rilevanza economica.

La generalizzazione degli affidamenti diretti e la durata indefinita di affidamenti che non sono legittimi secondo le regole comunitarie, o possono essere considerati tali, potrebbe far ritenere che anche la nuova disciplina sia in contrasto – anzi più nettamente – con quelle stesse regole. Ma la questione è più complicata.

Gli argomenti della Commissione, che si riferiscono sia al caso venga utilizzato l'appalto di servizi, sia la concessione (nella nozione comunitaria), sono noti, ma per comodità si ricordano:

- dopo aver riassunto la disciplina relativa agli appalti<sup>1</sup>, la Commissione sottolinea che

---

<sup>1</sup> Gli appalti relativi ai servizi menzionati nell'All. IA della direttiva 92/50 il cui importo supera la soglia devono essere aggiudicati nel rispetto delle norme comuni di pubblicità e di partecipazione previste nei titoli da II a VI della direttiva.

Gli appalti degli enti che operano nei settori speciali (ex esclusi: acqua, energia, trasporti, telecomunicazioni) relativi ai servizi menzionati nell'All. XVI A della direttiva 93/38, il cui importo supera la soglia, devono essere aggiudicati nel rispetto delle norme comuni di pubblicità e di partecipazione previste nei titoli da II a V della direttiva

- le concessioni di servizi debbono avvenire nel rispetto delle norme e dei principi contenuti nel trattato e in particolare degli artt. 43 e 49; anche nel caso di concessioni debbono essere rispettati i principi di pubblicità e messa in concorrenza;
- l'affidamento diretto può essere consentito se rientra in una delle ipotesi derogatorie degli artt. 45 e 46 del Trattato (esercizio di pubblici poteri, motivi di ordine pubblico, di sicurezza, di sanità) ovvero, *ove si tratti di appalti*, se rientra in una delle condizioni degli artt. 6 e 11, par. 3 della direttiva 92/50, o degli artt. 11 e 20, par.2 della direttiva 93/38. L'art.11 dir. 93/38, uguale all'art.6 della direttiva 92/50, dice *“La presente direttiva non si applica agli appalti pubblici di servizi aggiudicati ad un ente che sia esso stesso un'amministrazione aggiudicatrice, ai sensi dell'art.1, lett. b) della direttiva 92/50/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, in base ad un diritto esclusivo di cui beneficia in virtù delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative pubblicate, purché tali disposizioni siano compatibili con il trattato”*.

In poche parole si tratta di capire se gli affidamenti diretti consentiti (alla società pubblica e alla società mista) rientrino nel caso previsto dagli artt. 6 e 11, l'unico che può salvarli. Se la risposta fosse negativa, il conflitto secondo la Commissione sarebbe chiaro e netto. L'ipotesi degli articoli 6 e 11 rende irrilevante il rapporto tra un'amministrazione pubblica e un altro soggetto che sia “amministrazione aggiudicatrice”, cui siano stati attribuiti diritti esclusivi. La nozione di amministrazione aggiudicatrice comprende oltre alle amministrazioni pubbliche gli organismi di diritto pubblico, tra i quali sono ammessi (dalla giurisprudenza comunitaria e anche dalle stesse direttive) anche soggetti che abbiano la veste di società, purché i loro scopi (concretamente valutati) non siano industriali o commerciali (verifica che la giurisprudenza affida ai giudici nazionali).

Più precisamente, il caso citato prevede che un servizio sia aggiudicato ad un ente che abbia i caratteri dell'organismo di diritto pubblico in base ad un diritto esclusivo a suo favore previsto da leggi o atti amministrativi. Com'è noto, il diritto comunitario ammette disposizioni che conferiscono diritti esclusivi, in particolare nei confronti di imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale. Il punto è che anche tale conferimento dovrebbe avvenire compatibilmente con il trattato; cosicché l'art.6 richiede la concreta verifica della compatibilità con i principi del trattato in materia di tutela della concorrenza e del libero mercato del conferimento stesso del diritto esclusivo. Una cosa è consentire il conferimento del diritto esclusivo, altra cosa la modalità con cui il diritto è conferito.

Se si supera tale passaggio, e si verifica soltanto se il soggetto ha i caratteri dell'amministrazione aggiudicatrice, e quindi – trattandosi di una società – dell'organismo di diritto pubblico, che consiste alla fin fine nel verificare che gli scopi concretamente

---

Gli appalti che hanno ad oggetto servizi compresi nell'Al. IB della direttiva 92/50 o nell'Al. XVI B della direttiva 93/38, così come gli appalti di servizi il cui importo sia inferiore alle soglie, devono essere aggiudicati nel rispetto delle norme del diritto comunitario primario contenuti nel Trattato, artt. 43 e 49 (libertà di stabilimento, libera prestazione dei servizi, principio di non discriminazione in base alla nazionalità, principio quest'ultimo che implica un obbligo di trasparenza che consiste nel garantire in favore di ogni potenziale offerente un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura del mercato dei servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione).

perseguiti non abbiano carattere industriale o commerciale, poiché quest'ultima verifica è rimessa ai giudici nazionali e in ogni caso facilmente superabile (nel senso degli scopi non industriali o commerciali), resta soltanto, per sostenere il conflitto con la normativa europea, da sostenere che i citati articoli 6 e 11 si riferiscono alla diversa fattispecie dell'appalto.

Ma questa rischia di essere una fragile obiezione. Le ipotesi derogatorie considerate dalle direttive vigenti riguardano, è vero, soltanto i contratti di appalto, ma nulla consente di dire che, ricostruendo in via di interpretazione del trattato la disciplina applicabile alle concessioni di servizi d'interesse economico generale – cui l'art.16 riconosce il ruolo di promozione della coesione sociale e territoriale – non ci si possa avvalere anche di quella deroga o condizione su cui si sono basate le due direttive, con un argomento del tipo “a maggior ragione”.

L'importanza di quell'eccezione non sfugge a nessuno. Il fatto che sia riferita a contratti di appalto di servizi e non a concessioni di servizi dipende per ora soltanto dal fatto che le concessioni di servizi non sono neppure state disciplinate e ad esse pertanto si applicano soltanto i principi di pubblicità e di messa in concorrenza dei contratti, e non la più dettagliata e complessa disciplina delle direttive appalti. Se queste ultime hanno ritenuto di esentare – nel caso di servizi - dall'applicazione delle proprie norme i rapporti tra amministrazione pubblica e soggetti (organismi di diritto pubblico) cui sono stati conferiti diritti esclusivi, non si vedono ragioni sostanziali per negare che analoga operazione possa essere fatta (dai singoli stati) anche nell'ambito delle concessioni di servizi. Semmai, vi è qualche ragione in più per ammetterla.

Si vuol dire, insomma, che dal punto di vista di politica delle istituzioni in ambito comunitario l'operazione “gestione *in house*” non è facilmente attaccabile, nonostante la Commissione insista nel considerare “eccezionale” il caso degli artt. 6 e 11. Se la legislazione nazionale moltiplica quei casi e li fa divenire ordinari, come fanno appunto i commi 4 e 5 del nuovo art.113, resta una sola cosa da fare, intervenire con nuove norme comunitarie. Non a caso d'altra parte la relazione al disegno di legge del governo Prodi, aprile 1998 (poi A.S. 4014 e A.C. 7042), giustificando la linea di liberalizzazione adottata, non faceva alcun riferimento a regole imposte dalla normativa comunitaria.

A questo punto si inserisce qualche annotazione sulla nuova direttiva appalti che unifica tutti i regimi – tranne gli appalti nei settori speciali che continuano ad avere una loro direttiva - in un unico testo (uscito dal lavoro del comitato di conciliazione e che dovrebbe essere approvato dall'assemblea di Strasburgo in questo mese di gennaio 2004).

Il testo uscito dal comitato di conciliazione contiene alcune norme interessanti:

- definisce per la prima volta le concessioni di servizi, sulla falsariga della concessione di lavori (art.1, comma 4, “*La concessione di servizi è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo*”); (si noti inoltre che all'art.3 si parla di “*attività di servizio pubblico*”)



- esclude le concessioni di servizi dall'ambito di applicazione della direttiva, tranne per l'applicazione della clausola di non discriminazione secondo la nazionalità (art.17);
  - conserva, *limitatamente agli appalti di servizi*, l'esenzione dalla direttiva per gli appalti "aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice a un'altra amministrazione aggiudicatrice in base ad un diritto esclusivo di cui esse beneficiano in virtù di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative pubblicate, purché tali disposizioni siano compatibili con il trattato" (art.18);
- Va inoltre segnalato che è stato escluso l'inserimento di un art.18-bis proposto dal Parlamento, che estendeva l'art.18 anche agli appalti di lavori. Resta dunque esclusa la possibilità di lavori *in house*.

A parte ogni altra considerazione, che sarebbe prematura non conoscendosi ancora i due testi (appalti in genere ed appalti nei settori speciali) nella loro versione definitiva, si conferma sostanzialmente quello che già sapevamo della normativa comunitaria, per la parte che qui interessa.

Vediamo ora di trarre qualche, per quanto provvisoria, conclusione.

a) L'operazione compiuta dalla legge in esame può essere dunque letta nel senso che applichi le previsioni della direttiva servizi (92/50) e della direttiva settori speciali (93/38) – scritte per i contratti di appalto – e ora dell'art.18 della nuova direttiva, alle concessioni di servizi (pubblici), che conducono a considerare la società interamente pubblica della lett.c) comma 5 come amministrazione aggiudicatrice. La quale, se ricorre all'esterno per acquisire servizi, lavori o forniture, dovrà applicare la disciplina comunitaria ed interna in materia. Ma soltanto se non provvede in proprio. Nulla impone infatti, neppure in ambito comunitario, l'esternalizzazione.

Più ambiguo e complesso il caso della società a capitale misto. Basti dire per ora che la legittimità dell'affidamento diretto non si fonda – secondo l'art.113 – sul modello di gestione *in house*, ma sulla gara per la scelta del socio. Per questa ragione non ci si accontenta di dire che il socio privato deve essere scelto con gara, si aggiunge "che abbia dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche".

Diversa è però la situazione se si tratta di lavori pubblici.

La concessione di pubblici servizi normalmente implica anche l'esecuzione di lavori classificabili come pubblici. L'esenzione dall'applicazione delle direttive servizi e settori speciali nel caso di appalto affidato ad un organismo di diritto pubblico sussiste soltanto se si tratta di servizi e non se si tratta di lavori.

Di qui le norme aggiunte all'ultimo momento dall'art.27 della legge finanziaria con riferimento alla gestione delle reti, separata o integrata con l'erogazione dei servizi:

- se la gestione della rete non è stata affidata con gara ad evidenza pubblica, i soggetti gestori debbono provvedere ai lavori connessi esclusivamente mediante contratti di appalto o di concessione di lavori pubblici, secondo le norme nazionali relative, e non in proprio; (comma 5-ter, I° periodo)
- se è stata affidata con gara, si distingue:

- - se la gara ha avuto per oggetto anche l'esecuzione di lavori identificati, il gestore può eseguirli direttamente, purché qualificato ai sensi della legge sui lavori pubblici;
- - se ha avuto per oggetto esclusivamente la gestione del servizio, deve appaltare i lavori a terzi con le procedure ad evidenza pubblica previste. (comma 5-ter, II° periodo)

Con queste prescrizioni il legislatore pensa di aver depotenziato le obiezioni che possono essere rivolte alla pretesa di applicare la deroga prevista dalle direttive sopra citate ad un rapporto che comprende anche lavori. Resta che in questo caso la società mista o interamente pubblica, affidataria diretta, diviene stazione appaltante (la concessione di committenza è vietata dall'art.19 della legge quadro sui lavori pubblici, che può sempre essere derogato da legge successiva).

Se dunque da un punto di vista giuridico formale il contrasto con la disciplina comunitaria sussiste, sotto due punti di vista:

- perché si utilizza un istituto di altro settore (gli appalti)
- perché si viola in particolare la disciplina dei lavori pubblici,

più difficile è dire, a mio parere, che vi sia un conflitto sostanziale.

**b)** Ma l'operazione fatta dall'art.113, commi 4 e 5, può essere letta anche in tutt'altro modo, più aderente al testo. Nel senso che si presupponga (nella situazione del comma 4, lett.a) e del comma 5 lett. c)) l'assenza di alterità e quindi di contratto tra due soggetti distinti. Non si applicherebbero né le direttive (perché è concessione di servizi) né i principi in materia di concorrenza perché non vi sarebbero due soggetti ma uno soltanto, pur avendo anche il secondo la personalità giuridica (e propri bilanci, che non richiedono l'approvazione dell'ente locale). Depone in tal senso l'uso della stessa terminologia usata dalla sentenza *Teckal*, (C-107/98) nella quale la Corte di giustizia si è posta la domanda se, nel caso, vi fosse stato un incontro di volontà tra due persone distinte, e ha enunciato i seguenti principi:

*“A questo proposito, conformemente all'art.1, lett. a) della direttiva 93/36 (forniture), basta, in linea di principio, che il contratto sia stato stipulato, da una parte da un ente locale e, dall'altra, da una persona giuridicamente distinta da quest'ultimo. Può avvenire diversamente soltanto nel caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi, e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti locali che la controllano”.*

*“Occorre pertanto risolvere la questione pregiudiziale nel senso che la direttiva 93/36 è applicabile ove un'amministrazione aggiudicatrice, quale un ente locale, decida di stipulare per iscritto, con un ente distinto da essa sul piano formale e autonomo rispetto ad essa sul piano decisionale, un contratto a titolo oneroso avente ad oggetto la fornitura di prodotti, indipendentemente dal fatto che questo sia a sua volta un'amministrazione aggiudicatrice o meno”.*

Come la sentenza dice chiaramente, in questo caso manca in radice la situazione che consenta di porre la domanda (se e quale disciplina si applichi), ed è del tutto irrilevante che il soggetto destinatario sia un'amministrazione aggiudicatrice o no.

Resta da chiedersi se la società per azioni, oltretutto abilitata ad operare anche per soggetti terzi, si presti a fare le veci di un'azienda di recente memoria. Ma di questo ed altro ci sarà modo di discutere ancora a lungo.

7 gennaio 2004.