

La forza espansiva del modello di affidamento *in house*.
Il settore del gas tra assimilazione alla disciplina generale dei servizi
pubblici locali e incertezze del modello comunitario
(In corso di pubblicazione sulla Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario
(3 gennaio 2005)
di
Laura Ammannati
Ammannati@unisi.it

Indice: 1. Per fare il punto - 2. Un breve riepilogo normativo - 3. Frizioni e possibili innesti della disciplina generale sulla disciplina settoriale - 4. La forza espansiva del modello di "*in house providing*" - 5. Concorrenza e regolazione tra stato e regioni - 6. Alcuni interrogativi per chiudere

1. Per fare il punto

L'area dei servizi pubblici locali è caratterizzata da una particolarità rappresentata dalla compresenza e coesistenza di una disciplina generale con discipline settoriali riguardanti principalmente i cosiddetti servizi a rete. Questa situazione ha rappresentato una costante, anche se con evidenti differenze connesse alle fasi della evoluzione storica e legislativa. Basta ricordare che la legge 36 del 1994 che disciplinava il servizio idrico integrato riorganizzava l'intero settore rinviando per quanto riguardava le modalità di gestione ai modelli definiti all'art. 22 della legge 142 del 1990. Rinviava, quindi, riguardo all'opzione tra le diverse forme di affidamento, alla disciplina generale sui servizi pubblici locali allora in vigore, cioè quella inserita nella legge di riforma dell'ordinamento degli enti locali¹.

Ancora, quando nel 1999 veniva formulato un progetto di disciplina generale dei servizi pubblici locali (il noto DdL n. 4014)² che innovava

¹ V. art. 9,2 della legge n. 36/1994 dove si fa esplicito riferimento sia alla legge n. 142/1990 che alla n. 498/1992 che integrava la precedente riguardo la possibilità di costituire S.p.A. a minoranza pubblica. Ovviamente la scelta del modello di gestione è lasciata agli enti locali nella loro veste di autorità di ambito.

² Per una riflessione su questo progetto, v. C. DE VINCENTI – B. SPADONI, *La costruzione del mercato dei servizi pubblici locali. Note al margine del Ddl 7042*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2000, 655 sgg.

significativamente rispetto alla normativa frammentaria e confusa del decennio precedente in quanto aveva alla base una prospettiva di liberalizzazione dei mercati dei servizi locali, era già stata avviata la riforma del trasporto pubblico locale la cui disciplina organizzata nel D. Lgs. 422/97 veniva messa a punto in quello stesso anno (D. Lgs. 400/99).

Sono note le vicende legate al disegno di legge 4014 che, nonostante il progressivo depotenziamento del progetto di liberalizzazione durante il suo iter parlamentare, non è stato mai approvato proprio perché avversato fortemente, in particolare dagli enti locali e dalle società di gestione operanti in condizioni di monopolio.

Contemporaneamente sono state approvate le leggi di riforma dell'energia elettrica e del gas, rispettivamente D. Lgs. 79/99 e 164/2000, che sono di fatto norme di recepimento delle direttive comunitarie di liberalizzazione dei due settori e che solo marginalmente interessano la dimensione locale dei servizi. Riguardo alla disciplina del servizio a livello locale, il decreto in materia di gas risente fortemente dell'impostazione del DdL 4014 che veniva discusso in quel periodo, in particolare per quanto riguarda l'attività di distribuzione locale del gas. Per questo veniva prescelto un sistema di affidamenti tramite gara, cioè il meccanismo di concorrenza per il mercato. Elemento di grande importanza in presenza di una liberalizzazione del mercato "a valle", cioè quello della vendita del gas. Diversamente il D. Lgs 79 di riforma del settore elettrico non liberalizzava la gestione delle reti di distribuzione locale conservando le concessioni in essere per un trentennio³.

Il punto di questa coabitazione tra disciplina generale dei servizi pubblici locali e discipline settoriali è stato di recente ripreso e discusso. La questione principale riguarda infatti il perché i governi di allora, in presenza di riforme appena varate nei più importanti settori secondo una logica di progressiva liberalizzazione, avessero ritenuto opportuno elaborare una disciplina generale organizzata intorno al principio della apertura dei mercati (concorrenza per il mercato e ipotesi di concorrenza nel mercato). Come si è già detto, le resistenze

³ Sulla distribuzione locale del gas mi permetto di rinviare a L. AMMANNATI, *Tutela della concorrenza e accesso al mercato dei servizi pubblici locali dell'energia: il caso del gas*, in L. AMMANNATI (acd), *Monopolio e regolazione proconcorrenziale nella disciplina dell'energia*, Giuffrè, Milano, 2005, 311 sgg.

a questo progetto sono state invincibili.⁴ E questa sconfitta ha aperto la strada ad una strisciante controriforma nel senso che dall'art. 35 della legge 448/2001 (la LF per il 2002), passando per le modifiche introdotte con l'art. 14 del dl 269 del 30 settembre 2003 e infine con l'art. 4 della legge 350/2003, cioè la LF per il 2004, il progetto di liberalizzazione anche parziale si è definitivamente esaurito.

In una parola, il modello vincente è ora quello dell'affidamento *in house* e dell'affidamento diretto a società miste dove il socio privato sia stato scelto con gara, mentre la scelta del gestore attraverso gara diviene unicamente un meccanismo residuale ed una mera possibilità⁵. Restano escluse dalla applicazione della disciplina generale, in prima battuta, le leggi di settore in materia di energia elettrica e gas e successivamente anche quella in materia di trasporti⁶.

L'elemento sul quale riflettere ora è quello della forza di trascinamento che la disciplina generale può avere nei confronti delle leggi settoriali costruite su logiche divergenti se non proprio confliggenti. La configurazione assunta dalla disciplina nella sua ultima versione è certamente quella che meglio risponde agli interessi e alle esigenze degli enti locali sia per quanto riguarda il finanziamento dei servizi che il mantenimento del controllo sulle società di gestione. In più il modello dell'affidamento *in house* ha avuto origine da una decisione comunitaria con il noto "caso Teckal" e nel tempo ha trovato ulteriori conferme sia da parte della Commissione che della Corte di giustizia, come si vedrà più avanti⁷.

⁴ Questa tesi è stata sostenuta da A. BOITANI, *Riforma e controriforma nei servizi pubblici locali*, in M.A. CABIDDU (acd), *Modernizzazione del paese. Politiche opere servizi pubblici*, F. Angeli, Milano, 2005.

⁵ Gran parte della dottrina rileva una obbligata assimilazione tra gara per l'affidamento del servizio e gara per la scelta del socio privato (v. in partic. C. DE VINCENTI – V. TERMINI – A. VIGNERI, *La 'retrovia' in mezzo al guado: lo stallo dei servizi pubblici locali*, in L. TORCHIA – F. BASSANINI (acd), *Sviluppo o declino. Il ruolo delle istituzioni per la competitività del paese*, Passigli, Firenze, 2005), mentre una posizione contraria è espressa da A. PETRETTO, *Forme di affidamento e double marginalization in un monopolio regolato di un servizio pubblico locale* (di prossima pubblicaz.), che ritiene inopportuno uniformare le due gare in quanto la prima deve avere finalità di efficienza mentre la seconda ha la finalità di irrobustire finanziariamente l'impresa pubblica

⁶ Legge n. 308 del 15.12.2004 "*delega al governo per il riordino, il coordinamento e l'integrazione della legislazione in materia ambientale e misure di diretta applicazione*", art. 48 lett.a).

⁷ Corte di Giustizia CE, Sez. V, 18.12.1999, causa C-107/98, Teckal S.r.l. c. Comune di Viano e AGAC, e le conclusioni dell'Avvocato generale G. Cosmas, e il commento di G. GRECO, *Gli affidamenti "in house" di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in questa rivista, 2000, 1461 sgg.

In un contesto di questo tipo in cui la gara, come unico strumento per l'affidamento del servizio in ambito locale, residua soltanto per i settori esclusi (anche se va precisato che per il settore elettrico questa eventualità è rinviata nel tempo fino al 2030), è evidente che i soggetti interessati, cioè gli attuali gestori in affidamento diretto dei servizi, si interrogano sulla ineluttabilità di una differenziazione dei trattamenti a seconda della legislazione di riferimento.

La dialettica tra inclusione ed esclusione dalla disciplina generale inizia con l'art. 35 ma non termina neppure con l'ultima versione contenuta nella LF per il 2004 in quanto con l'approvazione della legge in materia ambientale (legge 308 del 15.12.2004) si ritorna sul settore del trasporto pubblico locale escludendolo dall'applicazione della legge 350/2004. Di conseguenza si ripristina l'obbligo delle gare per l'affidamento dei servizi puntando di nuovo sulla normativa del 1999.

Allo stato attuale il settore più direttamente interessato è quello del gas in quanto le modifiche introdotte dalla legge di riordino del settore energetico (legge 239/2004) riguardo alla durata del periodo transitorio già fissato dal decreto Letta portano a collocare la sua cessazione entro la fine del 2007⁸. Cosicché per tutte le società in affidamento diretto si avvicina il momento di una liberalizzazione generalizzata nel segmento della distribuzione del gas a livello locale particolarmente significativa in presenza di un mercato a valle, quello della vendita, ormai in via di principio liberalizzato⁹. E' qui che si manifesta pesantemente il conflitto tra disciplina generale e normativa settoriale ma anche la possibilità di innesti tra i due ambiti.

⁸ Su questo punto, cioè la determinazione di eventuali incrementi del periodo transitorio, è intervenuta la legge 239/2004 che, seguendo una prassi ormai abituale soprattutto nel settore dei servizi pubblici locali, cambia le regole per così dire "durante il gioco" modificando la durata complessiva del periodo (art. 1, c. 69). Quindi il periodo transitorio viene ridotto rispetto a quello massimo possibile secondo le previsioni del d. lgs. 164/2000, in quanto la legge Marzano, per un verso, consente di utilizzare una sola fattispecie di incremento temporale (quindi il massimo è di 2 anni). Per un altro, include una proroga di 1 anno legittimata esclusivamente da non ben identificati motivi di "pubblico interesse" lasciando così un margine di discrezionalità agli enti locali. Di questa formulazione è stata data una interpretazione restrittiva che ha trovato una recente conferma in una sentenza del TAR Lombardia (sez. Brescia, 28.2.2005, n.111) che assume, con una ampia motivazione, che il periodo transitorio possa spingersi al massimo al 2007 considerando le diverse combinazioni disponibili e ritiene questa scadenza come termine invalicabile del periodo transitorio. Una posizione diversa è stata sostenuta dal Ministero Attività Produttive in una circolare del 10.11.2004 che assume una lettura estensiva della norma: proroga generalizzata al 2007 suscettibile di ulteriori dilazioni come nel decreto 164/00 anche se non più cumulabili.

La trattazione dei temi indicati si articola innanzitutto in una breve ricognizione degli elementi essenziali della normativa generale e settoriale e delle tendenze presenti, per gli aspetti che qui ci interessano, nella attuazione del D. Lgs 164/2000 e delle modifiche introdotte dalla “legge Marzano”. Successivamente si passa a considerare il modello del c. d. affidamento *in house* in particolare alla luce delle recenti tendenze giurisprudenziali comunitarie. In conclusione vengono posti alcuni interrogativi sulla possibile divaricazione tra la regola di organizzazione del mercato unico rappresentata dalla concorrenza e la crescente autonomia organizzativa dei mercati di dimensione locale riconosciuta agli enti locali e, in parallelo, sul progressivo depotenziamento, visibile nella normativa in materia di servizi pubblici locali, del principio della tutela (e promozione) della concorrenza appena introdotto in Costituzione con la riforma del 2001.

2. *Un breve riepilogo normativo*

Per agevolare l'inquadramento dei temi ora accennati pare utile, in primo luogo, riepilogare sinteticamente i punti salienti della disciplina generale (l'art. 113 del Tuel)¹⁰ sui servizi pubblici locali per l'influenza che possono esercitare su specifici elementi della disciplina settoriale del gas in ambito locale.

Il sistema generale a regime prevede che per i servizi pubblici locali “a rilevanza economica” si dia una distinzione tra attività di erogazione del servizio e attività di gestione della rete. Per l'attività di erogazione del servizio come per la gestione integrata della rete e del servizio sono previste tre forme di gestione: (a) la gara con procedure di evidenza pubblica cui partecipano società di capitali; (b) l'affidamento diretto a società a capitale misto pubblico-privato dove il socio privato è scelto con gara; (c) l'affidamento diretto a società a capitale interamente pubblico controllata dall'ente locale proprietario, l'affidamento *in house*.

Nel caso in cui la gestione della rete sia separata dall'erogazione del servizio, per la prima è prevista sia la possibilità di gestione *in house* che la possibilità di affidamento tramite gara. La proprietà di reti e impianti, cioè dei

⁹ Sullo stato di attuazione della liberalizzazione, v. Autorità garante della concorrenza e del mercato, IC 22 – *Stato della liberalizzazione dei servizi dell'energia elettrica e del gas naturale*, del 17.6.2004, in *Boll. n. 25/2004*.

¹⁰ Testo Unico degli Enti Locali, d.lgs. 267/2000 nella versione seguente alle modifiche introdotte con l'art. 35 della l. 448/2001 (Legge Finanziaria per il 2002) mai

beni strumentali destinati all'esercizio del servizio, è dell'ente locale: nel caso di affidamento a mezzo di gara, alla scadenza del periodo previsto rete e impianti sono assegnati al nuovo gestore che paga al gestore uscente un indennizzo che copre il valore dei beni non ancora ammortizzati già quantificato nel bando di gara.

La proprietà di rete e impianti può essere conferita a società a capitale interamente pubblico che è incredibile, definita come "società patrimoniale"¹¹. La società in questione li mette a disposizione dei soggetti incaricati della gestione del servizio o, in presenza di gestione separata, del gestore della rete dietro pagamento di un canone fissato dagli enti locali o dalla autorità di settore ove sia prevista; alla società interamente pubblica proprietaria della rete può essere attribuita la gestione della stessa rete ed eventualmente il compito di espletare le gare per l'affidamento del servizio. I rapporti tra enti locali e società di gestione delle reti e di erogazione del servizio sono regolati da contratti di servizio.

Alle gare per l'affidamento del servizio possono partecipare le società che gestiscono servizi pubblici locali, in Italia o all'estero, a seguito di affidamento diretto e comunque in assenza di una procedura a evidenza pubblica o a seguito di rinnovi degli stessi.

E' opportuno sottolineare fin da ora che, nell'ipotesi in cui reti e impianti sono già di proprietà di "soggetti diversi dagli enti locali", questi possono essere "autorizzati" a gestire i servizi connessi o loro segmenti (art. 113, 14 Tueol).

In sintesi, se la proprietà necessariamente pubblica di reti e beni strumentali in genere resta in mano agli enti locali non può essere cumulata con la gestione del connesso servizio; se, invece, la proprietà di questi beni strumentali spetta ad un soggetto diverso dall'ente locale (come può essere la stessa società *in house*) non si dà separazione in quanto la gestione dei beni e la gestione del servizio possono essere svolte dallo stesso soggetto.

In secondo luogo, sono da considerare le norme che definiscono la transizione al nuovo regime per cui le concessioni rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica terminano entro il 31 dicembre 2006 a meno che le discipline di settore non stabiliscano un congruo periodo di transizione.

completamente abrogato, con la l. 326/2003 e infine con la l. 350/2003, cioè la Finanziaria per il 2004.

¹¹ V. A. PETRETTO, *Forme di affidamento e double marginalization in un monopolio regolato di un servizio pubblico locale*, cit. che sostiene come in assenza di specifiche autorità di regolazione la separazione possa non risultare conveniente per la collettività.

Restano esclusi dalla cessazione definitiva con legge i seguenti casi: gli affidamenti a società miste dove il socio privato sia stato scelto con gara; gli affidamenti *in house* a società a capitale interamente pubblico; le concessioni affidate al 1° ottobre 2003 a società quotate in borsa o a società pubbliche che entro la stessa data abbiano collocato sul mercato quote di capitale con procedure a evidenza pubblica, concessioni che comunque terminano allo spirare del termine equivalente a quello della durata media delle concessioni aggiudicate con gara nello stesso settore, salvo la possibilità di proroghe definite caso per caso in relazione ai tempi di recupero di investimenti particolari. Il termine del 31 dicembre 2006 può essere differito, dietro assenso della Commissione europea, nel caso di fusioni che raddoppiano il bacino di utenza (1 anno) o che portano la società ad operare in un ambito corrispondente al territorio provinciale o a quello definito ottimale a seconda delle previsioni normative (2 anni).

Il divieto di partecipare alle gare per le società che gestiscono servizi pubblici non sulla base di procedure di evidenza pubblica si applica dal 1° gennaio 2007 ad eccezione dell'espletamento della prima gara che ha come oggetto il servizio fornito dalle società partecipanti alla gara stessa.

A queste norme vanno aggiunte alcune disposizioni mai abrogate contenute nell'art. 35 della l. 448/2001 e in particolare il c. 9 che prevede lo scorporo delle reti e degli impianti di proprietà delle società partecipate a maggioranza dagli enti locali e il loro conferimento a società di cui detengono la maggioranza costituite allo scopo. Tuttavia l'obbligo di scorporo non si applica alle società quotate in borsa di cui l'ente locale detiene la maggioranza del capitale. In questo caso sulle reti e sugli impianti è costituito un diritto di uso perpetuo e inalienabile a favore dell'ente locale e un diritto del proprietario, se è un soggetto diverso da quello cui è attribuita la gestione di reti e impianti, alla percezione di un canone¹².

¹² Il termine "scorporo" non è usato qui in senso proprio, in quanto in questo caso si tratta piuttosto di una "scissione". Con il primo termine, di regola, si fa riferimento ad una operazione per cui un'azienda o un ramo di essa vengono conferiti in una società già esistente o di nuova costituzione ricevendo come contropartita azioni della stessa società conferitaria, come previsto ad es. dal decreto Letta per il servizio del gas nel caso dello scorporo dell'attività di vendita del gas a livello locale. Con la scissione, invece, il patrimonio, in tutto o in parte, viene trasferito ad altra società ma le azioni o le quote sono assegnate non alla società che è stata scissa ma ai soci della stessa. Alla fine della

Infine passiamo ad esaminare la disciplina in materia di gas in considerazione delle fasi della filiera produttiva di dimensione locale, cioè la distribuzione e la vendita. Dal punto di vista del disegno complessivo delle norme il d. lgs. 164/2000 prevede a regime la liberalizzazione dell'attività di vendita tramite autorizzazione del Ministero delle Attività Produttive, mentre l'attività di distribuzione è realizzata attraverso la separazione tra proprietà delle reti e degli impianti, di spettanza dell'ente locale, e la loro gestione affidata tramite gara, cioè secondo un meccanismo di concorrenza per il mercato, per un periodo non superiore a 12 anni. Le relazioni tra ente locale e soggetto gestore della rete sono definite nel contratto di servizio che prevede, tra l'altro, le condizioni di trasferimento, alla scadenza del periodo di affidamento, all'ente locale degli impianti e dei beni realizzati durante l'affidamento da parte del gestore.

Alle gare possono partecipare, senza limitazioni territoriali, società di capitali anche a partecipazione pubblica con la sola esclusione delle società (delle loro controllate, controllanti e controllate da una stessa controllante) che in Italia o in altri paesi UE gestiscono di fatto o grazie ad un atto normativo o amministrativo servizi pubblici in affidamento diretto o in base a procedure non a evidenza pubblica. Nel passaggio da una gestione all'altra, il nuovo gestore, con riferimento agli investimenti realizzati nel precedente periodo di affidamento, è tenuto a subentrare nei contratti di finanziamento in essere e a corrispondere al gestore uscente una somma pari all'eventuale residuo degli ammortamenti degli investimenti risultanti dai bilanci (al netto di eventuali contributi pubblici a fondo perduto).

Se consideriamo le disposizioni transitorie riguardanti l'attività di distribuzione, la prima scadenza (entro il 1° gennaio 2003) prevedeva l'elemento preliminare della separazione societaria tra distribuzione e vendita e la trasformazione delle gestioni in società di capitali oppure la messa a gara dell'affidamento del servizio. La seconda scadenza, peraltro differenziata, prevedeva che per l'attività di distribuzione del gas gli affidamenti e le concessioni proseguissero fino alla scadenza stabilita se compresa entro il termine di 5 anni (cioè 31 dicembre 2005) più gli eventuali incrementi cumulabili dovuti a determinate condizioni: fusione societaria cui conseguisse un incremento dell'utenza non inferiore al doppio di quella servita dalla maggiore

operazione non si produce un gruppo come nel caso dello scorporo e conferimento ma

delle società (1 anno); estensione della propria utenza a centomila clienti finali o all'intero territorio provinciale (2 anni); vendita a privati di almeno il 40% del capitale sociale (2 anni). In caso non fosse previsto un termine di scadenza o comunque il termine superasse il periodo transitorio gli affidamenti potevano proseguire fino al completamento del periodo transitorio stesso. Di conseguenza veniva disposto un rimborso a carico del nuovo gestore calcolato sulla base di quanto stabilito nel contratto o nella convenzione o, diversamente, in base ai criteri del TU n. 2578/1925, art. 24 lett) a) e b)¹³. Inoltre gli affidamenti e le concessioni in essere attribuiti mediante gara venivano mantenuti per la durata prevista e comunque non oltre 12 anni (dal dicembre 2000).

In fase di prima attuazione della legge alle prime gare possono partecipare senza limitazioni anche le società che esercitano l'attività di distribuzione in assenza di gara e di procedure di evidenza pubblica.

3. Frizioni e possibili innesti della disciplina generale sulla disciplina settoriale

La disciplina generale, con le modifiche introdotte dalla legge finanziaria per il 2004, ha esplicitamente escluso dal proprio ambito di applicazione il settore del gas e quello dell'energia elettrica. Sono però sorti alcuni interrogativi sul punto della relazione tra le due normative, quella dettata dal d.lgs 164/2000 (di "*attuazione della direttiva n. 98/30/CE recante norme comuni per il mercato interno del gas naturale*) e quella generale che è passata attraverso una serie di diverse formulazioni prima di arrivare a quella attualmente in vigore.

Le due discipline si escludono reciprocamente per la netta separazione tracciata nel c.1 dell'art. 113 del Tuel. Tuttavia nelle precedenti formulazioni anche il settore del gas era ricompreso nel principio generale che non escludeva le discipline settoriali ma configurava la loro integrazione con la normativa generale¹⁴. Il susseguirsi delle diverse formulazioni ha fatto sorgere alcune

una serie di società che fanno capo allo stesso o agli stessi soci.

¹³ In questo caso non sarebbe prevista l'applicazione del criterio della valutazione del mancato profitto derivante dalla conclusione anticipata del rapporto, come affermato dal TU del 1925.

¹⁴ In questo senso andava la formulazione dell'art. 35 della legge 448 del 2001 ("Le disposizioni del presente articolo si applicano *ai servizi pubblici locali di rilevanza industriale. Restano ferme le disposizioni previste per i singoli settori* e quelle nazionali di attuazione delle normative comunitarie") e ancora più esplicitamente quella contenuta nel d.l. n. 269/2003 conv. con legge 326 del 2003: "Le disposizioni del presente articolo che disciplinano le modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali concernono la tutela della concorrenza e sono *inderogabili e integrative delle discipline di settore*."

perplexità, rimaste irrisolte, soprattutto in considerazione dei mutamenti che avrebbero potuto intervenire prima dell'ultima riscrittura della legge. Peraltro l'area di una possibile sovrapposizione delle due discipline, riconducibile alla dimensione locale, è di fatto limitata alla attività di distribuzione, in quanto la fase della vendita è ormai liberalizzata.

Tra l'altro l'esclusione reciproca delle due normative è imposta, dal punto di vista sostanziale, dalla inconfutabile differenza tra i due modelli di riferimento. La soluzione adottata nel settore del gas prevede l'obbligo dell'affidamento con gara della distribuzione locale in quanto attività qualificata come "servizio pubblico"(art. 14, c.1, d.lgs. 164/2000)¹⁵. Rappresenta cioè un segmento della filiera per il quale esiste una effettiva esigenza di limitazione della concorrenza in presenza di un elemento di monopolio naturale rappresentato dalla rete e, quindi, una attività da esercitare in un mercato regolato.

Nella riforma introdotta dall'art. 35 anche la normativa generale era costruita intorno al meccanismo della gara che richiedeva, a sua volta, la separazione tra la proprietà delle reti e degli impianti e la gestione degli stessi, così come delineato nella disciplina sul gas. Il regime della separazione consentiva che la proprietà delle reti fosse conferita a società di cui gli enti locali, anche in forma associata, detenessero la maggioranza con il vincolo di incedibilità della quota pubblica. Questa formulazione è stata modificata dalla legge 326/2003 che prevede il conferimento unicamente a società a capitale interamente pubblico, incedibile, sempre nei casi in cui questo non sia vietato dalle normative di settore (art. 113, c. 13), cioè da quelle che non sono escluse ma soggette ad integrazione da parte della disciplina generale.

Ora l'esclusione del settore del gas dall'ambito di applicazione delle norme generali non ha, ovviamente, valore retroattivo e quindi le disposizioni contenute nell'art. 35 potrebbero essersi già intersecate, come era allora previsto, con quelle settoriali ad esempio in materia di gas. Allo stato attuale potrebbero verificarsi situazioni in cui gli enti locali, anche in forma associata, hanno

Restano ferme le altre disposizioni di settore e quelle attuative di specifiche normative comunitarie".

¹⁵ In conformità alle direttive comunitarie l'attività di distribuzione è definita come "il trasporto di gas naturale attraverso reti di gasdotti locali o regionali per la consegna ai clienti" (dir. 98/30/CE, art.2), e da essa è obbligatoriamente esclusa, come aggiunge la direttiva più recente, la fornitura (dir. 2003/55/CE, art.2).

utilizzato la facoltà di conferire la proprietà di reti, impianti e altre dotazioni, quindi le reti di distribuzione del gas e le relative infrastrutture, a società pubbliche.

Peraltro l'Autorità per l'energia elettrica e il gas (Aeeg) ritiene che, nonostante che il gas sia un "settore escluso", debba essere ugualmente riconosciuta agli enti locali questa facoltà di conferimento in quanto "implicitamente" contenuta nell'art. 14 del decreto Letta¹⁶. Una tale interpretazione estensiva dell'Autorità non trova, a mio avviso, riscontro nella normativa. E' ipotizzabile, invece, che una tale situazione sia riconducibile ad una stratificazione temporale delle norme prodotta dall'alto grado di volatilità della disciplina dei servizi pubblici locali e dall'ambiguo significato di una disciplina generale a fronte di un crescente numero di settori esclusi come le vicende del trasporto pubblico locale dimostrano. In ogni caso, l'Autorità, nella redazione dello schema tipo di contratto di servizio per l'affidamento del servizio pubblico di distribuzione del gas, ha ritenuto di tenere conto di entrambe le soluzioni, cioè di un contratto tra ente/i locale/i e gestore e di un contratto tra società pubblica che detiene il titolo di proprietà delle reti e il gestore della rete stessa.

In più, nel caso che le reti e le altre dotazioni appartenessero ad una società pubblica maggioritaria incaricata anche della gestione del servizio, era necessario procedere allo scorporo/scissione e affidare reti e infrastrutture ad una società pubblica maggioritaria (con vincolo di incedibilità) che si configurava come titolare dei diritti di proprietà (art. 35, c. 9, l. 448/2001 mai abrogato). Sul regime della separazione erano, tra l'altro, costruite le leggi settoriali riguardanti i servizi a rete. Tuttavia l'obbligo di scorporo non si applica (sempre secondo il c. 11 dell'art. 35 rimasto immutato) alle società quotate in borsa e alle società per azioni di cui l'ente locale detenga la maggioranza del capitale e che avessero deliberato di iniziare il procedimento di quotazione al 1° gennaio 2002 da concludere entro il 31 dicembre 2003. In tal caso, come abbiamo già detto, seguendo la logica della separazione veniva costituito, in base all'art. 1021 CC, un diritto di uso perpetuo e inalienabile a favore degli enti locali, restando fermo

¹⁶ Autorità per l'energia elettrica e il gas, *Relazione tecnica* alla del. n. 55/04, *Proposta al Ministero delle Attività Produttive avente ad oggetto lo schema di contratto tipo per l'affidamento del servizio pubblico di distribuzione del gas naturale, ai sensi dell'art. 14, c.1. del d.lgs. 23 maggio 2000, n.164.*

il diritto del proprietario, se si tratta di un soggetto diverso da quello cui è affidata la gestione di reti e impianti, a ricevere un canone per l'utilizzo del bene.

Anche questa norma, al di là della sua sopravvivenza alle varie modifiche intervenute, potrebbe aver avuto una qualche incidenza nell'ambito delle società di distribuzione del gas dove un numero significativo è rappresentato da società a maggioranza pubblica in quanto derivate dalla trasformazione di ex-municipalizzate e, tra queste, alcune delle più grandi sono arrivate nel tempo alla quotazione in borsa.

Sulla via di una lenta liberalizzazione che si realizza attraverso un sistema di concorrenza per il mercato potrebbe esercitare una incisiva influenza l'estensione generalizzata del c. 14 dell'art. 113 Tuel anche alle discipline di settore escluse. Infatti, come già accennato in precedenza, se i proprietari dei beni strumentali alla gestione del servizio sono soggetti diversi dagli enti locali, questi stessi possono essere autorizzati a gestire i servizi o segmenti di essi.

Una disposizione di questo tenore può bloccare la possibile apertura dei mercati in quanto le società in tali condizioni possono essere autorizzate a gestire il servizio escludendo ogni passaggio attraverso procedure di gara. Avrebbe, in ogni caso, conseguenze limitate se il suo campo di applicazione restasse circoscritto alle discipline settoriali che vengono integrate dalle disposizioni dell'art. 113 Tuel. Allo stato attuale interesserebbe per lo più i soggetti privati proprietari di reti e impianti in particolare nel settore dello smaltimento dei rifiuti.

Invece l'elemento dirompente sarebbe la sua estensione al settore della distribuzione del gas dove le imprese private (ma possono essere interessate ugualmente società a capitale misto) rivendicano l'applicazione di un principio analogo. Se ciò accadesse, questo comporterebbe non solo la inclusione nella disciplina generale di un settore in principio escluso dalla sua applicazione quanto, più radicalmente, la sottrazione di una quota abbastanza ampia di società da ogni confronto competitivo per l'aggiudicazione del servizio. Finora una simile rivendicazione è stata bloccata coerentemente con una interpretazione senza deroghe del decreto 164/2000 che esclude il settore del gas dalla applicazione della disciplina generale.

Inoltre questa potenziale sottrazione ad ogni gara futura di una parte dei soggetti che allo stato attuale gestiscono il servizio al di fuori di ogni procedura

di evidenza pubblica potrebbe trovare un ulteriore campo di applicazione. Infatti l'attuale formulazione dell'art. 113 non chiarisce se anche alle società quotate, per le quali si deroga all'obbligo dello scorporo delle reti e degli impianti di proprietà delle società di cui gli enti locali detengono la maggioranza del capitale, sia riconosciuta la possibilità di gestire il servizio tramite una semplice autorizzazione. Senza ombra di dubbio l'art. 113 non fornisce esplicite indicazioni su questo profilo.

Comunque dalla intersezione tra questo e i commi rimasti in vigore dell'art. 35 emerge una sorta di disparità di trattamento tra i "soggetti diversi dagli enti locali" che detengono la proprietà delle reti (c. 14, art. 113) e le società quotate che non sono obbligate a scorporare le reti ma che debbono costituire un "diritto di uso perpetuo e inalienabile a favore degli enti locali" (art. 35, c.11, l. 448). Di fronte ad una situazione così evidentemente diversificata una interpretazione nel senso sopra indicato, che consente di estendere lo strumento dell'autorizzazione alle società quotate in borsa, potrebbe non essere esclusa.

Data la rilevanza delle società del settore energetico tra quelle quotate potrebbe non essere difficile superare l'ostacolo rappresentato dalla esclusione del settore del gas dall'applicazione della normativa generale. Quindi riconoscere l'applicabilità dello strumento dell'autorizzazione alla gestione del servizio senza gara per i soggetti (diversi dagli enti locali) proprietari di reti e di altre infrastrutture per la distribuzione del gas.

4. La forza espansiva del modello di "in house providing"

Le differenze tra disciplina generale e disciplina settoriale del gas si sono progressivamente ampliate anche riguardo alle forme di gestione dei servizi pubblici locali. Infatti, mentre nel d. lgs. 164 il modello applicabile alla gestione del servizio pubblico di dimensione locale è quello della concorrenza per il mercato realizzata attraverso lo strumento della gara per l'affidamento del servizio, la nuova formulazione dell'art. 113 del Tuel ha fatto completamente marcia indietro rispetto alla timida apertura alla concorrenza contenuta nell'art. 35.

Ha reintrodotta una varietà di modelli che include, oltre l'affidamento con gara, l'affidamento diretto a società in cui il socio privato sia scelto con

procedure di evidenza pubblica, e l'affidamento *in house*¹⁷. Quest'ultima tipologia, pensata originariamente come soluzione residuale riservata a situazioni particolari ha avuto un eccezionale successo perché è stata considerata come lo strumento che consente di evitare la prospettiva incombente di ricorrere alla gara. In più ha offerto al sistema dei poteri locali, che nel tempo ha mostrato una pervicace capacità di resistere alla liberalizzazione, l'opportunità di evitare l'introduzione di meccanismi concorrenziali nei settori dove tradizionalmente sono presenti le aziende da questi stessi possedute o partecipate¹⁸.

La capacità espansiva di questo modello è stata comunque rafforzata, come vedremo più avanti, dalla copertura offerta sia dalla Commissione europea che dalla Corte di giustizia. Infatti, in tempi recenti, è apparso evidente che le stesse istituzioni comunitarie, ritenute finora una sorta di baluardo contro le resistenze anche locali alla apertura dei mercati, hanno in parte perso il loro ruolo propulsivo rinunciando a mettere in discussione (almeno finora) una organizzazione consolidata che consente alle autorità locali di utilizzare le forme organizzative ritenute più idonee, anche se non rispettose della regola generale di organizzazione concorrenziale dei mercati¹⁹.

Ritornando a quanto previsto dalla disciplina generale (art. 113, c. 5 Tuel), la possibilità di optare per un modello o per un altro affida all'ente locale la scelta fondamentale se operare in base ad un tradizionale regime di riserva, quindi secondo un modello monopolistico, o in un mercato concorrenziale. Anticipando un punto sul quale si ritornerà più avanti, questa osservazione fa sorgere un interrogativo. Cioè se il riconoscimento dell'autonomia comunale contenuto nella formulazione dell'art. 114 Cost. (seguito alla riforma costituzionale del 2001) possa fondare la completa libertà di autoorganizzazione dell'ente locale anche in materia di servizi pubblici a rilevanza economica indipendentemente (almeno) da

¹⁷ La differenza più evidente è tra un tipo di gestione imprenditoriale (le prime due, laddove la prima è maggiormente caratterizzata in tal senso) e una gestione di tipo pubblico con scarsa propensione economico-industriale (la terza che riproduce in gran parte il modello della municipalizzata).

¹⁸ Sulle resistenze dei poteri locali verso le liberalizzazioni, v. L. LANZILLOTTA, *Controliberalizzazioni: il caso del trasporto locale a Roma*, in *MCR*, 2004, 549 sgg. Questo non toglie che in casi determinati sia provata dalla teoria economica una maggiore efficienza della integrazione verticale rispetto alla utilizzazione di un sistema contrattuale.

¹⁹ A conferma di questa controtendenza v. la Proposta di Regolamento in materia di trasporti elaborata di recente dalla Commissione (COM (2005) 319 final del 20.07.2005).

un bilanciamento con gli obiettivi posti dal necessario perseguimento della “tutela della concorrenza” in quanto “competenza trasversale” esclusiva dello stato.

Senza entrare qui nel dettaglio dei diversi passaggi della vicenda, può essere di aiuto, per ricostruire le coordinate di questa evoluzione, ricordare alcuni delle posizioni più interessanti nell’ottica del nostro ragionamento assunte dal giudice italiano e da quello comunitario.

Già con riferimento a fattispecie che si erano prodotte prima della introduzione dell’art. 35 che, per i servizi a rilevanza industriale affermava il principio necessario della gara per l’affidamento, il Consiglio di Stato, valutando un affidamento diretto della gestione di un servizio ad una società partecipata dall’ente locale, si era espresso qualificandola “come gestione diretta del servizio da parte dell’ente locale, assimilabile all’affidamento c.d. *in house* di matrice comunitaria”. Inoltre aveva ritenuto che “il fondamento della sua attribuzione senza gara [doveva] essere rinvenuto negli atti costitutivi della società ed in quelli di selezione del socio privato, da valersi quali provvedimenti genetici del soggetto giuridico per mezzo del quale (seppur in regime convenzionale) l’ente locale svolge il servizio”. Questi provvedimenti venivano ritenuti “concretamente idonei a sottrarre dal mercato di riferimento la possibilità di accesso alla contrattazione con l’amministrazione che ha optato per quella forma di gestione diretta del servizio”²⁰.

Sulla base di analoghe prese di posizione il Consiglio di Stato ha legittimato, per il periodo transitorio, gli affidamenti senza gara a società partecipate dagli enti locali. Ma è andato anche oltre. Difatti, successivamente alle modifiche intervenute sull’art. 35 della legge 448/2001 attraverso la legge 326/2003, il Consiglio di Stato ha dedotto dalla riformulazione dell’art. 113 Tuel (c. 15 - bis), laddove esclude dalla cessazione generale degli affidamenti realizzati senza gara, fissata per il 2006, le concessioni “affidate a società a capitale interamente pubblico a condizione che 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 locale o gli enti pubblici che la controllano”, che questo principio non vale solo per il futuro ma si applica anche con riferimento al passato. Una tale formulazione rappresenterebbe quindi una sorta di “norma di salvezza” che

²⁰ Cons. St., Sse. V, 30.6.2003, n. 3864.

legittima scelte operate in presenza di una diversa disciplina²¹. Inoltre, come spesso è accaduto negli ultimi anni, viene ripresentata, ora dal legislatore ora dal giudice amministrativo, l'argomentazione contenuta nella nota sentenza *Teckal* divenuto un vero e proprio *leading case* in questa materia²².

In ogni caso, in seguito all'approvazione del nuovo art. 113, sia i TAR che il Consiglio di Stato hanno assunto posizioni significativamente diversificate. Difatti ci troviamo in presenza sia di sentenze che si richiamano espressamente alla giurisprudenza del Consiglio di Stato appena illustrata e fanno ricorso alla "norma di salvezza" per legittimare l'affidamento diretto del servizio oppure l'individuazione del socio maggioritario, al di fuori della procedura di gara prevista dalla modifica del T.u. da parte del d.l. 269/2003. Oppure di sentenze di diverso tenore che sembrano voler ridimensionare l'utilizzazione della gestione *in house* attraverso una più esatta definizione del modello, e cioè precisando come non possa essere considerato soggetto "*in house*" una società "che gode di un notevole grado di autonomia e che non sia sottoposta, quindi, ad un penetrante controllo da parte della pubblica amministrazione". In concreto si ritiene che il "notevole grado di autonomia" si manifesti sia nel fatto che l'ente locale possieda solo il 51% del capitale sociale sia nella possibilità che il consiglio di amministrazione sia composto a maggioranza privata sia nella riserva ai soci privati della nomina dell'amministratore delegato²³.

D'altronde alcune decisioni del giudice amministrativo hanno suscitato un notevole interesse in quanto hanno avanzato ricorsi in via pregiudiziale alla Corte

²¹ Cons. St., Sez. V, 19.2.2004, n.679.

²² Alla luce delle conclusioni Avv. Gen. Cosmas, la Corte Giustizia aveva espressamente affermato il principio che se l'amministrazione vuole stipulare un contratto di appalto a titolo oneroso con un soggetto che è amministrazione aggiudicatrice si applica la dir. 93/36 solo se l'ente "è distinto da essa sul piano formale e autonomo rispetto ad essa sul piano decisionale"- quindi il fornitore deve essere un soggetto diverso dall'amministrazione e la terzietà deve essere valutata secondo i parametri della indipendenza finanziaria e indipendenza amministrativa. Al contrario, se l'amministrazione aggiudicatrice esercita su tale ente un "*controllo analogo*" a quello esercitato sui propri servizi e questo ente realizza la parte più importante della propria attività con l'amministrazione che la controlla non si applica la direttiva. La deroga alla applicazione della normativa comunitaria si realizza in presenza di una "delegazione interorganica" che è valutata sulla base della compresenza di : a) dipendenza formale; b) dipendenza economica; c) dipendenza amministrativa; d) destinatario del servizio.

²³ Sul primo punto, v. TAR Puglia, Lecce, sez. II, 21 aprile 2004, n. 2549, Consorzio Etruria s.c.a.r.l. c. Comune di Gallipoli e altri ; sul secondo, TAR Abruzzo, sez. L'Aquila, 14.5.2004, n. 619, Coll.labor.a S.p.A. c. Amm. Prov. L'Aquila.

di giustizia mettendo in discussione significativi aspetti dell'impianto previsto dal nuovo "regime generale".

Una prima ordinanza è quella che proviene dalla stessa Sezione del Consiglio di Stato che aveva prodotto la giurisprudenza precedente e che si pone in questo caso la questione della compatibilità della cosiddetta "gestione *in house*" con la normativa comunitaria. In particolare il punto sembra quello di verificare "se il possesso dell'intero capitale del soggetto affidatario, nella specie una società per azioni, possa garantire quella situazione di dipendenza organica che normalmente si realizza nell'organizzazione burocratica di una pubblica amministrazione" come sembra necessario per ottemperare alle condizioni indicate nella c.d. "giurisprudenza Teckal"²⁴.

Successivamente, il TAR Liguria ricorre alla Corte di giustizia per chiarire se l'art. 86,2 Tr. possa essere interpretato nel senso di permettere una deroga al principio della concorrenza e di non discriminazione sul mercato interno riguardo l'affidamento di un servizio per un periodo di durata determinata e comunque "contenuta in limiti ragionevole" nel caso in cui l'espletamento della gara potesse pregiudicare la "tempestiva realizzazione, attivazione e gestione del servizio stesso" (nel caso di specie il servizio idrico integrato per il quale una serie di opere non avrebbero potuto essere realizzate se non passando per la fase transitoria della gestione pubblica)²⁵.

Infine, un'ultima ordinanza ha avuto ad oggetto la questione della completa libertà di scelta, riconosciuta agli enti locali, tra le diverse forme di affidamento del servizio ed in particolare tra i due modelli del tutto alternativi dell'affidamento tramite gara e dell'affidamento diretto a società interamente controllata. Infatti il TAR Puglia ha avanzato l'ipotesi che l'art. 113 non sia conforme al diritto comunitario in materia di concorrenza, proprio perché generalizza l'affidamento *in house* senza indicare alcun criterio che condizioni la scelta di questo istituto da parte dell'amministrazione locale, collocandolo in tal modo sullo stesso piano dell'affidamento mediante gara. Secondo il giudice amministrativo, al contrario,

²⁴ Cons. St., Sez. V, 22 aprile 2004, n.2316 (ord.), Saba Italia S.p.a c. Comune di Bolzano e altri.

²⁵ TAR Liguria, Sez. II, 27.5. 2004, ord. N. 822, laddove si afferma, diversamente dal caso di specie, che "l'affidamento diretto a società per azioni, del tutto autonome, salvo l'esercizio dei poteri propri del possessore della maggioranza delle azioni, secondo le norme del diritto commerciale comune, sembra esporre la gestione delle pubbliche risorse a procedure diverse da quelle destinate a garantire una crescita del mercato interno, l'economia nelle spese e il vantaggio per l'utenza".

l'affidamento *in house* dovrebbe rappresentare esclusivamente un'ipotesi eccezionale giustificata da particolare esigenze del servizio. Altrimenti si potrebbe configurare una violazione dell'art. 86 Tr. CE secondo il quale sono ammesse deroghe al principio della concorrenza solo in relazione all'espletamento di obblighi di servizio pubblico²⁶.

La riflessione generale che queste osservazioni suggeriscono riguarda il ruolo e la rilevanza dell'art. 86 del Trattato. Se cioè questo debba rappresentare o meno un limite per così dire "a monte" rispetto alla scelta dell'ente locale riguardo al modello di organizzazione dei servizi pubblici locali. Secondo la prima interpretazione l'opzione per il modello pubblicistico sarebbe possibile soltanto in presenza di condizioni che si producono sulla base del rapporto di proporzionalità tra deroghe alla concorrenza e obblighi di servizio pubblico (art. 86, 2 Tr. CE). In sintesi, se ricorrono motivi di pubblico interesse di natura non economica che non consentono l'applicazione di criteri di concorrenzialità, e una tale circostanza deve essere verificata e motivata caso per caso. In linea teorica non si dovrebbe giungere alla emergenza di un modello di gestione da applicare in modo generale ed incondizionato²⁷.

I ricorsi cui si è fatto qui riferimento non sono stati ancora decisi dalla Corte di giustizia ma sia la giurisprudenza attuale della Corte che alcuni recenti documenti della Commissione danno indicazioni sugli orientamenti e sulle tendenze, non sempre rigorosamente coerenti, presenti a livello comunitario.

Infatti, se una costante della disciplina dei servizi pubblici locali è stata la volatilità delle norme prodotta dal carattere alluvionale nella produzione di una mutevole legislazione, la perdurante incertezza sulle regole di organizzazione e di funzionamento pare accentuata anche da fattori esterni alla ingarbugliata situazione italiana.

²⁶ TAR Puglia-Bari, Sez.III, 8.9.2004, ord. n. 885 dove si afferma tra l'altro che la generalizzazione dell'affidamento *in house* "avrebbe aperto la strada ad una vera e propria "occupazione" del mercato in numerosi settori da parte delle imprese pubbliche locali, in maniera non conforme allo spirito dell'art. 86 del Trattato, alla cui stregua sono ammissibili deroghe alle regole della concorrenza nella gestione di servizi di interesse economico generale solo in quanto si giustificano per l'adempimento della "missione" che le imprese affidatarie devono svolgere".

²⁷ Il rispetto dei Trattati è preso in considerazione anche dalla circolare del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio del 6 dicembre 2004 sull'affidamento del servizio idrico integrato, dove viene evidenziato che il ricorso alla gestione *in house* è possibile ma solo "in casi eccezionali e residuali, venendosi contrariamente ad eludere i principi derivanti dai Trattati" (*Affidamento in house del servizio idrico integrato*).

Considerando la recente evoluzione nell'area dei servizi pubblici locali si può ipotizzare che un elemento destabilizzante, in prospettiva forse anche nei settori attualmente esclusi dall'applicazione della disciplina generale, può essere rappresentato proprio dalla rivendicazione degli enti locali di non incontrare, in via generale, alcuna limitazione per quanto riguarda la scelta tra i diversi modelli di gestione.

A tal proposito ci troviamo di fronte a due prospettive non facilmente conciliabili. Infatti se la elaborazione di una normativa che amplificava eccessivamente il ruolo e i poteri di scelta dell'ente locale ha destato, da parte di alcuni, non poche perplessità sulla conformità ai principi comunitari, per contro alcune delle affermazioni contenute nel *Libro verde sui partenariati pubblico-privati* potrebbero essere utilizzate a supporto di un modello che prevede per gli enti locali ampia libertà di scelta sui modi di affidamento dei servizi economici²⁸.

Qui veniva infatti precisato come l'oggetto del dibattito che il *Libro verde* intendeva aprire non attenesse in nessun modo alla fase della "scelta se esternalizzare o meno la gestione dei servizi pubblici" in quanto questa competeva "esclusivamente alle autorità pubbliche". Infatti il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni non fornisce indicazioni riguardo all'opzione "se garantire un servizio pubblico attraverso i propri stessi servizi o se affidarli invece ad un terzo". Di conseguenza, solo dove sia stata esercitata l'opzione a favore dell'affidamento ad un soggetto terzo, l'amministrazione è obbligata ad applicare il diritto comunitario, in quanto questo "si colloca a valle della scelta economica e organizzativa effettuata da un ente locale o nazionale"²⁹.

Questa esplicita dichiarazione equivale a dire che l'opzione tra l'esercizio del servizio pubblico locale, come servizio di interesse economico generale, in un mercato concorrenziale o secondo un regime di riserva resta unicamente affidata alla normativa nazionale e, ove previsto, a quella regionale anche in applicazione del principio di sussidiarietà. In tale prospettiva si giunge facilmente a riconoscere all'ente locale il ruolo di "creatore e regolatore del mercato"³⁰.

²⁸ Commissione delle CE, *Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni* (COM (2004) 327 def del 30.04.2004).

²⁹ V. i punti nn.17 e 63.

³⁰ L'espressione è usata da A. MASSERA, *L' "in house providing": una questione da definire*, in *GdA*, 2004, 853.

Se una tendenza di questo tipo si andasse consolidando, l'unico argine alla sua forza espansiva nell'area dei servizi pubblici locali presente nel nostro ordinamento potrebbe essere rappresentato, come dicevamo più sopra, dal principio costituzionale della tutela (e promozione) della concorrenza che si pone come limite e parametro di valutazione per la legislazione non solo di livello statale ma anche regionale.

Una lettura in tal senso delle affermazioni della Commissione è, a mio avviso, abbastanza coerente con alcuni indirizzi comunitari generali e interni alla stessa normativa più recente che evidenzia rallentamenti nel processo di liberalizzazione dei mercati dei servizi pubblici locali e non solo.

Un segnale di un certo interesse che induce ad alcune riflessioni sulla gestione *in house* è contenuto proprio in una recente sentenza della Corte di giustizia³¹. La questione riguardava un affidamento diretto, cioè senza gara, di un appalto di servizi relativo al trattamento di rifiuti ad una società partecipata, anche se minoritariamente, da un privato (che tra l'altro godeva di alcuni diritti particolari in virtù della legge tedesca sulle società a responsabilità limitata).

A questo proposito il giudice comunitario ha sostenuto che un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, può espletare "compiti di interesse pubblico ad essa incombenti" utilizzando "propri strumenti" amministrativi, tecnici o di altro tipo, senza dover ricorrere a "entità esterne non appartenenti ai propri servizi". Quindi, secondo questa interpretazione, non sussisterebbero i presupposti per applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici, in quanto nel caso di utilizzo di propri strumenti non si realizza un contratto per la conclusione del quale è necessaria l'esistenza di una entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice³².

Qui il giudice comunitario sembra affermare che nel quadro dell'ordinamento comunitario non si dà uno specifico obbligo di esternalizzazione (di appalti o di servizi), cioè di imporre il meccanismo di

³¹ Corte di giustizia CE, Sez. I, 11.1.2005, n. C-26/03, Stadt Halle e Lochau GmbH c/Trea Leuna

³² Come sappiamo un tema da sempre controverso ha riguardato la trasferibilità delle regole comunitarie in materia di appalti di servizi alla fattispecie dell'affidamento di un servizio pubblico (concessione di pubblico servizio). A questo proposito l'unico documento di riferimento è la Comunicazione interpretativa del 2000 che fa rientrare anche le concessioni di servizio pubblico nel campo di applicazione del diritto comunitario (*Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario* del 29.4.2000 (2000/C 121/02)).

affidamento all'esterno dell'attività mediante procedure di gara. Da questa premessa deriva la espressa legittimazione dell'*in house providing*, riconoscendo in tal modo che non esiste conflitto tra il diritto comunitario e la libertà dell'ente riguardo alla scelta dei modelli organizzativi attraverso cui svolgere i servizi di propria competenza. Il ricorso all'*in house providing* oppure il ricorso al mercato rappresentano per l'ente locale due sistemi senza reciproche interferenze o, per meglio dire, due modelli alternativi. La scelta sembra potersi realizzare indipendentemente da ogni considerazione del principio contenuto nell'art. 86 del Tr. per cui l'utilizzo di un regime privilegiato rispetto al mercato può essere giustificato soltanto dalla necessità di adempiere agli obblighi di servizio pubblico. Tanto che la stessa Corte di giustizia in buona parte della sua giurisprudenza in materia aveva ritenuto opportuno esercitare il proprio sindacato sulla sussistenza dei presupposti che legittimavano quel particolare regime³³.

Ad ulteriore supporto di questa argomentazione, riprendendo i contenuti della giurisprudenza *Teckal*, il giudice comunitario non esclude che "possano esistere altre circostanze nelle quali l'appello alla concorrenza non è obbligatorio ancorché la controparte contrattuale sia un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice". E ciò si può verificare quando l'autorità pubblica che sia amministrazione aggiudicatrice esercita sulla "entità distinta" un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e questa realizza la parte più importante della propria attività con l'autorità pubblica che la controlla.

E' evidente come il nocciolo di questa giurisprudenza, a partire dalle sentenze *Teckal* fino alle decisioni del giudice interno, sia costituito dalla nozione di controllo sulla quale sono impiegate le decisioni che si propongono di legittimare l'esenzione dall'obbligo della gara.

Di questo è consapevole il Consiglio di Stato nella ordinanza di rinvio alla Corte di giustizia laddove tende, in particolare, ad un chiarimento sulla natura giuridica degli strumenti necessari ad esercitare il controllo secondo le caratteristiche indicate dalla sentenza, e cioè se si debba trattare di strumenti di diritto commerciale o di diritto amministrativo³⁴. Se cioè il possesso dell'intero capitale del soggetto affidatario, nel caso di società di capitali, possa configurare

³³ Sul tema, v. in particolare D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Diritto pubblico*, 1999, 390 sgg.

³⁴ Cons. St., sez. V, 22. 4.2004, ord. N. 2316, Sasa Italia s.p.a. c. Comune di Bolzano e altri.

quella situazione di “dipendenza organica” che di regola si realizza con l’organizzazione burocratica della pubblica amministrazione. Su questo punto, un qualche chiarimento si poteva finora derivare dalle indicazioni elaborate dalla Commissione europea e contenute nella nota inviata al governo italiano il 26 giugno 2002. Qui si precisava in modo esplicito che per l’esercizio di questo tipo di controllo, il c.d. requisito del “controllo analogo”, non era sufficiente il semplice esercizio degli strumenti a disposizione del socio di maggioranza secondo le regole del diritto societario. Difatti la Commissione proponeva una lettura della nozione usata dalla Corte di giustizia (“un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi”) come “un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell’attività del soggetto partecipato” e dei più importanti atti di gestione. Il soggetto partecipato non possiede più “alcuna autonomia decisionale”, ma costituisce parte dell’amministrazione stessa anche se formalmente distinto da essa³⁵.

Alcuni dei punti che qui ci interessano più da vicino sono stati oggetto delle argomentazioni contenute nelle ampie conclusioni dell’Avvocato generale Juliane Kokott del 1 marzo 2005 (causa C-458/03) riguardo all’affidamento senza gara da parte del Comune di Bressanone della gestione di parcheggi pubblici ad una società partecipata totalmente dal comune stesso. Da brevissimo tempo la Corte di giustizia europea (sez. I, 13.10.2005) ha emanato la sentenza relativa al caso in questione nella quale non vengono ripresi alcuni dei punti cruciali affrontati nelle conclusioni dell’Avv. Generale ma che sostanzialmente conferma la posizione elaborata a partire dalla sentenza Stadt Halle/RPL Lochau seguita dalla sent. Coname contro Comune di Cinghia de’ Botti e Padania Acque³⁶.

³⁵ Il riferimento è alla lettera di messa in mora inviata dalla Commissione europea al governo italiano (procedura di infrazione 1999/2184 ex art. 226 Tr. – lettera n. C(2002)2329 del 26 giugno 2002). Una diversa interpretazione è stata al momento fornita dall’Avvocato generale Juliane Kokott nelle conclusioni in un caso relativo all’affidamento diretto di un servizio. Con questa si rovescia il punto di vista sulla nozione di “controllo analogo” riconducendola nel quadro degli strumenti offerti dal diritto societario (conclusioni relative alla causa C-458/03 del 1.3.2005, p. 72).

³⁶ La Corte di giustizia (v. sentenza 11.01.2005 C-26/03, Stadt Halle c. Lochau) ha sostenuto che la partecipazione anche minoritaria di una impresa privata ad una società partecipata dalla autorità pubblica impedisce che l’amministrazione pubblica possa esercitare su tale proprietà un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi (a) perché il privato persegue interessi diversi da quelli pubblici, (b) perché viene violato il principio della parità di trattamento e quindi si pregiudica l’obiettivo di una libera concorrenza. Inoltre nella sent. 15.7.2005 C-231/2003, Coname c. Comune di Cinghia de’ Botti, si trattava di stabilire se fosse conforme al Trattato l’affidamento da parte di un comune ad una società di cui detiene una quota minoritaria. La mancata osservanza

In questi casi, la posizione della Corte di giustizia ridimensiona significativamente l'applicabilità del modello *in house* in quanto emerge che per l'esclusione del carattere "interno" della società sia sufficiente uno dei due seguenti presupposti: la partecipazione del privato (caso Stadt Halle) oppure l'impossibilità di esercitare il controllo in presenza di una esigua partecipazione. Nella sentenza "Parking Brixen", infine, la Corte afferma che "i principi di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano a che una autorità pubblica attribuisca, senza svolgimento di pubblica gara, una concessione di pubblici servizi ad una società per azioni nata dalla trasformazione di una azienda speciale della detta autorità pubblica, società il cui oggetto sociale è stato esteso a nuovi importanti settori, il cui capitale dev'essere a breve obbligatoriamente aperto ad altri capitali, il cui ambito territoriale di attività è stato ampliato a tutto il paese e all'estero, e il cui Consiglio di amministrazione possiede amplissimi poteri di gestione che può esercitare autonomamente" (punto 2 del dispositivo).

La giurisprudenza della Corte di giustizia, soprattutto dopo quest'ultima importante sentenza sul punto specifico della interpretazione della nozione di "controllo analogo", sembra seguire un indirizzo coerente. Ma le tendenze sui temi del servizio pubblico locale a livello comunitario non sono omogenee come dimostra tra l'altro la proposta di regolamento elaborata dalla Commissione in materia di trasporto pubblico locale³⁷. Questa riconosce alle autorità pubbliche, in nome della "flessibilità" e della "sussidiarietà", la possibilità di scegliere qualsiasi forma di gestione a condizione che l'affidamento non superi un periodo di otto anni.

Proprio in considerazione di questo quadro di incertezze vorrei ritornare su alcuni punti delle conclusioni dell'Avvocato generale Kokott perché sicuramente rappresentano un punto di vista di un qualche rilievo. Innanzitutto viene riconosciuto alle amministrazioni locali la possibilità di utilizzare "le forme giuridiche di diritto privato delle società per azioni o della società a responsabilità limitata" come modelli di "riorganizzazione interna" e delle proprie attività,

delle regole di trasparenza (accesso alle informazioni, parità di trattamento, possibilità di manifestare il proprio interesse) è giustificata solo se si tratta di una struttura interna ad un comune sulla quale esercita un controllo analogo a quello sui propri servizi: Questa circostanza non ricorre se "la partecipazione è talmente esigua da non consentire tale controllo".

³⁷ COM (2005) 319 final del 20.07.2005.

sgombrando così il campo dalle perplessità manifestate in qualche caso riguardo l'utilizzo della forma della società di capitali come modello organizzativo di un soggetto non differenziato dalla stessa amministrazione. Conseguentemente, se la presenza di forme di diritto privato imponesse l'applicazione della disciplina comunitaria in materia di appalti, all'ente locale "resterebbe soltanto l'alternativa tra la privatizzazione dei suoi servizi e l'esecuzione diretta di essi per mezzo dei propri servizi amministrativi oppure di aziende autonome, integrate nella gerarchia amministrativa e prive di significativa autonomia" (punto 70).

E ancora nelle conclusioni viene precisata un'interpretazione per così dire estensiva della nozione di "controllo analogo" derivata dalla sentenza *Teckal*. Determinante al fine di equiparare un'impresa ad un servizio amministrativo non è considerato il fatto che l'amministrazione pubblica goda ad esempio di un potere concreto di direzione (esercitato attraverso ordini e istruzioni) e di vigilanza come nei confronti delle strutture interne o di enti dipendenti. Quanto piuttosto che "all'interno di tale società l'amministrazione aggiudicatrice sia in qualsiasi momento concretamente in grado di realizzare pienamente gli obiettivi fissati nell'interesse pubblico". Di conseguenza, quando l'amministrazione è azionista unico della società, "l'affermazione dell'interesse pubblico" può essere garantita già con gli strumenti del diritto societario e in particolare con la presenza negli organi societari di rappresentanti nominati esclusivamente dalla stessa amministrazione (punti 72 e 75).

Con riguardo a questo specifico aspetto, la sentenza metteva in evidenza, tra l'altro, per dimostrare l'assenza di un "controllo analogo", che quello esercitato dal comune si limitava ai provvedimenti consentiti dal diritto societario alla maggioranza dei soci "riducendo così sensibilmente il rapporto di dipendenza tra il comune e l'azienda speciale Servizi Municipalizzati Bressanone, soprattutto alla luce degli ampi poteri di cui dispone il Consiglio di amministrazione della ASM Bressanone Spa" (punto 69).

Infine l'argomentazione cruciale del ragionamento contenuto nelle conclusioni dell'Avvocato generale riguarda la tutela, da parte delle stesse istituzioni comunitarie, delle autorità locali e dei loro poteri di autogoverno. Così si ritiene coerente con gli attuali indirizzi del diritto comunitario che non si possano realizzare interventi oltremodo incisivi "sulla supremazia organizzativa" degli stati membri e in particolare "sull'autogoverno di tanti comuni". Infatti scopo

prioritario della disciplina sugli appalti è piuttosto quello di garantire la trasparenza nella scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione e non, invece, quello di realizzare una “privatizzazione di straforo” anche di quei servizi pubblici che gli enti locali vogliono continuare a fornire con mezzi propri (punto 71).

L'affermazione della intangibilità del principio di auto-organizzazione delle amministrazioni anche locali per l'erogazione dei servizi di propria competenza (anche di rilevanza economica) può avere conseguenze di portata più generale in quanto l'ambito di operatività dello stesso art. 86 del Trattato si viene a collocare “a valle” della scelta dell'ente locale che non è neppure obbligato a motivarla appunto sotto il profilo della proporzionalità rispetto alle regole della concorrenza.

5. Concorrenza e regolazione tra stato e regioni

Un ultimo tema cui fare riferimento nel nostro discorso è quello della ripartizione della competenza legislativa tra stato e regioni riguardo la disciplina dei servizi pubblici locali nell'ottica della tutela della concorrenza.

Certamente si tratta di un tema per così dire di contesto ma che, alla luce di quanto detto, potrebbe avere un qualche significato soprattutto nella prospettiva di arginare il completo smottamento verso il livello locale del potere di definire il grado di apertura dei mercati dei servizi economici di dimensione locale. Attraverso questo slittamento, che non pare contrastato ma piuttosto condiviso da alcune istituzioni europee³⁸, si sta realizzando il progressivo riassorbimento, nell'area dei modelli pubblicistici di organizzazione, della gestione dei servizi pubblici in particolare locali anche nei mercati già parzialmente aperti alla concorrenza (con la ovvia complicità delle società di gestione che per un verso o per l'altro aspirano ad evitare le gare come si sta verificando nel settore della distribuzione del gas).

³⁸ A questo proposito, v. la Risoluzione del Parlamento europeo sul Libro verde sui servizi di interesse generale del 14.1.2004 (COM (2003) 270 – 2003/2152 (INI)), che al p. 35 “auspica che, in ossequio al principio di sussidiarietà, venga riconosciuto il diritto degli enti locali e regionali di “autoprodurre” in modo autonomo servizi di interesse generale a condizione che l'operatore addetto alla gestione diretta non eserciti una concorrenza al di fuori del territorio interessato”; e “chiede, conformemente alla sua posizione sulle direttive concernenti i contratti di servizio pubblico, che le autorità locali vengano autorizzate ad affidare i servizi a entità esterne senza procedure d'appalto

Un significativo punto di riferimento è rappresentato dalla recente sentenza della Corte Costituzionale n. 272 del 27.7.2004 che riconosce allo stato la possibilità di dettare la disciplina dei servizi pubblici locali sulla base della competenza esclusiva di tutela (e promozione) della concorrenza. Vengono infatti definitivamente superate le ipotesi interpretative che inizialmente miravano a distinguere tra tutela, riconducibile unicamente alla disciplina antitrust (di esclusiva competenza statale), e regolazione proconcorrenziale, che riguarda il vero processo di creazione dei mercati e fissa le regole di progressiva apertura alla concorrenza. In questo senso la Corte riprende alcuni passaggi della precedente sentenza, la n. 14 del 2004, dove si afferma che la tutela della concorrenza non deve essere intesa soltanto “in senso statico” come garanzia di interventi di “ripristino di un equilibrio perduto”, ma anche in una accezione “dinamica “ che giustifica misure finalizzate “a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali”³⁹. Ciò non consente di diversificare le competenze legislative di stato e regioni “in ordine rispettivamente a misure di ‘tutela’ o a misure di ‘promozione’ della concorrenza” poiché la nozione di tutela della concorrenza ricomprende entrambi gli aspetti.

Quindi a partire dal riconoscimento da parte della Corte Costituzionale della competenza esclusiva statale laddove sia in gioco il mantenimento o la creazione di assetti concorrenziali del mercato, nel nostro caso la liberalizzazione dei servizi di interesse generale di dimensione locale, si pone un quesito, a mio avviso, non secondario: se il valore costituzionale della “tutela della concorrenza”, oltre a dover essere rispettato dal legislatore nazionale e regionale, non debba indirizzare anche l’attività amministrativa degli enti locali. Di conseguenza non consenta a questi ultimi una completa libertà di scelta riguardo alle forme di organizzazione ma imponga una rigorosa valutazione in termini di deroga alla applicazione del principio concorrenziale. Si tratterebbe in sostanza di affermare una sorta di bilanciamento tra il principio dell’autonomia degli enti locali contenuta nell’art. 114 della Costituzione e l’obiettivo della tutela

qualora la loro supervisione sia analoga a quella esercitata da esse sui propri servizi e qualora svolgano le loro principali attività mediante tale mezzo”.

³⁹ Sulla interpretazione della nozione “tutela della concorrenza” presente in Costituzione, v. in particolare, G. CORSO, *La tutela della concorrenza come limite alla potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in *Diritto pubblico*, 2002, 981 sgg.; e mi permetto il rinvio anche a L. AMMANNATI, *Tutela della concorrenza e regolazione proconcorrenziale (tra stato e regioni)*, in L. AMMANNATI – T. GROPPPI (acd), *La potestà legislativa tra stato e regioni*, Giuffrè, Milano, 2003.

della concorrenza (art. 117, lett. e) così come dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario.

Nel quadro delineato dalla Corte, allo stato vengono posti alcuni limiti riguardo all'esercizio della competenza esclusiva relativa alla tutela della concorrenza per quanto attiene l'area dei servizi pubblici locali. Il primo deriva direttamente dalla qualificazione della tutela della concorrenza come "materia-funzione" che incrocia per così dire in modo "trasversale" tutte le materie anche di legislazione concorrente o esclusiva delle stesse regioni. Conseguentemente però lo stato non può intervenire su quegli aspetti che non sono direttamente necessari alla realizzazione dell'obiettivo (criterio di proporzionalità-adequatezza).

Il secondo limite riguarda l'effettiva portata dell'intervento dello stato, nel senso che questo deve avere sull'economia effetti così rilevanti da andare al di là dell'ambito regionale nel senso di assumere "rilevanza macroeconomica", così come si era espressa la Corte, anche se in modo del tutto improprio, sempre nella sentenza 14/2004. La Corte precisa peraltro che non è suo compito "valutare in concreto la rilevanza degli effetti economici [...] stabilire cioè se una determinata regolazione abbia effetti così importanti sull'economia di mercato da postulare misure di tutela della concorrenza tali da trascendere l'ambito regionale", e che la valutazione sarà quindi fatta in termini di ragionevolezza e proporzionalità.

Comunque in questo specifico passaggio il ragionamento della Corte sembra incorrere in un vero *quid pro quo* in quanto la sua stessa argomentazione e le conseguenze che ne trae in termini di illegittimità costituzionale appaiono in contraddizione, proprio in riferimento all'art. 113, c. 7 del Tuel sottoposto alla sua attenzione. Infatti, per un verso, non ritiene censurabili le "norme impuginate che garantiscono in forme adeguate e proporzionate la più ampia libertà di concorrenza nell'ambito di rapporti – come quelli relativi al regime delle gare o delle modalità di gestione e conferimento dei servizi – i quali per la loro incidenza diretta sul mercato appaiono più meritevoli di essere preservati da pratiche anticoncorrenziali", ma per l'altro dichiara illegittimi proprio "i criteri" in base ai quali la gara viene aggiudicata in quanto ritenuti non necessari a tutelare gli "aspetti concorrenziali inerenti alla gara" stessa.

In ogni caso ciò che emerge dalla riflessione della Corte è che l'obiettivo della tutela della concorrenza rappresenta in sé un elemento di unificazione del mercato in quanto il principio generale della parità di trattamento dei soggetti economici non può essere ridimensionato o scalfito da una legislazione regionale che fosse tentata per il futuro a praticare la via di una crescente differenziazione. Differenziazione che può essere possibile ad esempio riguardo agli aspetti organizzativi della disciplina o alle procedure e agli strumenti di tutela degli utenti e dei consumatori, in sintesi agli elementi per così dire di regolazione sociale in senso stretto. A maggior ragione la differenziazione sembra possibile nell'ambito dei servizi privi di rilevanza economica dove si riconosce un ampio spazio per una disciplina regionale e anche locale, come è dimostrato nella stessa sentenza 272 con la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 113 bis del Tuel.

6. *Alcuni interrogativi per chiudere*

Dall'analisi portata avanti in queste pagine emergono, a mio avviso, alcune considerazioni e riflessioni sia sul versante interno che comunitario.

Sullo sfondo si colloca la tendenza evidenziata dalla recente giurisprudenza della Corte di giustizia che ridefinisce in senso restrittivo lo spazio del modello *in house* perseguendo così un cammino opposto a quello auspicato da più parti in particolare dalle pubbliche amministrazioni e da alcuni governi europei. Questa divaricazione è stata molto di recente rilevata anche dalla Commissione nella Comunicazione indirizzata al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni riguardo a *Public-Private Partnerships and Community Law on Public Procurement and Concessions* del 15 novembre 2005⁴⁰. In sintesi la Comunicazione formula alcune perplessità sui PPP (partenariati pubblico-privati) istituzionalizzati (in altri termini le società miste a partecipazione pubblico-privato) in quanto ritiene che allo stato attuale non è possibile accertare con sicurezza che l'intervento dei privati, attraverso la partecipazione ai PPP istituzionalizzati, al di fuori di una procedura competitiva contribuisca a ridurre il prezzo del servizio o a migliorare la sua qualità. In più il confronto tra i PPP istituzionalizzati e i potenziali concorrenti privati evidenzia chiaramente una serie di privilegi di fatto riguardanti

⁴⁰ COM (2005) 569 final del 15.11.2005.

i primi soggetti che mal si accordano con il principio di parità di trattamento imposto dal Trattato.

In conclusione, seguendo ancora una volta un indirizzo della Corte di giustizia, la Commissione non esclude “a priori” che il diritto degli appalti pubblici possa essere applicato anche alle relazioni tra pubbliche autorità e soggetti pubblici nel senso di organismi non-commerciali disciplinati dal diritto pubblico⁴¹.

Il primo aspetto sul quale riflettere è che il principio della tutela della concorrenza, finalmente introdotto nella Costituzione come valore che lo stato deve garantire e che si pone come una nozione chiave cui deve ispirarsi sia la legislazione statale che regionale, abbia trovato una applicazione depotenziata e marginale in materia di servizi pubblici locali. In particolare, nell’ultima versione dell’art. 113 del Tuel viene amplificato il ruolo e l’autonomia degli enti locali nel senso di riconoscere ad essi, salvo poche limitazioni, il potere di scegliere la regola di organizzazione dei mercati, cioè la scelta tra introdurre un regime concorrenziale o un regime di tipo monopolistico caratterizzato da una riserva di attività.

Quindi la prima considerazione è che la normativa statale, al di là dei richiami rituali al principio della concorrenza, sembra venire meno alla necessaria osservanza del vincolo costituzionale; la seconda è che la decisione in merito all’apertura o meno di un mercato viene rinviata all’ente locale per di più svincolando la sua stessa decisione dall’obbligo di una effettiva motivazione sulla base di una valutazione di proporzionalità rispetto alle regole della concorrenza come sembrerebbe necessario prima di tutto nel rispetto dei principi dell’art. 86 del Trattato.

Il secondo riguarda il tema della convergenza o meno delle posizioni e degli obiettivi tra livello statale, livello comunitario e livello regionale/locale. Infatti, si tratta di verificare se i servizi di interesse economico generale di dimensione locale si collocano all’interno del processo di realizzazione e consolidamento del mercato interno oppure se a causa della limitata estensione territoriale sulla

⁴¹ Punto 4.2, dove si fa riferimento ad una sentenza della Corte di giustizia del 13.1.2005, C-84/03, Commissione c. Spagna (non pubblicata) e ad un progetto di comunicazione interpretativa sui PPP istituzionali da pubblicare da parte della Commissione entro il 2006.

quale è esercitato il servizio non sia possibile realizzare un mercato concorrenziale sul quale si incontrano una pluralità di imprese⁴².

E cioè se il mercato unico, di cui uno dei cardini del suo funzionamento è proprio la regola della concorrenza, della non discriminazione e della trasparenza possa rappresentare ancora un obiettivo che consente di mettere in comunicazione e aprire i mercati locali. Oppure se il riconoscimento di una autonomia organizzativa dei mercati da parte degli stessi enti locali non vada nella direzione di cristallizzare una volta per tutte la frattura tra questi e il mercato comune esonerandoli definitivamente dalla necessità di introdurre un regime concorrenziale. La questione era stata posta sul tappeto dalla Corte di giustizia in relazione alla apertura di alcuni mercati di servizi locali alle imprese di altri stati fin dalla sentenza Altmark⁴³ ed è stata ripresa più di recente⁴⁴ riguardo alla condizione di discriminazione, almeno potenziale, che si produce a danno delle imprese di altri stati “in mancanza di pubblicità e di apertura alla concorrenza” per l’affidamento di un servizio pubblico.

⁴² Sulla impossibilità, nelle attuali condizioni, di configurare un mercato rilevante nei servizi pubblici locali a causa della esigua dimensione del mercato comunale, v. F. MERUSI, *Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, Il Mulino, Bologna, 2002, 76.

⁴³ Corte di giustizia CE, sent. 24.7.2003, C-280/00, Altmark Trans GmbH, punto 69.

⁴⁴ V. la sent. Comane – Comune di Cinghia de’ Botti (21.7.2005) punto 17 e la sent. Parking Brixen (13.10.2005) punto 55.