



Il quadro istituzionale dei servizi di interesse economico generale: la gestione del servizio idrico integrato nelle recenti pronunce giurisprudenziali nazionali e comunitarie.

di ALESSANDRO LUCCHETTI - Pubblicato in "ASTRID – Rassegna" n. 17 del 2005

(Versione del 02 novembre 2005)

Sommario: 1. Introduzione: mercato, servizi di interesse generale e responsabilità pubbliche. 2. Il servizio idrico quale servizio di interesse economico generale secondo l'ordinamento comunitario tra obblighi di missione e promozione del mercato interno. 2.1. Servizi di interesse economico generale e responsabilità pubbliche: le politiche comunitarie per la "buona qualità delle acque" e la direttiva quadro 2000/60. 2.2. Dalla missione di interesse generale come legittima deroga al principio di concorrenza alla missione di interesse generale come obbligo dell'azione comunitaria. 2.3. Proporzionalità e sussidiarietà quali criteri dell'azione comunitaria in tema di servizi di interesse economico generale. 3. Le indicazioni dell'ordinamento interno in tema di servizio idrico nel contesto della disciplina dei servizi pubblici locali. 3.1. L'assetto istituzionale del c.d. "servizio idrico integrato" quale "servizio pubblico locale a rilevanza economica". 3.2. La specifica evoluzione legislativa in tema di modelli istituzionali di gestione dei servizi pubblici locali: dall'Art. 35 della L. n° 448/01 all'Art. 14 del D.L. n° 269/03 e s.m.i.. 3.3. La riforma del 2003 ovvero "Della (ennesima) foresta pietrificata". 3.4. Le indicazioni operative scaturenti dalla disciplina statale interna - così come interpretata dalle salienti decisioni giurisprudenziali in materia - ai fini delle scelte istituzionali relative al modello gestorio. 3.5. Il modello "in-house providing" quale punto di confluenza (e crisi) delle istanze interne alla preservazione della stabile presenza pubblica nella gestione del servizio: le recenti indicazioni della giurisprudenza comunitaria ("Parking Brixen GmbH") e le indicazioni della AGCM. 4. I profili critici del quadro istituzionale per la regolazione. 5. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione: mercato, servizi di interesse generale e responsabilità pubbliche.

La presente sintetica rassegna delle indicazioni giurisprudenziali interne e comunitarie nonché delle decisioni salienti delle Autorità di riferimento del settore si propone di evidenziare la polarizzazione del quadro italiano attorno a tensioni contrapposte: quella, da un lato, della preservazione della tradizionale presenza pubblica (tanto nella regolazione quanto soprattutto nella gestione del servizio) e quella, dall'altro, della promozione di processi competitivi volti ad aprire il mercato del c.d. "servizio idrico integrato". Quest'ultimo, nel più ampio novero dei servizi di interesse economico generale - intendendo con tale termine i servizi erogati in regime

di mercato che le Autorità pubbliche considerano appunto di rilievo generale e pertanto assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico – costituisce ragione di specifica responsabilità del ruolo delle Autorità pubbliche in una economia “*aperta ed in regime di libera concorrenza*”. Le righe che seguono si propongono di ricostruire il quadro istituzionale entro cui posizionare le istituzioni e gli operatori del servizio idrico secondo un inevitabile approccio di ricostruzione ordinamentale c.d. “*multilivello*”. La descrizione e prima ancora l’individuazione delle linee fondamentali della disciplina di settore implica necessariamente – in altri termini – di esaminare – sinteticamente ma partitamente – le indicazioni scaturenti dal triplice livello¹ ordinamentale configurabile: quello comunitario e dell’Unione Europea; quello nazionale di rango “*statale*”; quello nazionale di rango “*regionale*” nonché “*sub regionale*” nell’assetto istituzionale realizzatosi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione. L’indagine procederà, pertanto, all’individuazione delle indicazioni fondamentali scaturenti dai vari livelli ordinamentali sopra citati, anche alla luce di una preliminare rassegna delle linee di azione pubblica² correnti nell’Unione Europea in tema di servizi di interesse economico generale generali, tra cui appunto quello del c.d. “*servizio idrico integrato*”.

2. Il servizio idrico quale servizio di interesse economico generale secondo l’ordinamento comunitario tra obblighi di missione e promozione del mercato interno.

Il diritto dell’Unione Europea – e più in generale l’azione delle istituzioni comunitarie – riconduce il servizio idrico nella **nozione di “servizio di interesse economico generale”** con ogni conseguenza sul piano del regime giuridico applicabile.

L’espressione “*servizio di interesse economico generale*” – secondo il “*Libro verde sui servizi di interesse generale*”³ – “*è utilizzata negli articoli 16 e 86, paragrafo 2 del trattato. Non è definita nel trattato o nella normativa derivata. Tuttavia, nella prassi comunitaria vi è ampio accordo sul fatto che l’espressione si riferisce a servizi di natura economica che, in virtù di un criterio di interesse generale, gli Stati membri o la Comunità assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico*” (par. 18).

E’ lo stesso Libro Verde, dunque, a precisare che il servizio idrico costituisce “*servizio di interesse economico generale*”, precisando che, “*in generale, la prestazione e l’organizzazione di questi servizi sono soggette alle norme che disciplinano il mercato*

¹ A cui – per completezza di esposizione anche se non direttamente rilevante ai fini della presente trattazione riservata alle disposizioni di immediata applicazione da parte degli operatori per il settore del servizio idrico – deve essere, in verità, aggiunto l’ulteriore “*quarto livello*” ordinamentale costituito dalle pattuizioni di “*diritto internazionale*” raggiunte in sede di Organizzazione Mondiale per il Commercio (OMC-WTO) con il c.d. “*Accordo Generale sul Commercio dei Servizi*” (GATS) anche relativo “*ai servizi forniti al pubblico nell’esercizio di Autorità Governativa nazionale o locale*” (si veda in proposito la pubblicazione della stessa OMC “*GATS. Facts and fiction*”).

² Ovvero di “*policy*” – secondo la dizione anglosassone assai ricorrente nella letteratura italiana – per la cui (problematica definizione si rinvia a C. HAM e M. HILL, “*Introduzione all’analisi delle politiche pubbliche*”, Bologna, 1995, pagg. 30-32.

³ Cfr. il “*Libro verde sui servizi di interesse generale*”, Bruxelles, 21.05.2003, COM (2003), 270.

interno, la concorrenza e gli aiuti di stato a condizione che interessino gli scambi commerciali fra gli Stati membri. Inoltre, per taluni aspetti della prestazione di questi servizi possono valere norme comunitarie specifiche, quali quelle sull'ambiente" (par. 32).

Entro tali preliminari considerazioni debbono, pertanto, essere collocate le scelte di fondo dell'ordinamento comunitario in materia di assetto istituzionale dell'erogazione del servizio di interesse economico generale costituito dal c.d. "servizio idrico integrato".

Rivelatori - in proposito - in proposito sono sicuramente i passaggi del Libro Verde sulla "corretta governance" dei servizi:

"le autorità nazionali, regionali e locali di ciascuno Stato membro sono, in linea di principio, libere di definire ciò che considerano essere un servizio di interesse generale. Tale facoltà riguarda anche l'imposizione di obblighi ai fornitori di tali servizi, purché conformi alle norme comunitarie. In mancanza di una normativa comunitaria specifica, spetta quindi agli Stati membri definire i requisiti relativi agli obblighi di servizio universale, quelli relativi alla copertura territoriale, i parametri di qualità e di sicurezza, i diritti degli utenti e dei consumatori o i requisiti ambientali. (par. 77)

Più precisamente peraltro:

"Per quanto riguarda l'organizzazione della fornitura di un servizio di interesse economico generale, gli Stati membri sono liberi di stabilire le modalità di gestione, sempre nel rispetto delle norme comunitarie. In ogni caso, il grado di apertura del mercato e la concorrenza in un determinato servizio di interesse economico generale è deciso dalle pertinenti norme comunitarie sul mercato interno e sulla concorrenza. Per quanto riguarda la partecipazione dello stato nella fornitura di servizi di interesse generale, spetta alle autorità pubbliche decidere se fornire questi servizi direttamente tramite la propria amministrazione oppure se affidarli a terzi (soggetti pubblici o privati). (par. 79)

Affermazione, quest'ultima, la cui portata viene ulteriormente chiarita alla luce di significativi richiami:

"I fornitori di servizi di interesse economico generale, compresi i fornitori di servizi in-house, sono in ogni caso imprese e quindi soggette alle norme sulla concorrenza del trattato. Le decisioni di concedere diritti speciali ed esclusivi ai fornitori di servizi in-house o di favorirli in altri modi possono costituire una violazione del trattato, nonostante la parziale tutela offerta dall'articolo 86. La giurisprudenza ne conferma la correttezza, in particolare: nel caso in cui i requisiti di servizio pubblico che il fornitore del servizio deve soddisfare non siano correttamente specificati; nel caso in cui il fornitore del servizio sia manifestamente incapace di soddisfare la richiesta; nei casi in cui esista un modo alternativo di soddisfare i requisiti con un effetto meno negativo sulla concorrenza. (par. 80)

E pertanto (par. 81):

"Se un'autorità pubblica di uno Stato membro sceglie di affidare la fornitura di un servizio di interesse generale a terzi, la selezione deve rispettare taluni principi e regole per

garantire condizioni eque a tutti i fornitori, pubblici o privati, potenzialmente in grado di fornire tale servizio. Questo garantisce che tali servizi siano forniti alle condizioni economicamente più vantaggiose disponibili sul mercato. Nell'ambito di questi principi e norme, le autorità pubbliche hanno comunque la facoltà di definire le caratteristiche del servizio da fornire, comprese quelle relative alla qualità, nel perseguimento degli obiettivi di politica pubblica. Si possono osservare due situazioni:

- Se l'atto con cui le autorità pubbliche affidano la fornitura di un servizio di interesse economico generale a terzi è un contratto di servizio pubblico o un contratto per l'esecuzione di opere, così come definito dalle direttive sugli appalti o la concessione di lavori, secondo la definizione della direttiva 93/37/CEE(45) esso deve rispettare le norme procedurali definite dalla pertinente direttiva sugli appalti, purché raggiunga o superi una soglia definita nella direttiva pertinente e non sia escluso dal suo campo di applicazione.

- Se l'atto con cui le autorità pubbliche affidano la fornitura di un servizio di interesse economico generale a terzi non è disciplinato dalle direttive sugli appalti pubblici, tale atto deve nondimeno rispettare i principi che discendono direttamente dal trattato e in particolare le disposizioni sulla libertà di fornire servizi e sulla libertà di stabilimento. Questo è ad esempio il caso degli appalti pubblici o della concessione di lavori che non raggiungono la soglia prevista, di concessioni di servizi (ad esempio, appalti che prevedono che il fornitore del servizio, almeno in parte, abbia il diritto di sfruttare il servizio) o di atti unilaterali che assegnano il diritto di fornire un servizio di interesse economico generale. Queste norme e questi principi comprendono l'equo trattamento, la trasparenza, la proporzionalità, il reciproco riconoscimento e la tutela dei diritti individuali.

Con particolare riguardo al settore in esame è stato, infine, espressamente previsto che deroghe al principio di concorrenza – mediante l'attribuzione di diritti speciali ed esclusivi – possono essere ammesse in quanto giustificate da esigenze di salvaguardia ambientale (e quindi sottoposte a scrutinio di "proporzionalità" rispetto alla stessa finalità di salvaguardia da perseguire).

E quindi (par. 83):

"Pertanto, le autorità pubbliche di ciascuno Stato membro mantengono una notevole libertà nel definire e attuare gli obblighi di servizio pubblico e nell'organizzare la fornitura di servizi di interesse generale. Da un lato, questo consente agli Stati membri di elaborare politiche che non trascurino le circostanze specifiche a livello nazionale, regionale o locale. Ad esempio, le regioni distanti o scarsamente popolate devono poter essere trattate in modo differente rispetto a quelle centrali o densamente popolate. Dall'altro, l'assenza di una normativa specifica può creare incertezza sul piano giuridico e distorsioni del mercato. A livello europeo, sono stati sviluppati diversi modelli di cooperazione fra i regolatori nazionali nell'intento di migliorare la coerenza delle politiche degli Stati membri, ma un'autorità di regolamentazione europea non esiste per ogni tipo di servizio. Potrebbe inoltre risultare utile un più ampio processo di scambio di prassi ottimali e di esperienze, che coinvolga non soltanto i responsabili della regolamentazione ma anche altre parti interessate.

Premesso quanto sopra sembra forse opportuno delineare alcune considerazioni di sintesi che illustrino sia le linee di "policy" comunitaria sia l'evoluzione del quadro

giuridico dato dall'ordinamento comunitario in tema di erogazione di servizi di interesse economico generale, tra cui il servizio idrico integrato.

2.1. Servizi di interesse economico generale e responsabilità pubbliche: le politiche comunitarie per la "buona qualità delle acque" e la direttiva quadro 2000/60.

Il settore dei servizi di interesse economico generale – intendendo con tale termine (alla luce di quanto in precedenza ricordato) le prestazioni erogate in regime di mercato che le Autorità pubbliche assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico – non può che costituire il pri-mo "*banco di prova*", nella percezione diretta ed immediata del cittadino, del ruolo delle Autorità pubbliche in una economia di mercato.

Muovendo da tale consapevolezza, è agevole avvedersi come il tema dell'incidenza dei servizi di interesse generale nella capacità del sistema di "*crescita, competitività e sviluppo*" implica, in verità, quello assai più ampio della responsabilità e credibilità pubblica nella definizione dei contenuti delle stesse nozioni di "*crescita, competitività e sviluppo*" e delle loro interdipendenze.

Secondo le istituzioni comunitarie i servizi di interesse generale "*sono parte dei valori condivisi da tutte le società europee e costituiscono un tratto essenziale del modello europeo di società*", atteso il loro ruolo "*fondamentale per migliorare la qualità della vita di tutti i cittadini e per superare l'emarginazione e l'isolamento sociali*" nonché per "*stimolare la competitività*" complessiva del sistema, "*considerandone l'incidenza sull'economia e l'importanza per la produzione di altri beni e servizi*"⁴.

Competitività e coesione divengono, entro tale prospettiva, gli obiettivi ultimi verso cui risultano orientate le politiche in tema di servizi di interesse generale, a partire ovviamente da quelle per il completamento del mercato interno e per la concorrenza nel quadro del c.d. "*Processo di Lisbona*"⁵, secondo cui le riforme strutturali per la competitività e l'innovazione passano irrinunciabilmente attraverso la massimizzazione dei benefici della liberalizzazione del mercato interno stesso.

In generale, la prestazione e l'organizzazione di questi servizi sono, dunque, soggette alle norme che disciplinano il mercato interno, la concorrenza e gli aiuti di stato a condizione che interessino gli scambi commerciali fra gli Stati membri. Inoltre, per taluni aspetti della prestazione di questi servizi possono valere norme comunitarie specifiche, quali quelle sull'ambiente.

⁴ Cfr. appunto il "*Libro verde sui servizi di interesse generale*", Bruxelles, 21.05.2003, COM (2003), 270 def. ma si vedano anche le precedenti Comunicazioni in tema di Servizi di Interesse Generale, COM (2001), 598 def. e COM (1996), 281, def. nonché da ultimo il "*Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*", Bruxelles, 30.04.2004, COM (2004), 327 def.

⁵ cfr. "*Conclusioni della Presidenza del Consiglio Europeo*" di Lisbona al termine della sessione straordinaria del 23/24 marzo 2000).

Nel caso del servizio idrico, la direttiva quadro⁶ in materia costituisce la componente fondamentale dell'impegno comunitario in favore della tutela del diritto del cittadino europeo alla qualità delle acque, istituendo un quadro a livello europeo per la protezione di tutti i corpi idrici dell'Unione europea: fiumi, laghi, acque costiere e acque sotterranee.

Obiettivo dell'iniziativa è quello di garantire la buona qualità di tutte le risorse idriche entro il 2015, riducendo l'inquinamento e favorendo la cooperazione nella gestione delle risorse idriche all'interno di ogni bacino idrografico. La direttiva impone agli Stati membri di istituire distretti idrografici, che possono includere uno o più bacini idrografici, con le rispettive acque sotterranee e costiere. Queste unità di gestione saranno la base di una serie di misure, tra cui analisi e relazioni sulle condizioni dei corpi idrici. La direttiva quadro prevede scadenze precise per le varie fasi necessarie per procedere verso la gestione sostenibile delle acque in Europa e ogni nuova fase sviluppa quella precedente⁷.

Sotto tale profilo appare evidente come gli obiettivi della direttiva quadro per il settore idrico costituiscono concreta specificazione, a livello comunitario e salva la facoltà di ulteriore dettaglio degli Stati Membri, degli *"obblighi di servizio universale"* quali *"quelli relativi alla copertura territoriale"* nonché quelli per *"i parametri di qualità e di sicurezza, i diritti degli utenti e dei consumatori o i requisiti ambientali"*, menzionati dal Libro Verde sui Servizi di Interesse Generale.

⁶ Cfr. Direttiva 2000/60 del 23 ottobre 2000 del Parlamento e del Consiglio che istituisce un quadro per l'azione comunitaria in materia di acque.

⁷ Si veda la nota IP/05/1302 (Bruxelles 18.10.2005) della Commissione. Con tale nota, infatti, la Commissione ha deciso di procedere contro l'Italia, oltre che contro Spagna e Grecia, per non aver rispettato le disposizioni di base della direttiva quadro in materia di acque. Entro il 22 giugno 2004 gli Stati membri erano tenuti a designare i bacini idrografici e a trasmettere alla Commissione informazioni dettagliate sulle autorità nominate per gestirli. Tale obbligo rispondeva all'intento di ottenere una descrizione chiara delle disposizioni amministrative poste in essere per realizzare gli obiettivi della direttiva. Le informazioni sono particolarmente importanti quando i corpi idrici sono condivisi fra Stati membri diversi, ma anche per i cittadini, gli utenti e i soggetti interessati che devono avere una visione chiara dei dispositivi di gestione delle risorse idriche. L'Italia, la Spagna e la Grecia devono ancora fornire tutte le informazioni necessarie, pertanto hanno ricevuto un parere motivato. In mancanza di una risposta adeguata la Commissione potrebbe deferire gli Stati membri alla Corte di giustizia delle Comunità europee. Entro il 22 marzo 2005 ogni Stato membro era tenuto a trasmettere alla Commissione una relazione sui risultati di studi ambientali dettagliati sull'attuale stato di ogni distretto idrografico sul proprio territorio. Questi studi, che dovevano essere terminati entro il 22 dicembre 2004, chiariscono le questioni da affrontare con future misure antinquinamento, rappresentano un altro importante passo per ottenere una buona qualità delle acque e servono a colmare le lacune nelle conoscenze, a identificare le priorità e a preparare un'ampia consultazione pubblica. La mancanza di questi studi, secondo la Commissione, entro le scadenze previste, potrebbe ostacolare seriamente i passi successivi per assicurare la buona qualità delle acque europee entro il 2015. Da qui l'avvio della procedura di infrazione.

2.2. Dalla missione di interesse generale come legittima deroga al principio di concorrenza alla missione di interesse generale come obbligo dell'azione comunitaria.

Sembra a questo punto opportuno collocare le politiche comunitarie in tema di qualità dell'acqua - intese come impegno delle istituzioni comunitarie per appropriati standard di godimento dell'accesso al servizio idrico da parte dei cittadini europei - nel più ampio quadro dell'evoluzione dell'approccio delle stesse istituzioni comunitarie al tema degli obblighi di missione di interesse generale propri di simili servizi di pubblica utilità.

Se è vero, infatti, che l'implementazione delle politiche di concorrenza rimane centrale nell'approccio comunitario al tema dei servizi di interesse economico generale, è altrettanto vero che - a partire dal Trattato di Amsterdam - la Comunità e gli Stati Membri hanno riconosciuto una specifica rispettiva propria responsabilità per il corretto funzionamento di tali servizi.

2.2.1. Il tradizionale approccio comunitario al tema - come sopra definito - è quello implicato dall'applicazione degli Artt. 86 comma 2° e 295 Trattato CE, secondo cui:

a) il diritto comunitario è indifferente rispetto alla natura pubblica o privata delle imprese;

b) tutte le imprese - pubbliche o private che siano - debbono conseguentemente ricadere nell'ambito di applicabilità delle norme di Trattato in tema di libera circolazione e tutela della concorrenza;

c) l'unica deroga ammessa a tali disposizioni - idonea quindi ad evitare il potenziale con-seguente addebito di abuso di posizione dominante ex Art. 82 Trattato CE a carico dell'impresa (pubblica o privata) titolare di situazioni di monopolio legale ovvero di altri diritti speciali o di esclusiva che la sottraggano alle regole di concorrenza ovvero a quelle in tema di libertà di circolazione - è quella ex Art. 86 comma 2° Trattato CE per l'ipotesi di restrizione del principio di concorrenza e di libertà di mercato giustificata esclusivamente dalla sola necessità (comprovata) di assicurare il corretto assolvimento della missione di interesse generale da parte dello stesso operatore titolare del monopolio o del diritto speciale o di esclusiva.

L'applicazione corrente di tali disposizioni è avvenuta - come intuibile - principalmente (ma non solo) con riferimento alle grandi industrie di rete caratterizzate da elevati costi fissi per infrastrutture, idonei a determinare situazioni di monopolio naturale meritevoli di interventi di regolazione pubblica⁸.

2.2.2. Rispetto, peraltro, alla tradizionale politica di "enforcement" del diritto comunitario antitrust, come sopra delineata, il dibattito in tema di servizi di interesse economico generale ha presentato una significativa evoluzione in esito:

⁸ si veda Gjersem, "Policies bearing on product market competition and growth in Europe", OECD, WP n° 378, 2004, pag. 21

a) all'approvazione del Trattato di Amsterdam (1997), il quale ha visto l'introduzione del nuovo testo dell'Art. 16 del Trattato CE, secondo cui *"in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, la Comunità e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione del presente Trattato, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni che consentono loro di assolvere i loro compiti"*;

b) alla successiva approvazione della Carta dei Diritti Fondamentali (2000), il cui Art. 36 (oggi Art. III-6 del testo di Trattato costituzionale dell'Unione) stabilisce che *"al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione, questa riconosce e rispetta l'accesso ai servizi di interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformante al Trattato che istituisce la Comunità Europea"*;

E' da ritenere che i dati normativi sopra indicati – fermi rimanendo gli obiettivi di liberalizzazione e completamento del mercato interno nel settore in esame – indurranno comunque le istituzioni comunitarie (si vedano in particolare i contributi del Parlamento europeo alla stesura della c.d. *"direttiva quadro per i servizi di interesse generale"*) ad accentuare gli interventi di regolazione finalizzati alla salvaguardia degli obblighi di servizio pubblico quali: universalità del servizio (intesa come disponibilità del servizio per gli utenti e consumatori finali al livello qualitativo stabilito, a prescindere dall'ubicazione geografica dei medesimi e, tenuto conto delle specifiche circostanze nazionali, ad un prezzo accessibile), continuità (fornitura del servizio senza interruzione), qualità del servizio (mediante il rispetto di *"standards"* predeterminati), accessibilità (mediante la fissazione di corrispettivi *"abbordabili"*, secondo la terminologia comunitaria, da tutti), tutela dei consumatori e degli utenti (attraverso l'introduzione di diritti riconosciuti dagli utenti).

2.3. Proporzionalità e sussidiarietà quali criteri dell'azione comunitaria in tema di servizi di interesse economico generale.

L'azione dei poteri comunitari – nell'arco della traiettoria evolutiva sopra riferita – si è mos-sa lungo una duplice direttrice:

a) il ricorso al principio di proporzionalità – in sede di applicazione amministrativa e giurisdizionale dell'Art. 86 comma 2° del Trattato – al fine di assicurare un appropriato bilanciamento tra regole di concorrenza ed adempimento degli obblighi di servizio pubblico.

In particolare la Corte di Giustizia, muovendo dall'assunto generale che la violazione dell'Art. 8 comma 2° Trattato CE deve essere verificata in concreto, ha poi,

di volta in volta, negato legittimità alla deroga al principio di concorrenza⁹ ovvero riconosciuto la validità della stessa¹⁰.

Ulteriori significative applicazioni del principio di proporzionalità - sotto forma di pene-tranti indagini di analisi economica circa la sussistenza delle ragioni giustificative della deroga ai principi di concorrenza - sono state condotte sia con riferimento all'ipotesi di verifica di legittimità di sussidi incrociati¹¹ sia con riguardo alla configurabilità di aiuti di stato illegittimi nei meccanismi di compenso agli operatori per l'adempimenti di obblighi di servizio pubblico¹².

b) il riconoscimento di un modello di sussidiarietà rispetto all'iniziativa degli Stati Membri, il quale - riservata comunque la facoltà delle istituzioni comunitarie di sottoporre a scrutinio di proporzionalità ex Art. 86 Trattato CE le scelte degli Stati Membri - lascia comunque a questi ultimi (almeno ad oggi) le decisioni in tema di: definizione ed attuazione degli obblighi di servizio pubblico e scelta del modello organizzativo; finanziamento dei servizi di interesse generale; valutazione dei servizi di interesse generale; definizione della natura economica ovvero non economica dei servizi di interesse generale (e del loro conseguente assoggettamento o meno alla disciplina di Trattato tenuto conto che i servizi di interesse generale non economico, riconducibili alle prestazioni tipiche di "welfare" come sanità, istruzione, assistenza e previdenza sociale, non sono oggetto di disciplina normativa comunitaria).

Non è casuale, del resto, che il Comitato Europeo delle Imprese Pubbliche ed Erogatrici di Servizi di Interesse Economico Generale (CEEP) - organo di rappresentanza di interessi delle Imprese pubbliche presso il Comitato Economico Sociale - abbia risposto¹³ alle iniziative di consultazione della Commissione, in sede di preparazione e poi riscontro rispetto al "*Libro verde sui servizi di interesse generale*", rivendicando fortemente le attribuzioni degli Stati Membri in tema di definizione degli obblighi di servizio pubblico ed enfatizzando l'esigenza di salvaguardia di questi ultimi rispetto a quella di liberalizzazione del mercato.

In ultima analisi si può, dunque, sostenere che il principio di proporzionalità costituisce il criterio seguito dal diritto comunitario nel valutare qualsivoglia decisione di sottrazione di un determinato settore od area alle regole del mercato e della concorrenza, tra cui quelle relative alla decisione amministrativa di affidare "in-house" - cioè erogarlo direttamente ad iniziativa del potere pubblico - lo svolgimento di un determinato servizio ovvero affidarlo all'esterno (mediante procedure ed evidenza pubblica).

⁹ Si vedano le decisioni della CGE in Air Inter/T-260/94, Merci Convenzionali/C-179/90, Hoefner v. Macrotron/C-41/90, RTT/C-18/88 e British Telecom/C-41/83.

¹⁰ Si vedano le decisioni della CGE in Deutsche Post/C-147 e 148/97, Corsica Ferries/C-266/96, Albany/C-67/96.

¹¹ Si vedano le decisioni della CGE in Almelo/C-393/94, Corbeau, Bronner/C-7/97, Telefonica de Espana/C-79/00

¹² Si vedano le decisioni della CGE in (GEMO SA/C-126/01, Altmark/C-280/00, Netherlands v. Commission/C-382/99, CELF II/C-322/98, Pavolv/C-180-184/98, SIC/T-46/97, FFSA/T-106/95, France v. Commission/C-241/94, SFEL, C-39/94 e Poucet e Pistre/C-159-160/91.

¹³ Si veda "*The Ceep answers*", Bruxelles, 2003.

E' pertanto il fatto che l'attività di erogazione del servizio rimanga all'interno dell'organizzazione del potere pubblico (**p.a. nazionale o locale che sia**) a **legittimare** - in presenza dell'ulteriore requisito di proporzionalità della scelta di non ricorrere al mercato rispetto alla finalità di interesse generale perseguita - **l'affidamento in assenza di gara**, la quale è invece necessaria ogniqualvolta è coinvolto nell'erogazione un soggetto che è **estraneo** all'apparato di organizzazione del pubblico potere (e pertanto non può essere configurato come "in-house").

Si veda in proposito la recente (illuminante) indicazione della giurisprudenza comunitaria (**Corte di Giustizia Europea, Sez. I, 11.01.2005, n° C-26/03**) sulla impossibilità di affidamento diretto di un servizio ad una società partecipata dall'amministrazione affidante, se a questa partecipino, **anche se in via minoritaria**, imprese private:

"Un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi. In tal caso, non si può parlare di contratto a titolo oneroso concluso con un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice. Non sussistono dunque i presupposti per applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici.

E pertanto:

"La partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipano anche l'amministrazione aggiudicatrice, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi. Pertanto, nell'ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere un contratto a titolo oneroso relativo a servizi rientranti nell'ambito di applicazione ratione materiae della direttiva 92/50, come modificata dalla direttiva 97/52, con una società da essa giuridicamente distinta, nella quale la detta amministrazione detiene una partecipazione insieme con una o più imprese private, le procedure di affidamento degli appalti pubblici previste dalla citata direttiva debbono sempre essere applicate".

Inequivoco e meritevole di riflessione in ambito interno - anche attesa la pedissequa ripresa dell'espressione "controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi" da parte del Legislatore italiano (Art. 113 comma 5°, lett. c) del D.Lgs. n° 267/2000) - è dunque il principio di chiusura che se ne ricava con riguardo all'organizzazione istituzionale del sistema di erogazione dei servizi.

3. Le indicazioni dell'ordinamento interno in tema di servizio idrico nel contesto della disciplina dei servizi pubblici locali.

Il legislatore statale interno ha scelto di trattare l'inquadramento istituzionale del servizio idrico nel più ampio contesto dei servizi pubblici locali, rinviando puramente e semplicemente), per la definizione dei modelli istituzionali di erogazione del servizio,

alla disciplina generale dei servizi pubblici locali così come prevista dal T.U. delle Autonomie Locali.¹⁴

Coerentemente ai principi dell'ordinamento scaturito dalla riforma del Titolo V della Costituzione (ex Artt. 117 e 118 Cost. in particolare) - e nel rispetto pertanto delle indicazioni provenienti dall'ordinamento comunitario - il Legislatore interno ha ritenuto di dover articolare le competenze istituzionali in materia di tra livello statale e livello regionale, in particolare, il dimensionamento della portata territoriale di intervento su "Ambiti Territoriali Ottimali" all'interno dei quali realizzare tutte le possibili forme di concentrazione (o "aggregazione") progressiva degli operatori esistenti di promanazione pubblica esistenti.

La giurisprudenza si è ripetutamente impegnata in pronunce ricostruttive del sistema.

Si vedano in particolare:

- TAR Toscana, Sez. I, 15.01.2001 n° 25:

"La legge 36 del 1994 ha voluto ricondurre ad una disciplina globale ed unitaria la tutela e l'uso delle risorse idriche comprese nel territorio nella considerazione che "tutte le acque superficiali e sotterranee, ancorché non estratte dal sottosuolo, sono pubbliche e costituiscono una risorsa che è salvaguardata ed utilizzata secondo criteri di solidarietà" (art.1). Fino all'organizzazione del servizio idrico integrato le aziende speciali, gli enti ed i consorzi pubblici esercenti i servizi idrici, ove non sia deliberato lo scioglimento, confluiscono nel soggetto gestore secondo le modalità e le forme stabilite nella convenzione ed il nuovo gestore subentra agli enti preesistenti nei termini e con le modalità stabilite nella convenzione e nel relativo disciplinare; mentre le società e le imprese consortili concessionarie dei servizi alla data di entrata in vigore della legge, mantengono la gestione fino alla scadenza della relativa concessione (art.10).

L'art. 22, co.3, lett. e), della L. 142/90 prevede come forma di gestione del suddetto servizio la costituzione di una S.p.A. a prevalente capitale pubblico. Il disposto normativo in questione prevede in modo inequivocabile - e può affermarsi necessitato - che alla forma della società di capitali corrisponda - a regime - un assetto pluralistico aperto alla partecipazione ai privati.

Il ruolo ed il peso della presenza del privato sono una prerogativa della forma data dalla società di capitali rispetto alle altre forme indicate dall'art.22. Il ruolo, non può che essere quello dell'apporto fattivo e costruttivo della professionalità e mentalità di un socio tecnico (ossia imprenditore), maturate nelle esperienze acquisite in un mercato in cui vige il principio della libera concorrenza. Il peso, quello idoneo a rendere effettivo l'apporto professionale sopra specificato a tutto vantaggio dell'efficienza, efficacia ed economicità della gestione del servizio affidato alla società partecipata. Invero, anche tenendo presente la prevalenza del capitale pubblico, è da ritenere che la presenza del socio privato, ancorché minoritario, non possa prescindere, di norma, dalla qualificazione dello stesso nel campo tecnico imprenditoriale in cui la società è destinata ad operare. Comunque, anche ammettendo che la partecipazione

¹⁴ Cfr. il D.Lgs. n° 267/2000 e s.m.i. succeduto alla L. n° 142/90.

minoritaria possa limitarsi al solo profilo finanziario, è indubbio che tale partecipazione in ogni caso debba risultare significativa e non meramente simbolica".

- TAR Toscana, Sez. I, 16.01.2003 n. 9:

"La legge ha introdotto, in proposito, per la prima volta il concetto di servizio idrico integrato, costituito dall'insieme dei servizi pubblici di captazione, adduzione e distribuzione d'acqua ad usi civili, di fognatura e di depurazione delle acque reflue, delineando per esso una nuova metodologia di gestione strettamente collegata ad una nuova organizzazione territoriale denominata "ambito territoriale ottimale" da individuare e delimitare dalle Regioni con apposita legge sulla base dei criteri fissati dall'art. 8 comma primo. L'art. 9 della legge ha stabilito, in proposito, che per ogni ambito territoriale ottimale delimitato, i comuni e le province ricadenti al suo interno organizzino il servizio idrico integrato, provvedendo alla sua gestione mediante le forme, anche obbligatorie, previste dalla legge 142 del 1990. E' stato previsto che i rapporti fra gli enti locali ed il gestore siano regolati da un'apposita convenzione e dal relativo disciplinare, secondo il modello tipo adottato da ogni regione (art. 11)."¹⁵

- TAR Lazio, sez. II, 21.10.2003 n° 8887:

¹⁵ La pronuncia si sofferma, peraltro, anche sulle questioni relative alle determinazioni tariffarie prevedendo che *"Va in ultimo detto che con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 4.3.1996, emanato ai sensi e per gli effetti dell'art. 4, comma 1 della legge 36 del 1994, sono state determinate le direttive generali, le metodologie ed i criteri in ordine agli adempimenti collegati alla realizzazione del servizio idrico integrato, che trovano puntuale elencazione nelle lettere dalla a) alla i) del medesimo comma. L'art. 31, comma 29, della legge 23.12.1998 n. 448 prevede che l'adeguamento della tariffa alle determinazioni del CIPE debba intervenire in via suppletiva sino alla definizione del c.d. "metodo normalizzato" previsto dall'art.13, comma 3, della legge 36 del 1994. Ora, il metodo normalizzato è stato definito con il decreto ministeriale 1.8.1996, che contiene un'articolata e complessa procedura nell'ambito della quale concorrono alla determinazione tariffaria numerosi parametri e formule matematiche, collegate non solo al consumo dell'acqua, ma anche al complesso dei servizi idrici come indicati dalla legge 36 del 1994. In base al metodo normalizzato, la tariffa media è stabilita, infatti, dall'AATO in relazione al modello organizzativo della gestione, alla quantità e qualità della risorsa idrica ed al livello della qualità del servizio. Non solo, essa è fissata in funzione del piano finanziario, dei costi reali come pure delle economie conseguenti al miglioramento dell'efficienza ed al superamento della frammentazione delle gestioni esistenti. Sono di rilievo i criteri di computo della tariffa reale media, calcolata - inizialmente - sulla base della tariffa media ponderata delle gestioni preesistenti, come accorpate nella nuova gestione, i quali (criteri) tengono conto di diverse categorie di voci, meglio rappresentate dagli artt. 3 e 4 del decreto e dalle clausole della convenzione, come pure dal relativo disciplinare (art. 2). Il piano tariffario è poi comunicato all'Organo di vigilanza, insieme ad altri dati rilevanti riguardanti la gestione del servizio idrico integrato (artt. 9 e 10). La modulazione tariffaria in base agli investimenti effettuati dai comuni, è invece un metodo di determinazione che l'ultimo comma dell'art. 13 cit. prevede come eventuale e quindi lasciato alla discrezionalità degli enti gestori secondo l'utilità che la stessa può avere ai fini dell'organizzazione del servizio idrico integrato. Ciò significa che la determinazione della tariffa, data l'ampiezza del bacino d'utenza e le variegate realtà locali su cui viene ad operare il nuovo metodo di gestione, non può "tout court" essere espressa in una logica inversamente proporzionale agli investimenti effettuati dal singolo ente, ma deve essere necessariamente rapportata ad un criterio omogeneo che, prescindendo dalle situazioni locali, sia funzionale al raggiungimento degli obiettivi dell'organizzazione unitaria del servizio idrico integrato".*

"La precipua finalità della legge quadro 5 gennaio 1994 n. 36 (legge Galli), così come della legge regionale Lazio 22 gennaio 1996 n. 6, è quella di eliminare la frammentazione delle gestioni e di assicurare, mediante una nuova e più razionale organizzazione territoriale del servizio, una migliore e più proficua utilizzazione delle risorse che, attraverso la gestione unitaria del servizio, consenta di raggiungere un'adeguata dimensione gestionale, economica e tecnica, avvalendosi di criteri di efficienza, efficacia ed economicità.

In un siffatto contesto, appare evidente come il servizio idrico integrato debba essere, di norma, gestito mediante un unico soggetto gestore e, soltanto in via subordinata e meramente eventuale, possa essere affidato ad una pluralità di soggetti gestori, "al solo fine di salvaguardare le forme e le capacità gestionali di organismi esistenti che rispondono a particolari criteri di efficienza, efficacia ed economicità." (cfr. art.12, comma 2° L.R. n. 6/96).

Se, dunque, l'unicità della gestione rappresenta la regola e la salvaguardia di organismi esistenti va riguardata alla stregua di un'eccezione alla predetta regola, ne consegue che l'eventualità dell'affidamento del servizio, all'interno di un ambito territoriale ottimale, ad una pluralità di soggetti gestori, peraltro opportunamente coordinati, deve essere presa in considerazione soltanto ove risulti, all'evidenza, più conveniente continuare ad avvalersi di organismi esistenti che abbiano dimostrato di possedere tali capacità gestionali da far ritenere il loro superamento una diseconomia per l'intero ambito.

La legge non pone alcun obbligo di procedere ad una preventiva verifica, sulla base dei criteri e parametri di cui all'art.8 dello schema di convenzione allegato (all. "C") alla L.R. n.6/96, al fine di individuare gli organismi esistenti da salvaguardare o meno; ma, al contrario, evidenzia la necessità di effettuare rigorosi riscontri e controlli, solo nell'eventualità in cui sia stata espressa la volontà di salvaguardia in relazione ad una gestione dell'organismo esistente, talmente efficace sul piano della qualità e dell'economicità dei servizi prestati da far apparire antieconomico non continuare ad avvalersene. Soltanto in tal caso, infatti, sarebbe indispensabile accertare l'esigenza di non procedere al superamento della gestione esistente, mediante il ricorso a criteri e parametri predefiniti".

- TAR Veneto, Sez. I, 04.04.2002 n° 1271

"L'Autorità d'ambito può prevedere la salvaguardia di una gestione esistente se ciò risponda agli interessi generali dell'ambito e sempre che vi sia una domanda degli enti locali proprietari l'Autorità d'ambito può prevedere la salvaguardia di una o più delle gestioni esistenti, se ciò risponda "agli interessi generali dell'ambito" e sempre che vi sia una "domanda degli enti locali proprietari".

La prima condizione comporta un apprezzamento ampiamente discrezionale di convenienza, mentre la seconda costituisce palesemente un presupposto obiettivo: l'Autorità potrà valutare se conservare una determinata gestione soltanto se ne viene fatta richiesta da uno degli enti territoriali che abbiano istituito i gestori i quali conducono il servizio, comunque organizzati (in forma di consorzio, azienda, società)".

- TAR Campania, Napoli, Sez. I, 05.05.2005 n. 5410

"In una materia come quella del servizio idrico integrato, nella quale la legislazione (nazionale e regionale) richiede una sollecita azione, da concludere con l'osservanza di precise

scadenze, finalizzata alla realizzazione di una gestione integrata e coordinata, mediante forme associative anche obbligatorie delle risorse esistenti nell'ambito di circoscrizioni territoriali di dimensione intercomunale, la obbligatorietà della costituzione dell'ente preposto alla gestione delle risorse idriche dell'ambito territoriale rende ammissibile l'intervento commissariale sostitutivo per superare il dissenso, gli ostacoli o l'inerzia degli enti che altrimenti impedirebbero l'attuazione degli strumenti e degli obiettivi prescritti dal legislatore".

3.1. L'assetto istituzionale del c.d. "servizio idrico integrato" nel contesto del più ampio tema dei "servizi pubblici locali a rilevanza "economica" (ovvero dei "servizi di interesse economico generale" a rilevanza locale secondo la terminologia comunitaria.

La giurisprudenza ha dunque ritenuto che il c.d. "servizio idrico integrato" debba essere complessivamente ricondotto, sia ai fini della normativa comunitaria sia di quella interna, alla nozione di "servizi di interesse economico generale" nonché, in precedenza, a quella omologa di "servizi a rilevanza industriale", già adottata dalla precedente formulazione dell'Art. 113 del D.Lgs. n° 267/2000.

In altri termini, l'indicazione giurisprudenziale - come si è visto dalle stesse decisioni sopra richiamate - è nel senso di collocare il tema del modello istituzionale di governo del c.d. "servizio idrico integrato" nell'ambito delle complessive problematiche scaturenti dalla disciplina dei servizi di interesse generale di rilievo locale, così come evolutasi nell'ordinamento.

Evoluzione, quest'ultima, che è forse opportuno, in questa sede, sinteticamente richiamare.

La vicenda italiana infatti - a fronte del quadro comunitario sopra delineato - è caratterizzata fondamentalmente da un duplice tratto:

a) il ricorso diffuso alla costituzione in favore degli operatori di diritti speciali e di esclusiva non giustificati e non giustificabili - nella loro estensione - sulla base dello scrutinio di proporzionalità implicato dall'Art. 86 Trattato CE (legittimità del diritto speciale ovvero di esclusiva solo nell'ipotesi in cui lo stesso sia indispensabile ad assicurare la "missione di interesse generale");

b) l'attribuzione dei predetti diritti speciali e di esclusiva (nelle forme del provvedimento di concessione) in tendenziale assenza di procedure di evidenza pubblica - *id est*: di gare o comunque di meccanismi concorrenziali - idonee a porre gli operatori in condizione di parità nella competizione per il conseguimento del diritto speciale o di esclusiva medesimo.

Duplice è, dunque, la restrizione del processo competitivo, la quale, se, da un lato, appare comune ai servizi di interesse generale di rilievo nazionale (energia, poste e trasporto ferroviario nonché autostradale, etc. con la sola tenue eccezione delle telecomunicazioni) ed a quelli di livello locale (acqua, trasporti urbani ed extraurbani, rifiuti etc), appare, d'altro lato, sicuramente accentuata nei secondi, le cui vicende sono esemplari della peculiarità del caso italiano.

La vicenda dei servizi di rilievo locale - rilevante ai fini della presente esposizione - è caratterizzata dal mantenimento dei diritti speciali o di esclusiva ruota attorno al legame tradizionalmente risalente tra Ente Locale (in particolare i Comuni) ed impresa pubblica locale erogatrice di servizi, scarsamente inciso da consistenti privatizzazioni "sostanziali" e toccato semmai solamente dalle privatizzazioni "formali", intese come fuoriuscita dell'operatore dalla veste giuridica di diritto pubblico per assumere quella di società di capitali di diritto comune (solidamente quando non esclusivamente nella mano pubblica dell'Ente Locale), all'inizio degli anni '90 (L. n° 142/90 di riforma dell'ordinamento delle Autonomie Locali).

3.2. La specifica evoluzione legislativa in tema di modelli istituzionali di gestione dei servizi pubblici locali: dall'Art. 35 della L. n° 448/01 all'Art. 14 del D.L. n° 269/03 e s.m.i..

La recente sequenza di iniziative legislative in materia è esemplare delle capacità di resistenza del sistema a spinte di liberalizzazione.

L'intervento legislativo del 2001 in materia di servizi locali (Art. 35 della L. n° 448/2001 a modifica degli Artt. 113 e segg. del T.U. per le Autonomie Locali) ha rappresentato, infatti, un primo tentativo di effettiva (quanto peraltro cauta e graduale) implementazione di politiche di concorrenza nel settore mediante:

- 1) la generalizzazione dell'obbligo di gara per l'affidamento dei servizi agli operatori in regime di esclusiva;
- 2) lo scorporo della titolarità delle reti e della dotazione infrastrutturale dalla gestione dei servizi;
- 3) la previsione di termini di scadenza per i diritti speciali ed esclusivi attribuiti agli operatori "incumbents" in assenza di procedure di gara.

Il quadro generale che scaturiva dall'intervento era, dunque, quello di sostanziale passaggio delle Autonomie Territoriali (Comuni e Province) - veri attori principali del settore in quanto largamente titolari del controllo (giuridicamente rilevante attraverso le partecipazioni al capitale sociale ma anche riconducibile ad una insopprimibile influenza politica) degli operatori locali erogatori dei servizi - da soggetti pubblici imprenditori a soggetti pubblici regolatori.

3.2.1. La giurisprudenza formatasi in materia di servizio idrico integrato confermava tali conclusioni. Ex multis si veda:

TAR Piemonte, Sez. II, 21.02.2004 n° 311

"Il quadro normativo di riferimento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza industriale ruota intorno alla disposizione contenuta nel nuovo testo dell'art. 113, comma

quinto, del T.U.E.L., che impone lo svolgimento di procedure ad evidenza pubblica per la scelta della società di capitali cui attribuire la gestione del relativo servizio.

È pur vero che la legge 448/2001 ha affidato ad apposito regolamento, mai emanato, il compito di distinguere i servizi "di rilevanza industriale", soggetti alla disciplina di cui al citato art. 113, dagli altri servizi, cui si applica la differente previsione contenuta nell'art. 113 bis; tuttavia, nel caso del servizio idrico, l'applicabilità dell'art. 113 è immediata e non necessita dell'entrata in vigore del regolamento di attuazione: l'art. 35 comma 5 della l. 448/2001 - nel dettare un regime "alternativo" di affidamento del servizio idrico - richiama infatti l'art. 113 T.U.E.L., dando così per scontato che tale norma, inerente i servizi di rilevanza industriale, trovi applicazione anche al servizio idrico (e tale impostazione trova conferma nella sentenza del Consiglio di Stato richiamata dalla società ricorrente).

Dall'individuazione nell'art. 113 T.U.E.L. della norma di riferimento per l'affidamento della gestione del servizio idrico discende inequivocabilmente che tale affidamento debba avvenire mediante gara pubblica".

3.3. La riforma del 2003 ovvero "Della (ennesima) foresta pietrificata".

Il tentativo di apertura a principi di concorrenza è stato, invece, prontamente ridimensionato dallo stesso Legislatore del 2003, il quale su iniziativa governativa (Art. 14 D.L. n° 269/03 ex Artt. 113 e segg. del T.U. per le Autonomie Locali¹⁶) -

¹⁶ Si veda il dato testuale scaturito dalla riforma - o controriforma - del 2003 - "Articolo 113 Gestione delle reti ed erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica (*). 1. 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 ed integrative delle discipline di settore. Restano ferme le altre disposizioni di settore e quelle di attuazione di specifiche normative comunitarie. Restano escluse dal campo di applicazione del presente articolo i settori disciplinati dai decreti legislativi 16 marzo 1999, n. 79 e 23 maggio 2000, n. 164 e successive modificazioni (1).

2. Gli enti locali non possono cedere la proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinati all'esercizio dei servizi pubblici di cui al comma 1, salvo quanto stabilito dal comma 13.

3. Le discipline di settore stabiliscono i casi nei quali l'attività di gestione delle reti e degli impianti destinati alla produzione dei servizi pubblici locali di cui al comma 1 può essere separata da quella di erogazione degli stessi. È, in ogni caso, garantito l'accesso alle reti a tutti i soggetti legittimati all'erogazione dei relativi servizi.

4. Qualora sia separata dall'attività di erogazione dei servizi, per la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali gli enti locali, anche in forma associata, si avvalgono:

a) di soggetti allo scopo costituiti, nella forma di società di capitali con la partecipazione totalitaria di capitale pubblico cui può essere affidata direttamente tale attività, 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 o gli enti pubblici che la controllano;

b) di imprese idonee, da individuare mediante procedure ad evidenza pubblica, ai sensi del comma 7 (1).

5. L'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio:

a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica;

b) a 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 secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche;

c) a 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 (1).

5-bis. Le normative di settore, al fine di superare assetti monopolistici, possono introdurre regole che assicurino concorrenzialità nella gestione dei servizi da esse disciplinate prevedendo, nel rispetto delle disposizioni di cui al comma 5, criteri di gradualità nella scelta dalla modalità di conferimento del servizio (2).

5-ter. In ogni caso in cui la gestione della rete, separata o integrata con l'erogazione dei servizi, non sia stata affidata con gara ad evidenza pubblica, i soggetti gestori di cui ai precedenti commi provvedono all'esecuzione dei lavori comunque connessi alla gestione della rete esclusivamente mediante contratti di appalto o di concessione di lavori pubblici, aggiudicati a seguito di procedure di evidenza pubblica, ovvero in economia nei limiti di cui all'articolo 24 della legge 11 febbraio 1994 n. 109 e all'articolo 143 del decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554. Qualora la gestione della rete, separata o integrata con la gestione dei servizi, sia stata affidata con procedure di gara, il soggetto gestore può realizzare direttamente i lavori connessi alla gestione della rete, purché qualificato ai sensi della normativa vigente e purché la gara espletata abbia avuto ad oggetto sia la gestione del servizio relativo alla rete, sia l'esecuzione dei lavori connessi. Qualora, invece, la gara abbia avuto ad oggetto esclusivamente la gestione del servizio relativo alla rete, il gestore deve appaltare i lavori a terzi con le procedure ad evidenza pubblica previste dalla legislazione vigente (2).

6. Non sono ammesse a partecipare alle gare di cui al comma 5 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; tale divieto si estende alle società controllate o collegate, alle loro controllanti, nonché alle società controllate o collegate con queste ultime. Sono parimenti esclusi i soggetti di cui al comma 4.

7. La gara di cui al comma 5 è indetta nel rispetto degli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza definiti dalla competente Autorità di settore o, in mancanza di essa, dagli enti locali. La gara è aggiudicata sulla base del migliore livello di qualità e sicurezza e delle condizioni economiche e di prestazione del servizio, dei piani di investimento per lo sviluppo e il potenziamento delle reti e degli impianti, per il loro rinnovo e manutenzione, nonché dei contenuti di innovazione tecnologica e gestionale. Tali elementi fanno parte integrante del contratto di servizio. Le previsioni di cui al presente comma devono considerarsi integrative delle discipline di settore.(1)(**)

8. Qualora sia economicamente più vantaggioso, è consentito l'affidamento contestuale con gara di una pluralità di servizi pubblici locali diversi da quelli del trasporto collettivo. In questo caso, la durata dell'affidamento, unica per tutti i servizi, non può essere superiore alla media calcolata sulla base della durata degli affidamenti indicata dalle discipline di settore.

9. Alla scadenza del periodo di affidamento, e in esito alla successiva gara di affidamento, le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali di proprietà degli enti locali o delle società di cui al comma 13 sono assegnati al nuovo gestore. Sono, inoltre, assegnati al nuovo gestore le reti o loro porzioni, gli impianti e le altre dotazioni realizzate, in attuazione dei piani di investimento di cui al comma 7, dal gestore uscente. A quest'ultimo è dovuto da parte del nuovo gestore un indennizzo pari al valore dei beni non ancora ammortizzati, il cui ammontare è indicato nel bando di gara.

10. È vietata ogni forma di differenziazione nel trattamento dei gestori di pubblico servizio in ordine al regime tributario, nonché alla concessione da chiunque dovuta di contribuzioni o agevolazioni per la gestione del servizio. 11. I rapporti degli enti locali con le società di erogazione del servizio e con le società di gestione delle reti e degli impianti sono regolati da contratti di servizio, allegati ai capitolati di gara, che dovranno prevedere i livelli dei servizi da garantire e adeguati strumenti di verifica del rispetto dei livelli previsti.

12. L'ente locale può cedere tutto o in parte la propria partecipazione nelle società erogatrici di servizi mediante procedure ad evidenza pubblica da rinnovarsi alla scadenza del periodo di affidamento. Tale cessione non comporta effetti sulla durata delle concessioni e degli affidamenti in essere (1). 13. Gli enti locali, anche in forma associata, nei casi in cui non sia vietato dalle normative di settore, possono conferire la proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali a società a capitale interamente

pubblico, che è incredibile. Tali società pongono le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali a disposizione dei gestori incaricati della gestione del servizio o, ove prevista la gestione separata della rete, dei gestori di quest'ultima, a fronte di un canone stabilito dalla competente Autorità di settore, ove prevista, o dagli enti locali. Alla società suddetta gli enti locali possono anche assegnare, ai sensi della lettera a) del comma 4, la gestione delle reti, nonché il compito di espletare le gare di cui al comma 5 (1).

14. Fermo restando quanto disposto dal comma 3, se le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali per la gestione dei servizi di cui al comma 1 sono di proprietà di soggetti diversi dagli enti locali, questi possono essere autorizzati a gestire i servizi o loro segmenti, a condizione che siano rispettati gli standard di cui al comma 7 e siano praticate tariffe non superiori alla media regionale, salvo che le discipline di carattere settoriale o le relative Autorità dispongano diversamente. Tra le parti è in ogni caso stipulato, ai sensi del comma 11, un contratto di servizio in cui sono definite, tra l'altro, le misure di coordinamento con gli eventuali altri gestori.

15. Le disposizioni del presente articolo non si applicano alle regioni a statuto speciale e alle province autonome di Trento e di Bolzano, se incompatibili con le attribuzioni previste dallo statuto e dalle relative norme di attuazione.

15-bis. Nel caso in cui le disposizioni previste per i singoli settori non stabiliscano un congruo periodo di transizione, ai fini dell'attuazione delle disposizioni previste nel presente articolo, le concessioni rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica cessano comunque e non oltre la data del 31 dicembre 2006, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante. Sono escluse dalla cessazione le concessioni affidate a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato sia stato scelto mediante procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza, nonché quelle 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 o gli enti pubblici che la controllano (1). Sono altresì escluse dalla cessazione le concessioni affidate alla data del 1o ottobre 2003 a società già quotate in borsa e a quelle da esse direttamente partecipata a tale data a condizione che siano concessionarie esclusive del servizio, nonché a società originariamente a capitale interamente pubblico che entro la stessa data abbiano provveduto a collocare sul mercato quote di capitale attraverso procedure ad evidenza pubblica, ma, in entrambe le ipotesi indicate, 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, 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 (3).

15-ter. Il termine del 31 dicembre 2006, di cui al comma 15-bis, può essere differito ad una data successiva, previo accordo, raggiunto caso per caso, con la Commissione europea, alle condizioni sotto indicate:

a) nel caso in cui, almeno dodici mesi prima dello scadere del suddetto termine si dia luogo, mediante una o più fusioni, alla costituzione di una nuova società capace di servire un bacino di utenza complessivamente non inferiore a due volte quello originariamente servito dalla società maggiore; in questa ipotesi il differimento non può comunque essere superiore ad un anno;

b) nel caso in cui, entro il termine di cui al lettera a), un'impresa affidataria, anche a seguito di una o più fusioni, si trovi ad operare in un ambito corrispondente almeno all'intero territorio provinciale ovvero a quello ottimale, laddove previsto dalle norme vigenti; in questa ipotesi il differimento non può comunque essere superiore a due anni (2).

15-quater. A decorrere dal 1o gennaio 2007 si applica il divieto di cui al comma 6, salvo nei casi in cui si tratti dell'espletamento delle prime gare aventi ad oggetto i servizi forniti dalle società partecipanti alla gara stessa. Con regolamento da emanarsi ai sensi dell'articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988 n. 400, e successive modificazioni, sentite le Autorità indipendenti del settore e la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997 n. 281, il Governo definisce le condizioni per l'ammissione alle gare di imprese estere, o di imprese italiane che abbiano avuto all'estero la gestione del servizio senza ricorrere a procedure di evidenza pubblica, a condizione che, nel primo caso, sia fatto salvo il principio di reciprocità e siano garantiti tempi certi per l'effettiva apertura dei relativi mercati (2).

asseritamente necessitata dalla pendenza di una procedura comunitaria di infrazione ex Art. 234 Tratt. CE avviata dalla Direzione Generale Mercato Interno (e non già dalla Direzione Generale Concorrenza) che stigmatizzava il limitato ricorso alle procedure di evidenza pubblica - ha approvato una ulteriore riforma della disciplina dei servizi locali, la quale,

per un verso, ha ribadito la necessità di procedure di gara sia per le ipotesi di affidamento a terzi del servizio in regime di esclusiva sia per l'ipotesi di scelta del socio privato in caso di esclusiva del servizio affidata a società mista pubblico-privata,

ma, per altro verso, ricorrendo alla nozione elaborata dalla stessa giurisprudenza comunitaria in tema di appalti pubblici - appunto quella di affidamento "*in-house*"¹⁷ sopra richiamato, ha introdotto la facoltà per gli EE.LL. di affidare direttamente (*id est*: senza gara) il servizio a società terze, purché le stesse siano:

- a) integralmente a capitale pubblico e

(*) Rubrica modificata dall'art. 14 del decreto legge n. 269/2003, convertito, con modificazioni, in legge n. 326 del 2003.

(1) Comma così modificato dall'art. 14 del decreto legge n. 269/2003, convertito, con modificazioni, in legge n. 326 del 2003.

(2) Comma introdotto dall'art. 4, co. 234, della legge n. 350/2003 (finanziaria 2004).

(3) Periodo aggiunto dall'art. 4, co. 234, della legge n. 350/2003 (finanziaria 2004).

(**) Comma dichiarato incostituzionale, limitatamente al secondo ed al terzo periodo, dalla sentenza della Corte Costituzionale 27/7/2004 n. 272.

Si noti che l'ultimo periodo di tale comma è stato introdotto dall'art. 14, co. 1, lett. e) del decreto legge n. 269/2003, dichiarato incostituzionale dalla medesima sentenza.

¹⁷ E' noto, d'altra parte ed in precedenza è stato segnalato, che la nozione di affidamento "*in-house*" scaturisce direttamente dalla disciplina comunitaria del c.d. "*procurement*" pubblico, secondo cui deve essere garantita, nel mercato in-terno, la possibilità di partecipazione, a parità di condizioni tra operatori pro-venienti da differenti Stati Membri, alle gare indette da stazioni di diritto pubblico per l'affidamento di contratti pubblici. Si veda appunto, nella giurisprudenza comunitaria, il noto caso "*Teckal*" (Corte di Giustizia, sentenza 18.11.1999, causa C-107/98). Sulla scia, peraltro della pronuncia "*Teckal*" la giurisprudenza amministrativa interna si era occupata della applicazione della nozione di affidamento "*in-house*" ai servizi pubblici locali già da epoca antecedente al D.L. n° 269/03 (cfr. C.d.S., Sez. V, 30.04.2002, n° 2300 nonché C.d.S., Sez. V, 30.04.2002, n° 2294 e C.d.S., Sez. V, 06.05.2002, n° 2418). La giurisprudenza interna è stata, altresì, seguita sul punto dalla significativa indicazione del Dipartimento per le Politiche Comunitarie della Presidenza del Consiglio dei Ministri, il quale ha avuto occasione di chiarire che "*la normativa europea in tema di appalti pubblici, in particolare di servizi, non trova applicazione (e pertanto l'affidamento diretto della gestione del servizio è consentito anche senza ricorrere alle procedure di evidenza pubblica prescritte dalle norme comunitarie)*" allorquando "*l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e questa (persona giuridica) realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano*" (cfr. Circolare del Dipartimento per le Politiche Comunitarie della Presidenza del Consiglio dei Ministri, 01.03.2002, n° 3944, ma anche Circolare dello stesso Dipartimento, 13.11.2001 n° 12727).

b) assoggettate ad un regime di controllo da parte degli stessi soci pubblici *“pari a quello esercitato sui propri servizi”*.

Il risultato ultimo - in un ambiente appunto caratterizzato dalla dominanza dell'Ente Locale attraverso il controllo dell'operatore nei termini sopra rappresentati - è stata la creazione dell'ennesima *“foresta pietrificata”* nel panorama della presenza pubblica in economia¹⁸.

Rispetto a tale iniziale indirizzo, peraltro, la stessa giurisprudenza amministrativa interna ha successivamente formula critiche e riserve sulla base degli stessi principi di diritto comunitario richiamati sub I della presente esposizione, sottoponendo alla Corte la questione di compatibilità della nuova formulazione dell'Art. 113 in punto di affidamento *“in-house”* con le previsioni ex Art. 86 Trattato CE (cfr *infra*, sub 2, lett. c che segue).

3.3. Le indicazioni operative scaturenti dalla disciplina statale interna - così come interpretata dalle salienti decisioni giurisprudenziali in materia - ai fini delle scelte istituzionali relative al modello gestorio.

Le problematiche considerazioni sopra svolte consentono, peraltro, di fornire alcune puntualizzazioni in ordine al momento cruciale della definizione delle scelte istituzionali sull'assetto della gestione del servizio:

a) il soggetto pubblico affidante (*“Ente Locale”*), **in esercizio delle proprie prerogative di organo di governo del settore (appunto quello dei singoli servizi pubblici locali *“a rilevanza economica”*)**, dispone e conserva ampia discrezionalità nella scelta del modello gestorio¹⁹, entro le *“tipizzazioni”* istituzionali operate dalla Legge.

¹⁸ In proposito Consiglio di Stato, Sez. V, 19/2/2004 n. 679, secondo cui *“L'art. 14 del d.l. 30 settembre 2003 n. 269, convertito nella legge 24 novembre 2003 n. 236 ha apportato importanti modifiche all'art. 113 del d.lgs n. 267 del 2000, come modificato dal comma 1 dell'art. 35 della legge n. 448 del 2001, dettando una disciplina nuova in materia di affidamento dei servizi pubblici locali. Con particolare riferimento ai servizi di rilevanza industriale, che assumono la nuova denominazione di servizi di *“rilevanza economica”*, il nuovo testo dell'art. 113, comma 5, - a differenza dalla previgente disposizione, che ammetteva solo procedure ad evidenza pubblica - dispone (lett. c) che l'erogazione possa avvenire anche a mezzo di *“società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano. La fattispecie descritta, che si attaglia alla vicenda oggi in esame, non è destinata a valere soltanto per il futuro, ma viene presa in considerazione anche con riferimento al passato (cfr art. 113, comma 15-bis, del d.lgs n. 267/2000). Si tratta, al di là di ogni ragionevole dubbio, di una norma di salvezza destinata a conferire legittimità a provvedimenti posti in essere sotto il vigore di una diversa disciplina”*.*

¹⁹ Si vedano in proposito: Consiglio di Stato, Sez. V, 4/3/2002 n° 1269: *“Nell'esercizio della potestà discrezionale riconosciuta al Comune dall'art.22 della legge 8 giugno 1990, n°142 (ora art. 113 del d. lgs. 267/2000), di gestire i servizi pubblici locali in una delle cinque (vengono incluse anche le aziende speciali e le istituzioni allora relative ai servizi di interesse generale a rilevanza non economica. n.d.r.) tipologie ivi previste, non può negarsi all'amministrazione la possibilità di*

b) i modelli di cui alle lettere a) e b) del comma 5° dell'Art. 113 del D.Lgs. n° 267/2000 **ruotano** (sia per l'ipotesi di gara per l'affidamento della titolarità del servizio a terzi sia per l'ipotesi di gara per l'individuazione del socio privato²⁰ della società pubblica già titolare del servizio) **attorno alla costruzione della procedura di gara** con finalità primarie di evidenza pubblica ma anche di regolazione degli "standards" qualitativi e quantitativi del servizio e della sua gestione.

Si veda in proposito la accurata disamina che svolge di tali aspetti il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio, con propria Circolare in data 06.12.2004 (Pubblicata in G.U. n. 291 del 13 dicembre 2004), avente ad oggetto "**Affidamento del servizio idrico integrato a società a capitale misto pubblico-privato**", secondo cui:

"L'affidamento del servizio idrico integrato a società mista a capitale pubblico-privato è disciplinato dal comma 5, lettera b), dell'art. 113 del testo unico sull'ordinamento degli enti locali approvato con decreto legislativo del 18 agosto 2000, n. 267, così come modificato dall'art. 14 del decreto-legge del 30 settembre 2003, convertito nella legge 24 novembre 2003, n.

rimeditare le proprie scelte, pervenendo a soluzioni difformi da quelle in precedenza adottate, sempre che ciò costituisca il punto di arrivo di una valutazione che dia conto, in modo logico e ragionevole, delle ragioni di interesse pubblico che si intende privilegiare"; Consiglio di Stato, Sez. V, 4/5/2004 n. 2714: "È legittimo il provvedimento con cui il comune decide di revocare in base a fatti sopravvenuti e a nuove considerazioni, la decisione, a suo tempo adottata, di provvedere al servizio di nettezza urbana mediante costituzione di una società mista. Invero, il comune, non avendo ancora dato seguito alla precedente decisione e soprattutto non avendo fatto sorgere nessuna posizione di affidamento, manteneva un'amplicissima discrezionalità, senza necessità di addurre particolari motivi, di revocare la propria precedente decisione. A maggior ragione non si presta a censure il provvedimento impugnato, nel quale la revoca è motivata, più che ragionevolmente, dalla considerazione della normativa sopravvenuta in materia di costituzione di società miste e di affidamento dei servizi pubblici, e dal timore che il comune si venisse a trovare in una situazione di dubbia legittimità, al quale si poteva ovviare scegliendo, molto più semplicemente, la strada dell'affidamento del servizio in appalto dopo pubblica gara"; TAR Lazio, sez. II ter, 16/12/2004 n. 16254, il quale, peraltro precisa: "Per quanto ampi siano i margini di discrezionalità tecnica attribuiti all'Ente locale al fine dell'esercizio del potere di scelta del modulo gestorio da adottarsi, reputa il Collegio che l'opzione per la società a partecipazione pubblica (totalitaria o "mista") debba pur sempre avvenire con riguardo ad un'ipotesi concreta di gestione del servizio. È invece piuttosto discutibile una motivazione secondo la quale l'acquisizione da parte di un Comune di una partecipazione in una società mista è sufficientemente giustificata non già dalla necessità di rendere un servizio migliore ai propri cittadini bensì da quella di mettersi al riparo "dalle incertezze del ricorso continuo ai complessi meccanismi delle procedure ad evidenza pubblica".

²⁰ In proposito sembra opportuno ricordare le ulteriori indicazioni comunitarie in tema di modelli di partenariato pubblico privato ("Public Private Partnership" di cui alla comunicazione della Commissione delle Comunità Europee in data 30.04.04 n° COM(2004)327 relativa al "Libro Verde relativo ai partenariati pubblico e privato ed al diritto comunicato degli appalti pubblici e delle concessioni"), segnalando, peraltro, come la Commissione - distinguendo tra modello di partenariato istituzionale (stabile) e modello contrattuale (legato ad esempio ad un singolo intervento magari di realizzazione infrastrutturale quale caso tipico di impiego del modello c.d. "PPP") considerato dalla Commissione) - pone comunque quale presupposto imprescindibile la necessità di procedure di gara (o comunque competitive) per l'individuazione del "partner" di provenienza privata.

326. Come già affermato anche nella precedente circolare del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio n. 11559 del 17 ottobre 2001" e la particolare configurazione della società a capitale misto "comporta fin dal momento della sua costituzione la necessaria presenza di un partner privato all'interno della compagine societaria.

La presenza del socio privato è dunque requisito indispensabile per l'inquadramento della società nella fattispecie delle società a capitale pubblico-privato, secondo quanto previsto dal novato art. 113 del testo unico n. 267/2000.

Le questioni centrali in merito alla scelta del socio privato sono essenzialmente tre:

- le modalità con cui selezionare il partner privato (scelta *intuitus personae* o selezione concorrenziale; criteri per la scelta del socio);
- in quale fase del procedimento di costituzione debba avvenire la selezione;
- il quantum di capitale sociale da attribuire²¹.

²¹ cfr. Circolare in data 06.12.2004 (Pubblicata in G.U. n. 291 del 13 dicembre 2004), avente ad oggetto "**Affidamento del servizio idrico integrato a società a capitale misto pubblico-privato**", la quale – sul punto della procedura di selezione – precisa: "**1.** Per quanto concerne la prima questione, attinente alle modalità di selezione del partner privato, appare pacifico ai sensi della normativa vigente in Italia - decreto del Presidente della Repubblica 16 settembre 1996, n. 533 - il necessario ricorso ad una gara ad evidenza pubblica. Qualora l'ente d'ambito non opti per una procedura ad evidenza pubblica finalizzata alla concessione del servizio idrico integrato e scelga invece l'affidamento diretto ad una società mista, il momento di confronto concorrenziale deve essere comunque riservato alla fase antecedente all'affidamento stesso, ovvero sia al momento della selezione del socio o dei soci privati che faranno parte del capitale sociale. Queste disposizioni, confermate dalla prevalente dottrina e dalla giurisprudenza ormai consolidata, si fondano sull'ineludibile necessità di un previo confronto con altri soggetti operanti sul mercato. Nessun margine di interpretazione è lasciato in relazione a questo aspetto: risulterebbe quindi elusivo della normativa non ricorrere alla preventiva procedura concorsuale per la scelta del socio privato nella costituenda società affidataria del servizio. La scelta non può dunque basarsi sul mero *intuitus personae* pena l'elusione di principi di buon andamento ed imparzialità". **2.** Per quanto poi attiene alla natura del soggetto privato da selezionare, si ritiene che nella suddetta tipologia di società mista, il privato debba avere determinati requisiti di capacità tecnico-gestionale oltreché finanziaria. Contrariamente, verrebbe meno il rispetto dell'intendimento del legislatore e non risulterebbero perseguiti gli obiettivi che il medesimo si era prefisso quando ha configurato l'utilizzo del modello societario anche per la gestione dei servizi pubblici locali. La finalità era e resta la configurazione di un contenitore all'interno del quale gli enti locali, titolari del servizio, possano operare in termini più strettamente imprenditoriali, avvalendosi dell'apporto fattivo di know-how proveniente da soggetti imprenditoriali esterni. Gli obiettivi erano e restano quelli del perseguimento di una gestione efficiente, efficace ed economica. **3.** Per quanto concerne i criteri di ammissione alla gara e di valutazione delle offerte, pertanto, stante, per le ragioni sopra evidenziate, l'evidente ed assoluta assimilabilità della procedura di selezione del socio privato nelle società miste con quella di individuazione del concessionario nella procedura ex art. 20 della legge n. 36/1994, gli enti locali dovranno fare riferimento, anche in via analogica, al decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio del 22 novembre 2001 e successive modifiche ed integrazioni. Diversamente però da quanto stabilito nel predetto decreto per la concessione a terzi, la gara per la individuazione del socio privato nella società mista sarà efficace anche in presenza di un'unica offerta valida. In stretta aderenza con quanto sopra, in riferimento all'aspetto che attiene al momento in cui scegliere il partner, occorre chiarire in via definitiva che la scelta del socio privato deve avvenire prima, o comunque contestualmente alla costituzione della società cui affidare il servizio. Come già affermato in precedenza, la configurazione della società cosiddetta mista, nonché il

Entro tale prospettiva, come confermano i commi 7° e 9° dell'Art. 113, è centrale, dunque, la formulazione del bando di gara.

c) Per l'ipotesi "in-house", le prerogative di regolazione degli "standards" qualitativi e quantitativi del servizio vengono esercitate dal soggetto pubblico affidatario, oltre che mediante il contratto di servizio, **attraverso il "controllo diretto" sul gestore come elemento caratterizzante della forma "in-house"**, a partire, dunque, dall'esistenza di un potere di direttiva tra soggetto affidante ed organismo societario "in-house" affidatario.

E' bene sottolineare, peraltro, come la giurisprudenza amministrativa interna abbia posto in dubbio, **proprio in relazione alla presenza di tale controllo diretto ed alla deroga al principio dell'affidamento a terzi mediante gara quale garanzia di concorrenzialità ed apertura del mercato richiesta dall'ordinamento comunitario**, la compatibilità dell'affidamento "in-house", come disegnato dal Legislatore italiano, rispetto alle previsioni UE ed in particolare all'Art. 86 del Trattato²²;

beneficio di ricevere l'affidamento diretto del servizio, trova il suo presupposto ed il suo fondamento di legittimità nel fatto che il confronto concorrenziale e la procedura ad evidenza pubblica sia comunque avvenuta, ancorché non nella fase di affidamento del servizio ma in quella antecedente di selezione del partner privato. In altri termini, poiché la società risulterà costituita con il soggetto che sarà selezionato, è necessario che la relativa procedura di selezione avvenga antecedentemente alla costituzione della società ed al conseguente affidamento del servizio. Nel caso contrario, risulterebbe esserci una violazione dei principi comunitari derivanti dai trattati in tema di parità di trattamento e di tutela della concorrenza. Qualora tale procedura non sia stata rispettata in passato o non lo sia in futuro, la società non può considerarsi avente i requisiti della fattispecie di cui all'oggetto, ed è pertanto soggetta alla decadenza prevista alla data del 31 dicembre 2006, come disposto dal comma 15-bis dell'art. 113 del testo n. 267/2000, così come modificato dall'art. 14 del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito nella legge 24 novembre 2003, n. 326. 4. Infine, sulla questione relativa al quantum di partecipazione del socio privato al capitale della società, la scelta è a totale discrezione degli enti locali, fermo restando che una partecipazione minimale andrebbe ad eludere il dettato normativo - come statuito anche dalla giurisprudenza - e sarebbe in palese contraddizione con la ratio legis volta a garantire che il privato rappresenti un valore aggiunto a vantaggio della funzionalità della società di gestione e quindi, auspicabilmente, degli utenti destinatari finali del servizio. Ne deriva che la presenza del privato deve avere un rilievo «sostanziale» anche in termini quantitativi e non solo qualitativi, per evitare che vi sia il formale rispetto della norma, senza che se ne perseguano, realmente, le finalità».

²² Si vedano le penetranti censure sollevate con apposite ordinanze di remissione alla Corte di Giustizia, in attesa di decisione da parte di quest'ultima, della questione di compatibilità delle norme del D.L. n° 269/04 con l'ordinamento comunitario: la questione è posta da Consiglio di Stato, Sez. V, 22/4/2004 n° 2316: "Le norme dell'ordinamento della Regione Trentino - Alto Adige (art. 44 della legge regionale 4 gennaio 1993 n. 1, nel testo sostituito dall'art. 10, comma 1, della legge regionale 23 ottobre 1998, n.10;) consentono l'affidamento diretto del servizio pubblico ad una società per azioni, o a responsabilità limitata, alla condizione che vi sia "influenza dominante pubblica" (art. 44 cit. comma 6, lett. b), e ciò si verifica quando i comuni "detengono un numero di azioni tali da consentire di disporre della maggioranza dei diritti di voto nell'assemblea ordinaria, ovvero quando lo statuto della società preveda il diritto di nominare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, sempre che il comune detenga almeno il venti per cento del capitale" (comma 10). Anche la legislazione dello Stato consente ora la deroga al metodo di scelta del contraente mediante procedura ad evidenza pubblica. Con l'art. 14 del d.l. 30 settembre 2003 n. 269, convertito nella legge 24 novembre 2003 n. 326 è stato nuovamente modificato l'art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000 (testo unico delle leggi sugli enti locali) concernente la disciplina dei servizi pubblici, già modificato, come accennato in precedenza con l'art. 35

d) sembra in proposito opportuno che il soggetto pubblico orientato ad un simile modello, **quantomeno giustifichi, con apposita motivazione, la propria opzione derogatrice del principio di concorrenza ed apertura del mercato** con riguardo, ad esempio, a peculiarità esistenti nella conformazione territoriale della zona destinataria del servizio ovvero a fabbisogni di servizio significativamente antieconomici e non remunerativi, tali da escludere *a priori* l'ipotesi di individuazione di un competitore efficiente²³.

della legge 20 dicembre 2001 n. 448. Il comma 5 è stato interamente sostituito con una disposizione che, alla lettera c), riproducendo alla lettera le espressioni della sentenza Teckal, ammette il conferimento del servizio "a 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."; si vedano le critiche TAR Liguria, Sez. II, 27/5/2004 nn° 822 e 823: "Si esprime il dubbio che tali disposizioni non siano compatibili con i principi del Trattato UE con particolare riguardo al divieto di discriminazione, alla libera prestazione dei servizi pubblici ed alla libera concorrenza. Il Collegio condivide tale dubbio e ritiene opportuno la remissione alla Corte di giustizia ai fini di una pronuncia pregiudiziale. 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. Si riscontra un impiego sempre più frequente della detta deroga, e ciò comporta la sottrazione di aree assai ampie di attività economiche all'iniziativa imprenditoriale privata, in contrasto la stessa ragion d'essere dell'Unione Europea. Deve in primo luogo chiarirsi se l'interpretazione degli articoli del Trattato CE 12, 28, 43, 49 e 86 formulata dalla Corte di giustizia nella sentenza 7 dicembre 2000 C-324/98 in causa Teleaustria debba ritenersi operante e vincolante per il giudice nazionale anche nel caso in cui è assente un potenziale o attuale pericolo di discriminazione in base alla nazionalità. In secondo luogo, si dubita che il diritto comunitario ed in particolare gli artt.12, 28, 43, 49 e 86 del Trattato CE possano essere interpretati nel senso di consentire agli Stati membri, nel momento in cui emanano una disciplina dell'affidamento della concessioni conforme alle norme del Trattato CE suddette (come interpretate dalla Corte di giustizia nella sentenza C-324/98 Teleaustria), la possibilità di introdurre norme transitorie di salvaguardia delle concessioni affidate senza gara antecedentemente all'emanazione delle norme stesse ma successivamente al formarsi dell'indirizzo interpretativo della Corte di Giustizia. In definitiva la Sezione propone la seguente questione interpretativa: se gli artt. 12, 28, 43, 49 e 86 del Trattato CE, come interpretati dalla Corte di Giustizia nella sentenza 7 dicembre 2000 C-324/98 Teleaustria, consentano agli Stati membri, nel momento in cui si conformano agli stessi, di introdurre discipline transitorie di salvaguardia delle concessioni di servizi pubblici già affidate senza gara e di quale durata. Deve, infine, sottoporsi alla Corte di giustizia la seguente questione pregiudiziale se l'art. 86 paragrafo 2 possa essere interpretato nel senso di consentire la deroga agli artt. 12, 28, 43 e 49 del trattato CE, (come interpretati dalla Corte di giustizia nella sentenza 7 dicembre 2000 C-324/98, relativamente all'obbligo di affidamento mediante gara delle concessioni di servizio pubblico), limitatamente all'affidamento di un servizio per un periodo transitorio di durata esattamente determinata e contenuta in limiti ragionevoli, nel caso in cui la situazione concreta sottoposta al vaglio del giudice remittente presenti peculiarità tali per cui l'espletamento della gara per l'affidamento della concessione di un servizio pubblico di interesse economico generale, quale il servizio idrico integrato, possa pregiudicare la tempestiva realizzazione, attivazione e gestione del servizio stesso".

²³ Si vedano le significative indicazioni venute in proposito da TAR Puglia, Bari, sez. III, 8/9/2004 n. 885, il quale, infatti, ha rimesso gli atti alla Corte di Giustizia della Comunità Europea, ai sensi dell'art. 234 del Trattato istitutivo, ai fini della pronuncia pregiudiziale sulla compatibilità con il diritto comunitario, ed in particolare con gli obblighi di trasparenza e libera concorrenza di cui agli artt. 46, 49 e 86 del Trattato, l'art. 113 co. V, D. Lgs. nr. 267/00, come modificato dall'art. 14 D.L. nr. 269/03, nella parte in cui "non pone alcun limite alla libertà di scelta

e) i requisiti dell'affidamento "in-house" risultano, a parte quanto sopra ricordato in ordine alla necessità di specifica motivazione, peraltro, ormai definiti e ribaditi dalla più recente giurisprudenza, la quale, volta per volta, ha affermato:

"La costituzione di una società per azioni con la partecipazione maggioritaria di un Comune e la GEPI si differenzia dalla fattispecie della scelta da parte di un ente locale del socio privatistico di minoranza, in quanto la GEPI fin dalla sua istituzione ha operato con capitale pubblico. Ne consegue che in tale ipotesi si è in presenza di una società per azioni a capitale interamente pubblico, istituita per la erogazione di servizi pubblici, oggi presa in considerazione dall'art. 14 del d.l. 30 settembre 2003 n. 269, convertito nella legge 24 novembre 2003 n. 326, che ha dettato una nuova formulazione dell'art. 113 del d.lgs, n. 267 del 2000.

Va osservato, inoltre, che l'art. 14 del d.l. 30 settembre 2003 n. 269, convertito nella legge 24 novembre 2003 n. 326 ha inserito nell'art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000 un comma 15-bis, con effetto sanante delle concessioni di servizi pubblici non ad evidenza pubblica, in caso di società a capitale interamente pubblico, a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano". (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 28.06.2004 n. 4771).

Ed inoltre:

"L'amministrazione pubblica può procedere all'affidamento "in house" di un servizio ad una società mista partecipata e/o costituita dall'ente titolare del servizio in presenza di specifiche e speciali condizioni quali:

1) la dipendenza finanziaria, organizzativa e gestionale del soggetto gestore rispetto all'amministrazione aggiudicatrice e, quindi, la possibilità di un effettivo controllo dell'amministrazione sul gestore del servizio equiparabile a quello esercitabile sui propri organi;

2) lo svolgimento dell'attività economica oggetto del servizio pubblico ad un livello dimensionale tale da risultare, in via di fatto, di prevalente e circoscritto beneficio dell'autorità controllante.

dell'Amministrazione pubblica tra le diverse forme di affidamento del servizio pubblico, ed in particolare tra l'affidamento mediante procedura di gara ad evidenza pubblica e l'affidamento diretto a società da essa interamente controllata". L'oggetto del contendere, dunque, è "l'art. 14 del D.L.n. 269/03 che consente "l'affidamento in house" di determinati servizi pubblici. L'art. 14 del D.L. nr. 269/03, generalizzando tale ultima ipotesi, 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 giustifichino per l'adempimento della "missione" che le imprese affidatarie devono svolgere".

Pertanto, se la prevalenza del capitale pubblico locale nella società mista è presupposto necessario perché l'ente locale possa affidarle la gestione di un servizio pubblico, tuttavia, affinché si deroghi alla regola della gara pubblica, è necessaria altresì la sussistenza degli elementi sopraillustrati che in sostanza danno conto del fatto che il servizio non viene affidato ad un qualunque imprenditore operante sul mercato, ma, sotto l'abito formale di un soggetto terzo, ad una struttura commerciale che di fatto è un'emanazione dello stesso soggetto-amministrazione; in tal guisa, infatti, si realizza quell'affidamento "in house" ritenuto compatibile dalla Corte di giustizia con la tutela del principio fondamentale della libera concorrenza nel mercato". (TAR Toscana, Sez. II, 28/7/2004 n. 2833).

Ed infine a contrario:

"Non costituisce un soggetto "in house" e, come tale, è tenuta al rispetto della disciplina contenuta nella direttiva 92/50/CE, la Società che gode di un notevole grado d'autonomia e che non sia sottoposta, quindi, ad un penetrante controllo da parte della P.A.. Deve ritenersi che la società mista goda di un notevole grado di autonomia sia quando l'ente locale (nella specie la Provincia) possiede solo il 51% del capitale sociale, sia quando esiste la possibilità che il C.d.A. sia composto a maggioranza privata, sia in presenza di una disposizione che riserva ai soci privati la nomina dell'Amministratore delegato". (TAR Abruzzo, Sez. L'Aquila, 14/5/2004 n. 619).

Appare indispensabile, infine, con specifico riguardo al servizio idrico segnalare l'indicazione - a dire il vero più restrittiva ma nel contempo (almeno a sommosso avviso di chi scrive) più conforme al diritto comunitario - fornita dal Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio, con la Circolare del 06.12.2004 (pubblicata in G.U. n. 291 del 13 dicembre 2004), avente ad oggetto "**Affidamento in house del servizio idrico integrato**", secondo cui:

1. al modello in-house "si dovrà ricorrere soltanto in casi eccezionali e residuali, venendosi contrariamente ad eludere i principi derivanti dai trattati, in particolare le norme sulla libera circolazione dei beni e dei servizi, nonché i principi fondamentali di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza e mutuo riconoscimento, che disciplinano il mercato dei servizi. Si ricordi a tale riguardo che la stessa Commissione europea ritiene che l'inosservanza dei menzionati principi del trattato costituisca un impedimento al corretto funzionamento del mercato interno ed alla liberalizzazione degli appalti e dei servizi in cui sono in gioco importanti interessi economici".

2. è ribadito, dunque, "il carattere strettamente residuale del modello societario in house, il quale deve configurarsi **come un'opportunità residuale per gli enti locali**: malgrado la configurazione societaria che tale modello possiede, infatti, esso non rappresenta una reale esternalizzazione della gestione rispetto alla originaria competenza degli enti locali, bensì costituisce un modello organizzativo per migliorare l'efficienza e l'economicità dell'attività di gestione che gli stessi enti locali sono chiamati a svolgere".

3. "L'affidamento diretto del servizio a tale società e la contestuale esclusione dell'obbligo di gara, trova la propria giustificazione nel fatto che il conferimento del servizio, a causa di una motivata e comprovata ragione di interesse pubblico che obiettivamente escluda la

possibilita' di ricorrere alla gara, non avviene nei confronti di un soggetto giuridico sostanzialmente autonomo, bensì nei confronti di un soggetto gerarchicamente subordinato, assoggettato obbligatoriamente ad un controllo funzionale, gestionale e finanziario stringente".

4. *"La durata della societa' in house, precisata nell'atto di affidamento, dovrà essere motivata e obbligatoriamente limitata al tempo necessario per il superamento degli impedimenti all'effettiva messa in concorrenza del servizio, da attuarsi mediante la concessione a terzi, ovvero all'affidamento diretto a societa' a capitale misto pubblico-privato previa individuazione del socio privato mediante procedimento di gara europea. In virtu' di cio', e' obbligatorio che l'atto costitutivo e lo statuto prevedano che la societa' sia dotata di un'autonomia finanziaria e decisionale limitata e preventivamente circoscritta. In particolare, le deliberazioni concernenti l'amministrazione straordinaria e quelle di determinante rilievo per l'attivita' sociale, quali il bilancio, la relazione program-matica, l'organigramma, il piano degli investimenti, il piano di sviluppo ed equivalenti, dovranno essere approvati dagli enti locali partecipanti alla societa'. Gli amministratori ed il direttore della S.p.a. saranno nominati direttamente dagli enti locali proprietari, conformemente, del resto, alle previsioni in materia dettate dagli articoli del codice civile".*

5. *"Alla societa' in house dovranno partecipare esclusivamente enti locali, trattandosi di una societa' di scopo con peculiari caratteristiche. Essa non potra' essere partecipata da societa' a partecipazione pubblica, neppure totale, così come da consorzi intercomunali o, qualora ancora esistenti, da aziende speciali. Non risulta, infatti, che la partecipazione indiretta degli enti locali sia ammissibile in base ai principi comunitari, ne' che sia funzionale allo scopo della gestione in house. Come affermato nel dettato normativo, dovendo la societa' realizzare la parte piu' importante della propria attivita' con l'ente o gli enti pubblici che la controllano, la societa' dovrà essere partecipata da tutti gli enti locali facenti parte dell'ambito territoriale ottimale".*

6. *"La societa' a totale capitale pubblico che riceve l'affidamento del servizio in house e' una societa' di scopo strettamente interdipendente dall'ambito territoriale nel quale svolge il proprio servizio. La societa' non potra' quindi operare al di fuori del proprio ambito territoriale ottimale, perche' finalizzata unicamente alla gestione del servizio idrico integrato in quel determinato territorio. Cio' dovrà essere espressamente previsto dallo statuto".*

7. *"Nelle ipotesi in cui sia stata scelta la modalita' di affidamento prevista dal comma 5 dell'art. 35 della legge n. 448 del 2001, essa - in luogo della cessazione entro e non oltre la data del 31 dicembre 2006, senza necessita' di apposita deliberazione dell'ente d'ambito, stabilita nel comma 15-bis del novato art. 113 del testo unico n. 267/2000 - puo' considerarsi assimilata all'ipotesi di gestione in house solo nel caso in cui tale societa' presenti rigorosamente i requisiti e le caratteristiche formali e sostanziali sopra elencati".*

f) il soggetto pubblico affidante, pertanto, in esercizio della propria capacità generale di diritto comune²⁴, nel momento di costituzione della società ed

²⁴ Sul tema della ormai riconosciuta generalmente capacità generale di diritto comune degli EE.LL. con specifico riferimento allo strumento societario si vedano: Consiglio di Stato, Sez. V, 14/12/1988 n. 818: "Osserva la Sezione che, in ordine alla costituzione di società per azioni per iniziativa di soggetti pubblici, questo Consiglio ha affermato i seguenti principi: a) in via generale gli enti

pubblici e, tra essi, i Comuni, hanno una capacità di diritto privato e quindi di porre in essere negozi giuridici; possono così, in particolare, legittimamente promuovere la costituzione di società per azioni e/o assumervi partecipazioni azionarie al fine di affidare ad esse, in concessione, un determinato servizio di propria pertinenza (v. Cons. Stato, VI Sez. 25 maggio 1979 n° 384; sul punto cfr. anche Corte dei conti, sez. controllo, 22 luglio 1986, n° 1883); b) in concreto la capacità negoziale di cui trattasi incontra limiti che possono derivare dalla natura dell'ente, dal tipo di funzioni ad esso assegnate, dalla volontà del legislatore ecc.. Peraltro, la capacità negoziale (ivi compresa quella di costituire società per azioni per fini istituzionali) ha carattere generale e non può essere esclusa, salvo specifiche disposizioni, neppure per quelle attività di pertinenza comunale, per le quali la legge indica, come nella specie, i relativi sistemi di gestione (oltre al T.U. n° 2578 del 1925, cfr. per il trasporto pubblico locale gli artt. 4 e 7 L. 10 aprile 1981 n° 151)"; cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 12/3/1990 n° 374: "E' stato al contrario notato, in tempi più recenti, che poiché la capacità dell'ente pubblico si ricollega alla qualità di soggetto giuridico, cioè alla potenziale destinatarietà degli effetti giuridici di un ordinamento, da ciò non può che derivare una pienezza di capacità, con la conseguente possibilità da parte dell'ente di far ricorso, in via tendenziale, a tutti i mezzi possibili per raggiungere i propri scopi. Ne deriva, pertanto, un capovolgimento dell'impostazione teorica sopra detta, con la conseguente negazione, in via generale, di limitazioni alla capacità delle persone giuridiche pubbliche e la necessità che tali limiti, lungi dal derivare da argomentazioni presuntive, traggano esclusivo fondamento nel diritto positivo. Sul piano teleologico tali conclusioni vanno ribadite poi, a maggior ragione, nel caso di un ente pubblico territoriale, là dove, atteso che si tratta di ente che può prefiggersi tutti gli scopi idonei a soddisfare gli interessi della collettività, non può certamente porsi un problema di "incapacità speciale", cioè di una inidoneità in astratto al compimento di determinati atti, ma, semmai, di una concreta inettitudine dell'attività a soddisfare in maniera diretta le esigenze della collettività (Cons. Stato, sez. VI, n° 1291 del 1988 e n° 721 del 1989). Osserva, pertanto, il collegio come non possa invero più dubitarsi della possibilità, in via generale, per gli enti locali territoriali, di assumere partecipazioni azionarie e di costituire società per azioni"; Consiglio di Stato, Sez. I, 1/2/1985 n. 130: "A tale proposito può notarsi, innanzitutto, che da tempo nel nostro ordinamento è riconosciuta una capacità di diritto privato dei comuni. Infatti: già nel codice di commercio del 1882, all'art. 7, era previsto che i comuni, oltrechè lo Stato e le province, potessero compiere "atti di commercio". Nell'art. 2 c.c. del 1865, inoltre, era riconosciuta espressamente ai medesimi enti "la capacità di diritto privato". In seguito, il t.u. comunale e provinciale 3 marzo 1934 n° 383, rielaborando alcune analoghe norme del t.u. del 1915 n° 148, ha espressamente previsto agli art. 98, n° 4, 99, n° 3, 100, n° 3, 101, n° 2 e 149, n° 3, tutt'ora vigente, la possibilità per i comuni e le province di acquistare e vendere - e dunque anche di sottoscrivere - "azioni industriali". Anche questo Consiglio di Stato ha riconosciuto, in alcune pronunce, la sussistenza di una capacità di diritto privato dei comuni, in specie manifestatosi nella possibilità di detenere quote azionarie di società destinate a svolgere servizi pubblici municipalizzabili. Con i pareri di questa I sezione del 6 marzo 1956, n° 373 e della II sezione del 24 ottobre 1984, n° 1436, si è ammessa la possibilità per il comune di partecipare al capitale o di promuovere la costituzione di società per azioni, cui partecipi almeno un altro soggetto, al fine di affidare a tale società in concessione un determinato servizio pubblico locale"; Corte di Cassazione, 6/11/1976 n. 4038: "Il tema di fondo da risolvere attiene, quindi, alla capacità giuridica di un ente comunale di partecipare ad una società per azioni e di essere investito del diritto di voto. Esso involge il fenomeno generale delle partecipazioni sociali (azionarie) degli enti pubblici, ed in particolare delle partecipazioni in società private dello Stato e delle collettività pubbliche locali, entrato, per quanto riguarda il primo, nella realtà sociale e giuridica e risalente (storicamente), in ordine alle seconde, alle prime forme di erogazione di servizi pubblici vale a dire alle imprese erogatrici di servizi d'interesse pubblico (gas, elettricità, mezzi di trasporto). E, costituendo l'azionariato dei pubblici poteri (ricorrente in imprese funzionalmente diverse tra loro, operanti in posizione concorrenziale o monopolistica) uno strumento di partecipazione e di gestione con finalità di mero investimento e di reddito o a scopo di controllo (consentente quest'ultimo, soprattutto allo Stato, una particolare direttiva in ordine alla dirigenza gestoria di complessi economici, incidenti sul processo produttivo), va esaminato, in un'ottica non soltanto meramente patrimoniale, ma anche propulsivo di attività imprenditoriale, per il conseguimento di fini d'interesse generale, il profilo se anche un ente comunale possa assumere qualità e veste di socio di una società per azioni. Ai fini della disamina di esso, occorre muovere, oltre che dal

organizzazione della "governance" della stessa (anche ai fini di un inserimento in un contesto di gruppo con a capo una holding²⁵), dovrà pertanto, muoversi entro i limiti descritti sub e), quanto all'affidamento "in house" di cui alla lettera c) dell'Art. 113;

f) lo stesso soggetto pubblico affidante, in tutte le ipotesi sopra considerate di cui al comma 5° del D.Lgs. n° 267/2000, conserva, invece, la "proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinati all'esercizio dei servizi"²⁶, salvo il ricorso, residuale, alle ipotesi di ulteriore costituzione di società per la gestione di tali dotazioni di cui ai commi 4° e 13° dello stesso Art. 113 del D.Lgs. n° 267/2000²⁷.

principio (fissato nel codice ed esplicitamente affermato nella relazione) dell'irrilevanza della persona dell'azionista nella organizzazione della società per azioni, dai dati normativi, aventi ad oggetto il fenomeno della partecipazione dello Stato e degli altri enti pubblici al capitale di una società per azioni, e riguardanti la cosiddetta impresa mista (pubblica e privata) informata a criteri ispirantisi ai principi di redditività e di socialità caratterizzanti l'impresa moderna (primo fra tutti l'Art. 2458 Cod. Civ. ed oggi anche il T.U. per le Autonomie Locali ed in precedenza la c.d. "Legge Comunale e Provinciale di cui al R.D.L. n° 383/34)".

²⁵ Si veda Consiglio di Stato, Sez. V, 24/9/2001 n. 5004, per il quale non costituisce forma o veicolo di lesione alcuna di interessi o diritti tutelabili "la costituzione di società holding, di indirizzo, coordinamento e controllo di istituende società operative di scopo e aliena dall'espletamento dei servizi operativi in precedenza esperiti, che avrebbero dovuto essere dalla stessa direttamente affidati alle dette società di scopo, in vista dell'attuazione di un complesso disegno in virtù del quale i comuni dell'ATO avrebbero avviato la formazione di un "gruppo" societario in cui la società holding, dagli stessi controllata quasi interamente nel capitale sociale, avrebbe proceduto alla costituzione, tra le altre, della società di scopo indirettamente controllata attraverso la detta holding dai Comuni medesimi per lo svolgimento del servizio idrico integrato, per poi procedere all'affidamento alla società stessa ditale servizio ". Si veda contra TAR Toscana, sezione I, 15 gennaio 2001, n. 25.

²⁶ Si noti però il Comitato per la vigilanza sull'uso delle risorse idriche, 28.11.2002 n° 1219, secondo cui "Per i servizi idrici la disciplina di settore è rappresentata dalla legge 5 gennaio 1994, n. 36, la quale, all'art. 12 stabilisce che "le opere, gli impianti e le canalizzazioni relative ai servizi [idrici], di proprietà degli enti locali, salvo diverse disposizioni delle Convenzioni, sono affidati in concessione al soggetto gestore del servizio idrico integrato, il quale ne assume i relativi oneri nei termini previsti dalla convenzione e dal relativo disciplinare".Risulta pertanto chiaro, dal combinato disposto delle due normative, che per il Servizio Idrico Integrato non si dà luogo alla separazione della gestione delle reti da quella di erogazione del servizio. D'altra parte nella fattispecie dei servizi di acquedotto, fognatura e depurazione, che confluiscono nel Servizi Idrico Integrato, l'attività di gestione delle reti e degli impianti si sovrappone e si integra, fino ad essere noi attività sola con quella di produzione, conduzione ed erogazione dei servizi stessi. Tant'è che la parte più rilevante e prevalente dell'attività di gestione del Servizi Idrico Integrato, oggetto della competizione concorrenziale in cui su. sostanzia la gara per il suo affidamento, è rappresentata dalla realizzazione degli interventi di estensione, adeguamento e manutenzione, ordinaria e straordinaria, proprio delle reti e dagli impianti, così come previsti dal Piano d'Ambito".

²⁷ E' forse il caso di precisare che, comunque, l'ipotesi di affidamento dell'impianto è concettualmente distinta da quella relativa alla sua realizzazione, la quale ovviamente segue i principi e criteri propri dell'affidamento di lavori pubblici. Si veda, in proposito, TAR Molise, 30/8/2002 n. 724, secondo cui "Ai sensi dell'articolo 19, secondo comma, l. 109 del 1994 (nel testo risultante dalle modifiche di cui alla legge 18 novembre 1998 n. 415), a cui rinvia l'articolo 37 bis della medesima legge, "le concessioni di lavori pubblici sono contratti "aventi ad oggetto " l'esecuzione dei lavori pubblici" nonché la loro gestione funzionale ed economica. La controprestazione a favore del

3.5. Il modello “*in-house providing*” quale punto di confluenza (e crisi) delle istanze interne alla preservazione della stabile presenza pubblica nella gestione del servizio: le recenti indicazioni della giurisprudenza comunitaria (“*Parking Brixen GmbH*”) e le indicazioni della AGCM.

Si è detto sopra come la stessa giurisprudenza amministrativa interna abbia immediatamente rilevato i profili problematici dell’indiscriminato ricorso al modello del c.d. “*in-house providing*” da parte dei soggetti pubblici titolari del potere di affidamento del servizio. Si vedano in particolare:

- le ordinanze di rimessione ex Art. 234 Trattato CE del **T.A.R. Liguria, Sez. II, 27.05.2004, nn° 822 e 823**, secondo cui “*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. Si riscontra un impiego sempre più frequente della detta deroga, e ciò comporta la sottrazione di aree assai ampie di attività economiche all'iniziativa imprenditoriale privata, in contrasto la stessa ragion d'essere dell'Unione Europea*”.

- l’analoga ordinanza di rimessione ex Art. 234 Trattato CE del **T.A.R. Liguria, Bari, Sez. III, 08.09.2004 n° 885**, secondo cui “*l'art. 14 del D.L.n. 269/03 che consente "l'affidamento in house" di determinati servizi pubblici, generalizzando tale ultima ipotesi, 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*”.

3.5.1. Il punto cruciale dell’inadeguatezza della scelta del Legislatore italiano risiede nella assoluta incompatibilità del modello c.d. “*in-house providing*” rispetto a qualsivoglia iniziativa di impresa, intendendo per impresa qualsivoglia attività di produzione o scambio di servizi “*orientata al mercato*”²⁸.

concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati”. Nel caso in esame, l'affidamento di impianti di distribuzione di gas naturale non può essere ricompreso all'interno della fattispecie normativa, che prevede la esecuzione dei lavori ed "unicamente" la gestione dei medesimi, eventualmente accompagnata da un corrispettivo determinato, mentre la gestione dell'intera preesistente rete comunale, affidata alla controinteressata, è una "controprestazione" che non presenta alcun visibile collegamento con la realizzazione dei lavori. L'obbligo, posto a carico del concessionario, di procedere alla revisione generale dell'impianto e di effettuare tutti gli interventi per mantenerlo perfettamente idoneo allo scopo (art. 4) è evidentemente funzionale alla gestione della rete, il che conferma che l'intenzione delle parti era diretta all'affidamento del servizio piuttosto che all'esecuzione di lavori di potenziamento”.

²⁸ Cfr. sul punto C-118/85 del 16.06.1987 (par. 3 della motivazione).

Il soggetto “in-house” non è mai soggetto orientato al mercato poiché è orientato esclusivamente al perseguimento ed alla attuazione delle direttive del soggetto pubblico al cui controllo è sottoposto ed in favore del quale presta ed eroga il servizio.

La recente indicazione della Corte di Giustizia²⁹ - resa nell’ambito di una controversia in-sorta sull’affidamento del servizio di parcheggio tra il Comune e società per azioni appositamente dallo stesso costituita all’esito della trasformazione della precedente azienda munici-palizzata - è inequivocabile entro tale prospettiva.

La Corte³⁰, infatti, muovendo proprio dai principi elaborati in occasione della sentenza “Teckal”, ha ribadito come l’applicazione delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici o di concessioni di pubblici servizi possa essere esclusa **solamente** “nel caso in cui un’autorità pubblica svolga i compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza far ricorso ad entità esterne (v., in questo senso, sentenza Stadt Halle et RPL Lochau, cit., punto 48)” (par. 61), aggiungendo che “di conseguenza, nel settore delle concessioni di pubblici servizi, l’applicazione delle regole enunciate agli artt. 12 CE, 43 CE e 49 CE nonché dei principi generali di cui esse costituiscono la specifica espressione è esclusa se, allo stesso tempo, il controllo esercitato sull’ente concessionario dall’autorità pubblica concedente è analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e se il detto ente realizzata la maggior parte della sua attività con l’autorità detentrica” (par. 62).

“Trattandosi di un’eccezione alle regole generali del diritto comunitario” - ha proseguito la Corte (par. 63) - “le due condizioni enunciate al punto precedente **debbono formare oggetto di un’interpretazione restrittiva** e l’onere di dimostrare l’effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano la deroga a quelle regole grava su colui che intenda avvalersene (v. sentenza Stadt Halle e RPL Lochau, cit., punto 46)”.

Accuratamente esaminati gli elementi costitutivi della fattispecie concreta sottoposta al proprio esame³¹, pertanto, la Corte di Giustizia è giunta alla conclusione secondo cui

²⁹ C-458/03 del 13.10.2005 “Parking Brixen GmbH”

³⁰ cfr. C-458/03 “Parking Brixen GmbH”, cit.

³¹ Sembra significativo - proprio rispetto alla sequenza argomentativa scelta dalla Corte - richiamare i passaggi salienti dell’indagine condotta in sentenza ai fini della verifica della sussistenza del requisito del “controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi”. Osserva la Corte che: “**65.** Tale valutazione deve tener conto di tutte le disposizioni normative e delle circostanze pertinenti. Da quest’esame deve risultare che l’ente concessionario in questione è soggetto ad un controllo che consente all’autorità pubblica concedente di influenzarne le decisioni. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti. **66.** Dalla decisione di rinvio si ricava che, in virtù dell’art. 1 dello statuto dell’azienda speciale Servizi Municipalizzati Bressanone, questa costituiva un ente del comune preposto specificamente all’esercizio unitario e integrato dei servizi pubblici locali. Il Consiglio comunale determinava gli indirizzi generali, conferiva il capitale di dotazione, provvedeva alla copertura di eventuali costi sociali, controllava i risultati della gestione ed esercitava la vigilanza strategica, assicurando all’azienda la necessaria autonomia imprenditoriale. **67. La ASM Bressanone Spa ha invece acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo del comune. In questo senso militano: a) la trasformazione della Servizi Municipalizzati Bressanone -azienda speciale del comune di Bressanone - in una società per azioni (ASM Bressanone Spa) e la natura di questo tipo di società; b) l’ampliamento dell’oggetto sociale, giacché**

*“gli artt. 43 CE e 49 CE nonché i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza devono essere interpretati nel senso che **ostano a che un'autorità pubblica attribuisca, senza svolgimento di pubblica gara, una concessione di pubblici servizi a una società per azioni nata dalla trasformazione di un'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 termine 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**”³².*

*E' significativo che i Giudici comunitari nel riscontrare l'assenza del requisito del “controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi” abbiano segnalato come “**il controllo esercitato dal comune è in pratica limitato a quei provvedimenti consentiti ai sensi del diritto societario alla maggioranza dei soci, riducendo così sensibilmente il rapporto di dipendenza che esisteva tra il comune e l'azienda speciale Servizi Municipalizzati Bressanone, soprattutto alla luce degli ampi poteri di cui dispone il Consiglio di amministrazione**”³³.*

*la società ha cominciato ad operare in nuovi importanti settori, in particolare quelli del trasporto di persone e merci, dell'informatica e delle telecomunicazioni. Si deve rilevare che la società ha conservato la vasta gamma di attività precedentemente esercitate dall'azienda speciale, tra cui quella di adduzione dell'acqua e di depurazione delle acque reflue, di fornitura di calore ed energia, di smaltimento dei rifiuti e di costruzione di strade; c) l'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali; d) l'espansione territoriale delle attività della società a tutta l'Italia e all'estero; e) i considerevoli poteri conferiti al Consiglio di amministrazione, senza che in pratica venga esercitato alcun controllo gestionale da parte del comune. 68. Concretamente, per quanto riguarda i poteri conferiti al detto Consiglio di amministrazione, dalla decisione di rinvio risulta che lo statuto della ASM Bressanone Spa, in particolare l'art. 18, affidano a tale organo ampi poteri di gestione della società, poiché dispone della facoltà di adottare tutti gli atti ritenuti necessari per il conseguimento dell'oggetto sociale. Inoltre, il potere, previsto al detto art. 18, di rilasciare garanzie fino al limite di EUR 5 000 000 o di realizzare altre operazioni senza il previo accordo dell'assemblea dei soci indica che tale società dispone di un'ampia autonomia nei confronti dei suoi azionisti. 69. La decisione di rinvio indica altresì che il comune di Bressanone ha la facoltà di designare la maggioranza dei membri del Consiglio di amministrazione della ASM Bressanone Spa. **Tuttavia, il giudice del rinvio sottolinea che il controllo esercitato dal comune è in pratica limitato a quei provvedimenti consentiti ai sensi del diritto societario alla maggioranza dei soci, riducendo così sensibilmente il rapporto di dipendenza che esisteva 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.** 70. Allorché un ente concessionario fruisce di un margine di autonomia caratterizzato da elementi come quelli messi in rilievo ai punti 67 69 della presente sentenza, è escluso che l'autorità pubblica concedente eserciti sull'ente concessionario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. 71. Pertanto, senza che sia necessario verificare se l'ente concessionario realizzi la parte essenziale della sua attività con l'autorità pubblica concedente, l'attribuzione di una concessione di pubblici servizi da parte di un'autorità pubblica a un simile ente non può essere considerata un'operazione interna a quell'autorità, a cui le norme comunitarie sono inapplicabili”.*

³² cfr. C-458/03 “Parking Brixen GmbH”, cit., par. 72.

³³ cfr. C-458/03 “Parking Brixen GmbH”, cit., par. 69.

Se a tale considerazione si aggiunge poi quella ulteriore secondo cui le indicazioni interna-zionali sulla corretta costruzione dei sistemi di amministrazione e controllo³⁴ delle imprese pubbliche enfatizzano, tra gli obiettivi primari, l'autonomia ed indipendenza del management, ci si avvede come la istituzionalizzazione del modello c.d. *"in-house providing"* nelle forme della società per azioni costituisca una vera e propria **contraddizione in termini** sia rispetto allo stretto diritto positivo vigente³⁵ sia rispetto all'obiettivo legislativo di separare la gestione del servizio dalla titolarità (e regolazione) dello stesso da parte dell'autorità pubblica (locale o meno) del settore.

Si dirà che forme più stringenti di controllo tra socio pubblico ed amministratori sono realizzabili mediante il ricorso al tipo societario della s.r.l., vale a dire di quel tipo societario massimamente destrutturato quanto alla soglia della disciplina legale inderogabile e che, corrispondentemente, fornisce all'autonomia contrattuale della parti massima ampiezza di manovra nella definizione dei rapporti tra gli organi sociali.

Francamente - tenuto conto della innegabile quanto insopprimibile inerenza di interessi pubblici all'attività di erogazione di servizi di interesse generale e della connessa esigenza di trasparenza nei momenti organizzativi e funzionali dei soggetti preposti - la soluzione di ri-durre il modello istituzionale della gestione del servizio ad una s.r.l. che replichi gli assetti istituzionali interni dell'ente locale o dell'Autorità di Ambito appare tanto insoddisfacente quanto deludente³⁶, rivelando come il modello *"in-house"*, pur rappresentando il punto di confluenza di tutte le istanze alla preservazione stabile del ruolo pubblico nella gestione, costituisca, altresì, il punto di crisi dell'odierno sistema della gestione dei servizi di pubblica utilità.

3.5.2. La Autorità Garante per la Concorrenza e per il Mercato - tornando ad oltre tre anni di distanza sul tema³⁷ - ha recentemente avuto occasione³⁸ di precisare la

³⁴ Cfr. Memorandum on SOE (State Owned Enterprises) Corporate Governance, OECD, April 2005.

³⁵ Si vedano gli Artt. 2380-bis, 2409-novies, 2409-septiesdecies Cod. Civ. secondo cui *"la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori"* nel modello ordinario, *"al consiglio di gestione"* nel modello dualistico, *"al consiglio di amministrazione"* nel sistema monistico. Impropri sembrano infine - rispetto ai caratteri del **"controllo"** così come richiesto dalla giurisprudenza comunitaria - i richiami ai vincoli di direzione e controllo nel fenomeno dei c.d. *"gruppi societari"* ex Artt. 2497 e segg. Cod. Civ.. La dinamica del rapporto di gruppo non può mai spingersi, infatti, sino alla riduzione dell'autonomia dell'organo amministrativo della controllata, salvo voler configurare momenti patologici del fenomeno.

³⁶ Molto meglio allora - e sicuramente più coerente rispetto all'esigenza di una stabile presenza pubblica di diretta promanazione degli Enti Locali - il modello della azienda municipalizzata o speciale anche in forma consortile di cui al previgente D.P.R. n° 902/86.

³⁷ Si veda AGCM Segnalazione AS266 del 07.08.2003 (*"Normativa di settore dei servizi idrici"*), con la quale l'Autorità prendeva atto *"dell'attuazione non uniforme, sul territorio nazionale, della riforma avviata dalla legge n. 36/94, sia per quel che riguarda gli adempimenti organizzativi da parte degli Enti e soggetti competenti, sia rispetto ai criteri di selezione dei gestori dei Servizi Idrici, con frequente elusione del ricorso all'esperimento di gare. L'Autorità, tenuto conto dell'importanza dei Servizi Idrici sotto il profilo della pubblica utilità e della promozione, attraverso gli stessi, della necessaria coesione sociale e territoriale"* [Cfr. Comunicazione della Commissione su i servizi d'interesse generale in Europa, 19 gennaio 2001, pubblicata in GUCE 2001/C17/04.], con il conseguente riconoscimento di una caratteristica di *doverosità sociale* alla loro erogazione, sottolinea come la riforma delineata nella predetta

portata del modello “in-house” alla luce delle indicazioni giurisprudenziali sopra richiamate.

L'Autorità ha osservato, infatti, che “il diritto comunitario e nazionale prevedono **solo in via eccezionale la possibilità di derogare alla regola della gara attraverso affidamenti diretti**. L'Autorità, quindi, richiama la necessità, per gli enti locali che intendano procedere all'affidamento dei servizi secondo **la modalità c.d. in house**, di motivare sempre e con chiarezza l'effettivo sussistere delle circostanze giustificanti l'opportunità di tale affidamento. A tale ultimo proposito, si richiama espressa-mente quanto chiarito da una recente sentenza della Corte di Giustizia (prima sezione, 11 gennaio 2005, Stadt Halle e RPL Recyclingpark Lochau GmbH contro Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, causa C-26/03³⁹) relativa all'affidamento di contratti a titolo oneroso per servizi rientranti nell'ambito di applicazione *ratione materiae* della normativa in materia di appalti, ove **la legittimità dell'affidamento in house viene circoscritta in termini assai rigorosi e, più in particolare, al solo caso in cui l'affidatario sia un'effettiva articolazione dell'ente pub-blico svolgente la sua attività a favore del medesimo.**”⁴⁰.

La stessa AGCM ha, quindi, concluso, raccomandando “il rispetto rigoroso dei principi generali del diritto comunitario e nazionale come sopra rappresentati, nonché un'interpretazione restrittiva delle eccezioni introdotte nell'articolo 113 del decreto legislativo n. 267/2000”⁴¹.

4. I profili critici del quadro istituzionale per la regolazione.

L'intervento regolativo pubblico – ulteriore dunque rispetto alla sola salvaguardia del pro-cesso competitivo nel mercato ed anzi preordinato alla correzione

legge persegua una regolazione del settore compatibile, nel suo complesso, con i principi della concorrenza. È necessario, però, che alla concorrenza sia riconosciuta la dovuta tutela anche nel processo di riorganizzazione in corso, in particolar modo attraverso la scelta di corrette modalità di affidamento della gestione dei Servizi Idrici. **Sotto il profilo della tutela della concorrenza, essendo tali servizi, almeno in parte, monopoli naturali, l'unica forma di concorrenza ammissibile è rappresentata dalla c.d. concorrenza per il mercato, che si realizza attraverso il confronto tra più operatori nell'ambito di procedure di gara per l'affidamento degli stessi servizi. Una concorrenza per il mercato appare, in tali casi, idonea a consentire un corretto confronto tra gli aspiranti gestori e a garantire che le funzioni assegnate siano svolte con minori costi o, a parità di costi, con maggiori benefici per la comunità. Con riferimento alla disciplina organizzativa della gestione, l'Autorità auspica che la durata delle concessioni dei Servizi Idrici risulti sempre strettamente proporzionale e mai superiore ai tempi di recupero degli investimenti effettuati da parte del gestore, al fine di evitare l'instaurarsi di situazioni di monopolio da cui derivino ingiustificate rendite di posizione.** A tale proposito, l'Autorità rileva, tra l'altro, come il mantenimento di concessioni anche di lunga durata, disposto dall'articolo 10, comma 3 della legge n. 36/94, costituisca un ostacolo alla realizzazione, in tempi brevi, di una riorganizzazione uniforme in senso pro-concorrenziale dei Servizi Idrici sull'intero territorio nazionale”.

³⁸ AGCM Segnalazione AS3111 del 19.09.2005 (“Modalità di affidamento della gestione di servizi pubblici locali”).

³⁹ Vedi sopra sub par. 2.3. del presente paper.

⁴⁰ AGCM Segnalazione AS3111 del 19.09.2005, cit.

⁴¹ AGCM Segnalazione AS3111 del 19.09.2005, cit.

dell'incapacità del mercato di assicurare l'utilità desiderata – avviene all'interno di un quadro istituzionale così caratterizzato:

a) i soggetti pubblici preposti alla regolazione – i cui compiti precipui dovrebbero essere di analisi e valutazione dei fattori strutturali del mercato non competitivo (appunto perché sottratto al processo competitivo a fronte dell'inadeguatezza dello stesso ad assicurare l'utilità desiderata) nonché di imposizione di congrui rimedi strutturali all'esito di tale analisi – sembrano carenti di poteri effettivi nei confronti degli operatori spesso forti di un quadro normativo a loro stessi favorevole e, talvolta, addirittura titolari di un potere di condizionamento (attraverso gli EE.LL. proprietari) del regolatore nelle assemblee di A.T.O.;

b) analogamente carente appare il requisito di indipendenza del soggetto regolatore sia rispetto agli operatori sia rispetto agli altri soggetti pubblici del settore (basti pensare alle discipline normative regionali in materia di acqua, rifiuti e trasporti dove le cosiddette Autorità di Ambito si presentano come sedi di concertazione stabile tra gli Enti Locali esponenziali del Territorio i quali a loro volta sono i *"proprietari diretti"* dei soggetti *"regolati"* dall'Autorità), in-generando legittime perplessità circa la possibilità di una regolazione effettivamente orientata al conseguimento del beneficio dell'utente finale del servizio piuttosto che ad una regolazione assai *"amichevole"* verso gli operatori;

c) i medesimi soggetti preposti alla regolazione inoltre – ed ancora una volta con specifico riferimento alle vicende dei servizi locali – rivelano una carente dotazione di mezzi, personale e conoscenze idonee⁴² a contraddire adeguatamente con gli operatori, riversando inevitabilmente le conseguenze delle relative *"asimmetrie informative"* sui consumatori ultimi in termini di non goduti possibili benefici sulla base di una accorta attività regolativa;

d) lo stesso quadro complessivo delle disposizioni frutto di regolazione appare assai poco stabile e certo, in quanto frequentemente toccato da innovazioni normative di rango primario sia da parte del Legislatore statale (sono note le apprensioni degli operatori alla vigilia di ogni Legge Finanziaria salvo per coloro, non pochi, che dispongono di adeguati mezzi di influenza) sia da parte del Legislatore regionale;

⁴² Forme di coordinamento tra le Autorità pubbliche territoriali, d'altra parte, sembrano non solo opportune ma talvolta addirittura necessarie, a partire da quelle tra le Regioni ogniquale volta la dimensione geografica del bacino imponga un esame contestuale degli interessi coinvolti. Si veda, sul punto, C. Cost. sentenza 06.04.2005 n° 133, secondo cui *"Le concessioni di derivazioni di acqua pubblica che interessano il territorio di più Regioni devono essere rilasciate d'intesa tra le Regioni coinvolte"* ed inoltre *"non spetta in via esclusiva ad una Provincia l'esercizio delle funzioni relative alle concessioni di derivazioni di acqua pubblica quando interessino, oltre alla Provincia, anche altre Regioni, nonché delle funzioni relative alla determinazione dei canoni di concessione e all'introito dei relativi proventi, in difetto della necessaria previa intesa di cui all'art. 89, comma 2, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112 (Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59). Si tratta di una norma che risponde ad esigenze unitarie ed al principio di leale collaborazione, e che certamente è applicabile ai rapporti, non solo tra Regioni ordinarie, ma anche tra Regioni ordinarie e Regioni a statuto speciale"*.

e) la disciplina costituzionale esito della riforma del Titolo V - devolvendo alla competenza esclusiva dello Stato la materia della "concorrenza" non ancora stabilmente definita dalla giurisprudenza costituzionale nella sua estensione - lascia margini di incertezza ancora eccessivi sulla effettiva praticabilità (*recte*: legittimità) degli interventi legislativi con finalità di regolazione da parte delle Regioni. D'altra parte, la stessa Corte Costituzionale - nel momento in cui, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'Art. 113 comma 7° del D. Lgs. n° 267/2000, ha osservato che "l'estremo dettaglio nell'indicazione di criteri" (quelli appunto di aggiudicazione della gara per l'affidamento del servizio) da parte della norma statale "pone in essere una illegittima compressione dell'autonomia regionale, poiché risulta ingiustificato e non proporzionato rispetto all'obiettivo della tutela della concorrenza l'intervento legislativo statale"⁴³ - riconosce l'esistenza di spazi regolativi devoluti alla potestà legislativa regionale, tali da poter incidere sul dettaglio normativo della disciplina dell'affidamento del servizio nonché della gestione dello stesso, rivelando le inevitabili sensibilità particolari del singolo Legislatore regionale (a partire da quelle tradizionali sul costante *trade-off* tra efficienza economica dell'affidamento e tutela degli standards di prestazione del servizio).

Lo scenario che emerge dalla sintetica rassegna è dunque quello, da un lato, di deficit della capacità di regolazione pubblica a fronte del solido posizionamento sul mercato di operatori titolari di diritti speciali o di esclusiva e, dall'altro, di generale incertezza e volatilità dello stesso quadro di regolazione adottato.

5. Considerazioni conclusive.

L'esperienza italiana - almeno così come sin qui maturata e sopra brevemente rappresentata - sembra comunque indicare le aree di possibile intervento sia per una maggiore competitività del sistema sia per interventi regolativi più efficaci. In particolare:

a) ridurre gli ambiti di applicazione - oggi troppo estesi - dei diritti speciali od esclusivi attraverso una più rigorosa applicazione (anche in via giurisdizionale) dei principi di concorrenza così come risultanti dai criteri per il "test" di proporzionalità elaborati dalla giurisprudenza comunitaria ex Art. 86 Trattato CE;

b) ampliare il ricorso a meccanismi competitivi (gare o comunque procedure di valutazione comparativa) per l'attribuzione dei diritti speciali od esclusivi laddove effettivamente necessari all'esito dello scrutinio predetto;

c) potenziare la capacità di intervento dei soggetti pubblici preposti alla regolazione ai fini di imposizione di rimedi strutturali e, quanto all'Autorità Garante per la Concorrenza, rafforzare - oltre l'odierna facoltà di "segnalazione" - i poteri di "denuncia" e "contrasto" rispetto ad iniziative (anche pubbliche) di restrizione ingiustificata del processo competitivo;

⁴³ Cfr. C. Cost. Sentenza 27.07.2004 n° 272.

d) definire più precisamente il riparto di potestà legislative tra Stato e Regioni nel rapporto tra regolazione e concorrenza.

e) accompagnare la riduzione dei diritti speciali e di esclusiva e la generalizzazione dell'obbligo di procedure di evidenza pubblica per l'aggiudicazione degli stessi così ridimensionati con misure di premio ed incentivazione delle aggregazioni delle imprese pubbliche locali più incisive rispetto a quelle sin adottate.

La resistenza degli EE.LL. ai processi di liberalizzazione - al di là dell'espedito retorico della salvaguardia dell'interesse del cittadino al servizio contro la liberalizzazione sempre "*sel-vaggia e sfrenata*" - è, fondamentalmente, determinata dal timore di (dis)perdere il "*valore*", co-stituito dalla propria impresa pubblica locale controllata e conseguito attraverso impiego di ri-sorse (talvolta ingenti) dello stesso Ente Locale nell'arco del tempo.

Sembra, dunque, necessario porre in essere strategie di persuasione nei confronti delle Auto-nomie Territoriali in ordine al fatto che l'effettiva liberalizzazione dei servizi non equivale necessariamente alla scomparsa dei "*campioni*" locali ma che, anzi, appropriate iniziative di concentrazione, possono dare nuovo futuro e nuovo valore alla originaria impresa pubblica ex municipalizzata;

f) sostenere - magari mediante apposite *Unità Tecniche* costituite presso le Regioni - la professionalizzazione e preparazione delle strutture amministrative preposte al confronto con gli operatori economici con finalità *latu sensu* regolative (come ad esempio la predisposizione di un bando ovvero la redazione di un contratto di servizio).

In ultima analisi, i rimedi sopra prospettati intendono convergere verso un duplice obiettivo:

1) la salvaguardia ed anzi il potenziamento di una risalente tradizione ed identità istituzionale relativa alla cura pubblica per l'erogazione di servizi di interesse generale, attraverso un miglioramento ed anzi potenziamento delle capacità di regolazione dell'ente pubblico;

2) la implementazione contestuale di meccanismi di concorrenza idonei ad assicurare maggiore efficienza al sistema nel suo complesso.