

La gestione dei servizi pubblici locali nei settori speciali

di Maria Alessandra Sandulli - Bologna – IISA, 18 novembre 2005

di prossima pubblicazione in "Rivista italiana di diritto pubblico comunitario"

Sommario. 1. Premessa. 2. Il trasporto pubblico locale. 3. Il servizio di distribuzione del gas. 4. Il servizio idrico integrato.

1.Premessa. Nella materia - già molto complessa - dei servizi pubblici locali, sulle cui problematiche abbiamo ampiamente sentito i relatori di questa mattina, si inserisce, ponendo questioni in parte comuni e in parte ulteriori, quella della gestione dei servizi relativi ai settori c.d. speciali.

Tra questi, come dimostrato dal dibattito di cui anche in quest'ultimo periodo formano sempre più spesso oggetto, soprattutto sotto il profilo della tutela della concorrenza, un ruolo di primo piano spetta sicuramente al c.d. servizio idrico integrato (la cui disciplina è stata più volte rinviata alla Corte di Giustizia europea) e a quello di distribuzione del gas (oggetto di recentissimi interventi anche dell'apposita Autorità di garanzia). Essi tuttavia non esauriscono evidentemente la materia. I limiti di una relazione di carattere generale non consentono però che alcuni accenni alle principali linee evolutive di alcuni settori e alle problematiche di maggiore attualità che essi pongono.

2.Il trasporto pubblico locale. Specifiche questioni si pongono così ad esempio per la gestione dei servizi di trasporto pubblico locale. Il settore è attualmente disciplinato dal d.lg. 422 del 1997, come modificato dal d.lg. 400 del 1999 e dall'articolo 45 della legge n. 166/02 (collegato "*infrastrutture e trasporti*"), che ha operato il "*conferimento alle regioni ed agli enti locali delle funzioni e dei compiti in materia di trasporto pubblico locale*". La gestione dei servizi pubblici di trasporto locale è informata, secondo i principi generali di cui all'art.113 t.u. ee. ll. alla separazione tra proprietà e gestione della rete (che spetta all'ente pubblico), direttamente o attraverso società a partecipazione pubblica maggioritaria (incedibile) e gestione del servizio (affidata secondo le procedure dell'evidenza pubblica), fermo restando l'obbligo dell'ente pubblico titolare della rete di metterla a disposizione di tutti i soggetti legittimati. Secondo le regole generali di cui al dPR n. 277 del 1998, il d.lg. 422 impone poi la separazione contabile tra la gestione dei servizi di trasporto pubblico locale e le altre attività di cui l'impresa affidataria della prima sia eventualmente titolare, con quanto ne consegue anche ai fini dell'eventuale affidamento a terzi di queste ultime.

L'argomento, come forse qualcuno dei presenti ricorderà, è stato da me specificamente affrontato nella relazione al Convegno organizzato lo scorso anno dalla stessa IISA a Firenze sui problemi del partenariato pubblico-privato¹, e, in precedenza, nell'Introduzione al convegno sul tema "*Organismi e imprese pubbliche*" tenutosi presso l'Università di Roma Tre nel marzo 2004², alle quali mi permetto pertanto di rinviare.

Specificata attenzione merita invece la disciplina sulle modalità di scelta del gestore, per la quale la normativa di settore impone, alla scadenza degli affidamenti in essere, l'espletamento di gare pubbliche. In particolare, la legge 15 dicembre 2004, n. 308, recante "*Delega al Governo per il riordino, il coordinamento e l'integrazione della legislazione in materia ambientale e misure di diretta applicazione*", ha testualmente affermato l'esclusione della materia del TPL dall'ambito di applicazione dell'articolo 113 t.u. ee. ll., per ricondurla esclusivamente all'alveo della surrichiamata normativa di settore, integrata (per quanto di competenza) dalle leggi regionali di dettaglio, con conseguente conferma della regola dell'affidamento dei servizi di TPL attraverso la procedura concorsuale ad evidenza pubblica.

Come per gli altri settori, anche per il TPL, l'entrata in vigore del nuovo regime prevede tuttavia un periodo transitorio di perdurante validità delle precedenti gestioni, che non sembra di imminente conclusione: il termine, fissato originariamente al 31 dicembre 2003, è invero slittato al 31 dicembre 2005, ai sensi del dl. 24 dicembre 2003, n. 355, convertito con modificazioni nella l. 27 febbraio 2004, n. 47. Ed è attualmente all'esame della Camera un testo unificato (n. 3053-4358-4815-4957-5057-A) delle proposte di legge nn. 3053, 4358, 4815, 4957 e 5057, volto a disciplinare un ulteriore periodo di proroga rispetto all'obbligo di affidamento del servizio a mezzo di procedura di gara.

Non solo. Pochi giorni fa – per l'esattezza il 9 novembre scorso – l'AGCM ha aperto un'istruttoria sulla gara indetta dall'Agenzia per la mobilità nel comune di Roma ATAC s.p.a. per i c.d. "*servizi aggiuntivi*", che corrispondono a circa il 20% del trasporto pubblico del Comune di Roma), rilevando, tra l'altro, che "*dalla lettura degli esiti delle prime procedure di gara espletate per l'affidamento di servizi di trasporto locale a seguito del processo di liberalizzazione avviato con il Decreto Legislativo n. 422/97 emerge una ridotta partecipazione delle imprese, a fronte della quale si assiste ad una costante conferma dell'operatore incumbent, eventualmente in alleanza con altri operatori*". Particolare attenzione ai nostri fini merita la circostanza che l'AGCM abbia ritenuto che il mercato rilevante potesse ritenersi coincidente con la stessa gara bandita da ATAC S.p.A. per l'affidamento della durata di tre anni della gestione di una rete di trasporto

¹ Il testo della Relazione è leggibile nel volume che raccoglie gli Atti del convegno, Bologna 2005, o in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, fasc.1/2005.

² Gli Atti del convegno sono raccolti nel Quaderno (o Supplemento agli abbonati) della rivista *Servizi pubblici e appalti*, Milano, 2004.

pubblico di linea per 26,5 milioni di vetture-km annui per un importo complessivo pari a 188.415.000 euro, riscontrando un'ipotesi di intesa restrittiva della concorrenza tra le società attualmente titolari della gestione del medesimo servizio (a seguito di aggiudicazione della precedente gara del 2001), costituite in ATI allo scopo, nello specifico, di mantenere le posizioni acquisite, attraverso un'artificiosa limitazione del confronto competitivo con i principali concorrenti nazionali e stranieri.

Il rilievo più grave è stato però quello che “*tale coordinamento potrebbe anche segnalare l'esistenza di una rete di accordi paralleli dal contenuto analogo, strumentale all'alterazione del meccanismo concorrenziale in altre realtà territoriali, al fine di preservare gli assetti industriali e di mercato esistenti, anche impedendo l'ingresso di nuovi operatori.*”

Anche se il problema particolare dovrebbe ormai ritenersi superato, per effetto delle precisazioni contenute nella ricordata l. 308 del 2004 sulla perdurante vigenza nel settore dell'obbligo generale di gara, merita in ogni caso sottolineare che, proprio con riferimento al servizio di TPL, il TAR della Puglia (Bari, sez. III, ord. 8 settembre 2004 n. 885) aveva rimesso alla Corte di Giustizia la questione della compatibilità con i principi del Trattato in tema di concorrenza della disciplina di cui all'art. 113, co 5 t.u. ee. ll., siccome modificato dall'art. 14 d.l. 269 del 2003, conv. nella l. 326 del 2003, nella parte in cui consente in termini generali l'utilizzo del c.d. affidamento *in house*, pur correttamente costruito sul modello tracciato dalla Corte di Giustizia nella nota sentenza Teckal del 1999, in C/107/98, (per il quale anzi espressamente richiede, anticipando per una volta il legislatore comunitario, la partecipazione pubblica totalitaria), rimettendo apparentemente alla discrezionalità delle amministrazioni locali la scelta tra quest'ultimo e la procedura ad evidenza pubblica. In particolare, il collegio sottolinea il deciso *favor* dell'ordinamento comunitario (art. 86 del Trattato) per la massima apertura alla concorrenza nell'affidamento dei “*servizi di interesse economico generale*”, tra i quali sicuramente rientrano quelli di trasporto pubblico locale, con il solo limite di garantire in ogni caso l'adempimento della “*missione*” cui il servizio medesimo è finalizzato. Ne conseguirebbe il carattere necessariamente residuale ed eccezionale della scelta dell'affidamento diretto e l'esigenza di individuare con legge i criteri di gradualità da osservare nella scelta del modello di affidamento. Di contro, come noto, l'art. 113 cit., al nuovo co. 5 bis, si limita a rimettere tale compito, in via oltretutto meramente facoltativa (“*possono*”) alle normative di settore, legandolo peraltro unicamente “*al fine di superare assetti monopolistici*”, ciò che il giudice remittente ritiene in contrasto con le predette esigenze comunitarie³. Come messo in luce, peraltro non senza rilievi critici, dai primi commentatori della pronuncia⁴,

³ In senso opposto A. Massera, *L'in house providing: una questione da definire*, in *Giorn. dir. amm.* 2004, 853.

⁴ C. M. Saracino, *In house providing: margini di una scelta tra libera concorrenza e cooptazione*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2005, 652.

l'equipollenza tra i moduli gestori e il deferimento dell'opzione per l'uno o per l'altro all'insindacabile ambito della discrezionalità amministrativa è inteso come minaccia di sottodimensionamento dei principi di trasparenza e concorsualità e come pregiudizio per le esigenze del servizio.

Analoghe preoccupazioni sono state più recentemente espresse, a proposito del servizio idrico, dall'AGCM nella segnalazione/parere 19 settembre 2005 n. 41.

L'ordinanza pugliese, anticipando la tematica affrontata dalla Corte di Giustizia nelle recentissime sentenze 13 ottobre 2005 in C-458/03 (sull'affidamento di un parcheggio da parte del comune di Bressanone) e 10 novembre 2005 in C-29/04 (sull'affidamento di un appalto per servizio di raccolta e smaltimento rifiuti nella Repubblica austriaca), esprimeva analogamente dubbi di compatibilità comunitaria sulla prassi di affidamento del servizio a società prima interamente controllate e che divengono miste a seguito della cessione di parte del capitale a socio privato, integrando così una deroga al modello di base prescelto, in quanto la procedura concorsuale non interverrebbe per la scelta della migliore modalità tecnica di erogazione del servizio, ma per la sola scelta del socio privato, destinato ad inserirsi in uno schema già approvato a priori dall'Amministrazione, con modalità non concorrenziali.

Il problema, come si vedrà meglio *infra*, è stato sollevato anche dal Ministero dell'ambiente in una circolare sui criteri di affidamento del servizio idrico ed ora sostanzialmente risolto in senso negativo dalla Corte di giustizia, che, soprattutto nell'ultima pronuncia contro la Repubblica austriaca, vi ha riscontrato un sistema per aggirare le regole comunitarie in tema di concorrenza.

Tornando invece all'affidamento del TPL (necessariamente mediante gara), si ricorda che, secondo la vigente normativa di settore, gli elementi che hanno determinato nel caso particolare l'aggiudicazione del servizio pubblico di trasporto, vanno a costituire, secondo i principi generali, parte integrante del relativo "*contratto di servizio*", il quale di conseguenza rappresenta lo strumento di regolazione dei rapporti tra l'ente locale e il gestore per la definizione delle caratteristiche del servizio stesso e del relativo programma di esercizio, oltre che degli *standards* qualitativi minimi e della struttura tariffaria. Quest'ultima, a norma dell'art. 18 co. 2 lett. g del dlgs 422 deve rispettare in via analogica "*ove possibile*" quanto stabilito dalla legge istitutiva dell'Autorità di regolazione dei servizi pubblici, ovvero il così detto metodo del *price cap*, consistente nella fissazione di un limite massimo della variazione di prezzo, vincolata per un periodo pluriennale determinato in base al tasso di variazione annuale dell'inflazione e all'obiettivo di miglioramento del saggio annuale di produttività.

Un sistema analogo è stato introdotto, per i diritti di uso degli aeroporti, dal d.l. 211 del 17 ottobre scorso (la cui legge di conversione è stata appena approvata dalla Camera).

Con specifico riguardo al TPL merita invero sottolineare che le tematiche

relative alla materia dei trasporti pubblici locali, definita, definita dall'art. 1, co.2 d.lg. 422 come *“l'insieme dei sistemi di mobilità terrestri, marittimi, lagunari, lacuali, fluviali e aerei che operano in modo continuativo e periodico con itinerari con orari, frequenze e tariffe prestabilite, ad accesso generalizzato, nell'ambito di un territorio di dimensione normalmente regionale o infraregionale”*, risultano notevolmente arricchite dal nuovo interesse che assumono gli aeroporti di rilevanza regionale nel quadro normativo risultante dalla recente riforma della parte aeronautica del codice della navigazione, approvata con il d.lg. 96 del 9 maggio 2005 ed entrata in vigore il 21 ottobre scorso. La nuova disciplina generale, dettata con fonte statale in nome dei superiori interessi unitari della sicurezza e della tutela della concorrenza, distingue invero gli aeroporti civili tra scali di rilevanza nazionale, quali nodi essenziali per l'esercizio delle competenze esclusive dello Stato, affidati in concessione di c.d. *“gestione totale”* con decreto interministeriale su proposta dell'ENAC, e scali di interesse regionale, affidati invece, in coerenza con il nuovo art. 117 Cost., alla competenza delle rispettive Regioni. Considerato il fatto che gli aeroporti a rilevanza nazionale saranno prevedibilmente molto pochi (le linee guida europee del 6 settembre scorso fissano per gli scali nazionali livelli minimi di traffico che in Italia sono attualmente raggiunti solo da Roma e Milano), il settore dei servizi pubblici di trasporto locale ne risulterà indubbiamente arricchito in modo assai significativo, con problematiche che vanno sicuramente al di là di quelle tradizionalmente poste dal trasporto locale marittimo, fluviale e terrestre (nelle due modalità su gomma e su rotaia). Le tematiche generali poste dalla nuova disciplina del settore aeroportuale e dalla sua progressiva liberalizzazione sono state affrontate in un convegno da me organizzato presso l'Università di Roma Tre il 20 ottobre scorso.⁵

Considerato l'ambito più generale di questa Relazione, ed in mancanza allo stato di specifiche normative regionali, mi permetto pertanto di rinviare chi fosse interessato in modo specifico al tema alla lettura di tali più puntuali trattazioni, limitandomi in questa sede a sottolineare il ruolo di primo piano che il nuovo sistema affida al gestore. Uniformando le diverse tipologie di gestione aeroportuale nell'unico modello della gestione totale, il codice riconduce al titolare di quest'ultima un importante potere di coordinamento e controllo sugli operatori privati presenti sullo scalo, consolidando in capo allo stesso una serie di funzioni tese a rafforzare la tutela della sicurezza del trasporto aereo.

Aprondo un fronte problematico comune anche agli altri settori oggetto di questa Relazione, la riforma, pur prevedendo l'obbligo della procedura concorsuale per l'affidamento delle gestioni, con norma-principio che, proprio per il fatto di disciplinare la concorrenza (affidata alla competenza esclusiva dello Stato), si applica anche agli aeroporti di interesse regionale, prevede una

⁵ Gli Atti del convegno sono già in parte leggibili sul sito www.giustamm.it e sono in corso di pubblicazione come autonomo quaderno (o supplemento per gli abbonati) della rivista *Servizi pubblici e appalti*, 2006.

disciplina transitoria di salvaguardia per le gestioni esistenti e comunque per quelle concesse in esito a procedimenti iniziati, su istanze anteriori alla data di entrata in vigore del decreto, ai sensi del d.m. 521 del 1997, da concludersi in un anno (con conseguenti meccanismi sostitutivi in caso di inerzia sull'istanza). Tale disciplina, espressamente dichiarata operante a prescindere dall'individuazione degli aeroporti di rilevanza nazionale, ed applicabile quindi anche agli scali di competenza regionale, oltre ai problemi classici connessi alla tutela comunitaria della concorrenza, appare di dubbia legittimità alla stregua dell'art. 117 Cost.

L'attenzione dedicata in questa parte della Relazione al settore dei trasporti rende infine opportuno richiamare anche l'orientamento recentemente assunto dalla Corte dei Conti (sez. controllo Stato, ord. 14 aprile 2005) sulla disciplina di affidamento delle concessioni per l'uso dei beni del demanio marittimo (e dunque, in ultima analisi, per la gestione dei porti), attualmente dettata dall'art.37 cod. nav. e dal DPR 509 del 1997. Premesso che *“ogni atto dello Stato, contrattuale o unilaterale, che stabilisca le condizioni alle quali è soggetta una prestazione di attività economiche, è soggetto alle disposizioni del Trattato”*, la Sezione ha infatti negato il visto della concessione per la costruzione e gestione del porto turistico di Sperlonga, rilasciata, in applicazione delle suddette norme, in violazione dei principi comunitari sull'evidenza pubblica. Anche sul settore dei porti si aprirà quindi prevedibilmente un nuovo fronte di dibattito.

3. Il servizio di distribuzione del gas. Come premesso, il più recente dibattito in tema di servizi pubblici locali relativi ai c.d. settori speciali si è peraltro concentrato sul servizio idrico integrato e su quello di distribuzione del gas.

Il principio che ispira l'intervento pubblico in questi ambiti è la garanzia del servizio pubblico a tutela degli utenti, la sicurezza dell'approvvigionamento, l'uso efficiente delle risorse e la protezione dell'ambiente.

In particolare, il settore della distribuzione del gas (al quale l'ordinamento comunitario ha dedicato le direttive 96/62, 99/30 e 2003/55) è specificamente disciplinato dal d.lg. n. 164 del 2000 (c.d. decreto “Letta”), emanato (sulla base della delega ricevuta con la l.144 del 1999), in attuazione delle disposizioni contenute nella direttiva comunitaria 98/30/CE, in materia di liberalizzazione delle attività connesse alla produzione, distribuzione e commercializzazione del gas metano. Il decreto mira pertanto ad una radicale trasformazione del sistema previgente, nel quale il servizio di distribuzione del gas metano era gestito in regime di privativa dagli enti locali interessati, per il tramite di aziende municipalizzate o (aziende) speciali ovvero di affidamenti in concessione ad imprese private.

L'attenzione dedicata dall'ordinamento a questo settore è dimostrata dalla disciplina generale fissata dalla legge 481 del 1995, che pone appunto tra i suoi obiettivi lo sviluppo di un mercato concorrenziale fondato sulla trasparenza. A questi fini è stata istituita un'apposita Autorità per l'energia elettrica e il gas, con specifici poteri regolatori ed inibitori tesi, fra l'altro, a:

“a) promuovere la concorrenza, anche attraverso lo sviluppo dei sistemi di trasporto ed approvvigionamento per i settori energia elettrica e gas, nonché il raggiungimento della piena b) terziarietà delle reti anche sotto il profilo proprietario;

individuare trend tariffari che, armonizzando gli obiettivi economico-finanziari dei soggetti esercenti il servizio con gli obiettivi generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse, consentano comunque di attenuare con continuità gli oneri a carico dei clienti finali” (Segnalazione Autorità del 7 ottobre 2005).

Significativamente l'art. 2 co. 12 lett. c della legge afferma l'obbligo di prestare il servizio *“in condizioni di eguaglianza, in modo che le ragionevoli esigenze degli utenti siano soddisfatte, ivi comprese quelle degli anziani”*.

La regolazione, che si estende evidentemente alla struttura tariffaria, (modellata secondo il già ricordato metodo del *price cap*, pur nella necessaria salvaguardia degli interessi dei gestori attraverso apposite misure per il recupero dei costi), è diretta a garantire *“adequati livelli di qualità del servizio ... in condizioni di economicità e di redditività”*, anche attraverso gli impegni assunti dai gestori nella carta dei servizi e il potere di controllo affidato all'Autorità.

Tali principi trovano, come si è detto, attuazione nel menzionato d.lg. 164 del 2000, che, nel dettare la prima disciplina organica del settore, prevede una significativa apertura del settore alla concorrenza, liberalizzando le attività di importazione, esportazione, trasporto e dispacciamento, distribuzione e vendita di gas naturale, senza distinzione tra clienti idonei e clienti vincolati. Come tutte le attività legate alla rete, naturalmente caratterizzate da condizioni di monopolio, il processo di realizzazione di una effettiva concorrenza è comunque lento e complesso e consente necessariamente soltanto una forma di concorrenza *per* il mercato, la cui attuazione è peraltro in concreto rimessa agli enti locali.

Assume al riguardo la massima importanza (come emerge anche dalle problematiche poste dalla successione dei gestori) la disciplina delle attività di costruzione e gestione degli impianti, finalizzata a facilitare l'utilizzo della rete distributiva del gas.

Per favorire la concorrenza il decreto 164 dispone che, dal 2003 al 2010 nessuna impresa potrà vendere ai clienti finali, direttamente o attraverso proprie controllate, più del 50% dei consumi di gas naturale su base annuale, né potrà immettere gas importato o prodotto in Italia, per venderlo nello stesso territorio, per quantitativi superiori al 75% dei consumi nazionali su base annuale (ridotti di 2 punti per anno dopo il 2002 fino al 61%).

Agli stessi fini, nel rispetto dei principi comunitari, la legge impone procedure obiettive e non discriminatorie per il rilascio delle autorizzazioni e per quello delle concessioni per le attività di coltivazione e stoccaggio.

Ai nostri fini, l'attenzione deve essere però soprattutto rivolta alle attività di distribuzione e vendita del gas. In particolare, come si è visto, l'art. 14 co. 1 del d.lg. 164 qualifica la distribuzione di gas naturale (effettuata in favore del venditore e non già del consumatore finale, e consistente nel trasporto del gas lungo la rete di gasdotti locali) come attività di servizio pubblico. La disposizione prevede poi la gara come unica procedura per l'affidamento del servizio (per una durata massima di 12 anni). Invero, proprio in relazione al servizio pubblico di distribuzione del gas, la Corte di giustizia europea si è recentemente pronunciata sulla compatibilità comunitaria dell'affidamento diretto disposto, ai sensi del testo originario dell'art. 22 l. 142 del 1990, in favore di una società mista nella quale il comune concedente deteneva soltanto lo 0,97% del capitale. In particolare, con sentenza 21 luglio 2005, in C-231/03, la Corte, richiamata la giurisprudenza, ormai pacifica, in tema di applicabilità dei principi comunitari a tutela della concorrenza alle concessioni di servizi pubblici, ha precisato che, nella misura in cui dette concessioni possono interessare anche imprese con sede in uno Stato membro diverso da quello del Comune concedente, l'affidamento, in mancanza di qualsiasi trasparenza, della concessione ad un'impresa con sede nello Stato membro cui il Comune appartiene, costituisce una differenza di trattamento a danno delle imprese aventi sede negli altri Stati membri, che risultano così private della possibilità di manifestare il proprio interesse ad ottenere la detta concessione. (v., in questo senso, sentenza *Telaustria e Telefonadress*, citata, punto 61).

In mancanza di circostanze obiettive idonee a giustificare siffatta differenza di trattamento (tra le quali la sentenza esemplificativamente indica anche un valore economico estremamente ridotto del contratto) la Corte ha pertanto rilevato una discriminazione indiretta in base alla nazionalità, vietata ai sensi degli artt. 43 CE e 49 CE⁶

Con specifico riferimento al rapporto tra il Comune concedente e la società affidataria, la Corte ha poi evidentemente rilevato che il fatto che il primo detenga una partecipazione dello 0,97% nel capitale, pur prevalentemente pubblico, della seconda non costituisce di per sé una di tali circostanze obiettive idonee ad escludere la denunciata disparità di trattamento. Merita al riguardo in particolare richiamare, anche per i riflessi che esso è suscettibile di esplicare su eventuali deroghe alla regola generale della gara, a mio avviso tuttora giustificabili in nome dei principi sull'affidamento domestico, che la sentenza ha sul punto testualmente precisato che *“anche supponendo che la necessità per un comune di esercitare un*

⁶ V. in particolare, in questo senso, sentenze 10 marzo 1993, causa C-111/91, Commissione/Lussemburgo, Racc. pag. I-817, punto 17; 8 giugno 1999, causa C-337/97, Meeusen, Racc. pag. I-3289, punto 27, nonché 26 ottobre 1999, causa C-294/97, Eurowings Luftverkehr, Racc. pag. I-7447, punto 33 e giurisprudenza ivi citata.

controllo su un concessionario che gestisce un servizio pubblico possa costituire una circostanza obiettiva tale da giustificare un'eventuale differenza di trattamento, va rilevato che, come osserva lo stesso giudice del rinvio, una partecipazione dello 0,97% è talmente esigua da non consentire tale controllo”.

In particolare la Corte non ha poi riconosciuto rilievo alla circostanza, posta in luce dal governo italiano, che, nel nostro paese, a differenza di alcune grandi città, la maggior parte dei comuni non ha i mezzi per garantire mediante strutture interne servizi pubblici come quello della distribuzione del gas sul suo territorio e si vede pertanto costretta a fare ricorso a strutture societarie nel capitale delle quali più comuni detengono partecipazioni. Il giudice comunitario, anticipando la già ricordata ed altrettanto nota sentenza del 13 ottobre scorso sull'affidamento del servizio del parcheggio pubblico da parte del comune di Bressanone, ha osservato al riguardo che *“una struttura come quella della Padania non può essere equiparata ad una struttura mediante la quale un comune o una città gestisce, a livello interno, un servizio pubblico”*, per ciò che *“come risulta dal fascicolo, la Padania costituisce una società aperta, almeno in parte, al capitale privato, il che impedisce di considerarla come una struttura di gestione «interna» di un servizio pubblico nell'ambito dei comuni che ne fanno parte”*.

L'esplicita prescrizione dell'obbligo di gara non dovrebbe (anche se in questa materia il condizionale è d'obbligo) comunque più far sorgere problemi di questo tipo. La gestione è aggiudicata sulla base dell'offerta più vantaggiosa, del livello di qualità e sicurezza, 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.

Nonostante la normativa prevedesse un regime transitorio (peraltro di dubbia compatibilità comunitaria) di validità delle gestioni in essere fino al 31 dicembre 2005, incrementabile a talune specifiche condizioni, fino ad un massimo di altri cinque anni, ed ulteriormente prorogato dalla l. 239 del 2004 (con i problemi interpretativi che poi si vedranno), recenti notizie di stampa⁷ informano che sarebbero state indette 31 gare, e i bandi sarebbero in crescita costante.

Come per il trasporto pubblico locale, lo svolgimento del servizio di distribuzione del gas è disciplinato da appositi contratti stipulati dagli enti locali sulla base di uno schema tipo predisposto dall'Autorità per l'energia elettrica e gas e approvato dal Ministero delle attività produttive. Il contratto deve naturalmente prevedere le modalità idonee a garantire l'equa distribuzione del gas sull'intero territorio considerato. Ad oggi, la proposta di schema tipo di contratto di servizio adottata dall'Autorità con delibera n. 55 del 2004 (pubblicata sul sito dell' AEEG il 13 maggio 2004), non è stata tuttavia ancora approvata dal

⁷ *“Il Sole 24 ore”* 31 ottobre 2005.

Ministero ed è anzi stata impugnata dinanzi al TAR del Lazio, con conseguente riapertura di un tavolo di confronto con le associazioni di categoria. A seguito di ciò si è riaperto il tavolo di confronto con le categorie interessate.

Nel rispetto degli obblighi del servizio pubblico universale e nei limiti della capacità del sistema e delle possibilità tecnico-economiche dell'allacciamento, le imprese affidatarie devono consentire l'accesso alla rete di distribuzione a chiunque ne faccia richiesta.

In vista dei suindicati obiettivi di tutela ambientale, esse devono inoltre perseguire al meglio il risparmio energetico e lo sviluppo delle fonti rinnovabili, in vista del raggiungimento dei quantitativi nazionali definiti in coerenza con il protocollo di Kyoto. Spetta poi evidentemente alle medesime imprese vigilare sullo stato e sulla sicurezza di funzionamento degli impianti, a tutela della pubblica incolumità.

I livelli del servizio, come le modalità di svolgimento di quest'ultimo sono disciplinati, oltre che sul piano legislativo, direttamente dagli enti locali attraverso gli atti generali di indirizzo ed i contratti con i singoli esercenti, e dagli impegni che questi ultimi assumono nella carta dei servizi. Ma un ruolo fondamentale assumono soprattutto le direttive emanate dall'Autorità per l'energia elettrica e gas. Quest'ultima stabilisce altresì i criteri per la determinazione delle tariffe per la vendita finale del prodotto, normalmente separata dalla distribuzione. Dal 2003 tale attività è soggetta ad un mero regime autorizzatorio, basato sul silenzio-assenso ed è liberamente effettuabile a favore di tutti i clienti, compresi quelli domestici, fermo restando il potere di vigilanza dell'Autorità sulla trasparenza delle condizioni contrattuali e quello di stabilire, in apposito codice di condotta commerciale, le modalità e i contenuti delle informazioni minime che i venditori devono fornire ai clienti. Spetta invece agli enti locali, in qualità di responsabili del servizio, la scelta sulle modalità di tutela degli utenti economicamente disagiati, anziani e disabili (tra quelle previamente definite dall'Autorità).

I recentissimi interventi dell'Autorità in merito alle campagne pubblicitarie per la fornitura e la vendita del gas metano dimostrano la grandissima difficoltà di gestione della materia. La liberalizzazione completa della vendita al consumatore finale è come noto ancora molto giovane (dal 2003) e la corsa al cliente si è dimostrata particolarmente aggressiva. Proprio in questi giorni l'Autorità ha quindi avviato un'istruttoria conoscitiva sui comportamenti commerciali mirati all'acquisizione di nuovi clienti e alla riacquisizione di quelli che avevano già cambiato venditore. L'istruttoria, che dovrebbe concludersi entro il 31 luglio prossimo, valuterà anche i comportamenti dei distributori che costituiscano eventuali ostacoli al trasferimento dei clienti finali verso altri venditori o eventuali ostacoli al subentro di operatori concorrenti della società di vendita collegata al distributore.

Particolarmente complesso, nel settore di che trattasi, è infine, come preannunciato, il regime transitorio (che anche l'ordinamento comunitario prescrive "*graduale*", ma necessario) del passaggio dalle vecchie alle nuove gestioni. La relativa disciplina, originariamente contenuta nell'art. 15 d.lg. 164, è stata recentemente modificata dall'art. 1 co. 69 della l. del 239 del 2004.

Quest'ultima disposizione ha indubbiamente il merito di aver risolto in modo definitivo il problema della perdurante ammissibilità del riscatto anticipato delle concessioni preesistenti, sul quale si era come noto aperto un accesissimo dibattito giurisprudenziale, che vedeva il Consiglio di Stato, in contrario avviso rispetto ai giudici di primo grado, in posizione nettamente negativa sulla compatibilità del riscatto con il nuovo sistema. La novella del 2004 lo ha invece testualmente ammesso nel regime transitorio se previsto negli specifici atti di affidamento o di concessione.

Maggiori difficoltà interpretative investono invece la durata stessa di quest'ultimo regime. L'art. 1 co. 69, cit., infatti, mentre afferma la possibilità di portare fino al 31 dicembre 2007 la salvaguardia transitoria delle gestioni esistenti alla data di entrata in vigore del decreto Letta, per le quali non fosse stabilita una scadenza anteriore, fatta salva soltanto una eventuale proroga di un anno da disporre entro sei mesi dall'entrata in vigore della legge per motivi di pubblico interesse, abroga la precedente disposizione che consentiva il cumulo delle possibilità di proroga del periodo transitorio originariamente fissato al 31 dicembre 2005, stabilendo poi che in ogni caso, anche nelle ipotesi di cui all'art. 15 co. 9 del d.lg. 164 (affidamenti già attribuiti mediante pubblica gara), il periodo transitorio non può comunque superare il 31 dicembre 2012. La novella è di difficile lettura, soprattutto in riferimento alla portata della proroga fino al 31 dicembre 2007. La questione è stata affrontata e risolta in termini antitetici dal Ministero delle attività produttive, nei "*Chiarimenti*" forniti con circolare 10 novembre 2004 n. 2355 e dal giudice amministrativo (TAR Lombardia, sez. Brescia, sentenze nn. 111, 142, 411 e 560 del 2005 e ord. n.792 del 2005; Cons. Stato, V, ord. 11 ottobre 2005 n.4850 e VI, sent. 7 novembre 2005 n.6187). Il primo, con la menzionata circolare, ha proposto una lettura ampia della norma, sostenendo il carattere generalizzato della proroga al 2007, suscettibile pertanto di ulteriori dilazioni nelle ipotesi, pur non più cumulabili, di cui all'art.15 co 7 del decreto 167, che prevede a sua volta specifici incrementi temporali, di durata annuale o biennale (concepiti alla stregua di "*misure premiali*") in favore delle imprese, affidatarie o concessionarie, che abbiano rispettivamente aumentato la propria clientela (mediante *accorpamenti* societari o attraverso estensioni territoriali del servizio offerto o tramite aumento dei volumi di gas distribuito; lett. *a*) e *b*)) o che abbiano accresciuto – qualora a partecipazione maggioritaria pubblica – la presenza privata nel capitale sociale. Di contro, il collegio bresciano, con la sensibilità comunitaria che notoriamente lo contraddistingue, ha abbracciato una lettura estremamente rigorosa della novella del 2004, negandone

per un verso l'applicabilità in assenza di un'apposita deliberazione comunale che decidesse di avvalersi della "facoltà", che, con l'uso del termine "possono", il legislatore ha inteso conferire alle amministrazioni e, per l'altro, la riferibilità alle ipotesi di cui al citato comma 7, escludendo di conseguenza (fuori dalle ipotesi di cui al co 9, già affidate con gara) ogni possibilità di protrarre le nuove gestioni oltre il termine del 31 dicembre 2007, risultante in alternativa, dalla eventuale decisione del comune di avvalersi della proroga *ex lege* oppure dall'applicazione di una delle proroghe biennali (quella annuale farebbe invece cessare la gestione al 2006) previste dal co 7. Secondo il TAR (sent. 111 cit.), al nuovo termine massimo del 31 dicembre 2007 non sarebbe poi neppure applicabile la proroga per ragioni di pubblico interesse espressamente "fatta salva" dall'art. 69 co 1 l. 239 cit.

Gli argomenti letterali invocati dal TAR (in quest'ultimo caso per vero assai deboli) sono supportati, a mio avviso più che giustificatamente, dall'innegabile dato sostanziale dell'incompatibilità di "*un periodo transitorio eccessivamente lungo, che non potrebbe trovare giustificazione alcuna se non nel tentativo di mantenere il più a lungo possibile il precedente assetto di tipo monopolistico od oligopolistico*" con "*l'obiettivo imprescindibile assegnato agli Stati membri*" dal diritto comunitario (dirr. 98/30 e 2003/55), nel senso della necessaria, ancorché graduale, "*instaurazione di un mercato del gas naturale concorrenziale*", come "*importante elemento di completamento del mercato interno dell'energia*". Ciò non riduce tuttavia a mio avviso la difficoltà di leggere la novella legislativa anche nel senso di escludere la cumulabilità della proroga *ex lege* con quella annuale per ragioni di pubblico interesse espressamente fatta salva dalla stessa disposizione.

La questione è stata recentemente affrontata anche dal Consiglio di Stato, che, con le surrichiamate decisioni nn. 4850 e 6187/2005 ha accolto quest'ultima linea interpretativa. Si pone tuttavia un gravissimo problema di affidamento per quelle imprese che, ai sensi dell'art. 15 comma 8 prima e della circolare Marzano poi, hanno effettuato onerose operazioni per acquisire tutti i requisiti per le estensioni della durata della concessione di cui alle lettere *a*, *b*, e *c* della suddetta disposizione. Sembra in questi casi condivisibile la posizione del Ministero, che, nella medesima circolare, afferma che quanti, alla data di entrata in vigore della legge dell'art.69, avessero già maturato i requisiti per i predetti incrementi temporali, possono ancora cumularli, proseguendo la gestione del servizio per complessivi cinque anni dal termine del periodo transitorio.

A quest'ultimo riguardo merita segnalare che il massimo giudice amministrativo ha altresì preso posizione sul carattere facoltativo/automatico delle proroghe. In particolare, in tre coeve pronunce (nn. 3815, 3816 e 3817), del 19 luglio scorso, confermate *in parte qua* dalla ricordata sentenza (VI, 6187), la V sezione ha ritenuto che, in presenza delle condizioni legittimanti alle proroghe di cui all'art.15 co 7 d.lg.167 il gestore uscente vanta un interesse differenziato (di

natura pretensiva od oppositiva a seconda della sua preferenza o meno per la proroga) affinché l'ente locale si pronunci sulla ricorrenza, o meno, delle ridette condizioni legittimanti e, quindi, sulla concedibilità, o no, degli incrementi in parola. Ad avviso del giudice di appello, infatti, la norma, lungi dal contemplare una facoltà (*rectius*, un diritto potestativo) liberamente esercitabile dall'ente locale, configura piuttosto una vera e propria potestà amministrativa incidente sulla durata di una concessione traslativa, condizionata, da un lato, alla preventiva verifica tecnico-discrezionale in ordine al ricorrere delle condizioni legittimanti ivi previste ed avente ad oggetto, dall'altro, una determinazione, tipicamente discrezionale, implicante una scelta ponderata circa la concessione degli incrementi in parola; con la conseguenza che lo svolgimento della funzione connessa a detta potestà è pienamente assoggettato al rispetto di tutti i principi regolanti i procedimenti amministrativi e, tra questi, in primo luogo quello di partecipazione, in modo da consentire all'affidatario controinteressato di prendere attivamente parte alla formazione, sul punto, della volontà amministrativa, considerati gli evidenti riverberi di una determinazione del genere sul proprio bilancio e sulla propria programmazione imprenditoriale del gestore. Il Consiglio di Stato rileva infatti che, *“diversamente opinando, verrebbe ingiustamente annichilita la legittima aspettativa delle imprese gerenti alla valutazione da parte dell'amministrazione locale, nella prospettiva di un possibile incremento “individuale” della durata del periodo transitorio, degli sforzi da esse ipoteticamente compiuti per avviare in pregresso operazioni di fusione o di privatizzazione o, alternativamente, per la realizzazione di opere infrastrutturali miranti al potenziamento, tecnico o territoriale, del servizio offerto;*

che, inoltre, al di là di ogni altro rilievo, non può dimenticarsi, allargando diacronicamente il campo della prospettiva esegetica, che l'effetto dell'entrata in vigore dell'art. 15 del D.Lgs. n. 164/2000 sia stato comunque quello di abbreviare sensibilmente la durata, di regola originariamente fissata ben oltre la scadenza del periodo transitorio ora stabilita in via legislativa, di concessioni (o di affidamenti) già assegnate”, ed aggiunge poi significativamente “che, a maggior ragione, la soluzione sopra illustrata s'imporrebbe come obbligata anche nell'ipotesi in cui l'atto comunale gravato fosse da interpretarsi come esercizio del potere di riscatto anticipato (ed, in questo senso, potrebbe astrattamente deporre il riferimento all'accollo da parte dell'amministrazione resistente del pagamento delle somme di eventuale spettanza del gestore uscente)”.

Un'altra questione rilevante, ad oggi non ancora definita, nel settore di che trattasi, riguarda la sorte degli impianti e degli oneri che possono essere posti in capo al nuovo gestore. Non vi è evidentemente spazio per una diffusa trattazione dell'argomento, in riferimento al quale mi limiterò a segnalare la sentenza TAR Lombardia, Milano, III, n. 3688 del 2005, che, dopo aver ricordato l'attenzione dedicata dal legislatore all'accesso alle infrastrutture di rete, la cui disponibilità è

evidentemente essenziale per la fornitura e la gestione del servizio, condizionando quindi l'apertura effettiva al mercato, ne ha dedotto l'esigenza di evitare di porre a carico dei nuovi gestori oneri eccessivi e come tali insostenibili dagli operatori economicamente più deboli. Di conseguenza, i giudici hanno, a mio avviso correttamente, interpretato in modo restrittivo le disposizioni transitorie che fanno carico al distributore subentrante dell'onere di corrispondere al gestore uscente un indennizzo parametrato al valore industriale degli impianti, escludendone l'applicazione alle gestioni concluse secondo la loro scadenza naturale.

4. Il servizio idrico integrato. Nell'ambito dei diversi servizi pubblici locali nei settori così detti speciali, il dibattito dottrinario e giurisprudenziale si è comunque prevalentemente concentrato sul servizio idrico integrato, costituito, come si legge nell'art. 4 comma 1 lett. f della legge 5 gennaio 1994 n. 36 (c.d. legge Galli) *“dall'insieme dei servizi pubblici di captazione, adduzione e distribuzione di acque ad usi civili, di fognatura e di depurazione di acque reflue”*. Come sottolineato dalla dottrina che specificamente si è occupata *funditus* della materia, la legge 36 *“rappresenta un esempio emblematico di una modalità di approccio pluridimensionali a problematiche che coinvolgono interessi diversi”*⁸.

La novella legislativa di settore è diretta invero a contemperare l'esigenza di un'organizzazione del servizio secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità (siccome specificati nel dPcm 4 marzo 1996) con la necessità di salvaguardare la preziosa e limitata risorsa idrica, promovendone un utilizzo secondo criteri di solidarietà idonei a garantire la fruizione di un servizio pubblico essenziale di primaria necessità.

È molto significativo, a questi fini, lo stesso art. 1 della legge, nel quale testualmente si legge 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. Qualsiasi uso delle acque è effettuato salvaguardando le aspettative ed i diritti delle generazioni future e fruire di un integro patrimonio ambientale. Gli usi delle acque sono indirizzati al risparmio ed al rinnovo delle risorse per non pregiudicare il patrimonio idrico, la vivibilità dell'ambiente, l'agricoltura, la fauna e la flora acquatiche, i processi geomorfologici e gli equilibri idrogeologici”*. La coerenza del sistema pubblico delle acque e della adozione di misure normative di tutela e di priorità del relativo utilizzo è stata rilevata anche dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 259 del 1996.

Il criterio solidaristico che per gli anzidetti motivi presiede alla gestione del patrimonio idrico, in linea con i principi di cui all'art. 41 Cost. è peraltro opportunamente perseguito dalla legge contestualmente ed unitamente a quello

⁸ V. PARISIO, *Pubblici servizi e funzione di garanzia del giudice amministrativo*, Giuffrè, 2003.

della organizzazione del servizio secondo una gestione razionale delle risorse idriche in modo da eliminarne gli sprechi e gli usi impropri ed attraverso il superamento della frammentarietà delle gestioni esistenti per favorire invece una gestione improntata su criteri più propriamente imprenditoriali.

A quest'ultimo fine la legge Galli ha come noto prescritto la riorganizzazione del servizio sulla base di ambiti territoriali ottimali, individuati dalle Regioni e dalle Province autonome di Trento e Bolzano, e delimitati secondo criteri tesi al rispetto dell'unità del bacino o sub-bacino idrografico o dei bacini idrografici contigui e al superamento della frammentazione delle gestioni esistenti per più adeguate dimensioni gestionali, preferibilmente unitarie, definite sulla base di parametri fisici, demografici, tecnici, nonché delle ripartizioni politiche esistenti. A fini di salvaguardia delle forme e capacità gestionali esistenti, la legge consente tuttavia, in deroga alla preferenza per il modello di gestione unitaria, la possibilità che i comuni e le province provvedano alla gestione integrata del servizio idrico mediante una pluralità di soggetti e di forme, individuando il soggetto responsabile del coordinamento e adottando ogni altra misura necessaria all'organizzazione e integrazione delle funzioni spettanti ai diversi gestori. La salvaguardia delle gestioni esistenti è peraltro subordinata ad apposita richiesta da parte di queste ultime e richiede, come ogni soluzione derogatoria alla regola generale, una specifica motivazione sulle ragioni di efficienza, efficacia ed economicità che la giustificano (tra le altre, TAR Veneto, sez. I, 4 aprile 2002 n. 1271).

Alle Regioni (e Province autonome di Trento e Bolzano) spetta altresì indicare le forme di cooperazione – consorzio o convenzione – che gli enti locali devono adottare per l'istituzione dell'Autorità d'ambito (AATO), alla quale la legge attribuisce funzioni di governo, organizzazione e controllo della gestione del servizio, affidandole in particolare la ricognizione delle strutture idriche e degli organismi gestionali esistenti, la predisposizione del programma e del piano finanziario degli interventi per il graduale raggiungimento degli obiettivi fissati dalla legge, la determinazione delle tariffe e dei criteri e modalità della relativa applicazione, nonché, ai fini che più direttamente interessano la presente indagine, l'individuazione del gestore (o dei gestori) dei servizi ed il controllo sulla relativa attività.

La disciplina delle modalità di affidamento della gestione del servizio idrico, ha avuto, come noto, una "storia" normativa notevolmente complessa. Il legislatore speciale del 1994 rinviava a questi fini alla disciplina generale sui servizi pubblici locali, originariamente contenuta nell'art. 22 l. 142 del 1990 (come integrata dall'art. 12 l. 498 del 1992) ed ora trasfusa nell'art. 113 t.u. ee. ll. n. 267 del 2000, con le diverse successive modificazioni di cui si è parlato anche questa mattina. Trattavasi, quindi, in particolare, della gestione in economia, ovvero di quella attraverso istituzioni, o in concessione a terzi, mediante azienda speciale oppure mediante società mista (sia maggioritaria, sia minoritaria).

Come rilevato in dottrina⁹, tali modelli di gestione non si adattavano però totalmente al servizio idrico integrato, in quanto non tutti idonei alle proclamate esigenze di promozione del carattere imprenditoriale ed economico del servizio: andavano dunque escluse sia le gestioni in economia, che la norma di legge riservava ai servizi «*di modeste dimensioni*»¹⁰, sia quelle mediante istituzione, non coincidendo quello idrico con un «servizio sociale senza rilevanza imprenditoriale».¹¹

I modelli concretamente utilizzabili rimanevano pertanto quelli dell'azienda speciale, della concessione a terzi e della società mista.

Mentre però nel primo caso (gestione mediante aziende speciali) il servizio poteva ovviamente essere affidato senza gara (configurandosi le aziende come enti strumentali delle amministrazioni che le avevano costituite), nel caso delle società miste, si doveva distinguere il momento dell'attribuzione del servizio, che generalmente poteva avvenire in modo diretto visto anche il carattere alternativo del modello rispetto alla concessione a terzi, da quello della scelta del socio privato di maggioranza o di minoranza, per il quale era richiesto l'espletamento di procedure ad evidenza pubblica. La tematica, che, come sopra ricordato è stata da me stessa specificamente affrontata nel convegno del 2004 a Firenze sul partenariato pubblico/privato (al quale ritengo pertanto più opportuno fare integrale rinvio) è da ritenere ormai superata alla stregua della recente giurisprudenza comunitaria sui limiti all'affidamento diretto, che ne esclude evidentemente il ricorso in favore di tali società.

Per la concessione a terzi, invece, la legge "Galli" dettava una norma esplicita (art. 20), in base alla quale «*la concessione a terzi del servizio idrico [...] è soggetta alle disposizioni dell'appalto pubblico di servizi degli enti erogatori di acqua in conformità alle vigenti direttive della Comunità Europea in materia, secondo modalità definite con decreto del ministro dei lavori pubblici di concerto con il ministro dell'ambiente*».

Quest'ultimo decreto è stato però emanato soltanto il 22 novembre 2001, e dunque a quasi otto anni di distanza dall'approvazione della legge (con le problematiche conseguenti al mutato assetto costituzionale delle competenze Stato-regioni di cui si dirà più avanti nel testo), prescrivendo quale necessario sistema di individuazione del concessionario la gara pubblica, espletata con il sistema della procedura aperta e con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Il decreto privilegiava peraltro il principio della massima partecipazione, fissando requisiti sufficientemente elastici con particolare

⁹ Da ultimi, V. PARISIO, *Pubblici servizi...*, cit., e F. GAVERINI, *Evoluzioni e prospettive in materia di affidamento del servizio idrico integrato: alcuni spunti di riflessione*, nota a TAR Sicilia, Palermo, II, 18 gennaio 2005 n. 84, in *Foro Amm.* – TAR, 2005, 1524.

¹⁰ M. P. CHITI, *Le forme di gestione del servizio idrico integrato dopo la finanziaria 2002*, in *Urb. App.*, 2002, 1232 ss.

¹¹ F. LORENZOTTI, *Commento all'art. 10, comma 7 della legge n. 36/1994*, in *Commentario alle disposizioni in materia di risorse idriche*, a cura di U Pototschnig e E. Ferrari, Cedam, 2000.

riferimento all'esperienza maturata nel settore ed al fatturato medio prodotto in precedenza. Il decreto ministeriale indicava in particolare cinque criteri di aggiudicazione, privilegiando, tra l'altro, la salvaguardia dell'ambiente ed i *«miglioramenti del piano economico-finanziario relativo ai servizi oggetto della concessione, quale risulta dalla specificazione dei costi operativi e dei costi di investimento e delle connesse ricadute sulla tariffa reale media»*. La definizione di tali criteri in modo specifico ed autoapplicativo è stata però censurata dalla Corte costituzionale per contrasto con l'art. 117 Cost. (sent. n., 272 del 2004).

In questo contesto si inserì l'art. 35 della legge finanziaria 448/2001, frutto, come noto, della necessità di sottrarsi alle censure sollevate in sede comunitaria con nota della Commissione in data 8 novembre 2000 contro la disciplina dell'affidamento diretto alle società miste, il quale, nell'imporre in ogni caso l'affidamento del servizio a società individuate attraverso l'espletamento di procedure ad evidenza pubblica, introdusse, per il solo servizio idrico integrato, una norma transitoria a carattere derogatorio (comma 5) che legittimava le autorità competenti a procedere, entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della legge, ad affidamenti diretti a favore di società interamente partecipate dagli enti locali, per un periodo limitato nel tempo e con l'obbligo, entro due anni dall'affidamento stesso, di aprire il capitale a soggetti privati (utilizzando procedure ad evidenza pubblica) almeno per una quota pari al 40%.

La disposizione suscitò, ovviamente, una nuova reazione delle istituzioni comunitarie, ed in particolare della Commissione CE, la quale – con lettera di costituzione in mora del 26 giugno 2002 – avviò nei confronti dello Stato italiano una seconda procedura di infrazione sul sistema degli affidamenti di servizi pubblici, espressamente menzionando, tra i casi incompatibili con il diritto comunitario, quello disciplinato dal predetto comma 5 dell'art. 35 l. 448/2001.

In esito a tali contestazioni, la Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per le politiche comunitarie, adottò due circolari, rispettivamente n. 3944 del 1 marzo 2002 e n. 8756 del 6 giugno 2002, indirizzate a limitare la prassi degli affidamenti diretti, sottolineandone l'assoluta eccezionalità.

Tuttavia, in senso opposto, il d.l. 147/2003, convertito nella l. 200/2003, prorogava il termine di cui all'art. 35, c. 5, L. 448/2001 (ossia quello previsto ai fini degli affidamenti diretti del servizio idrico integrato) di ulteriori sei mesi rispetto all'originaria scadenza.

Soltanto con il d.l. 269/2003 (convertito nella l. 326/2003), il legislatore nazionale ha infine abrogato l'art. 35, comma 5, della l. 448/2001, uniformando le modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali ed affermandone il carattere inderogabile ed integrativo delle discipline di settore (con l'eccezione di quelle sulla liberalizzazione del mercato elettrico e del gas, contenute nei dd.lg. nn. 79 del 1999 e 164 del 2000, cui la l. 308 del 2004 ha ora aggiunto quelle sui servizi di TPL). Il nuovo art. 113 t.u. ee. ll. adotta infatti espressamente la formula dell'affidamento diretto a società a totale capitale pubblico, limitandone

però l'utilizzazione "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".

In mancanza di specifiche più restrittive disposizioni (come quelle di cui ai ricordati artt. 18 d.lg. 422 del 1997 per i TPL e 14 d.lg. 164 del 2000 per la distribuzione del gas), anche l'affidamento dei servizi pubblici locali nei settori c.d. "speciali" e, *in primis*, quello del servizio idrico integrato, era dunque soggetto ai tre modelli alternativi disciplinati dal nuovo testo dell'art. 113, comma 5, d.lg. 267/2000.

Si trattava, in particolare, dell'affidamento con procedura ad evidenza pubblica, della società mista e del noto "*in house providing*".

Per le ultime due modalità di affidamento, il quadro di riferimento è però integrato dalle recenti pronunce della Corte di Giustizia sul divieto di affidamento diretto a società miste (evidentemente insuperabile per il solo fatto che il socio privato sia scelto con gara) e da due ulteriori circolari del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio, entrambe datata 6 dicembre 2004 (in G.U. 291 del 13 dicembre), dirette ad indirizzare gli operatori del settore per il migliore rispetto delle istanze comunitarie in materia di concorrenza¹².

Quanto alle qualità del soggetto da prescegliere, la circolare pone – ragionevolmente – l'accento sul possesso di idonei requisiti di capacità tecnico-gestionale e finanziaria, onde consentire anche un fattivo apporto del *know-how* operativo maturato. Agli stessi fini, il Ministero chiede che gli enti locali, nell'esercizio della propria discrezionalità in merito, non si limitino a richiedere una partecipazione minimale, anche al fine di non contraddire la *ratio* dell'istituto («*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*»). Si ripropone tuttavia a quest'ultimo riguardo il problema, comune al ricordato d.m. 22 novembre 2001 e allo stesso art. 113 co.7, della legittimità della dettagliata individuazione da parte statale dei criteri di valutazione delle offerte, in relazione al nuovo titolo V della Costituzione, rilevato dalla Corte costituzionale nella ricordata sentenza n. 272 del 2004. I criteri suggeriti dal Ministero dovranno essere pertanto considerati come mere linee di indirizzo, applicabili in attesa delle disposizioni legislative regionali.

Con specifico riferimento agli affidamenti "*in house*", la seconda circolare del 6 dicembre 2004, ribadisce quanto già affermato nelle circolari del 2002 (e,

¹² Quanto alle società miste, in particolare, la prima circolare, ponendosi un problema analogo a quello rilevato dal TAR Puglia nella richiamata ordinanza sui trasporti pubblici locali, esplicitava la necessità (ormai pacifica) di procedere all'individuazione del socio privato mediante procedura ad evidenza pubblica, aggiungendo peraltro la precisazione che «*la scelta del socio privato deve avvenire prima, o comunque contestualmente alla costituzione della società cui affidare il servizio*». Il problema sembra comunque ormai superato alla luce della più rigida posizione assunta dalla Corte di Giustizia.

come si è visto, più recentemente sottolineato dal TAR Puglia) sulla possibilità di utilizzare il modello in circostanze assolutamente eccezionali e residuali, onde non violare i principi concorrenziali promananti dal diritto comunitario. Negli stessi sensi si è da ultimo espressa, come sopra ricordato, l'Autorità garante per la concorrenza e il mercato nella nota del 19 settembre 2005 n.41.

La puntualizzazione sembra però contrastare con la lettera dell'art. 113 co 5, cit., che rimette tale profilo alle normative di settore, che «*al fine di superare assetti monopolistici, possono introdurre regole che assicurino concorrenzialità nella gestione dei servizi da esse disciplinati prevedendo, nel rispetto delle disposizioni di cui al comma 5, criteri di gradualità nella scelta della modalità di conferimento del servizio*».

Si tratta, come si è visto sopra, in riferimento al servizio pubblico di trasporto locale, della questione sottoposta alla Corte di Giustizia, dal TAR Puglia, Bari, Sez. III, con la citata ord. 8 settembre 2004 n. 885.

Tuttavia, ad un più attento esame del problema, esso si rileva a mio avviso come un falso problema. Se la verifica della sussistenza delle condizioni per l'affidamento diretto deve essere estremamente rigorosa, senza lasciare spazio ad elusioni delle regole di concorrenza, non ritengo invero fondata la critica alla mancata graduazione delle tre modalità di affidamento. Il presupposto per la necessità della procedura di evidenza pubblica è invero la stipula di un contratto tra due soggetti diversi per la gestione del servizio: di conseguenza, il difetto dell'elemento della terzietà che necessariamente caratterizza l'affidamento *in house*, accomunandolo alla delegazione interorganica, dimostra che esso è soltanto in apparenza una deroga ai più volte invocati principi comunitari in tema di trasparenza e non discriminazione tra i potenziali “*contraenti*”, necessariamente “*terzi*”.

E' peraltro proprio per questa ragione che merita assoluto plauso l'orientamento più rigido espresso dalla giurisprudenza sulla individuazione delle condizioni perché si possa realmente escludere tale presupposto di terzietà¹³.

I relatori di questa mattina hanno già ricordato che le ultime pronunce della Corte di Giustizia hanno invero rigorosamente circoscritto l'ambito entro il quale si possono davvero riscontrare gli estremi dell'affidamento *in house*.

Ma soprattutto la recentissima sentenza 13 ottobre 2005 in C-458/03, nella quale, smentendo le più permissive conclusioni dell'Avv. Gen. Kokott, la Corte ha chiarito che “*Gli artt. 43 CE e 49 CE nonché i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza devono essere interpretati*

¹³ Così, tra le altre, la recente sentenza TAR Sardegna, sez. I, n. 1729 del 2005, che, movendo dal presupposto della sicura rilevanza economica dei servizi pubblici concernenti la gestione della comunità alloggio per minori, del centro educativo diurno per minori e della mensa sociale, di assistenza domiciliare in favore di persone anziane e/o svantaggiate, di consegna di pasti caldi a domicilio, di lavanderia e stireria e la gestione del centro di aggregazione per anziani, ha escluso la possibilità di affidamento diretto a società interamente pubblica per difetto degli ulteriori presupposti del c. d. *in house providing*.

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”.

La pronuncia, resa come noto in riferimento alla concessione per la gestione di un parcheggio pubblico da parte del Comune di Bressanone, riveste il massimo interesse anche in ordine al servizio idrico integrato, per il quale, come si è visto, la disciplina transitoria introdotta dall'art. 35, co 5 l. 448 del 2001 consentiva l'affidamento diretto della gestione a società interamente pubbliche, ma con l'obbligo di aprire entro due anni ai privati l'acquisto di una quota pari ad almeno il 40% del capitale. L'esperienza professionale mi ha dimostrato come lo strumento sia stato purtroppo assai spesso utilizzato nel periodo di vigenza della disposizione.

L'incompatibilità comunitaria di questo modo di procedere è stata da ultimo confermata dalla ricordata sentenza del 10 novembre scorso contro la Repubblica austriaca (C-29/04). In tale pronuncia, la Corte ha infatti condannato l'affidamento diretto di un servizio di raccolta e smaltimento rifiuti ad una società interamente pubblica, ma subito dopo aperta (per il 49%) al capitale privato, rilevando appunto che, alla luce della propria precedente giurisprudenza (in cause Stadthalle e RPL Lochau), la presenza di soci privati esclude che l'amministrazione aggiudicatrice possa esercitare sull'impresa un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la valutazione dell'appalto “considerando esclusivamente la data in cui è avvenuta, senza tener conto degli effetti della cessione in termini molto brevi del 49% delle quote della società Abfall alla società Saubermacher, comprometterebbe l'effetto utile della direttiva 92/50. La realizzazione dell'obiettivo perseguito da quest'ultima, e cioè la libera circolazione dei servizi e l'apertura alla concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri, sarebbe compromessa se le autorità aggiudicatrici potessero ricorrere a manovre dirette a celare l'aggiudicazione di appalti pubblici di servizi a società ad economia mista”. E' importante al riguardo il rilievo che “qualsiasi piazzamento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni relative agli interessi privati e persegue obiettivi di natura diversa (sentenza Stadt Halle e RPL Lochau, cit., punto 50)”.

E' bene peraltro ricordare che nei settori speciali i suddetti principi trovano un limite nella Direttiva 2004/17, che ammette l'affidamento diretto degli appalti alle imprese collegate, a condizione che abbiano realizzato almeno l'80% del loro fatturato medio nell'ultimo triennio in relazione a prestazioni rese a favore dell'ente committente/controllante.

In tema di limiti alle gestioni *in house*, le richiamate circolari del dicembre 2004 prescrivono inoltre di circoscrivere la durata delle società pubbliche affidatarie, onde consentire il superamento di fattispecie monopolistiche a favore di affidamenti mediante procedure ad evidenza pubblica. Infine, il Ministero afferma che la partecipazione alle suddette società debba essere riservata agli enti locali, con l'esclusione di altre società pubbliche, consorzi intercomunali o aziende speciali¹⁴.

Ancora una volta, le indicazioni non sembrano però trovare riscontro nel quadro legislativo.

La norma di riferimento, che introduce peraltro autonomamente il limite del capitale interamente pubblico che non trovava all'epoca riscontro nelle prescrizioni comunitarie, seppure ora confermato dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Stadthalle* dell'11 gennaio scorso, in C-26/03, richiede infatti soltanto che la società sia interamente pubblica, senza porre alcun ulteriore limite sulla composizione della relativa compagine. In difetto di esplicite prescrizioni di legge di rango nazionale o comunitario, non sembra quindi possibile escludere la partecipazione alla società affidataria di enti pubblici diversi, quali meri soci di capitali.

Analogamente, non pare possibile escludere l'affidamento diretto in caso di partecipazione pubblica indiretta (attraverso cioè altra società a sua volta interamente controllata).

Un ulteriore, ma a questo punto, per gli evidenti limiti di questa Relazione, davvero ultimo, accenno, deve essere infine dedicato alla questione della compatibilità comunitaria della disciplina transitoria dettata dal nuovo co.15 bis dell'art. 113 t.u. ee. ll. cit., introdotto dalla novella legislativa dal d.l. n. 269 del 2003 (poi convertito nella l. n. 326 dello stesso anno), che fa salvi gli affidamenti già disposti. Come noto, nel fissare un termine massimo di automatica decadenza (31 dicembre 2006) delle concessioni rilasciate con procedure diverse da quelle di evidenza pubblica (nuovo co. 15 bis dell'art.113 t.u. ee. ll.), lo stesso d.l. *esclude 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*

¹⁴ A sostegno di tale affermazione, si argomenta: «Non risulta, infatti, che la partecipazione indiretta degli enti locali sia ammissibile in base ai principi comunitari, né che sia funzionale allo scopo della gestione *in house*. Come affermato nel dettato normativo, dovendo la società realizzare la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano, la società dovrà essere partecipata da tutti gli enti locali facenti parte dell'ambito territoriale ottimale».

attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

Tale norma transitoria è stata integrata dalla previsione della legge n. 350/2003 che ha aggiunto alla originaria previsione del comma 15 bis dell'art. 113 d.lgs. 267/2000 la seguente: *“sono altresì escluse dalla cessazione le concessioni affidate alla data del 1 ottobre 2003 a società già quotate in borsa e a quelle da esse direttamente partecipate 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.”*

Il Consiglio di Stato, occupandosi dell'argomento, ha affermato che la norma da ultimo citata costituisce norma di salvaguardia degli affidamenti di concessioni di servizi pubblici avvenuti prima del 2 ottobre 2003 (sez. V, 19 febbraio 2004, n. 679).

Con ordinanze 822 e 823 del 26 giugno 2003, tuttavia, il TAR Liguria ha sollevato il dubbio di compatibilità comunitaria di tale disciplina, chiedendo alla Corte di giustizia una pronuncia interpretativa pregiudiziale delle norme dell'ordinamento comunitario al fine di accertare se le stesse possano essere interpretate nel senso favorevole all'ammissibilità delle soluzioni contemplate dalle norme in questione e cioè in linea generalissima alla salvaguardia delle concessioni in essere affidate senza gara alle società quotate in borsa e alla possibilità di affidare direttamente per un periodo transitorio di durata esattamente individuata il servizio idrico integrato in presenza di situazioni tali da legittimare tale affidamento diretto.

In particolare, il TAR ha richiamato ancora una volta la posizione assunta dagli organi comunitari, evidenziando che *“allo stato la posizione delle istituzioni comunitarie può essere riassunto nelle seguenti proposizioni: 1)nessuna norma comunitaria originaria o derivata prende in considerazione le concessioni di servizi; 2) nondimeno le stesse sono soggette ai principi generali del trattato e alle disposizioni degli artt. 12, 28, 43, 49 e 86 del Trattato CE; 3)i principi elaborati dalla giurisprudenza comunitaria sugli appalti ed in relazione alle norme citate possono essere applicate anche alle concessioni; 4)la posizione interpretativa della Commissione e della Corte in ordine alla applicabilità delle norme suddette alle concessioni è relativamente recente, essendosi affermata in un atto vincolante soltanto con la sentenza Teleaustria del 7 dicembre 2000”*.

Il collegio ha quindi chiesto una pronuncia interpretativa al fine di cogliere con esattezza la portata delle innovazioni interpretative operate dalle istituzioni

comunitarie.

Le questioni pregiudiziali sollevate dai giudici liguri sono di estremo interesse.

1) In primo luogo la sezione dubita che l'interpretazione estensiva operata dalla Corte di giustizia con la sentenza Teleaustria possa operare in situazioni, quale quella *sub iudice*, in relazione alle quali sia completamente assente un connotato di estraneità alla situazione nazionale¹⁵.

Un'ulteriore questione investe la disciplina di salvaguardia delle concessioni rilasciate prima del formarsi del suddetto orientamento TeleAustria¹⁶.

Il problema si estende ora agli affidamenti in essere a società miste, anche se i soci siano stati scelti con gara, l'affidamento diretto alle quali, come si è avvertito, risulta incompatibile con la più recente giurisprudenza comunitaria sui limiti del c.d. "*in house providing*".

In terzo luogo la Sezione remittente dubita dell'interpretazione dell'art. 86 del Trattato in relazione agli art.12, 28, 43 e 49 dello stesso citati. In particolare, se l'orientamento della Corte di giustizia (sentenza 7 dicembre 2000 C-324/98) e della Commissione (comunicazione 26 aprile 2000) è nel senso dell'applicazione delle norme del trattato e dei principi dalle stesse derivanti anche alle concessioni di servizi con particolare riferimento all'affidamento delle stesse esclusivamente mediante gara, nondimeno l'art. 86 paragrafo 2 introduce una deroga con riferimento alla missione delle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale, stabilendo espressamente che: "*Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme del presente Trattato e in particolare alle regole di concorrenza nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità.*"

A favore delle imprese che gestiscono servizi pubblici di interesse economico generale sono consentite esenzioni dalle norme del Trattato CE con

¹⁵ Premesso che "*le affermazioni relative al diritto comunitario derivato che ha propri margini e ambiti di applicazione possano essere esportati ed estesi all'interpretazione del Trattato solo con cautela*" la Sezione dubita della possibilità di assumere a criterio interpretativo delle norme del Trattato CE principi formati relativamente alla normativa di diritto comunitario derivato che può avere ambiti di applicazione difforni.

In altre parole il pregiudizio agli scambi comunitari, sotteso alle norme del Trattato CE evidenziate, può anche essere inteso come potenziale e come tale legittimare interventi repressivi della Commissione e della Corte di giustizia ma quando, in relazione al caso concreto sottoposto all'attenzione del giudice, tale pregiudizio è assente, essendo tutte le parti in causa nazionali, la Sezione remittente dubita che il diritto comunitario possa essere interpretato nel senso di ammettere egualmente l'applicazione di tali principi.

¹⁶ La Sezione dubita in sostanza 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

particolare riferimento alle regole della concorrenza nei limiti in cui l'osservanza delle norme stesse osti all'espletamento, in linea di fatto o di diritto, della missione affidata alle imprese stesse.

Deve rilevarsi come nessun dubbio possa residuare in ordine alla natura di servizio di interesse economico generale del servizio idrico integrato.

In sintesi, il TAR sottopone 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.

Si attende quindi, ancora una volta, la parola definitiva della Corte, non senza peraltro ricordare che la stessa Commissione, nella lettera di messa in mora 2329 del 2000, aveva riconosciuto l'ammissibilità di discipline transitorie, rilevando soltanto la necessità *“che tale periodo transitorio sia contenuto entro i più brevi termini che consentano di tenere conto, al contempo, delle aspettative legittime dei gestori uscenti e dell'esigenza di assicurare l'adeguamento al diritto comunitario nel più breve tempo possibile”*. Più grave, anche per la Commissione, il problema della flessibilità del termine, che nel caso dei servizi pubblici locali, è stato già posticipato in sede di conversione del d.l. 269.

La presente esposizione, che non ha evidentemente, come anticipato alcuna pretesa di esaustività, dimostra quindi soltanto ancora una volta la vastità e complessità delle problematiche poste da questa materia, purtroppo lontane da trovare una definitiva soluzione.