

# La liberalizzazione dei servizi pubblici locali

*di Adriana Vigneri*

Relazione svolta al Convegno *Strategie e tecniche di liberalizzazione tra mercato e politica*, Università di Venezia, Dipartimento di scienze giuridiche, 21 – 22 settembre 2007

*Introduzione. Dall'ancien régime all'attualità*

Inizialmente il tema proprio della disciplina dei pubblici servizi derivava dall'esigenza di differenziare il regime delle attività di erogazione di prestazioni/servizi, rispetto all'ordinaria attività amministrativa. In questa direzione molte occasioni sono state perdute (MERUSI): quando furono pubblicizzate le opere pie (1889), enti che erogavano prestazioni, si applicò loro la normativa della legge comunale e provinciale; una normativa pensata ad immagine dello Stato, fondata sul principio di legalità e sulla tipizzazione di atti. Con la legge di municipalizzazione dei pubblici servizi locali (1903) si intese introdurre nell'organizzazione amministrativa il modello privatistico dell'azienda, ma si finì con il combinare insieme una struttura soggettiva pubblica ed una disciplina dell'erogazione privatistica. Da allora i pubblici servizi hanno oscillato tra diritto amministrativo e diritto privato, senza trovare un *ubi consistam*, una loro disciplina tipica ed unitaria.

L'entrata in vigore della Costituzione, con l'art. 43, che legittima la nazionalizzazione dei servizi pubblici essenziali e presuppone l'esistenza di servizi pubblici non gestiti dal pubblico (la c.d. nozione oggettiva di servizio pubblico), i problemi si sono complicati<sup>1</sup>, avendo la dottrina esteso i pubblici servizi agli ordinamenti sezionali e alle programmazioni economiche, da cui non era estraibile una disciplina generale da applicare anche ai servizi in senso proprio. Si è mancato così di approfondire la nozione soggettiva di servizio pubblico.

Il tentativo di applicare alle gestione regole aziendali è sostanzialmente fallito, avendo prevalso la gestione mediante la rappresentanza politica. Con criteri politico amministrativi e

---

<sup>1</sup> Basti ricordare la fase dell'attribuzione di reati previsti per gli esercenti un pubblico servizio ai soggetti attivi nell'ordinamento sezionale del credito, superata dalla sentenza della Cass. SS.UU. penali 20 febbraio 1989, n. 4 (dal 1985 non esiste più un ordinamento sezionale del credito).

non economico aziendali. Con la conseguenza che non si è chiarita la natura della prestazione e della relativa pretesa, non essendosi distinto l'utente dal cittadino.

Su di un altro fronte, il tentativo di dare un giudice ai servizi pubblici è fallito per effetto della sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale<sup>2</sup>.

Il processo di liberalizzazione dei servizi pubblici locali è iniziato in Italia, per singoli settori (trasporti, gas naturale), nel 1999/2000, e si è basato essenzialmente sulla distinzione tra funzioni di governo ed attività di gestione. Una volta distinte le attività di gestione, la liberalizzazione si è fondata sulla previsione che la scelta del gestore (dell'unico gestore, nel caso del gas, con aperture alla concorrenza *nel* mercato nel caso di trasporti locali) dovesse avvenire attraverso una procedura pubblica competitiva. Non ha invece avuto successo il contemporaneo tentativo del Governo (1999/2000) di introdurre una disciplina generale dei servizi pubblici locali. Sono seguiti due nuovi interventi legislativi: l'art. 35 della legge finanziaria 2002 e l'art. 14 della legge di manovra finanziaria 2003, ispirate a principi di diversi: la prima liberalizzatrice, seppure con contraddizioni, la seconda correttiva della precedente e ripristinante la tradizionale libera scelta delle forme di gestione da parte dell'ente locale (ma con misure restrittive alla forma di gestione *in house* ed anche, come diremo, a quella mediante società mista).

Attualmente è in corso nuovamente il tentativo di introdurre una disciplina di carattere generale - destinata questa volta ad incidere anche sui settori già liberalizzati - fondata sul principio dell'eccezionalità della gestione pubblica (autogestione o *in house*) e quindi sulla necessità di motivarne la scelta, sulla base di valutazioni passibili di controllo da parte di un soggetto indipendente (DdL del Governo, A.S. 772). Indirizzo legislativo contrastato da chi sostiene - anche sulla scorta di elementi tratti dal Trattato Ce e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia - che in materia di servizi pubblici la possibilità di *produzione* del servizio da parte dell'ente pubblico non può essere impedita. Va detto subito che in sede politica il tentativo del Governo incontra serissimi ostacoli.

---

<sup>2</sup> Di conseguenza due deliberazioni adottate nello stesso giorno e nella stessa seduta consiliare di un grande comune italiano, l'una di costituzione di una spa totalmente pubblica cui affidare i servizi e l'altra (con il numero immediatamente successivo di repertorio) di cessione del 40% delle azioni della spa affidataria ad altro soggetto hanno potuto essere dichiarate, la prima di giurisdizione amministrativa, e pienamente legittima, la seconda (espressione evidentemente di un unico "disegno criminoso") di competenza del giudice ordinario (per mancanza di profili autoritativi) e quindi non conoscibile, irrilevante (Cons. Stato, 7369/06). Nella stessa sentenza il C. di S. ha riconosciuto che il servizio non avrebbe potuto essere affidato ad una società solo parzialmente pubblica, quale quella risultante dalla seconda deliberazione. Il giudice (Corte di Giustizia) della sentenza Moedling si agita sulla sua sedia.

Dal punto di vista di chi ha interesse a riflettere su questo percorso di liberalizzazione l'interrogativo chiave sembra essere oggi il seguente: può il legislatore limitare od escludere l'autogestione da parte degli enti locali dei relativi servizi pubblici? Ovvero la scelta tra le possibili forme di gestione, autoproduzione compresa, che è stata fin qui sostanzialmente libera, deve continuare ad esserlo, in forza di superiori principi, costituzionali o comunitari?

Al di là delle tante minute questioni di questo settore, che non possono essere ripercorse in questa sede, questo ci sembra il filo conduttore più interessante per rileggere le vicende della liberalizzazione dei servizi pubblici locali e per comprendere che cosa vi sia di "pubblico" in questa materia.

*La individuazione della "materia" servizi pubblici (locali). L'introduzione della distinzione tra servizi pubblici economici e non economici.*

E' opinione diffusa in dottrina che la nozione di servizio pubblico sia inafferrabile, e non sarà in questa sede che si forniranno risposte decisive. Tuttavia non è possibile sottrarsi al dovere di circoscrivere per quanto possibile il tema.

La "definizione" contenuta nell'art. 112 TUEL non è idonea ad identificare un regime giuridico: produrre beni e attività a fini sociali comprende al suo interno, solo per fare qualche esempio, la realizzazione delle vie pubbliche, e della pubblica illuminazione<sup>3</sup>, la raccolta dei rifiuti e l'erogazione del gas, che sono soggetti poi a regimi giuridici differenziati.

In sostanza dall'art. 112 si ricava soltanto che al di là dei servizi pubblici locali che sono definiti come tali dal legislatore, statale e regionale, gli enti locali sono autorizzati ad individuarne altri, nell'interesse dei loro cittadini, a cui i giudici applicano il regime generale dei servizi pubblici. Sono stati considerati dalla giurisprudenza servizi pubblici locali, ad esempio, il trasporto scolastico<sup>4</sup>, il parcheggio<sup>5</sup>, l'ormeggio e l'attracco di imbarcazioni da diporto<sup>6</sup>, non invece il riscaldamento di edifici comunali<sup>7</sup>, la polizia locale<sup>8</sup> e il servizio di tesoreria<sup>9</sup>.

---

<sup>3</sup> Non mancano infatti sentenze che considerano servizi pubblici locali la manutenzione delle strade, degli impianti di illuminazione e del verde pubblico (Cons. Stato, V, n. 7369/06). Si noti tuttavia che al fine di ammettere la realizzazione in house di un servizio non serve qualificarlo come servizio pubblico.

<sup>4</sup> Cons. Stato, VI, 22/11/2004 n. 7636.

<sup>5</sup> TAR Molise, 17/11/2005, n. 991.

<sup>6</sup>

In sintesi la giurisprudenza prevalente considera servizi pubblici (locali) quelli in cui vi è una prestazione a favore della collettività ( e non dell'ente locale) in cui l'esigenza di perseguire finalità sociali richiede la sottoposizione ad una apposita regolazione.

Sarebbe vano invece affermare che vi è servizio pubblico se il rapporto è di concessione (trilaterale) anziché di appalto (bilaterale) (nella terminologia comunitaria). Giustamente la giurisprudenza ha chiarito che l'uso dell'uno o l'altro istituto è indifferente: il servizio è a favore della collettività anche se il corrispettivo è pagato dal comune.

Anche la tematica dell'extraterritorialità delle società, della tutela della concorrenza, del diritto di stabilimento, dell'utilizzazione dell'*in house providing*, non sono caratteristiche della materia ma sono comuni al diritto degli appalti e all'utilizzazione di società strumentali.

La dottrina ha ulteriormente chiarito che il ruolo pubblico non eliminabile è – per usare la terminologia degli economisti - quello del *provider*, distinto dal *producer* (SORACE).

Ora nell'art. 35, comma 14, della finanziaria 2002 (l. 448/2001) vi è una pallida descrizione delle funzioni essenziali dell'ente locale: “Gli enti locali, anche in forma associata, individuano gli standard di qualità e determinano le modalità di vigilanza e controllo delle aziende esercenti i servizi pubblici, in un quadro di tutela prioritaria degli utenti e dei consumatori”, integrato dal comma 11 dell'art. 113 che, nel prevedere la necessità del contratto di servizio, precisa che in esso dovranno essere previsti i livelli dei servizi da garantire e gli strumenti per garantirne il rispetto.

Le due tipologie di servizi pubblici locali (a rilevanza economica e privi di rilevanza economica<sup>10</sup>) inserite dalla riforma 2001 e rimaste nonostante l'incostituzionalità dell'art. 113-bis<sup>11</sup>, costituiscono una novità rilevante, poiché – una volta sottoposti i servizi a rilevanza economica ad una disciplina più stringente - dalla loro individuazione deriva la possibilità di utilizzare assetti gestionali diversi. Tuttavia va detto subito che il servizio pubblico rappresenta una categoria unitaria, contenente una pluralità di attività, la cui rilevanza economica o meno è la semplice conseguenza della scelta discrezionale compiuta

---

<sup>7</sup> Altrimenti detto servizio calore: in senso affermativo Cons. Stato, V, n. 7345/2005. Ma da ultimo in senso contrario TAR TAA, Bolzano, 8 marzo 2007, che cita il precedente: Cons. Stato, V, 10 marzo 2003 n. 1289.

<sup>8</sup> Cons. Stato, V, 12.08.1998 n. 1261.

<sup>9</sup> TAR Campania, Napoli, Sez. I, 11.03.2004, n. 2841.

<sup>10</sup> Ci si riferisce qui ai servizi “sociali” che possono essere assunti dagli enti locali, comuni e province, non ai servizi che nell'ordinamento italiano sono considerati tradizionalmente sociali: l'istruzione, l'assistenza sanitaria e alle persone disabili, l'assistenza sociale, la previdenza. Anche la Commissione europea (COM (96) 443, n. 18) ha affermato che ai sistemi scolastici, come ai sistemi di protezione sociale non ineriscono attività economiche, con al conseguenza della sottrazione delle relative attività alle regole della concorrenza.

<sup>11</sup> Sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004.

dall'amministrazione locale con riferimento all'organizzazione del servizio. Nell'ambito di tale categoria è economico il servizio pubblico che è (configurato in modo tale da poter essere) condotto in modo da produrre degli utili o quanto meno la copertura dei costi di produzione (art. 2082 cc). Non esistono quindi, nell'ambito dei servizi non tipizzati<sup>12</sup>, servizi a priori economici o non economici, e men che meno ci si può basare sull'intensità della finalità sociale perseguita<sup>13</sup>.

Emblematica di questa impostazione, e da condividere, la sentenza del Consiglio di Stato<sup>14</sup> che ha dichiarato "di rilevanza economica" una serie di servizi (gestione comunità alloggio per minori; mensa sociale; assistenza domiciliare a favore di persone anziane e/o svantaggiate; consegna di pasti caldi a domicilio, lavanderia e stireria, gestione del centro di aggregazione per anziani) che il Comune di Arzachena aveva affidato ai sensi dell'art. 113-bis (da poco "annullato" dalla Corte costituzionale) ad una società maggioritaria pubblica qualificandoli invece "privi di rilevanza economica". La diversa valutazione del giudice amministrativo si è fondata su di una serie di elementi: prima di scegliere la strada dell'affidamento diretto a società a capitale pubblico prevalente quegli stessi servizi erano stati affidati mediante gara; l'importo complessivo riconosciuto alla società affidataria comprende una maggiorazione (10%) per spese di gestione che evidenzia il profitto d'impresa; analoghi oneri (ma inferiori) erano stati riconosciuti al precedente appaltatore<sup>15</sup>, cosicché l'utile appare significativamente maggiorato (del 20%). E' stato valutato anche il fatto che il soggetto societario era stato costituito per svolgere anche e soprattutto attività di preminente interesse economico (porti turistici, impianti sportivi, parcheggi, ecc.). In tal caso – dice il giudice – stante il carattere unitario del soggetto, deve aversi riguardo alla globalità dei servizi e al carattere economico che li contraddistingue.

In sintesi "deve ritenersi di rilevanza economica il servizio che si innesta in un settore per il quale esiste, per lo meno in potenza, una redditività e quindi una competizione sul mercato, e ciò ancorché siano previste forme di finanziamento pubblico, più o meno ampie, dell'attività in questione; mentre può considerarsi privo di rilevanza quello che, per sua natura o per i vincoli ai quali è sottoposta la relativa gestione, non dà luogo ad alcuna competizione e quindi appare irrilevante ai fini della concorrenza".

---

<sup>12</sup> I servizi locali individuati come economici dal legislatore (quanto meno distribuzione gas naturale, ciclo dei rifiuti, risorse idriche, trasporti)

<sup>13</sup> Cosicché l'assistenza agli anziani sarebbe più "sociale" della raccolta dei rifiuti.

<sup>14</sup> Cons. Stato, V, 5072/2006

<sup>15</sup> Il rapporto è configurato infatti come appalto e non come concessione, essendo il gestore retribuito direttamente e soltanto dal Comune.

Di conseguenza soltanto l'esame della situazione di diritto e di fatto caso per caso consente di decidere a quale regime giuridico la singola attività vada sottoposta.

Quale sia il regime giuridico che consegue all'assenza di rilevanza economica non è oggi chiaro, mancando la relativa disciplina, che dovrà essere introdotta dalle leggi regionali. La giurisprudenza che ha avuto occasione di pronunciarsi ha affermato che "l'art. 113-bis è norma eccezionale e derogatoria rispetto al principio dell'affidamento con gara"<sup>16</sup>, ma non ha avuto occasione di esaminare un affidamento in house di servizi non economici.

Sembra tuttavia che dalla giurisprudenza amministrativa più recente si tragga la necessità – per i servizi non economici - di una previsione legislativa specifica che legittimi forme diverse dall'applicazione di procedure di evidenza pubblica per la scelta del gestore.

### *La costituzione economica europea*

La domanda cui vorremmo rispondere è: esiste un principio nell'ordinamento comunitario che garantisca all'ente pubblico la possibilità di autogestione dei servizi pubblici (locali)? E se sì, le legislazioni nazionali possono disporre diversamente?

Premesso che – in estrema sintesi - nella materia in esame il diritto europeo ha preso il posto del diritto interno, il principio del libero mercato espresso con la nota formula del "mercato aperto e in libera concorrenza" investe tutto il sistema della costituzione economica europea e comporta l'applicazione in via di principio e salvo deroghe consentite dallo stesso diritto, a tutte le imprese, a prescindere dal settore e dal tipo di attività espletata e indipendentemente dalla loro appartenenza, pubblica o privata, di una serie di regole a tutela della concorrenza, poste dal Trattato, dal diritto derivato e dalla giurisprudenza. Ciò è affermato come è noto nella norma fondamentale di cui all'art. 86 del TCE, nella quale compare anche la nozione di impresa pubblica. Tutte le imprese e perciò anche le imprese pubbliche sono soggette nell'ambito del diritto europeo alle regole del mercato. Usufruiscono delle deroghe – nei casi previsti – come le imprese private, ma non possono usufruire in quanto imprese pubbliche di regimi privilegiati, come è invece consentito dall'art. 41, 3° comma della Costituzione italiana<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Cons. Stato, V, 5072/06, GESECO c/ Comune di Arzachena.

<sup>17</sup> Di cui si può dare un'interpretazione adeguatrice, operazione che non è invece fattibile con l'art. 43 Cost. Si ricordi che i principi della nostra costituzione economica non fanno parte dei principi inderogabili secondo la giurisprudenza costituzionale italiana.

E' pacifico anche secondo il diritto europeo che i pubblici poteri possono fare gli imprenditori. Risulta dall'art. 86 e dall'art. 295 Tr, secondo i quali spetta agli Stati stabilire il regime della proprietà e quindi anche della proprietà dell'impresa. Ma è certo che le imprese pubbliche in tanto possono esistere in quanto seguano le stesse regole di quelle private. Lo dice chiaramente il primo comma dell'art. 86: gli Stati non possono introdurre o mantenere, nei confronti delle imprese pubbliche, misure contrarie al Trattato e segnatamente alle regole della concorrenza<sup>18</sup>.

Nulla impedisce inoltre che l'impresa pubblica persegua fini sociali, diversi da quelli che si perseguono mediante la disciplina dei servizi di interesse economico generale: sviluppo di aree depresse, realizzazione di strutture non economiche ma utili al fine dello sviluppo. Si veda il caso ISA del Ministero dello sviluppo agricolo. Ma questo punto non è privo di incertezze.<sup>19</sup>

Nel diritto europeo l'attività a carattere economico<sup>20</sup> deve essere esercitata nella forma dell'impresa<sup>21</sup>, sottoposta perciò alle regole del mercato, salvo deroghe che risultino necessarie per il perseguimento di scopi di solidarietà sociale. Si <esula> dal mercato se l'attività non può essere qualificata "economica", non se l'attività economica è indirizzata a scopi di interesse generale (86, par. 2). In questo secondo caso sono ammesse deroghe nell'ambito della generale applicazione delle regole della concorrenza. Nel primo caso si è del tutto al di fuori di tali regole.

Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale (servizi pubblici a rilevanza economica, nel linguaggio italiano) possono essere sottoposte a particolari regimi di favore, se l'applicazione delle regole della concorrenza "osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata" (artt. 86, par. 2 e 16 del TCE). L'ambito di applicazione dell'art. 86, par. 2, comprende quelli che noi consideriamo servizi pubblici in senso stretto (in quanto oggetto di una disciplina

---

<sup>18</sup> TESAURO, Diritto comunitario, 2005, p. 764

<sup>19</sup> Per l'esame di questa specifica questione v. CERULLI IRELLI, Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, 2006, p. 785.

<sup>20</sup> Non è facile individuare nella giurisprudenza della Corte di Giustizia un criterio preciso di distinzione tra ciò che deve essere assoggettato alle regole di mercato e ciò che ne esula (in quanto espressione di pubblici poteri o basate sul principio di solidarietà sociale. Si può soltanto dire che si applica per lo più un criterio di prevalenza.

<sup>21</sup> Ma può trattarsi di impresa nella forma di ente pubblico: C-41/90 Hoefner, sentenza del 23 aprile 1991: "la nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento".

differenziata), ma non si esaurisce in essi. Infatti la nozione che se ne ricava richiede soltanto che si tratti di attività a carattere economico, le cui prestazioni hanno carattere di necessità (necessità politica) con riferimento ad una generalità di utenti indifferenziata. Ed infatti si ritiene che la nozione che si ricava dall'art. 86, par. 2, TCE sia la medesima che si ricava nell'ordinamento nazionale dall'art. 41, c.3, Cost.: attività economiche in entrambi i casi, svolte sia da imprese private che da imprese pubbliche, indifferentemente, sottoposte a regimi derogatori rispetto all'ordinario regime dell'attività d'impresa, per assicurare il perseguimento di fini sociali (ivi compreso l'adempimento degli obblighi di servizio pubblico). Con l'avvertenza – come si è detto - che la parità di trattamento che deve essere garantita ai sensi dell'art. 86 è più stringente di quella prevista dal 41, 3° comma, Cost. (di qui l'esigenza, per non considerare anche<sup>22</sup> l'art. 41 in netto contrasto con i principi europei e quindi da disapplicarsi (CORSO), di dare di quest'ultimo articolo un'interpretazione adeguatrice). I fini perseguiti dalle attività di servizio pubblico rilevano certamente come scopi di interesse generale, ma non sono i soli.

In termini generali la Corte ha affermato che l'art. 86, par. 2 del TCE deve essere interpretato nel senso che agli stati membri è consentito di conferire ad imprese cui attribuiscono la gestione di servizi di interesse economico generale<sup>23</sup> diritti esclusivi che possono impedire l'applicazione delle norme del Trattato in materia di concorrenza, nella misura in cui restrizioni della concorrenza, e persino l'esclusione della concorrenza da parte di altri operatori economici, sono necessari per garantire l'adempimento della specifica funzione attribuita alle imprese titolari dei diritti esclusivi" (sentenza *Corbeau*, C-320/91 del 19 maggio 1993, che legittima parzialmente il monopolio dell'Ente poste francese nella raccolta, trasporto e distribuzione della corrispondenza). Perché le deroghe siano consentite, deve trattarsi di misure strettamente necessarie a consentire la copertura dei costi del servizio pubblico<sup>24</sup>, tenuto conto delle condizioni economiche dell'impresa, misure che non

---

<sup>22</sup> Oltre all'art. 43 Cost..

<sup>23</sup> Sono stati riconosciuti servizi di interesse economico generale: il trasporto d'urgenza di persone malate o ferite a tariffe uniformi, senza riguardo alla redditività di ciascuna operazione (*Firm Ambulance Glockner*, C-475/99); la raccolta, trasporto e distribuzione della corrispondenza su tutto il territorio nazionale, a condizioni tariffarie e di qualità uniformi, indipendentemente dal grado di redditività economica della singola operazione (*Corbeau*, *cit*); il trasporto pubblico locale, i cui oneri sono compensati da sovvenzioni pubbliche (*Altmark Trans GmbH*, C-280/00); la fornitura e distribuzione di medicinali da parte di grossisti cui sono imposti obblighi di servizio pubblico (*Acos*, C-53/00); la distribuzione regionale di energia elettrica, con fornitura garantita a tutti gli utenti nelle quantità richieste, a tariffe uniformi o variabili secondo criteri obiettivi (*Almelo*, C-393/92); le operazioni di ormeggio, per motivi di sicurezza nelle aree portuali (*Corsica Ferries*, C-266/96)

<sup>24</sup> Mediante una componente aggiuntiva del prezzo del servizio, una sovvenzione pubblica precostituita, l'esclusiva di attività collaterali redditizie; l'esclusiva, per consentire la compensazione tra attività in perdita e attività che producono reddito.



compromettano lo sviluppo degli scambi in misura contraria agli interessi della Comunità<sup>25</sup>. Nessuna posizione di privilegio è fatta alle imprese in quanto pubbliche: è del tutto superata l'impostazione del servizio pubblico in senso soggettivo, se ad esso si dà la connotazione tradizionale di servizio che deve essere gestito<sup>26</sup> di regola da un soggetto pubblico (e ad esso riservato, cosicché il privato può gestire soltanto sulla base di una concessione).

Non è superata invece l'impostazione soggettiva, se si intende che per aversi la nozione di servizio di interesse economico generale (servizio pubblico nel linguaggio italiano<sup>27</sup>) è sempre necessario che vi siano le decisioni politiche<sup>28</sup> dei pubblici poteri (attraverso leggi o atti amministrativi), in forza delle quali si stabilisce che un determinato servizio sia reso come servizio pubblico e se ne stabilisce la regolazione<sup>29</sup> e il controllo. In questi termini l'azione dei pubblici poteri (funzione) è indispensabile perché si abbia servizio pubblico, che deriva sempre in definitiva da una scelta pubblica "soggettiva" che implica l'uso del potere.

Il principio che nella gestione dei servizi pubblici possono operare anche imprese soggettivamente pubbliche, ma equiparate nella competizione e nel regime dell'attività alle imprese private, unito alla necessità di svolgere l'attività in forma di impresa, porterebbe a concludere che imprese pubbliche possono esserci o non esserci, accanto alle imprese private in forza delle decisioni dei singoli Stati (art. 295 TCE<sup>30</sup>) ma "nel mercato", non in posizione privilegiata al di fuori delle regole di mercato. E' discutibile che qualche cosa di diverso si ricavi dall'art. 295. Tuttavia – almeno nel campo dei servizi pubblici, la giurisprudenza della Corte di giustizia non manca mai di riaffermare, esaminando il rispetto delle direttive servizi, che il problema dei rispetto di regole di pubblicità, trasparenza, parità di trattamento, si pone quando vi è alterità tra l'ente pubblico e l'impresa che gestisce i servizi. Se invece è l'ente pubblico stesso che gestisce, direttamente o attraverso un soggetto qualificabile *in house*, non vi è luogo ad applicare le regole della concorrenza<sup>31</sup>. Nel diritto comunitario "vivente" non vi

---

<sup>25</sup> (Commissione, C-157 e 159/94)

<sup>26</sup> Mediante azienda pubblica, ente pubblico economico o società di capitali.

<sup>27</sup> Che recentemente usano spesso anche le sentenze della Corte di giustizia.

<sup>28</sup> Perché quasi sempre libere nel fine.

<sup>29</sup> Preferibilmente attraverso Autorità indipendenti.

<sup>30</sup> Il principio di neutralità verso il regime proprietario (anche) delle imprese non può tradursi in un divieto per una politica nazionale di privatizzazioni sostanziali: Cons. Stato, V, 27/05/2002 n. 2922 (a proposito del d.P.C.M. 8 novembre 2000 che vieta alle imprese pubbliche di acquistare le tre Genco).

<sup>31</sup> La prima definizione giurisprudenziale della figura dell'*in house providing* (Libro bianco sugli appalti del 1998) è fornita dalla sentenza 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal*. In quella sede si è affermato che non è necessario rispettare le regole in materia di appalti se concorrono i seguenti requisiti: a) l'amministrazione

è un principio che subordini la creazione di imprese pubbliche a ragioni di interesse generale (o di utilità generale o sociale), o più precisamente alla carenza di iniziativa economica privata<sup>32</sup>. Le conclusioni che sembrava di poter trarre dall'esame dell'art. 86 TCE sono completamente rovesciate<sup>33</sup>.

Saremmo portati a negare che sia questa una conseguenza necessaria dell'applicazione dei principi del Trattato, riconoscendovi piuttosto una scelta di carattere politico.

Non mancano tuttavia autorevoli opinioni dissenzienti rispetto alla libertà di "autogestione". Si è ritenuto – argomentando dai principi dell'azione amministrativa - che la creazione di un'impresa pubblica debba essere sempre motivata (essendo l'azione amministrativa "funzionalizzata"), e che non vi sia ragione di costituire imprese pubbliche se si tratta di compiti che le imprese private possono svolgere (ugualmente bene o meglio) (SORACE). In questi termini non si tratta di argomento che riguardi specificamente i rapporti tra attività economica pubblica e attività economica privata, bensì di un argomento di ordine generale che si applica a tutta l'attività amministrativa.

Il tema è stato sollevato dal TAR Puglia con ordinanza 22 luglio 2004 (causa ANAV c/ Comune di BARI) nella quale il giudice del rinvio ha chiesto se sia conforme al diritto comunitario (artt. 43, 49 e 86 CE) una disciplina nazionale<sup>34</sup> che "non pone alcun limite alla libertà, per un ente pubblico, di scegliere tra le diverse forme di affidamento di un servizio pubblico, in particolare tra l'affidamento mediante procedura di gara ad evidenza pubblica e l'affidamento diretto ad una società di cui tale ente locale detiene l'intero capitale". La domanda evidentemente chiedeva se l'ente pubblico fosse **libero** di limitare od escludere il

---

aggiudicatrice esercita sul soggetto aggiudicatario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi; b) il soggetto aggiudicatario svolge la maggior parte della propria attività in favore dell'ente pubblico di appartenenza. In ragione di questi due elementi l'ente in house non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante, ma deve considerarsi come un servizio interno dell'amministrazione. Quindi non vi sono i presupposti per applicare la disciplina in materia di contratti di appalto (di lavori, servizi e forniture).

<sup>32</sup> L'art. 9 della Carta del Lavoro del 1927 così recitava: "l'intervento dello Stato nella produzione economica ha luogo soltanto quando manca o è insufficiente l'iniziativa privata e quando sono in gioco interessi politici dello Stato"

<sup>33</sup> Grazie a questo passaggio – che non è più: i servizi pubblici vanno gestiti dal pubblico per regola, art. 43 Cost. – ma è: l'ente pubblico è libero di svolgere attività economiche direttamente, si ricostituisce una posizione di monopolio, di riserva a favore dell'ente pubblico, dato che nel caso dei servizi pubblici locali non si dà la possibilità, nella maggior parte dei casi, che vi sia più di un soggetto gestore. Questo rende anche più complessa la questione, essendo facile argomentare che, se monopolio deve essere, meglio è sia pubblico. Cadono anche le conseguenze del principio che l'attività economica va svolta in forma di impresa, per cui l'impresa pubblica è soggetta alle stesse regole dell'impresa privata (ad esempio, l'impresa pubblica non dovrebbe poter essere affidataria diretta rispetto all'ente cui appartiene). Si richiederebbe – perché vi fosse effettiva equiparazione - che l'impresa pubblica fosse configurata come soggetto distinto rispetto all'ente pubblico responsabile del servizio. Ma se nel contempo si dice che l'impresa è o può essere "parte" dell'ente pubblico, lo statuto dell'impresa non è più applicabile.

<sup>34</sup> Art. 113, comma 5, del TUEL.

mercato, riservandolo ad una propria società<sup>35</sup>. Ma la Corte di Giustizia non ha ritenuto di cogliere la sfida ed ha eluso l'interrogativo, riproponendo, con le successive restrizioni, i ragionamenti svolti nella sentenza Teckal. Cosicché la risposta (positiva) è implicita e non argomentata (C-410/04, sentenza del 6 aprile 2006). In altri termini, la Corte di giustizia ha di fatto ridotto l'eccezionalità alla necessità di interpretare restrittivamente le condizioni integranti l'uso legittimo dell'*in house providing*, e per l'amministrazione di provare l'esistenza di quei presupposti, senza alcuno "sguardo" sulla situazione esterna.

Un ulteriore argomento è fornito oggi dal principio di sussidiarietà orizzontale contenuto nell'art. 118, quarto comma della Costituzione come modificata dalla legge costituzionale n. 3/2001. Premesso che le esigenze di interesse generale o di servizio pubblico sono individuate sempre e preliminarmente dal legislatore o dall'amministratore<sup>36</sup>, il rispetto del principio di sussidiarietà può condurre ad affermare che la presenza (attuale o potenziale) di operatori economici capaci di fornire la medesima prestazione impedisce all'ente locale (nel caso di servizi pubblici locali, ma il principio ha evidentemente valenza più generale) di configurare l'attività come servizio pubblico, con le relative conseguenze quanto a regime giuridico, ma impedisce anche all'ente locale, una volta qualificata l'attività come servizio pubblico, di assumerne la prestazione in proprio, quando questa soluzione (l'autoproduzione, l'*in house*) è eccessiva (perché occupa uno spazio che potrebbe essere coperto con gli stessi risultati dagli operatori economici), essendo sufficiente, per gli obiettivi di interesse pubblico, la regolazione<sup>37</sup>. In questo senso, con riferimento al modello *in house*, si è detto che " dal principio di sussidiarietà di cui all'art. 118, comma 4, Cost. pare doversi desumere che il ricorso a questa (seconda) forma di gestione sia ammissibile soltanto nell'ipotesi di assenza di imprese private disponibili ad assumersi l'obbligo di svolgere l'attività".<sup>38</sup>

Ma che tutto questo si ricavi dall'art. 118, 4° comma Cost. è ancora molto incerto. Per ora accontentiamoci di prendere atto degli orientamenti della Corte di Giustizia, cui la Commissione si adegua, aggiungendo che è, quanto meno, possibile affermare che una

---

<sup>35</sup> Gli affidamenti *in house* sono normalmente a tempo indeterminato o per la durata (normalmente lunghissima) della società *in house*.

<sup>36</sup> Non derivano meccanicamente dal fallimento del mercato, ma dalle valutazioni dell'autorità politica.

<sup>37</sup> Il principio di sussidiarietà orizzontale non serve a definire il servizio pubblico ma a compiere una scelta "organizzativa". Va tuttavia subito aggiunto che il significato della sussidiarietà orizzontale e lo spazio ad essa pertinente è ancora oggetto di forti contrasti nella dottrina italiana e nel mondo politico.

<sup>38</sup> D.SORACE, Diritto delle amministrazioni pubbliche. Un'introduzione, Il Mulino 2005, p. 128.

legislazione interna che disponga diversamente non è da considerarsi contraria ai principi del Trattato (o a norme costituzionali interne)<sup>39</sup> (ma è ad evidenza politicamente debole).

*Gli orientamenti recenti della giurisprudenza comunitaria.*

Nonostante l'elusione della questione di fondo, l'attività della giurisprudenza dal 2005 in poi si è indirizzata a restringere – rispetto all'iniziale sentenza *Teckal*<sup>40</sup> - i casi in cui può trattarsi di gestione *in house*. E' sempre ammessa la libertà dell'ente locale di escludere il mercato, ma aumentano i requisiti necessari per ritenere – quando la gestione è affidata a soggetto distinto dall'ente pubblico responsabile del servizio - che si tratti di una situazione equivalente a quella che si ha quando la gestione è interna, mediante un ufficio.

E' utile chiarire subito che ai fini dell'applicazione delle norme a tutela della concorrenza non rileva che l'affidamento del servizio si configuri come appalto o come concessione<sup>41</sup> (come è noto secondo il diritto comunitario seguito dal diritto interno si ha appalto se il prezzo è pagato dall'amministrazione, concessione se il prezzo è pagato dagli utenti ed eventualmente integrato dall'amministrazione). Neppure rileva che si tratti di acquisto di servizi strumentali da parte dell'amministrazione, ovvero di servizi per i quali l'amministrazione garantisce vengano resi alla popolazione.

La Corte ha iniziato con l'affermare che la società, per essere *in house*, deve essere interamente pubblica<sup>42</sup>; quindi che non è ammessa l'apertura futura ad altri capitali, l'ambito di attività ampliato a tutto il paese, l'oggetto sociale esteso ad altri importanti settori, l'autonomia di azione del consiglio di amministrazione<sup>43</sup>; subito dopo<sup>44</sup> ha avuto occasione di chiarire che la violazione degli obblighi comunitari (in questo caso, della direttiva appalti pubblici di servizi) si ha anche quando la cessione di quote (ad un'impresa privata) sia successiva al momento in cui è avvenuto l'incarico, in esclusiva e a tempo indeterminato, alla società interamente comunale. In questa occasione ha aggiunto che così facendo (“una costruzione artificiale comprendente più fasi distinte”) si ottiene di conferire un appalto ad un'impresa ad economia mista senza appello alla concorrenza, compromettendo “l'obiettivo di concorrenza libera e non falsata e il principio di parità di trattamento degli interessati, in

---

<sup>39</sup> Le leggi italiane che hanno escluso la gestione pubblica diretta non sono state impugnate per incostituzionalità o violazione dei principi del TCE.

<sup>40</sup> Sentenza 18 novembre 1999, C-107/98

<sup>41</sup> Siamo ovviamente ben lontani dalla figura della concessione amministrativa.

<sup>42</sup> *Stadt Halle e RPL Lochau*, 11 gennaio 2005, C- 26/03

<sup>43</sup> *Parking Brixen*, 13 ottobre 2005, C-84/03.

<sup>44</sup> *Commissione/Austria, Gemeinde Moedling*, 10 novembre 2005, C-29-04

quanto tale procedura offrirebbe ad un'impresa privata presente nel capitale di tale impresa un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti”<sup>45</sup>.

Sotto il profilo del controllo “analogo a quello esercitato sui propri servizi”, secondo la formula già usata nella sentenza *Teckal*, la Corte ha escluso che la proprietà di tutte le azioni della società costituisca condizione sufficiente per ritenere che il controllo sia “analogo”. Occorrendo inoltre che attraverso ulteriori strumenti<sup>46</sup> si possano condizionare le principali decisioni della società. In un caso (sentenza *Coname*<sup>47</sup>) ha escluso che il controllo “analogo” potesse essere esercitato con una partecipazione dello 0.97%.

Anche la condizione, che il soggetto affidatario diretto realizzi la parte più importante della sua attività con l'ente o gli enti locali che lo detengono ha subito un'evoluzione restrittiva: a ben vedere è privo di logica giustificazione che il soggetto in house possa operare anche sul mercato, entrando in concorrenza con soggetti che non hanno il plafond di attività assicurato a tale particolare soggetto, sia pure per una quota secondaria. Nella sentenza citata *Coname* la Corte – in luogo di usare la consueta formula della misura prevelente – si esprime testualmente così: “E’ inoltre necessario che le prestazioni di detta impresa siano sostanzialmente destinate in via esclusiva all'ente locale in questione. Entro tali limiti risulta giustificato che l'impresa di cui trattasi sia sottratta agli obblighi della direttiva 93/36 (appalti pubblici di fornitura), in quanto questi ultimi sono dettati dall'intento di tutelare una concorrenza che, in tal caso, non ha più ragion d'essere” (p. 62). “In applicazione di detti principi si può ritenere che l'impresa in questione svolga la parte più importante della sua attività con l'ente locale che la detiene, ai sensi della menzionata sentenza *Teckal*, solo se l'attività di detta impresa è principalmente destinata all'ente in questione e ogni altra attività risulta avere solo un carattere marginale” (p.63)<sup>48</sup>.

Successivamente, nell'esaminare il caso sottoposto dal TAR Puglia, pur ribadendo la legittimità della legge italiana e quindi la libertà di scelta tra i due (o tre, come si dirà) modelli

---

<sup>45</sup> Sembra doversene dedurre tra l'altro che l'affidamento diretto a società mista è sempre considerato dalla Corte illegittimo, quale che sia la modalità di scelta del socio. Ma non vi è stata occasione di approfondire la questione, su cui torneremo più avanti. Infatti le sentenze *Stadt Halle* e *Parking Brixen* riguardano casi in cui il privato è stato individuato senza gara.

<sup>46</sup> Consistenti ad esempio nel fatto che le decisioni più importanti siano sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante. La giurisprudenza ha anche chiarito che in astratto è configurabile un controllo analogo anche se il pacchetto azionario non è detenuto direttamente dall'ente pubblico, ma indirettamente, mediante altra società per azioni capogruppo, detenuta al 100% dall'ente pubblico. Tuttavia, una tale forma di partecipazione può indebolire il controllo eventualmente esercitato dall'amministrazione aggiudicatrice su una società per azioni in forza della mera partecipazione al suo capitale (*Carbotermo*, sentenza 11 maggio 2006, C-340/04).

<sup>47</sup> *Consorzio Aziende metano (Coname)*, 21 luglio 2005, C-231/03

<sup>48</sup> Ci sembra palese la volontà di non rinnegare le c.d. condizioni *Teckal*, continuando ad usare le medesime formule, e nello stesso tempo di correggerle sostanzialmente.

di gestione, ha sottolineato quanto affermato fin dalla sentenza *Teckal*, il carattere eccezionale e derogatorio dell'istituto dell'*in house* (da interpretarsi quindi restrittivamente).

La Corte di Giustizia non ha avuto occasione – invece - di approfondire l'altro modello di gestione ampiamente diffuso in Europa e previsto in Italia sempre dal comma 5 dell'art. 113 del TUEL: l'affidamento diretto ad una società a capitale misto pubblico/privato, in cui il socio privato sia stato scelto con gara. Dalla giurisprudenza sopra richiamata, nella quale la Corte argomenta l'impossibilità dell'affidamento diretto dalla eterogeneità dell'interesse privato, sembrerebbe doversi dedurre che in ogni caso, comunque scelto, il privato "inquina". Tuttavia una tale conclusione, se assolutizzata, si porrebbe in contrasto con le indicazioni di favore per il c.d. partenariato pubblico privato, e quindi la questione va considerata ancora aperta.

*Gli orientamenti recenti della giurisprudenza interna. Disapplicazione o interpretazione adeguatrice (ai principi del TCE) dell'art. 113, comma 5 TUEL. In particolare la gara per la scelta del socio.*

La giurisprudenza comunitaria è stata ampiamente condivisa da quella interna, compreso il Consiglio di Stato che ha esplicitamente sottoscritto l'affermazione secondo cui la figura dell'*in house providing* si configura come modello eccezionale, i cui requisiti vanno interpretati restrittivamente perché costituiscono una deroga alle regole generali del diritto comunitario<sup>49</sup>. È stata recepita anche la nozione del controllo analogo, nel senso che – non essendo sufficiente la proprietà totalitaria – le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante (Cons. Stato, V, 8 gennaio 2007, n. 5).

Il Consiglio di Stato ha anche messo in rilievo che non esiste, nel diritto degli appalti pubblici, una norma di carattere generale che legittimi il modello *in house*<sup>50</sup> (sappiamo essere irrilevante – ai fini della nozione di pubblico servizio -che il rapporto si configuri come appalto o come concessione). La giurisprudenza amministrativa ha anche fatto un passo ulteriore: ha iniziato ad affermare che altri modelli di affidamento sono utilizzabili "laddove vi siano giustificate ragioni per non ricorrere ad un affidamento esterno integrale", quindi con

---

<sup>49</sup> Cons. Stato, Parere n. 3162/06; Sent. VI, n. 1513 e 1514/07.

<sup>50</sup> Nel parere 3162 il Consiglio di Stato ha ricordato che una norma era stata proposta per essere inserita nel Codice Appalti (d.lgs. 163/2006), ma non è stata approvata. La norma era: *Affidamenti in house*- "Il presente decreto non si applica all'affidamento di servizi, lavori e forniture a società per azioni il cui capitale sia interamente posseduto da un'amministrazione aggiudicatrice, a condizione che quest'ultima eserciti 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'amministrazione aggiudicatrice" (art. 15).

obbligo di una specifica motivazione (parere 457/2007 Sez. II Cons. Stato). Ha quindi introdotto un netto rapporto tra regola ed eccezione.

Esaminando gli effetti derivanti dall'illegittimità costituzionale dell'art. 113-bis, il supremo giudice amministrativo ha dichiarato che:

“In sede di affidamento di un pubblico servizio non può derogarsi ai principi generali di trasparenza, economicità, efficacia e non discriminazione che presiedono al settore, con la conseguenza che l'affidamento stesso non può di norma essere operato al di fuori di procedure non concorrenziali, se non sulla base di deroghe espressamente previste dal legislatore”, neppure per conferire il servizio ad una società *in house*<sup>51</sup>. Secondo il giudice quindi l'autoproduzione non è un principio, il conferimento mediante procedure concorrenziali lo è. La previsione della gestione *in house* è una deroga alla regola della concorrenza, non è un modello alternativo e paritario.

Analoghe considerazioni si trovano nella sentenza Comune di Roma-Zetema s.r.l. c/ARA s.n.c..<sup>52</sup>

Sull'interpretazione della lett. b) del comma 5 dell'art. 113 (società “miste”), sono ancora poche le sentenze amministrative successive alla recente giurisprudenza della Corte di giustizia. Vi è peraltro un importante parere del Consiglio di Stato.

La giurisprudenza di TAR ha avuto occasione di esaminare il caso di un affidamento a società mista il cui socio (privato) è stato scelto con gara comunitaria<sup>53</sup> e ha concluso per l'illegittimità dell'affidamento diretto sottoponendo ad interpretazione adeguatrice la lett. b) dell'art. 113, comma 5. Il giudice non esclude che la previsione della lett. b) possa essere in qualche caso compatibile con i principi del Trattato CE (artt. 43 e 49) ma circoscrive tale ipotesi al caso di un contratto che non possa interessare, per la sua esiguità, un'impresa con sede in uno Stato membro diverso da quello del Comune concedente<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup> L'eliminazione dal sistema dell'art. 113-bis ha prodotto l'effetto, per certi versi paradossale, che un servizio a rilevanza economica può essere affidato *in house*, un servizio privo di rilevanza economica no perché manca la norma derogatoria. Non sembra trattarsi di una semplice questione di rispetto del principio di legalità.

<sup>52</sup> Sentenza

<sup>53</sup> TAR Lazio, Latina, 5 maggio 2006 n. 310.

<sup>54</sup> “La Corte di Giustizia delle Comunità europee (proc. C-231/03) ha, infatti, affermato che gli artt. 43 CE e 49 CE ostano all'affidamento diretto, cioè senza indizione di una gara, da parte di un comune, di una concessione relativa alla gestione del servizio pubblico ad una società a prevalente capitale pubblico. Nella misura in cui la detta concessione può interessare anche ad un'impresa con sede in uno Stato membro diverso da quello del Comune concedente, l'affidamento, in mancanza di qualsiasi trasparenza, di tale concessione ad un'impresa con sede in quest'ultimo Stato membro costituisce una differenza di trattamento a danno dell'impresa avente sede nell'altro Stato membro. Infatti in mancanza di qualsiasi trasparenza quest'ultima impresa non ha alcuna reale possibilità di manifestare il suo interesse ad ottenere la concessione. Orbene, a meno che non sia giustificata da circostanze obiettive, siffatta differenza di trattamento, che, escludendo tutte le imprese aventi sede in un altro

Si è detto della giurisprudenza comunitaria che ha escluso trattarsi del modello *in house* se la società è aperta al capitale privato (mancherebbe per definizione il requisito del controllo “analogo” sugli interessi espressi dal privato<sup>55</sup>). Ciò ha condotto il Consiglio di Stato ad affermare che il modello dell’affidamento diretto alla società mista non è riconducibile all’*in house providing*<sup>56</sup>. Non ne deriva necessariamente la contrarietà del modello della società mista<sup>57</sup> con i principi del Trattato. Si tratta infatti di valutare l’incidenza della previsione sulla gara per la scelta del socio: si tratta di un *tertium genus*, né affidamento diretto, né gara per l’affidamento del servizio, o di che cosa?

Sembra a chi scrive che l’unica interpretazione che può condurre alla compatibilità comunitaria<sup>58</sup> della figura contemplata alla lett. b) del comma 5 cit. sia quella che ritiene trattarsi, non di un affidamento diretto alla società mista, ma piuttosto di un affidamento con procedura di evidenza pubblica dell’attività operativa della futura società mista al partner privato, tramite la stessa gara volta all’individuazione di quest’ultimo<sup>59</sup>.

Se la gara per la scelta del socio fosse una normale gara per la scelta di un socio (affidabilità, contributo finanziario, competenza) varrebbero contro l’affidamento diretto ad una società così costituita tutti gli argomenti già utilizzati dalla Corte di Giustizia: l’affidamento diretto ad una società pubblico/privata senza appello alla concorrenza offrirebbe all’impresa privata presente nel capitale un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti (*Stadt Halle*), renderebbe impossibile il controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e introdurrebbe un interesse privato estraneo e confliggente con gli obiettivi della pubblica amministrazione nell’organizzare il servizio.

---

Stato membro, opera principalmente a danno di queste ultime, costituisce una discriminazione indiretta in base alla nazionalità, vietata ai sensi degli artt. 43 CE e 49 CE (sentenze 10 marzo 1993, causa C- 111/91, Commissione/ Lussemburgo; 8 giugno 1999, causa C-337/97, Meeusen; 26 ottobre 1999, causa C-294/97, Eurowings Luftver-kehr punto 33 e giurisprudenza ivi citata”. “I criteri in base ai quali il giudice nazionale deve condurre la propria indagine di merito riposano sul valore economico della concessione nel senso che ove questa s’appalesa di entità molto limitata si possa ragionevolmente sostenere che un’impresa con sede in uno stato membro diverso da quello cui appartiene il Comune concedente non avrebbe interesse alla concessione controversa” (TAR Lazio, Latina, 5 maggio 2006, n. 310).

41 Quanto sia convincente – non la conclusione – ma la sua argomentazione, è questione che non può essere per ora affrontata.

<sup>56</sup> Cons. St. II, Parere 18 aprile 2007 n. 456/2007.

<sup>57</sup> Delle società miste si tratta nell’art. 113, comma 5, lett. b) del TUEL; nel Codice dei contratti pubblici, art. 1, comma 2 e nell’art. 32, comma 1, lett. c) e comma 3.

<sup>58</sup> Non si condividono quindi le posizioni di chi, come il CGARS (27 ottobre 2006, n. 589), ritiene che la società mista il cui socio è stato scelto con gara debba affrontare una “seconda gara”: avremmo, tra l’altro, come conseguenza di legittimare una gara gestita da un soggetto pubblico che nello stesso tempo è socio (anche maggioritario) della società che si presenta alla gara ! Ma non si condividono neppure le posizioni di chi ritiene possibile l’affidamento diretto per il solo fatto che il socio è stato scelto con una qualche gara.

<sup>59</sup> Tesi esposta già nel 2004 (Servizi ed interventi pubblici locali, Commento agli artt. 112-123 del T.U. sull’ordinamento degli enti locali, pag. 287 ss.) e ora condivisa dal Consiglio di Stato nel parere 456/2007 (affidamento del SIAN- Sistema Informativo Agricolo Nazionale - da parte di AGEA- Agenzia per le Erogazioni in Agricoltura - alla società SIN).



Se invece la gara ha per oggetto l'affidamento del servizio e la ricerca del socio è appunto rivolta a individuare un socio operativo per un determinato e ben individuato servizio, mentre la qualità di socio assunta dall'amministrazione pubblica ha il solo scopo di poter indirizzare e controllare dall'interno anziché soltanto dall'esterno l'attività del gestore. Se conseguentemente si predetermina la data di scadenza dell'affidamento e quindi della società (o della presenza del socio gestore dentro la società) regolando fin dall'inizio le modalità di uscita del socio che non si aggiudichi anche la successiva gara o le modalità di scioglimento della società, non si può sostenere né che vi sia un indebito vantaggio per il privato che diviene socio dell'ente pubblico, né che gli interessi di cui il privato è il legittimo portatore "inquinino" la capacità di indirizzo e controllo dell'amministrazione pubblica. Non si avrebbe, da questo punto di vista, una situazione diversa da quella che si determina con la conclusione di un contratto, appalto o concessione, e con la successiva attività di controllo della sua realizzazione.

L'interpretazione<sup>60</sup> in questi termini del modello della lett. b), comma 5, dell'art. 113 TUEL è agevolata dal collegamento tra il comma 5, lett. b), dell'art. 113 cit e il successivo art. 12 sulla cessione da parte dell'ente locale di partecipazioni nelle società di gestione di servizi; nel quale si dice che la cessione della partecipazione (quindi l'acquisizione di un nuovo socio) deve avvenire "mediante procedure ad evidenza pubblica da rinnovarsi alla scadenza del periodo di affidamento". Sembra proprio che la scelta del socio debba essere collegata all'affidamento di un servizio e che il vincolo societario duri fino alla scadenza di tale affidamento.

Certo, la società in tal modo non è "stabile" e non può assumere ulteriori servizi, per i quali il socio privato non ha fatto una gara, e per questa ragione gli operatori del settore, pubblici e privati, inorridiscono all'idea di doversi adeguare a tale previsione. Ma questa ricostruzione, che ora ha l'autorevole avallo di un riccamente motivato parere del Consiglio di Stato<sup>61</sup>, è l'unica che può per ora<sup>62</sup> legittimare la previsione della società mista.

Le conclusioni che si possono trarre dall'esame della giurisprudenza sono dunque:

- necessità di una previsione legislativa che legittimi gli affidamenti in house, senza la quale si applica il principio della selezione competitiva;

---

<sup>60</sup> L'interpretazione adeguatrice ai principi della giurisprudenza comunitaria consente di non disapplicare la disposizione e di mantenere quindi una base che legittima le società miste – o il PPP, se si preferisce – altrimenti mancante nel diritto interno (ma anche per ora in quello comunitario).

<sup>61</sup> Cons. St. II, Parere 18 aprile 2007 n. 456/2007

<sup>62</sup> Come è noto, in tema di partenariato pubblico- privato vi sono a livello comunitario soltanto indagini conoscitive, non ancora proposte

- necessità di gerarchizzare i due/tre modelli di gestione del comma 5;
- necessità che la gara per la scelta del socio abbia per oggetto la gestione del servizio, con tutte le relative conseguenze (limite all'oggetto della società, sua durata, uscita del socio, nuova gara).

Sembra di poter dire che la giurisprudenza amministrativa più recente, rifacendosi ai principi del TCE, ha fatto un passo – sostanzialmente – che non è stato fatto dalla giurisprudenza comunitaria (e non sembra si tratti soltanto del rispetto nell'ordinamento interno del principio di legalità).

E' forse presto per dire che si tratta di un “traguardo” raggiunto dalla nostra giurisprudenza<sup>63</sup>. Assumendolo provvisoriamente come tale, resta da chiedersi quali indirizzi siano stati adottati o siano per essere adottati dal legislatore (sempre che vi sia un legislatore in grado di legiferare). Se si profilino dei passi in avanti nella tutela della concorrenza, ovvero dei passi indietro.

#### *Riforme e tentativi di riforma dell'ordinamento generale dei servizi pubblici locali*

L'assetto della materia – nella sua disciplina tradizionale – era contenuto, nel 2000, negli artt. 112 e ss. del Testo Unico sull'ordinamento degli enti locali, d.lgs. 267/2000, e in specie nell'art. 113. Fin lì il legislatore aveva realizzato un'operazione di “copertura” delle iniziative locali, legittimando la società di capitali, nella forma della società mista con l'impresa privata, prima solo maggioritaria, poi anche minoritaria, come affidataria diretta del servizio. Questa operazione non è stata sufficiente a contenere le iniziative locali, che hanno oltrepassato il quadro tipico, per quanto ampio, precostituito dal legislatore. La società mista è stata utilizzata “intra moenia” per fare società con altri soggetti pubblici o con proprie aziende (successivamente legittimata dal legislatore), sono state create holding societarie, con la conseguente fuoriuscita dalla società tipica, e con un'ampia libertà operativa nel territorio nazionale e all'estero (extraterritorialità); sono state inventate le fondazioni in partecipazione. La giurisprudenza ha accompagnato tale processo riconoscendo ampia discrezionalità nella scelta dei modelli (senza nessun obbligo di motivazione), concentrandosi piuttosto sulla natura pubblica o privata dei soggetti societari utilizzati (G. NAPOLITANO).

---

<sup>63</sup> Ci si chiede in che misura i giudici italiani applichino un indirizzo consapevolmente autonomo, e in che misura invece ritengano di applicare i principi del TCE (non filtrati, in tal caso, dalla giurisprudenza comunitaria).

Un orientamento diverso è iniziato con le riforme di settore, alcune delle quali solo apparentemente determinate da direttive comunitarie di liberalizzazione (decreto legislativo 164/2000 sul gas naturale), altre risalenti esclusivamente a decisioni politiche nazionali (trasporti, d. lgs. n. 422/1997 mod. nel 1999). Altre ancora recentissime: risorse idriche, artt. 147 ss.; ciclo dei rifiuti, artt. 199 e ss. del codice ambientale. Eccezion fatta per il servizio idrico, in cui si applica lo schema regola /eccezione, negli altri settori si prevede un'unica modalità di affidamento della gestione, la procedura ad evidenza pubblica (per lo più manca peraltro ancora la disciplina di dettaglio). Non se ne può valutare per ora l'impatto, per l'effetto della disciplina transitoria, i cui termini sono stati ripetutamente rinviati.

Il primo intervento riformatore di portata generale è contenuto nell'art. 35 della legge Finanziaria 2002 e ha avuto riguardo ai servizi di carattere industriale (da individuare con regolamento mai emanato anche per sopraggiunte perplessità costituzionali). La norma chiave diceva: "L'erogazione del servizio, da svolgere in regime di concorrenza, avviene secondo le discipline di settore, con conferimento della titolarità del servizio a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure di evidenza pubblica". Il secondo strumento (sopravvissuto poi negli interventi legislativi successivi) consisteva nella separazione tra proprietà e gestione delle reti (e dei beni strumentali in genere), rispetto all'erogazione del servizio, rinviandosi tuttavia la relativa decisione alla legislazione di settore.

La possibilità di affidare direttamente il servizio a società "maggioritarie" degli enti locali era limitata alla gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali. Quindi la liberalizzazione obbligatoria riguardava soltanto il segmento dell'erogazione del servizio. Inoltre era assente l'idea – in un provvedimento che si voleva liberalizzatore – che ove fosse possibile mantenere una pluralità di operatori, si sarebbe dovuto applicare un regime di concorrenza *nel* mercato (secondo il linguaggio degli economisti). Infine, e semplificando al massimo, si anteponeva la privatizzazione alla liberalizzazione<sup>64</sup>. Vi erano nella disciplina citata molti limiti; mancava un riferimento chiaro alla necessità di applicare la concorrenza "nel mercato" per quanto possibile. E tuttavia dall'art. 35 si sarebbe potuto ricavare una piccola rivoluzione nella concezione della gestione dei ssppl come attività riservata tendenzialmente al pubblico (con la conseguente qualificazione del privato gestore come "concessionario" nel senso classico di soggetto

---

<sup>64</sup> Parere AGCM 9 novembre 2001. Anche la Commissione UE ha ritenuto criticabile il provvedimento alla luce della disciplina degli appalti pubblici, come risulta dalla lettera di costituzione in mora del Governo italiano ai sensi dell'art. 226 del TCE, del 26 giugno 2002.

ammesso per atto pubblico a svolgere un'attività altrimenti preclusa). Si sarebbe potuto distinguere chiaramente ciò che spettava al pubblico (l'individuazione del servizio e delle sue caratteristiche e condizioni per raggiungere le finalità sociali non garantite dal mercato) da ciò che sarebbe spettato – tranne situazioni eccezionali e per lo più transitorie – all'impresa privata (o anche pubblica, ma a parità di condizioni). Non diversamente da quel che avviene nei lavori pubblici.

Senonché la nuova disciplina non ha neppure avuto il tempo di assestarsi che è stata sostituita in gran parte ma non completamente da una sostanziale controriforma, introdotta dall'art. 14 del d.l. n. 269/2003 e completata dall'art. 4, comma 234, della legge finanziaria 2004. L'indirizzo politico muta significativamente: se nel 2001 si era introdotto l'obbligo di applicare regole competitive per l'affidamento del servizio (sia pure per la sola "erogazione"), nel 2003 si ritorna all'originaria impostazione dell'art. 113, vale a dire alla possibilità di attivare uno dei tre modelli di affidamento della gestione dei servizi (decisione<sup>65</sup> in ordine alla quale la giurisprudenza non ha mai chiesto motivazione): affidamento ad un gestore terzo mediante procedura competitiva; affidamento a società mista con socio privato scelto con gara; affidamento a società interamente pubblica. Si noti che – abbandonato il riferimento del 2001 ai servizi industriali – la disciplina di cui ci occupiamo riguarda i servizi "aventi rilevanza economica". Ai servizi privi di rilevanza economica è dedicato l'art. 113-bis, che consente maggiore autonomia (e minore tipizzazione), comprendendo anche l'azienda municipale. Articolo dichiarato incostituzionale dalla Corte<sup>66</sup>.

Rispetto al testo della riforma del 2003 l'interpretazione giurisprudenziale dei giudici comunitari prima, di quelli interni poi ha, come si è visto, circoscritto di molto la possibilità di utilizzare le società *in house* facendone sempre più un organo interno dell'ente<sup>67</sup> (NAPOLITANO). La tendenza dei giudici amministrativi italiani sembra evolversi nel senso di considerare regola la procedura di evidenza pubblica, eccezione l'*in house providing*, con

---

<sup>65</sup> Che non presuppone nessun confronto comparativo tra le tre alternative.

<sup>66</sup> A parte va ricordato che nei confronti degli artt. 113 e 113-bis del TUEL alcune regioni hanno presentato alla Corte costituzionale ricorso per violazione delle proprie competenze. La contestazione si fondava essenzialmente sul rilievo che la competenza esclusiva statale a tutela della concorrenza riguarderebbe la sola normativa antitrust e non anche la "promozione" della concorrenza laddove essa non è prevista: questo secondo tipo di intervento rientrerebbe nella competenza residuale regionale. La Corte ha respinto completamente l'impostazione (affermando di competenza esclusiva statale tanto la tutela quanto la promozione della concorrenza), ma nella logica - già altre volte applicata - delle competenze statali trasversali ha stigmatizzato il carattere eccessivamente dettagliato e autoapplicativo di una specifica disposizione in materia di disciplina delle gare (una parte del comma 7 dell'art. 113) e ha negato la competenza statale a disporre in tema di servizi privi di rilevanza economica, per i quali non si applicano le regole della concorrenza (sent. 272/2004 e 14/2004) (a parte, perché in questa sede non sono particolarmente rilevanti le conseguenze del "pluralismo istituzionale paritario" introdotto dalla riforma costituzionale del 2001).

<sup>67</sup> Basti pensare alle modalità previste perché possa dirsi che vi è controllo "analogo".

tutte le relative conseguenze. Con l'avvertenza che la società mista con l'imprenditore privato non va considerata – per renderla conforme al diritto comunitario – un'eccezione, ma una variante della gara (cui segue la costituzione della società).

Queste premesse consentono di valutare gli orientamenti della riforma in corso (A.S. 772), confrontando il testo proposto dal Governo con quello emerso dal lavoro della Commissione I del Senato. L'impressione che se ne ricava è che si rischi di compiere dei passi indietro, rispetto alle convinzioni raggiunte dalla giurisprudenza<sup>68</sup>.

---

<sup>68</sup> La quale potrà sempre disapplicare..., ma anche pentirsi.