

Questioni di attualità nelle modalità di gestione dei servizi pubblici locali

di Adriana Vigneri

Publicato in “ASTRID – Rassegna” n. 20 del 2005

1. La disciplina generale in sintesi

Riepiloghiamo in primo luogo i punti salienti della disciplina generale sui servizi pubblici locali (spl) contenuta nella nuova formulazione dell' art. 113 del Testo unico degli enti locali (d.lgs. 267/2000) a seguito delle modifiche introdotte prima con l'art. 35 della l. n. 448/2001 (Legge Finanziaria per il 2002), poi con l'art. 14 del d.l. n. 269 conv. in l. n. 326/2003 e infine con l'art. 4 l. n. 350/2003 (Finanziaria per il 2004). La disciplina generale è oggi contenuta nell'art. 113 e nella parte non abrogata dell'art. 35.

Il sistema generale riguarda soltanto i spl “ a rilevanza economica” (l'art. 113-*bis* sui servizi privi di tale rilevanza, è stato dichiarato incostituzionale). Inizialmente si prevedeva una disciplina tutta imperniata sulla distinzione tra gestione dei beni (reti ed impianti) e gestione dell'erogazione del servizio agli utenti finali. Nella disciplina a regime si prevede invece, ed opportunamente, che la separazione sia introdotta dalle singole discipline di settore, che possono essere di competenza statale o regionale, in ragione del riparto di competenza legislativa contenuto nell'art. 117 Cost.

La “separazione” imposta dalla disciplina generale è soltanto quella della titolarità dei beni strumentali al servizio, che gli enti locali debbono mantenere su di sé o conferire a società a capitale interamente pubblico che è incredibile. La società proprietaria li mette a disposizione dei soggetti incaricati della gestione del servizio o, in presenza di gestione separata, del gestore della rete dietro pagamento di un canone fissato dagli enti locali o dalla autorità di settore ove sia prevista; alla società proprietaria della rete può essere

attribuita le gestione della stessa rete ed eventualmente il compito di espletare le gare per l'affidamento del servizio.

Nel vigore dell'art. 35, che prevedeva il ricorso a procedure di evidenza pubblica per l'individuazione del servizio, la gestione separata della rete consentiva di far ricorso alla gestione *in house*. Con l'art. 14 questa possibilità è stata generalizzata, e tuttavia anche nel nuovo art. 113 la disciplina della gestione della rete è trattata separatamente, e vi si prevedono due forme di gestione: soggetti all'uopo costituiti nella forma di società di capitali; imprese idonee individuate mediante procedure di evidenza pubblica.

Per l'attività di erogazione del servizio, così come per la gestione integrata della rete e del servizio sono previste tre forme di gestione:

- gara con procedure di evidenza pubblica cui partecipano società di capitali;
- affidamento diretto a società a capitale misto pubblico-privato dove il socio privato è scelto con gara;
- affidamento diretto a società a capitale interamente pubblico controllata dall'ente locale proprietario.

I rapporti tra enti locali e società di gestione delle reti e di erogazione del servizio sono regolati da contratti di servizio.

La proprietà di reti e impianti destinati all'esercizio dei spl, come detto, è dell'ente locale. Nel caso di affidamento a mezzo di gara, alla scadenza del periodo di affidamento rete e impianti sono assegnati al nuovo gestore che paga a quello uscente un indennizzo che copre il valore dei beni non ancora ammortizzati indicato nel bando di gara.

Alle gare per l'affidamento del servizio possono partecipare le società che gestiscono spl, in Italia o all'estero, a seguito di affidamento diretto e comunque in assenza di una procedura a evidenza pubblica o a seguito di rinnovi degli stessi. Nel caso in cui reti e impianti siano già di proprietà di soggetti diversi degli enti locali, questi stessi soggetti possono essere autorizzati a gestire i servizi connessi o loro segmenti purché siano rispettati gli standard di prestazione stabiliti nel contratto di servizio e siano praticate tariffe non superiori alla media regionale a meno che le leggi settoriale o le autorità di regolazione non diano indicazioni diverse.

Nello stesso articolo 113 è contenuta la disciplina della transizione, di cui per ora non serve occuparsi.

Per espressa previsione contenuta nel primo comma dell'art. 113 si collocano al di fuori di tale disciplina generale due settori: l'energia elettrica e la distribuzione del gas naturale, disciplinati rispettivamente dal decreto legislativo n. 79/1999 e n. 164/2000 (la questione è in realtà più complessa, per effetto dell'applicazione "intermedia" dell'art. 35 della Finanziaria 2002). Il settore del trasporto locale è stato parimenti escluso dall'art. 1, comma 48, della legge di delega ambientale n. 308/2004. Il settore idrico e quello dei **rifiuti** invece – la cui normativa rinvia quanto alle modalità di gestione alla disciplina contenuta nel Testo unico sull'ordinamento degli enti locali - ricadono nell'ambito di applicazione dell'articolo di cui si tratta (con le precisazioni che diremo).

In estrema sintesi, si possono tratteggiare fino ad oggi tre fasi in cui si sono espressi tre diversi indirizzi legislativi. La disciplina degli ultimi anni è passata, da un sistema in cui vigevo una pluralità di sistemi di gestione consegnati dal legislatore all'autonoma scelta degli enti locali (art. 22, comma 3, della legge n. 142/1990), all'unicità del modo di gestione: la gara, eccezion fatta per la gestione delle reti (art. 35, comma 5), e di nuovo alla pluralità dei modelli di gestione (art. 14, comma 5). Nella prima fase si diceva che la decisione di un Comune di erogare un servizio costituendo una società o avvalendosi dell'azienda di un altro comune è logicamente estranea ad un sindacato di compatibilità con la tutela della concorrenza. Nella terza fase si è detto che è stata ripristinata la possibilità degli enti locali di scegliere discrezionalmente tra più modelli di gestione, nel momento in cui si trovano a deliberare in ordine all'organizzazione del servizio. E che anzi questa possibilità costituisce riconoscimento del grado di autonomia locale, costituzionalmente garantita, ed espressione dell'indicazione legislativa delle funzioni fondamentali.

Se questa è stata la prima lettura, essa deve ora confrontarsi con gli orientamenti della giurisprudenza amministrativa nazionale, che ha subito sottoposto alla Corte di giustizia dubbi di violazione del Trattato, e con quelli della stessa Corte di giustizia, che ha ristretto di molto le possibilità di scelta degli enti locali.

2. Questioni di legittimità e questioni interpretative dell'art. 113, comma 5

Le ordinanze di rinvio ex art. 234 Tr. alla Corte di Giustizia

Nel prevedere tre modalità di gestione, poste sullo stesso piano e rimesse alla determinazione del singolo ente locale, l'art. 113 ha sollevato più di un dubbio di conformità ai principi derivanti dal Trattato CE. Le relative questioni ai sensi dell'art. 234 del Trattato pendono di fronte alla Corte di Giustizia in attesa di decisione.

Le questioni pregiudiziali sono state sollevate nei seguenti termini:

- se sia compatibile con il diritto comunitario, in particolare con la libertà della prestazione dei servizi, il divieto di discriminazione e l'obbligo di parità di trattamento, trasparenza e libera concorrenza, di cui agli articoli 12, 45, 46, 49 e 86 del Trattato, l'affidamento diretto (omissis) ad una società per azioni a capitale interamente pubblico (nella specie - Cons. Stato, V, 2316/04 - si trattava di parcheggi pubblici a pagamento e l'affidamento diretto era consentito da legge regionale, ma si è fatto riferimento anche all'art. 14 del D.L. n. 269/2003)

- se l'art. 86, par. 2 del Trattato CE possa essere interpretato nel senso di consentire la deroga agli artt. 12, 28, 43 e 49 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 (TAR Liguria n. 822/2004);

- se sia compatibile con gli obblighi di trasparenza e libera concorrenza (artt. 46, 49 e 86 Tr.) l'art. 113 Tuel nella parte in cui "non pone alcun limite alla libertà di scelta dell'Amministrazione pubblica tra le diverse forme di affidamento del servizio pubblico, ed in particolare tra l'affidamento mediante procedure di gara ad evidenza pubblica e l'affidamento diretto a società da essa interamente controllata" (TAR Puglia, Bari, III, n. 885/2004).

Il primo rilievo presuppone che la disciplina vigente consenta in via normale l'affidamento diretto a società interamente pubblica. Il secondo rilievo riguarda invece la

possibilità di far ricorso all'affidamento diretto in circostanze particolari. Il terzo circoscrive il primo rilievo al fatto che la possibilità della lett. c), l'autoproduzione del servizio, sia posta dal legislatore su di un piano di parità con la prima.

La disciplina comunitaria

Premettiamo in estrema sintesi che quando si tratta di concessioni di pubblici servizi le amministrazioni aggiudicatrici sono sottoposte (non alle disposizioni delle direttive appalti, bensì) ai vincoli derivanti dalle norme fondamentali del Trattato, segnatamente dalle libertà fondamentali (artt. 49 e 43 del Tr.) e dal divieto di discriminazione (v. sent. Teleaustria e Telefonadress, C-324/1998). Dal divieto di discriminazione deriva un obbligo di trasparenza, che consente di verificare il rispetto della parità di trattamento. Un'eventuale violazione dell'obbligo di trasparenza si ripercuote non soltanto su imprese nazionali, ma su tutti i potenziali interessati. In base all'art. 86 del Tr. le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale sono sottoposte alle regole della 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. Poiché gli interessi generali da perseguire sono di competenza degli Stati, essi possono concedere diritti esclusivi (monopoli legali) e speciali (svolgimento dell'attività in posizione di vantaggio, finanziamenti e contributi) per rendere possibile il soddisfacimento di tali interessi. La scelta dell'impresa cui affidare la missione di interesse economico generale è soggetta alle regole generali e quindi alle procedure di evidenza pubblica (Comm. 1999/C 238/03 del 24/2/1999).

L'interpretazione dell'art. 113, comma 5. Il dubbio manifestato dal TAR Puglia potrebbe essere superato con un'interpretazione adeguatrice

In dottrina è stato sostenuto che l'art. 113 comma 5 consente una "libera scelta" tra i tre modelli e che tale libera scelta non è comprimibile, essendo espressione dell'autonomia costituzionalmente garantita agli enti del governo territoriale. Autonomia che in sostanza consisterebbe non tanto nella possibilità di scelta tra i tre modelli, quanto nel far ricorso in ogni caso all'autoproduzione del servizio. Impedire l'autoproduzione significherebbe ledere l'autonomia costituzionalmente garantita dei comuni e delle province. L'art. 113

tutela così la concorrenza ma anche le funzioni fondamentali degli enti territoriali, ai sensi della lett. *p*) dell'art. 117, comma 2, Cost.. La conseguenza di questa impostazione è che non esiste “gerarchia” tra i tre modelli a fronte del principio di promozione e tutela della concorrenza e che la scelta della lett. *c*) non richiede particolare motivazione. Precisamente a causa della mancanza di gerarchia il TAR Puglia ha inviato la questione alla Corte di Giustizia.

Ci chiediamo ora se questa impostazione è condivisibile. Se, quindi, l'autonomia garantita consista nelle “modalità di gestione e di affidamento” e non invece in altri aspetti più rilevanti, e in ogni caso se tale autonomia prevalga sulla tutela e promozione della concorrenza. Il tema richiederebbe una lunga trattazione, ci limitiamo qui ad osservare che non può essere sottratta a comuni e province – che sono politicamente responsabili di fronte alle loro popolazioni dell'individuazione e della fornitura dei servizi pubblici locali art. 112 tuel - la possibilità di individuare i bisogni della propria popolazione e di provvedere al loro soddisfacimento determinandone i livelli quantitativi e qualitativi e la sostenibilità finanziaria. Ferma restando la competenza statale di individuare i livelli essenziali delle prestazioni di carattere sociale. L'individuazione delle modalità da osservare nell'erogazione dei servizi ha a che fare con un diverso ordine di temi, l'imparzialità, la proporzione, la parità di trattamento, che proteggono altri tipi di interessi o valori, e appunto anche ma non solo la tutela e la promozione della concorrenza. Interessi di cui l'ente locale non dispone, nel senso che devono essere assicurati uniformemente in tutto il paese.

Non sembra dunque si possa dedurre dall'autonomia costituzionalmente garantita degli enti territoriali comuni e province la libertà di scelta tra i diversi modelli. Rileva piuttosto che il testo in esame è stato introdotto a tutela della concorrenza e in quanto tale è dichiarato inderogabile. Tutela della concorrenza in questa materia significa anche che la concorrenza va applicata sempre laddove sussistono le circostanze che la rendono possibile. Già l'ordine in cui le forme possibili di gestione e di affidamento sono collocate nel comma 5 è significativo e coerente rispetto alla dichiarata esigenza di tutela della concorrenza, in nome della quale la nuova disciplina è dichiarata “inderogabile”: la lett. *a*) garantisce pienamente la concorrenza, la lett. *c*) si colloca al di fuori tutela della concorrenza. Non si vede perché la pubblica amministrazione dovrebbe essere esente

dall'osservanza di tali regole (anzi, la disciplina comunitaria dice espressamente il contrario).

Se è così, e a meno di non dichiarare l'incompatibilità comunitaria della lett. c), non resta che interpretare il comma 5 nel senso che la modalità di affidamento della lett. a) rappresenta la regola e la modalità di cui alla lett. c) rappresenta l'eccezione, che va specificamente motivata in ragione della impossibilità o eccessiva onerosità, in rapporto alla missione del pubblico servizio in questione, di far ricorso al mercato (nella forma della "concorrenza per il mercato").

Secondo le regole generali i provvedimenti amministrativi richiedono di essere motivati (legge n. 241/1990); di conseguenza anche il provvedimento amministrativo con il quale l'ente locale sceglie il tipo di gestione deve in ogni caso essere motivato. Ma ciò che rileva qui è il contenuto della motivazione, che deve riguardare la tutela della concorrenza.

Quanto più ci si allontana dal primo modello per giungere al terzo, fino a scegliere l'esclusione del mercato, più accuratamente occorrerà motivare sull'impossibilità (o eccessiva gravosità) di far ricorso alla "concorrenza per il mercato". In questo senso si è espressa anche l'AGCM nel parere del 19 settembre 2005, AS 211, e, prima, la Circolare del Ministero per l'Ambiente e la Tutela del territorio 6 dicembre 2004.

E' quindi possibile interpretare il testo in modo da renderlo coerente con i principi del Trattato, negando che ponga sullo stesso piano le tre modalità di affidamento e le consegne alla libera scelta delle amministrazioni locali. Esiste infatti a monte una regola comunitaria che dichiara la doverosità del ricorso alla concorrenza, ogni qual volta sia possibile senza compromettere la missione di interesse generale. In altri termini, non vi sarebbero due scelte, o esercitare direttamente il servizio, o affidarlo con gara, bensì una soltanto: è consentito esercitare direttamente il servizio soltanto se non vi è possibilità di ricorrere al mercato.

La possibilità di escludere con legge l'autoproduzione (l'obbligo della gara)

Se l'ente locale nel compiere la sua scelta deve motivare in rapporto alla tutela della concorrenza, il legislatore può compiere una volta per tutte una simile valutazione, escludendo radicalmente la possibilità di autoproduzione ed imponendo come unica modalità la selezione del gestore con procedura ad evidenza pubblica?

La domanda può sembrare banale: il legislatore lo ha già fatto, basti pensare alla disciplina del gas (d. lgs n. 164/2000), e a quella relativa al trasporto pubblico locale (d.lgs. 422 del 1997 e succ. mod.). A noi sembra utile trattarne per raggiungere una maggiore chiarezza.

Potrebbe anzitutto sostenersi che l'autoproduzione non può essere esclusa in nome della tutela della concorrenza, posto che le regole in tale materia non trovano applicazione quando la gestione avviene ad opera dell'ente pubblico e al suo interno. I Libri bianchi e verdi della Commissione hanno ripetutamente affermato il diritto dell'ente pubblico di autoprodotto il servizio. Lo stesso dicasi per la Corte di Giustizia, da ultimo nella sentenza STADT HALLE ("48. *Un'autorità pubblica che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi?*"). Anzi l'autoproduzione *in house* (struttura amministrativa o azienda interna) è stata estesa dalla giurisprudenza al caso *quasi in house* – sia pur considerandolo eccezionale – nel quale l'esistenza di soggetti societari separati ed autonomi (le società di capitali) è considerata soltanto apparente, trattandosi nella sostanza di delegazione interorganica.

Se queste affermazioni fossero interpretabili nel senso che il legislatore (comunitario e nazionale) non può impedire l'autoproduzione, dovrebbe concludersi per l'illegittimità della previsione che imponesse la gara come unica modalità di affidamento. Ma le affermazioni della Corte e della Commissione sopra riferite non conducono a tale conclusione. Esse hanno sì portata generale, ma si riferiscono ai settori non disciplinati da normative specifiche, ed infatti l'autoproduzione è già stata esclusa da discipline comunitarie settoriali. Non si potrebbero invocare dunque le affermazioni sia giurisprudenziali, sia della Commissione, del tenore sopra citato, per sostenere l'impossibilità giuridica di impedire le gestioni *in house*, perché esse fotografano semplicemente la situazione che si ha quando manca una disciplina settoriale diversa.

L'autoproduzione può essere fondatamente esclusa quando si fonda sulla conoscenza delle caratteristiche tecniche ed economiche di un settore (ad esempio, la distribuzione del gas), in cui si può già ritenere – con valutazione di portata generale – che vi sono operatori economici in grado di svolgere adeguatamente l'attività industriale e che per il numero e la consistenza delle imprese è ragionevole pensare che la competizione produrrà vantaggi tecnici, economici e quindi sociali.

In sintesi, la valutazione, se sussistano le condizioni per l'apertura del mercato e quindi il mercato debba essere aperto (nella forma della concorrenza per il mercato quando c'è unicità di rete o di impianto), spetta in generale all'ente locale, ma può essere compiuta dal legislatore per interi settori. Il principio "politico" della tutela dell'autonomia costituzionale degli enti territoriali – se assolutizzato - entra dunque in conflitto con il principio di promozione e tutela della concorrenza.

Per contro, probabilmente, neppure il divieto di autoproduzione può essere assolutizzato, se confligge con la possibilità stessa di assicurare il servizio. La valutazione del legislatore avendo riguardo al settore in quanto tale (gas, trasporti), è necessariamente astratta. Costituisce una regola ma sopporta eccezioni. Se l'applicazione della regola, in circostanze eccezionali, impedisse di provvedere all'erogazione del servizio, riviverebbe l'autonomia e la responsabilità dell'ente locale, e l'autoproduzione (eccezionale e limitata nel tempo) tornerebbe ad essere possibile, anzi doverosa (si vedano in proposito le valutazioni del TAR Liguria ord. n. 822/2004 cit.);

Rimane a questo punto da dire del divieto di ricorrere all'affidamento diretto ad una società mista pubblico privata. Divieto che non si spiega con l'affermazione del principio della gara, se è vero, come vedremo più avanti, che anche in questo caso la competizione si svolge sull'affidamento del servizio. Le ragioni dell'esclusione devono essere necessariamente diverse.

Sulla ragionevolezza del legislatore

Il contemperamento degli interessi contenuto nel comma 5 - e sottoposto ad "interpretazione adeguatrice" - può essere modificato in singoli settori per effetto di nuove disposizioni con forza di legge, con lo scopo di introdurre più concorrenza.

Questo percorso legislativo è stato preannunciato dal successivo comma 5-bis. Le normative di settore che interverranno sono dichiarate abilitate ad introdurre regole di maggiore competitività, nei rispettivi ambiti, attraverso una restrizione graduale nel tempo delle potestà di scelta attribuita agli enti locali tra le varie forme di gestione. L'art. 5-bis dell'art. 113 richiede una gradualità che non sembra esserci nello schema di decreto delegato. In quanto norma programmatica e di pari grado del successivo decreto legislativo certo non obbliga ad applicare la gradualità, ma può essere utilizzato nel dialogo con le Commissioni e con lo stesso Governo. Sono trascorsi soltanto 2 anni da

quando il Governo ha fatto approvare (con il voto di fiducia) un testo, l'art. 113, che è stato interpretato nel senso che consente sempre la gestione *in house* dei servizi aventi rilevanza economica. Due anni che gli enti locali hanno spesso utilizzato per organizzarsi in tal senso, operazione non semplice, specie quando l'attività deve essere svolta in comune da più enti locali. Si può quindi sostenere l'irragionevolezza del comportamento del legislatore, se il passaggio alla gara fosse repentino.

3. Il decreto legislativo rifiuti (nello schema attuale)

Le considerazioni che precedono consentono ora di esaminare rapidamente il testo del decreto in materia di gestione dei rifiuti, che sembra essere in dirittura d'arrivo. Il decreto sulla base dei criteri direttivi della legge di delega (n. 308/2004) prevede una gestione di tipo integrato dell'intero "ciclo" dei rifiuti e ammette un'unica modalità di affidamento: la gara.

Risulta evidente già a prima lettura una duplice contraddizione del testo:

- compie senza eccezioni e con un termine di attuazione molto breve la scelta che il gestore sia un imprenditore terzo rispetto all'Amministrazione; dall'altro pone in essere un ampio apparato normativo di carattere dirigista che sottrae tipiche decisioni di gestione all'imprenditore per trasferirle all'Amministrazione, in termini che sarebbero coerenti soltanto con l'*in house providing*;
- rende obbligatoria la gestione unitaria e quindi monopolistica dell'intero ciclo dei rifiuti, mentre il decreto legislativo Ronchi aveva assoggettato lo smaltimento al diverso regime dell'autorizzazione.

La scelta di prevedere una sola modalità di gestione – la gara – attua il criterio direttivo della legge di delega e si pone certo in sintonia con la tutela della concorrenza (che è anche promozione della concorrenza¹). Si giustifica in base alla valutazione del legislatore che nel settore dei rifiuti, pur essendo necessario riconoscere diritti esclusivi, vi è sufficientemente ampia offerta di gestori pubblici e privati che possono concorrere per gli affidamenti. Meno comprensibile l'esclusione della società mista, che non è automaticamente esclusa dal criterio direttivo che prescrive la regola della gara.

E' possibile opporre, sia l'irragionevolezza derivante dalla rapidità del cambiamento di linea del legislatore, sia la rigidità derivante dall'esclusione assoluta della gestione in

proprio², collegata peraltro all'obbligo di mantenere l'unitarietà del ciclo. Si può anche pensare a recuperare elementi di elasticità mediante proprie previsioni statutarie, ma è un tema che qui non possiamo approfondire.

Ma se nonostante tutto il testo attuale relativo ai rifiuti diventasse definitivo, non resterebbe che sostenerne l'incostituzionalità per violazione dell'autonomia comunale e provinciale, garantita dagli artt. 114 e 118 della Costituzione, ma a mio avviso con scarse o nulle probabilità di successo.

4. Le scelte diverse per l'affidamento del ciclo idrico e la legge regionale FVG n 13/2005

Per rendersi conto delle differenti scelte che il governo sta facendo nel settore delle risorse idriche rispetto a quello dei rifiuti è sufficiente leggere il testo del decreto legislativo attuativo della delega ambientale (l. n. 308/2004) in materia di risorse idriche, in cui (evidentemente tenendo conto dei particolari caratteri tecnici ed economici del settore risorse idriche) si dà priorità alla gara, ma si consente di motivare un scelta diversa. Se fosse sostenibile – in attesa della pronuncia della Corte di Giustizia – l'interpretazione adeguatrice del comma 5 dell'art. 113, potremmo dire che il decreto legislativo nel settore delle risorse idriche applica la regola generale desumibile già oggi dal testo legislativo vigente.

Una scelta diversa è stata compiuta dalla Regione Friuli Venezia Giulia. Dice l'art. 23 della legge regionale n. 13/2005 che le Autorità d'ambito *“affidano la gestione del servizio idrico integrato nella forma prevista dall'art. 113, comma 5, lett. c) del decreto legislativo 267/2000”*, vale a dire nella forma *in house*. L'affidamento della gestione nelle forme delle lettere a) e b) dello stesso comma è consentito solo *“qualora non sia possibile, per motivazioni puntualmente evidenziate nel provvedimento con cui l'Autorità d'ambito delibera di procedere alla gara, la gestione in house”*.

Le priorità sancite sia pur implicitamente nella legge statale sono nella legge regionale invertite: la regola generale è l'affidamento a società pubblica; va giustificata (soltanto) la scelta dell'affidamento “diverso” dall'*in house*, la gara per la scelta del socio o del gestore.

¹ Corte Cost. sentenze n. 14 e n. 272/2004.

² La legge di delega impone tra i principi e criteri specifici “la gestione affidata tramite procedure di evidenza pubblica” (comma 9, lett. a) dell'art. 1 della legge n. 308/2004), ma questo non significa che non siano possibili eccezioni..

Di più: la motivazione richiesta (*qualora non sia possibile, per motivazioni puntualmente evidenziate nel provvedimento con cui l'Autorità d'ambito delibera di procedere alla gara, la gestione in house*) equivale ad una prova diabolica, essendo sempre *possibile* organizzare una gestione *in house* (mentre può non essere possibile il ricorso al mercato). In sostanza quest'ultimo tipo di gestione è secondo la legge regionale obbligatorio.

La legge sembra chiaramente incostituzionale, oltre che contraria ai principi del Trattato. Le Regioni possono legiferare in materia di *sspll* purché non contraddicano la disciplina statale che è inderogabile in quanto espressione di competenza statale esclusiva e quindi in quanto espressione di principi costituzionali (la tutela della concorrenza). Da questo punto di vista sembra di poter dire che le Regioni possono introdurre più, non meno concorrenza rispetto a quella garantita dalla legislazione nazionale (le Regioni attuano ora direttamente non soltanto la Costituzione ma anche il Trattato, ferma restando la necessità di non contrastare le manifestazioni della competenza statale esclusiva). Con l'avvertenza che una maggiore tutela della concorrenza può entrare in conflitto con altri principi costituzionali, e in tal caso occorre individuare la prevalenza o operare dei contemperamenti.

5. Il modello *in house providing* nelle recenti sentenze della Corte di giustizia

Giunti a questo punto delle nostre considerazioni, è utile prendere in esame quali sono oggi i termini in cui – salvo divieti legislativi – è possibile l'autoproduzione, in seguito ai paletti posti dalla Corte di giustizia. Infatti la questione della compatibilità comunitaria dell'art. 113, comma 5 lett. c) è stata sollevata, con argomentazioni diverse, da più di un giudice amministrativo. Non ci soffermiamo specificamente sulle argomentazioni utilizzate in tali sedi. Prendiamo nota invece degli orientamenti che la Corte ha già espresso.

Le pronunce cui ci si riferisce sono la sentenza 11 gennaio 2004 C-26/03 (STADT HALLE – Trea Luna); la sentenza 21 luglio 2005 C-231/2003 (CONAME contro Comune di Cingia de' Botti e Padania Acque); cui si è aggiunta la sentenza 13 ottobre 2005 C-458/03 (PARKING BRIXEN contro Gemeinde Brixen e Stadtwerke Brixen).

Dall'ordinanza di rinvio nella causa STADT HALLE risulta che la municipalità ha affidato - attraverso due società possedute al 100/%, il servizio rifiuti ad una società a

responsabilità limitata posseduta al 75%, la Lochau. La restante quota è privata. La Corte ribadisce che un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne. In tal caso non sussistono i presupposti per applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici. Ricorda poi la sentenza Teckal, e sottolinea che in quel caso l'entità distinta era interamente detenuta da autorità pubbliche. Conclude dicendo che la partecipazione anche minoritaria di un'impresa privata ad una società partecipata dall'autorità pubblica impedisce che l'amministrazione pubblica possa esercitare su tale proprietà un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, per le seguenti ragioni: a) perché il privato persegue interessi diversi da quelli pubblici e quindi pregiudica il controllo; b) perché il privato scelto senza concorrenza viola il principio della parità di trattamento degli interessati (offre all'impresa privata presente nel capitale un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti) e quindi pregiudica l'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata. E' evidente l'intento della Corte di restringere la possibilità dell'*in house providing* – di fronte ad operazioni legislative che hanno reso normale una figura che la Corte aveva considerato possibile in via eccezionale. La Corte infatti sottolinea la necessità di interpretare restrittivamente le norme che hanno carattere derogatorio rispetto alle regole della concorrenza. Ancora: la Corte mostra di considerare che possa trattarsi soltanto di amministrazioni aggiudicatrici con carattere di ente pubblico, sia testualmente, sia per la logica sottesa alla richiesta che il controllo sia analogo a quello esercitato sui propri servizi (*l'in house* non si può configurare tra amministrazione aggiudicatrice privata e altra società detenuta interamente dalla prima)³. La Corte considera irrilevante il rapporto tra la società 100% del comune e la società affidataria: Esamina soltanto il rapporto tra il comune e la società affidataria.

La sentenza del luglio u.s. (CONAME) trae origine da un affidamento diretto risalente al dicembre 1999 alla Padania Acque, società a prevalente capitale pubblico cui partecipano più comuni, del servizio di distribuzione del gas da parte di un comune che alla Padania Acque partecipava con lo 0,97% del capitale. Il giudice a quo si è posto il problema, se sia

³ Nel caso di specie l'affidamento alla Lochau (società mista) è stato fatto da una società posseduta interamente da altra società pubblica a sua volta interamente del comune in questione. La Corte ha ragionato semplicemente sul fatto che la Lochau era società controllata dall'ente pubblico, ma non nella forma del controllo analogo, senza dare alcun rilievo alle società "intermedie".

conforme con il Trattato l'affidamento diretto in un caso in cui la partecipazione al capitale sia tale da non consentire nessun controllo diretto sulla gestione e quindi da non potersi qualificare *in house*. La Corte ha concluso che anche l'affidamento ad una società a prevalente capitale pubblico deve rispettare criteri di trasparenza (accesso alle informazioni, possibilità di manifestare il proprio interesse, parità di trattamento). L'omissione di tali regole si giustifica soltanto se si tratta di struttura interna ad un comune, circostanza che non ricorre se "la partecipazione è talmente esigua da non consentire tale controllo". All'esiguità della partecipazione si aggiunge l'apertura al capitale privato. Sembra che la Corte consideri che per darsi impossibilità di considerare la società del tipo "interno" sia sufficiente che ricorra una delle due condizioni: la partecipazione del privato (come nella sentenza del gennaio) e l'impossibilità tecnica del controllo derivante dall'esiguità della partecipazione. Dell'impossibilità di partecipazione privata si è detto, e rileva meno perché già la legislazione italiana prevede la partecipazione interamente pubblica.⁴ Più importante l'affermazione che non può darsi controllo "analogo" da parte del comune che ha una partecipazione modesta o minima. Se a questo non vi fosse rimedio, ne deriverebbe l'impossibilità per i comuni minori di gestire i propri servizi mediante partecipazione alla società del comune maggiore. In altri termini, nel mentre si consente l'affidamento *in house*, se ne escluderebbero i comuni che ne hanno maggiore necessità. Vedremo più avanti che probabilmente un rimedio c'è.

Nella sentenza PARKING BRIXEN, forse la più importante delle tre, la Corte, disattendendo le Conclusioni dell'avv. gen. J. Kokott, ha affermato che *"i principi di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano a che un'autorità pubblica attribuisca, senza svolgimento di pubblica gara, una concessione di pubblici servizi ad una società per azioni nata dalla trasformazione di un'azienda speciale della stessa autorità pubblica, società il cui oggetto sociale è stato esteso a nuovi importanti settori, il cui capitale deve 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*

⁴ Secondo la circolare del MATT 6 dicembre 2004 alla società – definita società di scopo - dovranno partecipare esclusivamente enti locali. Non potrà essere partecipata da società a partecipazione pubblica, da consorzi di enti locali o da aziende speciali. Inoltre, dovendo la società realizzare la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano, dovrà essere partecipata da tutti gli enti locali facenti parte dell'ambito territoriale ottimale. Successivamente negli schemi di decreti delegati si è previsto che gli ATO assumano la forma di consorzi di enti locali. La società non potrà operare al di fuori del proprio ambito territoriale (limitazione che dovrà essere prevista nello statuto).

può esercitare autonomamente?. Poiché la Corte valuta la presenza di cinque elementi (la natura della società, l'estensione dell'oggetto sociale, l'apertura a terzi, l'ambito territoriale, i poteri del cda) non possiamo dire nulla per ora su quale o quali siano gli elementi decisivi, o se non si debba applicare invece la tecnica degli "indici" di rilevamento. Possiamo tuttavia già affermare che, come era stato subito osservato a proposito della lett. c) dell'art. 113, la Corte sospinge il modello verso quello dell'azienda speciale. La possibilità di utilizzare la propria società come una vera impresa sembra sfumare definitivamente.

6. Le caratteristiche del "controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi"⁵

Nella stessa direzione vanno le considerazioni da farsi in relazione alle modalità del controllo, affinché esso sia "analogo a quello svolto sui propri servizi". Il comma 5, lett. c) richiede: il capitale interamente pubblico ma ammette che il capitale sia distribuito tra più enti pubblici, e che in tal caso "gli enti pubblici" esercitino il controllo richiesto (e inoltre che la società realizzi la parte più importante della propria attività con gli enti pubblici che la controllino).

La prima questione che ci si è posta è quali rapporti vi siano tra controllo e proprietà. In dottrina si è sostenuto che se la partecipazione alla società è totalitaria, l'ente che la possiede esercita già per questa circostanza il controllo voluto, dalla giurisprudenza comunitaria prima, e dalla norma di legge ora; se la partecipazione è maggioritaria occorre, in più, il potere di indirizzo unilaterale; che in ogni caso occorre il controllo "strutturale"; che è sufficiente l'influenza dominante (d.lgs. n. 333/2003 che attua la direttiva 2000/52/CE). L'influenza dominante deve essere in capo al soggetto che affida il servizio, anche se la maggioranza del capitale spetta ad altro soggetto pubblico.

Per questa via si giunge al più a riconoscere la titolarità del controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi in capo a chi ha la maggioranza del capitale, oppure dispone della maggioranza dei voti o ancora designa più della metà dei membri dell'organo di

⁵ Sull'argomento è intervenuta la circolare del MATT 6 dicembre 2004, cui non può essere attribuita alcuna "forza" di condizionare le scelte degli enti locali. Tuttavia è interessante conoscerne il contenuto. Secondo la Circolare il bilancio, la relazione programmatica, l'organigramma, il piano degli investimenti, devono essere approvati "dagli enti locali partecipanti alla società", che significa da un organo diverso dall'assemblea della società. Presumibilmente dai singoli comuni. Inoltre gli amministratori e il direttore della spa "saranno nominati direttamente dagli enti locali proprietari".

governo. Chi possiede il rimanente capitale o designa una minoranza del cda non ha la possibilità di affidare direttamente alla società un proprio servizio.

Quindi, anche se è vero che gli strumenti del diritto societario si prestano ad esercitare un controllo-indirizzo, reso particolarmente evidente nel caso di gruppi di società, e facilitato dal requisito della proprietà interamente pubblica (inserito dal legislatore italiano e richiesto ora anche dalla giurisprudenza comunitaria) che esclude le complicazioni derivanti dall'*inquinamento* prodotto dall'interesse dei privati, questa strada non risolve i casi in cui più enti locali siano interessati ad esercitare tutti il controllo in quanto tutti intendono aggiudicare direttamente i loro servizi. Ancor meno risolve i casi in cui i poteri di governo e quindi di controllo sono in capo (per legge) ad un soggetto che non è proprietario

A questo si aggiunge – ma non possiamo qui argomentare l'affermazione - che gli strumenti del diritto societario non sono mai in grado di conformare con certezza il comportamento della società. Anche il potere di nomina (e revoca) di consiglieri d'amministrazione in capo all'amministrazione in vece che all'assemblea (che peraltro è uno strumento pubblicistico anche se riconosciuto nel codice civile) non sarebbe sufficiente, trattandosi di un'influenza “pesante”, ma pur sempre di carattere indiretto.

Sembra quindi necessario ricorrere a strumenti di carattere pubblicistico, richiesti – oltre che dalla necessità di risolvere il caso di più amministrazioni pubbliche aggiudicatrici - dal riferimento giurisprudenziale al carattere interno del gestore, alla assimilazione con i propri servizi, alla “delega interorganica”. Si rivive qui, inevitabilmente, il conflitto tra il regime privatistico delle società e dei gruppi di società e quello pubblicistico reso necessario dall'affidamento diretto.

Se si è d'accordo su questo percorso, se si ritengono necessari anche⁶ strumenti pubblicistici, il problema del controllo analogo in capo “alle altre amministrazioni aggiudicatrici” è risolvibile. E probabilmente è risolvibile anche quello della separazione tra funzioni di governo e titolarità della proprietà

In ambito comunitario sembra si stia andando in questa direzione. Le Conclusioni dell'Avv. Gen. Juliane Kokott nella causa C-458/03 (Parking Brixen) avevano lasciato intendere che il controllo analogo non potesse essere esercitato mediante poteri di

⁶ Quelli privatistici esistono necessariamente perché derivano dal carattere societario del soggetto gestore.

direzione (ordini e istruzioni) e di vigilanza, come verso le strutture interne e gli enti dipendenti (v. n. 52 e 53 delle Conclusioni). La sentenza 13 ottobre '05 invece (punto n. 69) valorizza tra gli altri aspetti il fatto che *“il controllo esercitato dal comune è in pratica limitato a quei provvedimenti consentiti ai sensi del diritto societario alla maggioranza dei soci, riducendo così sensibilmente il rapporto di dipendenza tra il comune e l'azienda speciale Servizi Municipalizzati Bressanone”*, proprio per dimostrare che in quei termini controllo analogo non c'è.

In sintonia con l'indirizzo che si ricava dalla recentissima sentenza della Corte, il Consiglio di Stato, nel proprio rinvio pregiudiziale (ordinanza 22 aprile 2004, n. 2316) ha messo in discussione precisamente la legittimità comunitaria dell'affidamento ad un soggetto del tutto autonomo, salvo l'esercizio dei poteri propri dell'azionista, dimostrando così di dubitare che l'esercizio di tali poteri sia sufficiente per poter parlare di controllo analogo, anche se non identico a quello esercitato sui propri servizi.

Si possono a questo punto trarre alcune conclusioni. La prima circostanza da sottolineare è che il controllo analogo deve essere esercitato dall'ente titolare del servizio; da ciascun ente titolare del servizio, e non da altro soggetto, anche se in proprietà dell'amministrazione pubblica titolare del servizio e anche se ha i caratteri di amministrazione aggiudicatrice. La seconda, che non è risolutivo far coincidere il controllo analogo con «influenza dominante». Sono indispensabili gli strumenti propri del controllo (nel senso di indirizzo) amministrativo, che si esplica con atti amministrativi e con direttive, utilizzati nei rapporti gerarchici e nei rapporti di direzione, ed anche con atti di approvazione e di nomina.

D'altro canto le ragioni che portano ad escludere le direttive cogenti della controllante (le regole della responsabilità degli amministratori non ammettono interferenze di questo tipo), non valgono di fronte alle direttive e agli ordini amministrativi.

Si può quindi sintetizzare per ora nei seguenti termini: secondo l'interpretazione preferibile non sono sufficienti gli strumenti societari perché non si prestano – come abbiamo visto – a condizionare in modo assoluto gli indirizzi della gestione. Se deve esservi assimilazione tra il controllo nei confronti della società e il controllo nei confronti dei propri servizi, se ne deve concludere che non è certo preclusa, ed anzi è consigliabile, l'integrazione con strumenti di diritto amministrativo. Pur senza arrivare agli eccessi contenuti nella circolare del MATT 6 dicembre 2004.

Il controllo analogo nel caso di gestione associata

Possiamo ora affrontare la questione più complessa, il caso di società partecipata da più enti locali, con quote differenziate, in cui – a parte l’ente in grado di esercitare l’influenza dominante – il controllo analogo sulla società non può sussistere, come ha dichiarato la sentenza della Corte pronunciata nei mesi scorsi. Non parliamo del controllo sulla prestazione del servizio, sull’attività, che può sempre esplicitarsi sulla base del singolo contratto di servizio ma del controllo di tipo strutturale “analogo a quello esercitato sui propri servizi” (come ha osservato l’avv. gen. Léger nella causa Arge Gewässerschutz C-94/99).

Si tratta di costruire per via statutaria e convenzionale quel controllo analogo che “in natura” manca.⁷ Il caso più frequente si ha quando sono soci più enti locali, con quote diverse, anche molto piccole (è frequente il caso di ingresso nella società con l’1 per cento), la cui presenza ha appunto lo scopo di poter attribuire direttamente alla società, senza procedure competitive, il servizio.

A questo punto occorre introdurre una distinzione, a seconda che:

- la legislazione individua un ambito in cui va organizzata unitariamente l’erogazione del servizio, prevedendo che nell’ambito (ATO) vi sia un unico soggetto con personalità giuridica, rappresentativo degli enti locali dell’ambito, che esercita le funzioni di governo, sceglie le modalità di gestione (se la scelta è consentita) e procede all’affidamento;
- la legislazione individua un ambito in cui va organizzata unitariamente l’erogazione del servizio, ma consente che nell’ambito (ATO) si realizzi un governo unitario per via convenzionale tra gli enti locali dell’ambito;
- non vi è nessun obbligo di organizzazione unitaria per l’erogazione del servizio, semplicemente comuni minori intendono avvalersi della società di gestione di un comune maggiore.

Nel primo caso gli enti locali agiscono attraverso un nuovo soggetto che li unifica (consorzio) ed è a questo soltanto che occorre far riferimento, anche per il controllo.

Nel secondo e nel terzo occorre dare soluzione al problema. Non si potrebbe dedurre dall’impossibilità del controllo da parte del singolo ente con partecipazione minoritaria

⁷ Il problema sarebbe superato se si potesse aderire all’impostazione della sentenza CDS nel caso LUIPAE V, 679/2004) che ha ritenuto sufficiente la proprietà pubblica del capitale per consentire ad un socio del 3% l’affidamento diretto

l'impraticabilità dell'affidamento diretto nel caso in esame, dato che è lo stesso testo del comma 5, lett. c) che intesta il controllo analogo all'ente o agli enti pubblici titolari del capitale sociale. Non resta che seguire la via convenzionale, ovvero costruire "artificialmente" un controllo congiunto. Ne abbiamo un esempio nella sentenza del TAR FVG n. 634/2005 nel caso della Ambiente Servizi spa, di cui sono soci numerosi comuni. E' stata impugnata la deliberazione di un comune che – revocata la decisione di mettere a gara il proprio servizio rifiuti – acquistava un pacchetto di azioni della Ambiente Servizi (8%) e contemporaneamente deliberava l'affidamento del servizio alla società nella considerazione che lo statuto della società consentiva al singolo comune di esercitare il controllo voluto dalla legge. Il Comune interessato infatti aderiva contestualmente alla convenzione tra i comuni con la quale si istituiva una Assemblea di coordinamento intercomunale con il compito in particolare di

- approvare, su delega degli enti locali, il bilancio di esercizio, il piano industriale, e altri documenti programmatici della società;
- approvare gli schemi tipo dei contratti di servizio e le modifiche dello statuto della società;
- approvare l'assunzione di nuovi servizi affidati dagli enti locali soci;
- controllare lo stato di attuazione degli obiettivi (efficacia, efficienza, economicità).

Senza addentrarci qui sulle modalità di funzionamento dell'Assemblea e su altri aspetti, si nota che in sostanza nel caso esaminato si è creata una sorta di assemblea consortile, pur non essendovi il soggetto consorzio. Non vi è quindi ragione di considerare irrilevante (o insufficiente) il controllo esercitato attraverso un'assemblea consortile sostanzialmente con gli stessi meccanismi utilizzabili dal soggetto giuridico consorzio (essendo irrilevante da questo punto di vista la presenza o l'assenza della personalità giuridica). Senza duplicazione di soggetti: il controllo è esercitato dai soci della società, che da un lato, come proprietari indirizzano e controllano, dall'altro attraverso il consiglio d'amministrazione gestiscono.

Un'avvertenza. Non è ancora certo che la posizione assunta nella sentenza citata sarà confermata dal Consiglio di Stato e seguita da altre pronunce. Ma si può considerare definitiva la posizione espressa dalla Corte di Giustizia nella sentenza CONAME (che ha dichiarato impossibile il controllo analogo nel caso di partecipazione minoritaria

dell'amministrazione aggiudicatrice) perché non ha potuto gli strumenti pubblicistici sopra illustrati.

Riprendiamo ora in esame il primo caso. Qui la situazione si semplifica da un lato, si complica dall'altro. Si semplifica perché lo schema è lo stesso che si applica quando si ha un ente locale unico, in cui si guarda ai poteri che l'ente può esercitare nei confronti della società di gestione di cui è proprietario.

Si complica perché un nuovo soggetto – costituito nell'ATO appositamente per esercitare le funzioni di governo, come avverrebbe in attuazione del decreto legislativo sui rifiuti o sulle risorse idriche – è in partenza necessariamente privo della proprietà della società di gestione, che è posseduta da un comune (di solito il capoluogo di provincia) o da più comuni. Da un lato abbiamo l'ente di governo che è un'associazione di comuni in forma di consorzio o analoga, dall'altro la società di gestione che è un'associazione degli stessi comuni o parte di essi in forma di società di capitali. I comuni siedono – probabilmente con quote diverse – in entrambe le sedi.

Nel caso delle risorse idriche e in quello dei rifiuti, se fosse consentita la gestione *in house*, ed insieme si configurasse l'organo di governo dell'ATO come un nuovo soggetto giuridico (consortile) si incontrerebbe lo scoglio, non dei poteri che dovrebbero essere costruiti in capo al consorzio, ma dei diversi assetti proprietari, dato che il controllo spetta necessariamente a chi è in qualche misura titolare del capitale sociale del soggetto gestore. Non resterebbe allora che evitare la creazione di un distinto soggetto di governo, come fa il testo del decreto legislativo rifiuti, e di consentire l'uso di uno strumento convenzionale (l'ultima versione attenua il riferimento al consorzio, ma non abbastanza).

Naturalmente, questo problema si pone soltanto se la gestione *in house* sarà consentita. In caso contrario, che è il più probabile, la questione non si pone neppure e la creazione di un soggetto giuridico autonomo dai singoli comuni dell'ATO sarà il più lineare ed opportuno.

7. La società mista pubblico privata

Passiamo ora a considerare le possibilità di utilizzazione della società mista con capitale pubblico e privato disegnata nella lett. *b*) del comma 5 dell'art. 113. La condizione – l'unica condizione - per poter fare della società mista l'affidataria diretta del servizio è la scelta del socio mediante gara. A prima vista non si tratta di una novità. La giurisprudenza

amministrativa aveva già consolidato l'orientamento, variamente argomentato, che prescriveva la scelta con gara del socio, anche di minoranza. Non si trattava allora che della codificazione di quell'orientamento giurisprudenziale e del proseguimento della passata esperienza, basata sulla creazione di società di lunga durata, in cui non si pretendeva che la gara avesse collegamento con le caratteristiche di gestione di un determinato servizio, né con la sua durata e senza alcuna preclusione all'affidamento di ulteriori servizi. Nessuna particolare disciplina per questo tipo di gara, tant'è che pacificamente vi era una profonda differenza tra gara per l'affidamento della gestione e gara per la scelta del socio. Esisteva in verità una disciplina dedicata alla scelta del socio di maggioranza, contenuta nel D.P.R. n. 533 del 1996, che disegnava una procedura ristretta assimilabile all'appalto concorso del decreto legislativo n. 157/1995, ma quella disciplina restava circoscritta ad una figura di società – la società “minoritaria” - che non è stata quasi utilizzata. Cosicché anche oggi i giudici amministrativi possono affermare – dandolo per scontato - che nel caso della società mista “l'esperimento della gara avviene non per la scelta della migliore modalità tecnica di erogazione del servizio, ma per la sola scelta del socio privato” (TAR Bari, ordinanza di rinvio pregiudiziale n 885/2004). In realtà la situazione è diversa.

Nel caso del comma 5 dell'art.113 anche la gara per la scelta del socio deve svolgersi con le regole del comma 7, quindi “è aggiudicata sulla base del migliore livello di qualità e sicurezza e delle condizioni economiche di prestazione del servizio, dei piani di investimento ... e dei contenuti di innovazione tecnologica e gestionale”. Per di più il successivo comma 12 prevede che la privatizzazione (*id est*: l'acquisizione di un nuovo socio) deve avvenire “con procedura ad evidenza pubblica da rinnovarsi alla scadenza del periodo di affidamento”. E' ormai pacifico che vi è una sostanziale equiparazione tra gara per l'affidamento del servizio pubblico e gara per la scelta del socio. D'altra parte questa relazione tra posizione del socio e servizio è indispensabile per poter ammettere l'affidamento diretto, poiché sulla società con socio privato non è esercitabile quel controllo analogo indispensabile per evitare la gara (ed infatti siamo fuori dal rapporto *in house*). Non resta che assimilare la gara per il socio alla gara per il servizio (con le relative conseguenze in materia di preclusioni).

Passando ora al punto di vista comunitario, ricordiamo che la sentenza 11 gennaio 2005, STADT HALLE esclude la possibilità di acquisire posizioni di vantaggio in forza di legami di partenariato pubblico privato, prescrivendo l'obbligo della gara per individuare

l'esecutore dell'appalto (o della concessione) comprendendovi anche il caso in cui il socio privato sia stato scelto con una procedura ad evidenza pubblica. L'affermazione della Corte ha una portata assai ampia, e consente di supporre (per ora manca l'assoluta certezza) che non sia ammessa l'equiparazione tra la procedura di appalto e quella per scegliere il socio. Si getta così un'ombra assai seria sulla possibilità che la società mista sia affidataria diretta del servizio.

Una conferma di questa interpretazione si trova nel libro verde della Commissione sul partenariato pubblico privato (PPP) (COM (2004) 327, nel quale si configura il socio privato come colui che svolge le prestazioni affidate alla società (par. 58), mentre il socio pubblico ne è il controllore (par 64). Di conseguenza la durata della società mista dovrà coincidere con la durata del contratto di servizio ("altrimenti le amministrazioni aggiudicatrici potrebbero essere indotte a rinnovi dell'incarico...senza che sia posta in essere una reale nuova messa in concorrenza" (par. 61).

Sono evidenti le complicazioni di questa forma di società, anzi di partenariato pubblico privato (cessazione della società o fuoriuscita del socio, a quali condizioni economiche?), superate probabilmente dal par. 63 del libro verde, dove si dice che l'applicazione del diritto comunitario degli appalti e delle concessioni non dipende dal carattere pubblico, privato o misto del co-contraente dell'organismo aggiudicatore (salva la deroga dell'*in house providing*).

Anche nella giurisprudenza amministrativa emerge una nuova sensibilità per i rischi delle società miste "vecchia maniera". L'ordinanza di rinvio alla Corte di Giustizia del TAR Lecce, sopra citata, evidenzia il rischio di una vera e propria occupazione del mercato da parte delle imprese pubbliche locali se il sistema dell'autoproduzione venisse sempre consentito in contrasto con l'art. 86 del Trattato che ammette deroghe ai principi della concorrenza nella gestione di servizi di interesse economico generale solo in quanto si giustificano per l'adempimento della missione che le imprese affidatarie debbono svolgere. Il TAR teme "*l'insorgenza di una prassi in forza della quale le Amministrazioni provvederanno dapprima all'affidamento diretto dei servizi a società da esse interamente controllate, e quindi provvederanno a cedere una parte del capitale al socio privato*", "*realizzando una sorta di privatizzazione indiretta*" e "*un sostanziale aggiramento della normativa comunitaria in materia di concorrenza*".

Si tratta di una materia tutta da approfondire, ma qui interessa soltanto segnalare che anche secondo le più autorevoli interpretazioni la gara per la scelta del socio sceglie in sostanza il gestore di un servizio, con le relative conseguenze sulla durata e sulle possibilità di “manovra” da parte della società. Ritornare alla società mista vecchia maniera (ma sempre affidataria diretta del servizio) allo stato attuale della legislazione italiana e della giurisprudenza europea non è possibile.

8. Qualche conclusione finale

- Sull'*in house providing*. Le recenti pronunce della Corte di Giustizia; gli orientamenti dei giudici amministrativi (dei veri e propri *révirement*), le scelte del Governo (nelle Circolari del Ministero dell'Ambiente e negli schemi di decreti legislativi in esame), nonché la legislazione più recente (la legge di delega ambientale n. 308/2004, per la norma sui trasporti oltre che sui rifiuti), hanno definito in termini più rigorosi i presupposti per l'affidamento, escludendo la compartecipazione di soci privati e limitando notevolmente l'autonomia delle imprese. La scelta dell'*in house providing* richiede sempre una congrua motivazione sull'impossibilità di assicurare attraverso la gara la missione di interesse pubblico.

- Sulle società miste. Gli affidamenti diretti a società miste pubblico privato sono configurabili soltanto come gestioni a termine del socio privato.

- Nel settore dei rifiuti lo schema del Governo esclude del tutto l'*in house providing* e la società mista, e li subordina a presupposti rigorosi nel caso della gestione del ciclo idrico. La possibilità di sostenere l'incostituzionalità della regola della gara per violazione dell'autonomia politica, statutaria e regolamentare dei comuni e delle province sembra remota, mentre perplessità suscita il fatto che l'autoproduzione del servizio non sia consentita neppure in situazioni eccezionali.

- La gestione associata di servizi in affidamento diretto, mediante controllo “analogo” svolto congiuntamente da parte della pluralità degli enti locali soci, deve superare la contrarietà fin qui manifestata dalla Corte, ma rischia di essere limitata a servizi minori, di cui le leggi statali o regionali di settore non si occupano. Negli ATO e bacini regolamentati il problema non riguarda le modalità per raggiungere il controllo “analogo a quello esercitato sui propri servizi”, bensì la necessità che tale controllo sia in capo a chi detiene la “titolarità del capitale sociale”.

In sintesi, la linea seguita anche dal legislatore italiano (compresa l'attuazione della delega ambientale) è nel senso di calibrare la dose di concorrenza in ragione delle caratteristiche tecniche ed economiche del settore. La concorrenza è massima nei settori del gas, dei trasporti e dei rifiuti. Sono consentite soluzioni che escludono la concorrenza nel caso delle risorse idriche e in tutti gli altri campi in cui si applica la regola generale contenuta nell'art. 113, comma 5, in questo secondo caso ad opera dell'ente locale e in forza delle sue valutazioni.

Nei settori a rilevanza oltre che economica, industriale, il quadro – sia pure al prezzo di ordini e contrordini - si è dunque notevolmente semplificato.