



*Public utility regulation vs erogazione amministrativa:
una storia infinita*

di ADRIANA VIGNERI

(di prossima pubblicazione in: ASTRID, *Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, a cura di Claudio De Vincenti e Adriana Vigneri, Bologna, Il Mulino, 2006)

1. Premessa

Il rapporto tra discipline settoriali comunitarie e nazionali di carattere pro-concorrenziale non pone particolari problemi, se non quello di individuare quali ulteriori svolgimenti o correzioni siano richiesti per assicurare una più accentuata competitività per il singolo settore, che il legislatore può introdurre anche al di là di quanto stabilito in ambito comunitario.

Le incertezze e gli interrogativi riguardano in questo periodo la disciplina di carattere generale dei servizi pubblici contenuta nel Testo unico sull'ordinamento degli enti locali (Tuel), sia appunto per il suo carattere non settoriale, sia per la mancanza di una disciplina generale corrispondente a livello comunitario. Ci si riferisce sia alla possibilità di affidamento diretto a società mista, che la giurisprudenza comunitaria sembra escludere, ammettendo invece, ma in termini non ancora definiti, le forme del partenariato pubblico privato, cui l'affidamento diretto è estraneo, sia alla possibilità di *in house providing* che il testo unico assicurerebbe sempre e in qualsiasi circostanza. Affidare ai singoli enti locali o loro associazioni la decisione se aprire una situazione di mercato, almeno nella ricerca del soggetto gestore, o mantenere l'attività riservata al soggetto pubblico, significa rinunciare a svolgere una politica a tutela della concorrenza in un ambito che, per l'importanza dei servizi erogati e per la dimensione del mercato, regionale ma anche nazionale, incide in modo consistente sull'economia nazionale e sulle condizioni di vita degli abitanti.

L'approfondimento di questi due temi (*in house* e società miste) dovrebbe consentire di decidere con quali strumenti intervenire, generali o settoriali.

2. La disciplina comunitaria in sintesi

La disciplina comunitaria derivata dal trattato Ce si è occupata soprattutto delle modalità di conferimento, ad un soggetto terzo rispetto all'amministrazione pubblica, di contratti di appalto e di concessioni, compreso il caso in cui si tratti di un servizio "pubblico", di interesse economico generale, secondo la terminologia del Trattato. E' possibile anche per i servizi di tal tipo far ricorso sia all'appalto, sia alla concessione (come noto, caratterizzata dall'alea del concessionario). Nel caso di concessione 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). Da quest'ultimo 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 Trattato 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.

La prima conseguenza è che nel diritto comunitario la disciplina dell'attività economica è uniforme, qualsiasi sia la natura pubblica o privata del soggetto che la svolge. Sembrerebbe agevole desumerne che le imprese in mano pubblica che gestiscono servizi economici di interesse generale sono soggette alle medesime norme, di concorrenza e a tutela della concorrenza, delle imprese private. E quindi ai principi di non discriminazione, trasparenza e parità di trattamento dai quali consegue la necessità di messa in concorrenza. Ma quando vi è impresa pubblica soggetta al regime di cui si è detto, e quando invece autoproduzione del servizio da parte dell'ente pubblico?

3. I recenti orientamenti della Corte di Giustizia sull'in house e sulle società miste

A questo interrogativo la Corte ha già risposto in modo esauriente, tanto che si può dire ci abbia restituito un modello dell'*in house providing*. 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*); la sentenza 13 ottobre 2005 C-458/03 (*Parking Brixen contro Gemeinde Brixen e Stadtwerke Brixen*), cui si aggiunge da ultimo la sentenza 10 novembre 2005, C-29/04 (*Commissione delle Comunità europee contro Repubblica d'Austria*).

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 (si 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)¹. La Corte considera irrilevante il rapporto tra la

¹ 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

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 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 sufficiente che ricorra una delle due condizioni: la partecipazione del privato (come nella sentenza del gennaio 2005) o 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 pubblica². 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. 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

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".

² 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).

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 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.

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; in ogni caso occorre il controllo "strutturale"; è sufficiente l'influenza dominante (D.Lgs. n. 333/2003 che attua la Direttiva 2000/52/CE) 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 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 anche strumenti pubblicistici³, 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 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) dà importanza proprio al fatto che “il controllo esercitato dal comune è in pratica limitato a quei provvedimenti consentiti ai sensi del diritto societario”, per dimostrare che in quei termini controllo analogo non c’è.

In sintonia con l’indirizzo che si ricava dalla recente 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.

Passando ora alla sentenza 10 novembre 2005, C-29/04, Commissione delle Comunità europee c/ Repubblica d’Austria, la città di Moedling ha creato (16 giugno 1999) un proprio organismo indipendente, la società Stadtgemeinde Moedling AbfallwirtschaftsgmbH (Abfall), per fornire i servizi di smaltimento dei rifiuti alla

³ Quelli privatistici esistono necessariamente perché derivano dal carattere societario del soggetto gestore.

propria popolazione e il 15 settembre 1999 le ha affidato l'attività con un contratto di appalto concluso a tempo indeterminato. Successivamente, l'1 ottobre 1999 il comune decideva la cessione del 49% delle quote della società Abfall ad una società privata, la Saubermacher. La Abfall iniziava la propria attività dal 1° dicembre 1999, quando ormai il socio privato aveva fatto il suo ingresso nella società e pochi mesi dopo iniziava a fornire servizi anche ad altri comuni del distretto. L'esposizione di queste vicende era necessaria, avendo la Corte ritenuto che la data rilevante per valutare se dovesse essere applicata la direttiva sugli appalti di servizi non era la data dell'aggiudicazione bensì quella successiva, in cui l'impresa era diventata una società mista. La Corte conclude quindi – come nella sentenza *Stadt Halle* – affermando che nel caso in cui nella società vi sia capitale privato, le procedure di appalto pubblico previste dalla Direttiva n. 92/50 devono in ogni caso essere rispettate. In sostanza la Corte ritiene che si sia fatto ricorso ad una costruzione artificiale comprendente più fasi distinte per attribuire senza gara un appalto pubblico ad un'impresa di economia mista.

Dalla giurisprudenza recente della Corte di Giustizia si desumono anche elementi per stabilire se sia possibile l'affidamento diretto ad una società mista e a quali condizioni. E' certamente escluso secondo la Corte che sia possibile l'affidamento diretto ad una società in cui esiste un socio privato. Gli argomenti usati nelle sentenze (il socio privato è portatore di interessi contrastanti e si avvantaggerebbe di una situazione protetta) rendono irrilevante la circostanza che il socio sia stato scelto in modo fiduciario o con una procedura ad evidenza pubblica, come richiesto da tempo dalla giurisprudenza amministrativa italiana. Ci riferiamo a gare per la scelta del socio che avvengono non per la scelta della migliore modalità tecnica di erogazione del servizio, ma per la sola scelta del socio privato.

Diverso è probabilmente il caso – denominato nel linguaggio comunitario partenariato pubblico privato – in cui il partner, scelto con gara e collegato all'amministrazione da tipi diversi di contratto, è colui che svolge le prestazioni, mentre il socio pubblico ne è il controllore. Non vi è ancora nulla nei documenti della Commissione che consenta di dire che ci troviamo di fronte ad una figura definita, si ipotizza (Libro verde della Commissione sul partenariato pubblico privato, PPP (COM (2004) 327) un socio privato che appunto svolge le prestazioni affidate alla società o alla *joint venture* (par. 58), mentre il socio pubblico è presente nella combinazione per svolgere un'attività di controllo (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), e il soggetto privato dovrà essere scelto sulla base di una procedura che guardi all'attività da svolgere.

Esaminando ora la legge italiana, sembra – ma non è chiaro – che la gara per la scelta del socio di cui alla lettera *b*), comma 5, dell'art.113 Tuel si avvicini a questa ipotizzata figura di partner privato (la gara 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”; l'acquisizione di un nuovo socio deve avvenire “con procedura ad evidenza pubblica da rinnovarsi alla scadenza del periodo di affidamento”, comma 12). E' evidente la particolarità di questa forma di “società”, assai lontana dalla figura della società mista beneficiaria di affidamenti diretti di comune esperienza. La cui utilizzabilità diviene peraltro sempre più remota, come il caso del comune di Moedling spiega bene.

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 giustifichino 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”.

Nel caso Moedling la Corte ha potuto intervenire per la concomitanza delle operazioni, vicine tra loro nel tempo, e perché l'attività di gestione è iniziata dopo che il socio privato aveva fatto ingresso nella società. In altri casi una maggiore distanza nel tempo e una più accorta gestione dell'attività impedirà di rilevare quella che resta nella sostanza un'elusione delle norme in materia di appalti e concessioni.

Si possono ora sintetizzare i punti salienti degli orientamenti giurisprudenziali sopra esposti. I presupposti per l'affidamento diretto, esclusi i soci privati e limitata notevolmente l'autonomia delle imprese, sono stati definiti in termini più rigorosi. 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. 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, ed anche con atti di approvazione e

di nomina. Per quanto riguarda le società miste, non si vede altro rimedio ai rischi di uso elusivo che l'esclusione degli affidamenti diretti a tali società, ma attendiamo l'esito delle riflessioni che in sede comunitaria si stanno svolgendo sulle forme di partenariato.

4. Le questioni pregiudiziali sollevate dai giudici italiani

Se le questioni affrontate dalla Corte di Giustizia nell'ultimo anno sono di indubbio interesse, i giudici italiani nel frattempo ne hanno sollevate altre, questioni che pongono in dubbio direttamente la compatibilità della recente legislazione italiana, regionale e nazionale, con i principi del Trattato. L'art. 113 del Tuel ha creato più di un dubbio di conformità e le relative questioni pendono di fronte alla Corte di Giustizia in attesa di decisione.

Le questioni pregiudiziali, ai sensi dell'art. 234 del Trattato, 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 (Cons. Stato, V, 2316/04 - si trattava di parcheggi pubblici a pagamento e l'affidamento diretto era consentito da una legge regionale del Friuli Venezia Giulia, 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 quella della lett. a) (la gara). Quest'ultimo è il rilievo che a nostro avviso individua la questione con maggiore chiarezza, questione che tuttavia non sembra messa a fuoco dall'avvocato generale L. A. Geelhoed, che ha presentato le sue conclusioni (C-410/04, ANAV c/ Comune di Bari) il 12 gennaio 2006, non occupandosi della disciplina legislativa ma soltanto del caso concreto, che viene inquadrato nella fattispecie del caso Teckal. Neppure aiutano le osservazioni della Commissione, la quale dichiara che il testo attuale dell'art. 113, lett. c) è conseguente alla procedura di infrazione avviata dalla Commissione stessa contro l'Italia, ed è conforme alla giurisprudenza della Corte di Giustizia. In verità questa "conformità" è tutt'altro che pacifica, se è vero che la Corte aveva considerato "eccezionale" la situazione del caso Teckal, mentre qui siamo di fronte ad una disciplina legislativa che considera "normale" la soluzione *in house*.

Circoscritta nei termini sopra illustrati l'utilizzazione del "modello" dell'*in house providing*, impedita o quasi l'utilizzazione della società mista come affidataria diretta, è ben possibile che la Corte – in assenza di una disciplina comunitaria di carattere generale e quindi del relativo consenso maturato attraverso le procedure di formazione degli atti normativi – legittimi il ricorso ordinario e non motivato all'autoproduzione (reale o apparente) da parte degli enti locali. Chi scrive ritiene che già oggi in base al trattato (e in base all'ordinamento interno italiano, ma questa è questione parzialmente diversa) sia possibile giungere a conclusioni diverse, e fornirà in questo senso degli spunti, se non delle dimostrazioni. Le conseguenze pratiche per il legislatore sono diverse nei due casi: - la legittimità della modalità di affidamento della lett. c), art. 113, comma 5, renderà necessario legiferare per settori, tenendo conto della situazione socio economica e tecnologica di ciascuno; - la sua eventuale non legittimità porrà il problema del suo adeguamento, che potrebbe essere, come diremo, anche meramente interpretativo.

5. Il punto di vista comunitario

La disciplina comunitaria ha proceduto per settori, così facendo ha calibrato l'apertura alla concorrenza nello spazio e nel tempo, anche sopprimendo direttamente o indirettamente la possibilità di autoproduzione del servizio da parte delle

amministrazioni pubbliche. Non vi è una disciplina di carattere generale, oltre lo stesso trattato. Nel diritto italiano invece vi è una disciplina di carattere generale, quella contenuta nel testo unico sull'ordinamento degli enti locali e riferita ai servizi pubblici locali. Vi sono inoltre alcune discipline settoriali, di diverso impatto.

In carenza di disciplina la Corte e la Commissione applicano il principio di sussidiarietà: spetta ai singoli stati membri – nei limiti della ragionevolezza e della proporzionalità - stabilire quali interessi generali debbano essere tutelati e come, compresa la possibilità di autoproduzione del servizio, con le incertezze di cui si è detto. Può dirsi con questo che ogni questione sia risolta? La legislazione nazionale può consentire l'*in house providing* a discrezione del singolo ente pubblico indipendentemente dalla situazione economica, tecnologica e di mercato, attuale e potenziale, del settore di volta in volta interessato?

In dottrina è stato sostenuto che l'art. 113 comma 5 consente appunto una "libera scelta" tra i tre modelli lì considerati e quindi l'utilizzazione dell'*in house providing* a propria discrezione. Si aggiunge 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 Tuel, in particolare la sua lett. c), tutelerebbe 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.

Siamo di fronte come si vede a due questioni distinte. Se la legge italiana sia coerente con la tutela della concorrenza, come delineata nel trattato e nella costituzione italiana. Se e in che misura la tutela della concorrenza entri in conflitto con l'autonomia costituzionalmente garantita agli enti territoriali. A questi interrogativi se ne può aggiungere, come vedremo, un terzo in relazione alla soluzione data alla prima questione.

Esaminiamo dunque la prima questione. Per sostenere la legittimità della legge italiana si richiamano usualmente le affermazioni della Corte di Giustizia, da ultimo nella sentenza *Stadt Halle*, secondo cui "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”. Questo tipo di affermazioni riguardano casi in cui si controverte della applicabilità della disciplina in materia di appalti o concessioni di pubblici servizi, il cui presupposto è dato dalla presenza di due soggetti, l’amministrazione aggiudicatrice e l’impresa. Nel nostro caso si tratta invece di valutare la compatibilità comunitaria, ma anche interna, di una legislazione che considera indifferente l’apertura/non apertura al mercato per una serie indeterminata di servizi di rilevanza economica.

Ad avviso di chi scrive, la possibilità di autoproduzione, in assenza di disciplina diversa, non dovrebbe assicurare che venga considerata conforme al trattato una legge come quella italiana (art. 113, comma 5, lett. c) del Tuel) che consente *a priori*, senza alcun presupposto giustificativo nella situazione del singolo settore, di saltare a pie’ pari il mercato e di ricorrere all’amministrazione pubblica di erogazione.

E’ opinione comune e continuamente ripetuta che ai sensi dell’art. 86 del Trattato le deroghe alle regole della concorrenza siano ammesse soltanto al fine di consentire lo svolgimento della specifica missione quando si tratti di attività di interesse generale e di carattere economico. Ne consegue che l’autoproduzione del servizio può certo essere giustificata dalla necessità di perseguire finalità pubbliche (di interesse generale) altrimenti non raggiungibili, ma appunto deve essere “giustificata”. Se una legge elimina in radice la necessità di giustificazione, fuoriesce dalla cornice del Trattato. Se si abbandonano questi presupposti, la prospettiva comunitaria cessa di offrire indicazioni sul versante delle liberalizzazioni, e ciascuno stato membro è autorizzato a decidere secondo i propri contingenti interessi. Le regole del Trattato (art. 86) e derivate possono essere interpretate nel senso che presuppongono la gestione delle attività di interesse economico generale come attività economiche, non come prestazioni amministrative. L’erogazione del servizio da parte dello stato – che corrisponde al modello non dell’impresa ma della prestazione amministrativa – fa uscire l’attività dal concetto stesso di attività economica, è una situazione non confrontabile con l’art. 86. Se invece fosse impresa, dovrebbe essere assoggettata alle regole valide per tutte le imprese, pubbliche o private.

Lo stesso “modello pubblicistico” possibile di fronte a fallimenti del mercato nel soddisfare l’interesse generale non consiste nell’assumere il servizio in gestione pubblica, ma nella concessione di particolari diritti (monopolio compreso) o aiuti.

Certo, il trattato conosce la nozione di impresa pubblica⁴, ma la considera un’impresa soggetta alle regole sulla concorrenza (81 e ss.), alle connesse regole della

⁴ “Un’impresa nei confronti della quale i poteri pubblici possono esercitare direttamente o indirettamente un’influenza dominante per ragioni di proprietà, di partecipazione finanziaria o della normativa che la disciplina”.

trasparenza nelle relazioni finanziarie (Dir. 80/723/CEE e succ. mod.), e al divieto di aiuti di stato.

Va anche aggiunto che autoproduzione significa di norma monopolio. L'aspetto monopolistico, anche se pubblico, è certamente censurabile, dato che un monopolio ingiustificato è contrario alle norme del Trattato.

Il fatto che la Corte, pur legittimando l'*in house* (si ripete, in assenza di normativa specifica) abbia considerato quella formula "eccezionale" ha un significato soltanto nel quadro che si è qui sommariamente delineato. L'indicazione della "eccezionalità" è stata fin qui priva di svolgimenti, ma sottintende che la scelta tra autoproduzione e affidamento ad altro soggetto debba necessariamente passare per la valutazione delle circostanze. E tali circostanze non possono riguardare che la consistenza dell'attività e la situazione di mercato, attuale o potenziale e ogni altro elemento rilevante al fine di decidere se il ricorso al mercato contrasterebbe con l'adempimento della missione.

6. Il punto di vista del diritto interno

La disciplina dell'art. 113 è stata dichiaratamente introdotta a tutela della concorrenza e in quanto tale è dichiarata inderogabile dal legislatore regionale. La Corte Costituzionale nella sentenza 272/2004 ha osservato che la disciplina in questione non appare riferibile alla competenza esclusiva statale in tema di "funzioni fondamentali di comuni, province e città metropolitane" (art. 117, secondo comma, lettera *p*), "giacché la gestione dei predetti servizi non può certo considerarsi esplicazione di una funzione propria e indefettibile dell'ente locale".

Se la previsione che legittima l'autoproduzione non si giustifica in nome della determinazione delle funzioni fondamentali dell'ente locale e la Corte aggiunge che non si giustifica neppure come determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, a che titolo si legittima? Essendo evidente che l'autoproduzione – che esclude in radice la concorrenza – non ha a che fare con la concorrenza, in che senso una legge che si legittima in quanto interviene a tutela della concorrenza dispone in ordine all'autoproduzione del servizio? Soltanto se la consente in quei casi in cui l'autoproduzione è giustificata dall'impossibilità (eccessiva onerosità, o altro) di far ricorso subito – nella situazione data – alla concorrenza. In questo senso si può essere considerata relativa alla tutela della concorrenza, che a sua volta non è un valore assoluto.

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 della 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'irragionevolezza 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 non è questo l'aspetto che interessa, bensì il contenuto della motivazione, che deve riguardare la tutela della concorrenza.

Quanto più ci si allontana, insomma, 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 e con la Costituzione, negando che siano poste sullo stesso piano le tre modalità di affidamento, ugualmente consegnate alla libera scelta delle amministrazioni locali. Esiste infatti a monte una regola comunitaria e costituzionale 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.

7. Sui margini di scelta del legislatore

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.

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 questa disposizione 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 neppure il divieto di autoproduzione può divenire assoluto, se contrasta 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.).

8. Sull'autonomia costituzionalmente garantita degli enti territoriali

Se 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 la libertà di scelta tra i diversi modelli.

9. Sulla ragionevolezza del legislatore

Il contemperamento degli interessi contenuto nel comma 5 dell'art. 113 del Tuel - 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 diviene, nel singolo intervento legislativo, condizione di legittimità costituzionale, sotto il profilo della ragionevolezza. Ad esempio, sono trascorsi soltanto due anni da quando il governo ha fatto approvare

(con il voto di fiducia) un testo, l'art. 113, comma 5, che consente sempre di far ricorso – secondo l'interpretazione corrente - alla 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.

Se entrerà in vigore il Decreto legislativo ambientale⁵, che a decorrere dal 1° gennaio 2007 richiede per la gestione dei rifiuti la gara come unica modalità di organizzazione della gestione, si porrà il problema della ragionevolezza del comportamento del legislatore. Il legislatore regionale, cui in generale è precluso prorogare a propria discrezione il periodo transitorio⁶, potrà in questo caso opportunamente “correggere” le disposizioni statali.

10. Breve sintesi conclusiva

Tentando alla fine di trarre qualche conclusione dal quadro interno e comunitario dei servizi pubblici, specie locali, si è portati a dire che in assenza di discipline specifiche la stessa Corte di Giustizia e in qualche caso la stessa Commissione sono portate a rinunciare ad una applicazione rigorosa dei principi. L'affermazione della libertà di autoproduzione dei servizi di interesse economico generale appare assai più una presa di posizione “politica” (in nome della sussidiarietà? oppure dell'intangibilità della proprietà pubblica?) che un'applicazione degli artt. 16 e 86 del Trattato. La Corte ha ora l'occasione di introdurre qualche correzione, ma non è detto che lo farà, senza nemmeno il supporto della Commissione.

Si deve essere per intanto grati delle utili messe a punto fatte dalla Corte di giustizia in materia di *in house providing* e di società miste, sottoposte al regime generale. Il legislatore nazionale potrà più proficuamente dedicarsi alle discipline settoriali, per aprire mercati che la contro riforma della XIV legislatura ha contribuito a chiudere, senza necessità di intervenire su di una disciplina generale che potrà essere corretta anche per via interpretativa, se i giudici amministrativi saranno minimamente rigorosi nel richiedere la motivazione delle scelte degli enti locali.

⁵ Rinvio dal Presidente della Repubblica con lettera 22 marzo 2006.

⁶ Secondo la Corte Costituzionale - sentenza n. 80/2006 – il legislatore regionale che prorogasse i termini del periodo transitorio impedirebbe di giungere in termini certi all'effettiva apertura alla concorrenza e violerebbe quindi la lett. e) dell'art. 117 Cost..