

FABIO CINTIOLI

*I servizi pubblici locali tra perentoria privatizzazione  
e incerta liberalizzazione. Note sull'art. 23 bis. (\*)*

SOMMARIO: Parte prima: La situazione precedente l'art. 23 bis. Analisi degli interessi e degli istituti; 1. Premessa; 2. Quanta liberalizzazione e quale privatizzazione: le risposte della legislazione precedente all'art. 23 bis; 3. Equilibrio misto e interessi in gioco; 4. I limiti alla liberalizzazione. La mancanza di una concorrenza nel mercato e le modalità di conformazione e gestione della gara; 5. I limiti alla privatizzazione. L'abuso degli affidamenti *in house*; 6. Segue. Gli affidamenti diretti alla società mista pubblico-privata; 7. Un mercato fuori dal [C] comune. Il tentativo di riforma nella XV legislatura; Parte seconda: La situazione dopo l'art. 23 bis; 8. L'art. 23 bis e la sua ultima riforma; 9. Il regime transitorio. Le tre liste: bianca, nera e grigia; 10. Segue. La cessazione anticipata *ex lege* degli affidamenti e i dubbi sulla sua legittimità; 11. Le misure asimmetriche; 12. La società mista come forma ordinaria di gestione; 13. Gli affidamenti *in house* nel 23 bis. L'inesorabile mutevolezza dei requisiti; 14. Segue. Analisi di mercato e relazione motivata. Distonia dall'ordinamento comunitario (?); 15. Il parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Il "guardiano" della privatizzazione; 16. Le prospettive future ed i problemi aperti: gare e concorrenza nel mercato.

---

(\*) Questo articolo è destinato agli Scritti in onore di Giuseppe Palma

## PARTE PRIMA

*La situazione precedente l'art. 23 bis.*

*Analisi degli interessi e degli istituti*

### 1. Premessa

Discutere di servizi pubblici locali (a contenuto economico), ai nostri giorni, rimane cosa sicuramente utile. Anzi necessaria, se non altro per interrogarci sulla portata delle ultime (e ricorrenti) novità legislative. Il tema è da tempo al centro di un dibattito ampio, che valica i confini delle riviste specializzate, giuridiche ed economiche, per interessare i quotidiani nazionali. Ed è anche da tempo al centro dell'agenda politica, dando vita al susseguirsi di interventi riformatori.

Sullo sfondo si è delineata, nel corso dell'ultimo decennio, una netta alternativa, che ha occupando pressoché tutto lo spazio di discussione critica: quella che contrappone i liberalizzatori ai non liberalizzatori.

Se i problemi potessero in essa davvero riassumersi, lo scopo di questo scritto potrebbe risolversi in una semplice dichiarazione di schieramento a favore dei primi e contro i secondi. Tuttavia, non è così agevole dare una risposta al quesito "quanto e quale potere pubblico nei servizi locali". E non è agevole neppure dare una risposta agli interrogativi posti dalle ultime riforme: quella che consiste nell'art. 23 bis del d.l. n. 112 del 2008 e nella successiva sua novella ad opera dell'art. 15 d.l. n. 135 del 2009, convertito in legge per effetto della l. 20 novembre 2009, n. 166.

Basterebbe ricordare, in via introduttiva, che i servizi pubblici locali sono un fenomeno complesso e frammentato in una varietà multiforme. Non esiste il servizio pubblico locale, bensì, appunto, i servizi pubblici locali al plurale, diversi per tipo di attività, per profili di redditività, per dimensione e morfologia del territorio di riferimento, per categorie di interessi da soddisfare.

Inoltre, la domanda di fondo durante questi anni è stata *come* liberalizzare e non solo *se* liberalizzare. Ci si deve chiedere a quale scopo si liberalizza. Ci si deve chiedere come porre il mercato e la concorrenza in condizioni tali da assicurare servizi adeguati ai cittadini. Ci si deve chiedere infine come preservare e migliorare impianti e infrastrutture di cui la collettività fruisce quotidianamente.

Una riforma dei servizi pubblici locali nel primo decennio del nuovo secolo, beninteso, si era resa necessaria. Questo va detto subito, per sgombrare il campo da ogni possibile equivoco.

Essa ha dovuto confrontarsi con tre interessi di fondo: quello dei cittadini, quello delle imprese e del mercato, quello degli enti

locali. Tale riforma deve servire anzitutto ad assicurare servizi migliori per coloro che ne fruiscono e la concorrenza resta la chiave preferibile (o quantomeno una delle chiavi) per raggiungere il risultato. Deve, tuttavia, anche assicurare all'impresa privata un ruolo centrale nella vicenda, al fine di assecondare il principio di sussidiarietà economica. Il progetto riformatore potrà pertanto essere occasione di sviluppo per le nostre imprese.

Nel contempo, dovendosi mediare tra gli interessi in gioco, si deve evitare che questa *chance* vada solo a beneficio dell'impresa e che il cittadino debba rassegnarsi ad un contesto nel quale la qualità del servizio non registri miglioramenti, se non addirittura a vedersi penalizzato. Proprio per questa ragione, la riforma è una occasione anche per la crescita (speranza che ci auguriamo non vana) della dirigenza degli enti locali e per la maturazione della sua classe politica.

Se tutto ciò è esatto, il tema che il nostro legislatore ha avuto di fronte, lo si ribadisce, non è stato tanto "liberalizzazione *si*-liberalizzazione *no*", bensì quello stabilire, all'interno di una politica di privatizzazione e liberalizzazione, quale spazio dovesse esser lasciato alla libertà di impresa e quale alla cura dell'interesse collettivo.

## *2. Quanta liberalizzazione e quale privatizzazione: le risposte della legislazione precedente all'art. 23 bis.*

Il primo rischio che si poteva correre (e che si è materializzato nell'epoca più recente) è, ancora una volta, quello dello "statalismo locale".

Il più recente progetto riformatore (che si tratterà nella parte II) ha perciò voluto impedire che potesse perpetuarsi una condizione di inadeguata apertura al mercato di questo settore.

Per procedere oltre (e soprattutto per comprendere l'ultimissimo rigore legislativo a favore di una privatizzazione, *senza se e senza ma*), è necessario anzitutto descrivere il quadro normativo attuale e, per brevi cenni, quelli che lo hanno preceduto.

Il primo segnale di novità, espressione del principio di sussidiarietà economica, si era registrato, a suo tempo, con la l. n. 142 del 1990.

Il 1990 è stato un anno molto importante<sup>1</sup>. Si annota l'entrata in vigore della legge sul procedimento amministrativo (l. n. 241 del 1990), la quale ha proiettato le nostre amministrazioni in un proscenio affatto nuovo, rendendole protagoniste di un dialogo con l'interlocutore privato e con gli operatori del mercato. Inoltre, è stata pubblicata la l. n. 287 del 1990, che ha elevato la libertà di

concorrenza al rango di principio generale e di valore tutelato dall'ordinamento positivo.

Il legislatore, in un tale contesto, iniziava a porsi alcune domande di fondo, le quali, a ben vedere, sono le stesse cui anche l'ultima riforma tenta di dare una risposta.

La prima è: che nessi devono esistere e quali rapporti devono instaurarsi tra il libero mercato concorrenziale, da una parte, e la gestione delle reti e l'erogazione dei servizi pubblici locali, dall'altra parte?

La seconda è: quale spazio devono occupare gli enti locali e le P.A. in generale e quale compete invece ai privati?

In breve, ci si chiedeva allora e ci chiediamo ancor oggi quanto e come liberalizzare e se e come privatizzare in questo campo.

La risposta del legislatore del 1990 fu, com'è noto, piuttosto timida. Nessuno spazio venne concesso alla prospettiva delle liberalizzazioni e dunque alla *concorrenza*, mentre la comparsa del privato si limitò alla veste del socio di minoranza della s.r.l. costituita con la prevalente partecipazione pubblica, allo scopo di designarla affidataria in via diretta della gestione di un servizio.

Da allora, molta acqua è passata sotto i ponti. E il fluire del fiume simboleggia in tal caso sia plurimi interventi normativi, di ordine generale come pure settoriali, sia decisioni giurisprudenziali, nazionali come pure comunitarie.

Essendo impossibile effettuare in questa sede un resoconto articolato, mi limito a ricordare con un balzo in avanti anzitutto l'art. 35 della legge finanziaria per il 2002 (l. n. 448 del 2001), il quale, novellando gli artt. 113 e 114 del t.u. enti locali (d. lgs. n. 267 del 2000), aveva fatto alcuni decisi passi avanti nel segno della liberalizzazione del settore, specie per i servizi "aventi contenuto industriale" (i quali, però, non sono stati mai definiti in concreto, facendo sì che il legislatore ripiegasse, subito dopo, sul concetto di servizio "economico").

L'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato, prima di questo intervento legislativo, aveva manifestato i suoi auspici a favore dell'apertura al libero mercato dei servizi pubblici locali, pur raccomandando di tener conto, di volta in volta, delle concrete situazioni territoriali, economiche e morfologiche<sup>2</sup>. Secondo l'avviso dell'Autorità, il legislatore avrebbe dovuto seguire, ogniquale volta fosse stato possibile, la strada della concorrenza *nel* mercato, consentendo l'ingresso di una pluralità di operatori disposti ad offrire il servizio in condizioni competitive, previa una semplice autorizzazione amministrativa. Quando non vi fossero state le condizioni (ad esempio nei Comuni di piccole dimensioni, nei quali il

limitato bacino d'utenza crea vere e proprie situazioni di monopolio naturale o nei casi di reti fisicamente inidonee all'utilizzo plurisoggettivo), la liberalizzazione avrebbe dovuto assumere la forma della concorrenza *per* il mercato, in modo da mettere all'asta il diritto di monopolio ed affidarlo all'impresa più efficiente.

L'art. 35 testé citato non ha compiuto una svolta così coraggiosa, come ben sappiamo<sup>3</sup>.

Tuttavia, oltre ad inserire alcune misure asimmetriche pro-concorrenziali (a proposito della gestione separata della rete e del *third party access*, nonché a proposito dei limiti di operatività imposti alle società affidatarie in via diretta di un precedente servizio), ha dato spazio, per la prima volta, al modello della concorrenza *nel* mercato ed ha poi imposto, perlomeno come regola generale, l'obbligatorietà della gara per l'affidamento del servizio al privato, così mostrando di privilegiare la concorrenza *per* il mercato. Questo regime, probabilmente, continuava a spingere l'acceleratore più sulla strada della privatizzazione che non su quella della liberalizzazione. Nondimeno, sul piano qualitativo, era contrassegnata da un'autentica attenzione per il mercato come campo d'azione dei servizi pubblici locali.

Sappiamo bene cosa è accaduto a distanza di breve tempo.

Il d.l. n. 269 del 2003 e la legge finanziaria per il 2004 (l. n. 350 del 2003) hanno profondamente rivisto l'art. 113, con una serie di novità che, secondo un giudizio corale, hanno ridotto fortemente sia la tensione verso la liberalizzazione sia quella a favore della privatizzazione<sup>4</sup>. Anzitutto, è scomparso ogni riferimento alla concorrenza nel *mercato*. Inoltre, avendo lasciato agli enti locali la possibilità di scegliere, per i servizi di rilevanza economica (v. il comma 5 dell'art. 113 cit.), tra l'affidamento a privati mediante gara, l'affidamento diretto a società mista a capitale pubblico-privato e l'affidamento diretto a società *in house*, si sono create le premesse perché anche la concorrenza *per* il mercato restasse pressoché una formula vuota. Gli enti locali, nella grandissima parte dei casi, hanno preferito l'affidamento diretto a quello preceduto da una gara pubblica ed hanno, nei fatti, ulteriormente ampliato questo differenziale tra l'uno e l'altro modello, interpretando in maniera piuttosto ampia la nozione di servizio di rilevanza non economica<sup>5</sup>. Se si aggiunge la rigidità della disciplina relativa al periodo transitorio<sup>6</sup>, fin troppo generosa per i precedenti affidamenti diretti, si trae un quadro che ha giustamente attirato le perplessità dei più e che è stato aspramente (e opportunamente) criticato. Tra le considerazioni critiche più diffuse (si veda la relazione governativa al d.d.l. presentato nel corso della XV legislatura), si è osservato, tra l'altro, che il quadro normativo

precedente aveva cristallizzato le posizioni di monopolio esistente, aveva impedito una qualsiasi forma di competizione nei servizi pubblici locali, aveva privato i consumatori della possibilità (che la concorrenza avrebbe loro concesso) di fruire di servizi di qualità migliore a prezzi più bassi, aveva negato agli enti locali il vantaggio di rivolgersi ad un mercato aperto e trasparente ed infine aveva sottratto alle imprese nazionali una concreta possibilità di crescita industriale.

### 3. *Equilibrio misto e interessi in gioco.*

Giunti a questo punto, è necessaria un'analisi più profonda dei mali che hanno afflitto questo settore. Grazie ad essa, si potrà meglio tracciare la strada per il futuro e formulare alcune considerazioni sull'ultimissima riforma, alla quale è dedicata la seconda parte di questo scritto.

L'analisi si snoda lungo due interrogativi, i quali riprendono le origini di questo dibattito. Ci chiederemo, in primo luogo, perché la liberalizzazione dei servizi pubblici locali è stata finora insoddisfacente e perché, del pari, la privatizzazione dei servizi pubblici locali è stata finora insoddisfacente.

Prima di addentrarci in queste riflessioni sullo *status quo* è bene aprire ancora una parentesi, che serve a spiegare quale sia l'equilibrio di fondo, direi meglio il *trade off* tra interessi privati e interessi pubblici, che una buona riforma dei servizi pubblici locali in chiave di liberalizzazione dovrebbe assicurare.

L'impresa è la cellula fondamentale del mercato. L'impresa è attività che attua il principio costituzionale di libertà dell'iniziativa economica privata. Ebbene, l'ordinamento riconosce, disciplina e protegge la libertà d'impresa e il potere dell'imprenditore. Questo riconoscimento e questa protezione presuppongono, evidentemente, che l'attività d'impresa si svolga in una condizione fisiologica, nella quale il giusto equilibrio sia garantito dalla necessaria correlazione biunivoca tra il potere di gestione dell'imprenditore e l'assunzione del rischio economico. L'imprenditore organizza l'attività e la conduce con la propria responsabilità patrimoniale perché mira a conseguire un profitto.

L'equilibrio sta nella predetta correlazione tra potere e rischio, ma sta anche nella proporzione tra il rischio assunto e il profitto sperato. Quando si pensa alla gestione di un servizio pubblico locale mediante una impresa privata (e dunque quando si intende coniugare la gestione del servizio con la concorrenza ed il mercato), la descrizione del punto di equilibrio è sicuramente più complessa. Se il servizio è aperto al mercato e se viene affidato ad una impresa privata, si presuppone che vi sia lo spazio per un profitto e un utile economico

per quest'ultima. Se così non fosse, l'apertura al mercato non potrebbe aver luogo.

Il modello prescelto deve pertanto consentire al privato di prevedere il ragionevole conseguimento di un utile in condizioni di efficienza economica, di avere proporzionati compiti e poteri e di assumere, di conseguenza, i rischi che appaiano anch'essi proporzionati a detto utile.

Fin qui, apparentemente, nulla di nuovo. Il punto focale sta nel fatto che in questa vicenda emerge un altro interesse, con misura e caratteristiche diverse, di volta in volta. Mi riferisco all'interesse della collettività locale a fruire di servizi adeguati. Talvolta esso si dimensiona in stretto collegamento con puntuali obblighi di servizio pubblico e con la garanzia del c.d. servizio universale, talvolta esso pertiene più direttamente ed estesamente a tutta la gamma di servizi che in un certo settore vengono erogati. Tale interesse collettivo è impersonato dall'ente locale e presuppone che proprio l'ente locale compia scelte pubbliche, più precisamente scelte politiche ed amministrative, per la sua cura. Per quanto attiene a tale interesse, l'equilibrio indispensabile perché le scelte pubbliche siano proporzionate al suo soddisfacimento, perché non siano né flebili (vale a dire troppo arrendevoli rispetto alle dinamiche imposte dal mercato) né invasive (vale a dire troppo ingombranti per l'esplicarsi della competizione tra privati), deriva dal giusto collegamento tra i poteri pubblici e la responsabilità politica.

Dunque nel servizio pubblico locale aperto al mercato si rileva un equilibrio *misto*, il cui funzionamento dipende da un duplice congegno: il privato imprenditore dev'essere munito di poteri effettivi, correlati a rischi effettivi in proporzione al profitto sperato; l'ente locale deve esercitare i suoi poteri e compiere le scelte per la cura dell'interesse pubblico in maniera trasparente e percepibile, con la piena assunzione di responsabilità. In un sistema misto di questo tipo leggiamo oltretutto il bilanciamento costituzionale tra due valori: per un verso, la libertà di iniziativa economica privata e la libertà di mercato (artt. 41 e 117, comma 2, Cost.) e, per altro verso, l'autonomia di indirizzo politico ed amministrativo degli enti territoriali (artt. 5 e 114 Cost.).

Del resto, il punto di partenza è che una certa prestazione, in quanto servizio pubblico, non possa essere interamente affidata al mercato, così come per tutte le altre relazioni economiche, e che quindi debba essere sottoposta alla "cura" dell'ente locale, che provvede a vigilare e ad ordinarne la gestione: quel che suol dirsi l'*assunzione* di un servizio quale servizio pubblico<sup>7</sup>.

Una riforma organica dei servizi pubblici locali deve poter soddisfare tale complesso equilibrio. Non può né concedere all'impresa privata di operare in condizioni di eccessivo vantaggio, con rendite cristallizzate e dunque senza assunzione di rischio, né può imporle, per converso, oneri che ne pregiudichino l'efficienza economica e le prospettive di profitto in situazioni di competizione reale. Non può relegare però gli enti locali ad un ruolo di meri spettatori, né, soprattutto, può consentir loro di effettuare scelte politiche in via indiretta o mascherata, senza l'assunzione delle relative responsabilità verso la collettività.

*4. I limiti alla liberalizzazione. La mancanza di una concorrenza nel mercato e le modalità di conformazione e gestione della gara.*

Tornando al primo interrogativo, andiamo alla ricerca del perché la liberalizzazione nel settore dei servizi pubblici locali sia stata così poco soddisfacente. Ciò, va rimarcato, in un contesto nel quale in altri Paesi europei questi mercati sono stati aperti alla concorrenza (ad esempio, nel Regno Unito, Svezia, Finlandia) con risultati complessivamente positivi, sia in ordine ai costi ed alla qualità del servizio, sia in ordine alla crescita strutturale e finanziaria delle imprese che hanno partecipato ai relativi progetti <sup>8</sup>.

E' mancata, in primo luogo, una decisione forte del Parlamento a favore della piena liberalizzazione, secondo la logica della concorrenza *nel* mercato, nei casi nei quali ciò era possibile. L'auspicio espresso sin dalla fine degli anni '90 dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato è rimasto sostanzialmente lettera morta. Eppure, non sono poche le circostanze nelle quali la gestione di taluni servizi o di segmenti di essi (persino per alcuni servizi che talvolta sono stati considerati ad alta valenza di interesse pubblico, come quelli idrici <sup>9</sup>) può essere concepita come attività aperta alla competizione di più operatori, se del caso mediante un vaglio autorizzatorio preliminare per ciascuno di essi.

Una tale decisione, va rimarcato, sarebbe stata possibile sia prima che dopo la riforma costituzionale attuata con la l. cost. n. 3 del 2001, poiché anche dopo la novella del titolo V della Costituzione spetta allo Stato di legiferare emanando indirizzi per fini di tutela della concorrenza <sup>10</sup>. La Corte costituzionale ha avuto modo di chiarirlo in più occasioni, una delle quali a proposito della legislazione statale sui servizi pubblici locali <sup>11</sup>.

In secondo luogo, non è stata valorizzata, così come si sarebbe dovuto, neppure la concorrenza *per* il mercato.

La mancata valorizzazione è dipesa da due circostanze: *i*) sono stati rari gli affidamenti previa gara, come si è anticipato e come si preciserà tra un attimo, e si è preferito ricorrere ad affidamenti diretti a società miste pubblico-private ed alle società *in house*; *ii*) le gare che si sono celebrate non sono state sempre espletate con i criteri e le condizioni necessarie per favorire la competizione tra le imprese aspiranti e per esaltare le *chance* e le offerte volte ad incentivare le efficienze economiche.

Soffermiamoci su quest'ultimo aspetto.

Non sono mancate, in verità critiche e diffidenze, anche negli studi economici, verso il sistema della gara per la scelta dell'impresa cui affidare il diritto ad esercitare in monopolio un servizio pubblico locale.

Esse, in particolare, si sono imperniate su tre capisaldi: *i*) le gare non sarebbero adeguate a garantire il tasso irrinunciabile di "socialità" e di qualità minima del servizio; *ii*) non toccherebbero il vero tasto dolente, da ricercare nella previsione di un vincolo di bilancio troppo "soffice" e nella scarsità di risorse a disposizione; *iii*) finirebbero per penalizzare le imprese italiane, di dimensioni troppo esigue per confrontarsi con la concorrenza internazionale, la quale finirebbe per giocare un ruolo troppo dominante.

A queste obiezioni, però, sono state date repliche argomentate e che nel complesso possono anche dirsi piuttosto convincenti <sup>12</sup>.

Poi, non solo hanno dato, stando ai resoconti, buon esito all'estero, ma, quando sono state espletate con criteri consoni agli obiettivi di liberalizzazione autentica (e dunque con l'idea di sfruttare la giusta proporzione tra poteri e rischi per l'imprenditore privato), le gare avrebbero dato risultati apprezzabili anche in Italia <sup>13</sup>. In definitiva e in linea di massima, esistono argomenti e studi della scienza economica che sostengono la tesi secondo la quale le gare possono essere la soluzione giusta all'esigenza di innovazione in questo mercato, sicché il problema diviene piuttosto quello di appurare *come* le gare vadano fatte.

In proposito, indicazioni utili possono trarsi dalle segnalazioni dell'Autorità antitrust, la quale, ad esempio, ha raccomandato quanto segue: che i requisiti economico-finanziari richiesti non siano sovrabbondanti o troppo specifici; che l'oggetto della gara non sia né artificialmente ampliato né impropriamente ridotto; che non vengano confezionati lotti ingiustificatamente ampi (perché invece una pluralità di lotti può accrescere la competizione con esiti molto positivi); che la riunione in ATI (associazione temporanea di imprese) non venga consentita con troppa facilità a quelle imprese che abbiano, da sole, tutti i requisiti che servono per partecipare alla gara; che la

durata dell'affidamento non sia così lunga da stemperare i benefici del confronto concorrenziale finendo per cristallizzare nel corso del tempo verosimili rendite di posizione e per reiterare il problema dei sussidi incrociati. Queste prescrizioni, pur dovendo adattarsi alla peculiarità dei casi di specie e pur dovendo "scontare" alcuni tecnicismi pro-concorrenziali che vanno temperati con una valutazione congrua di tutti gli interessi in gioco, possono rivelarsi efficaci per dare concretezza alla concezione teorica di una gara aperta ed efficiente.

Resta la difficoltà di verificare come si possano indurre gli enti locali a seguire prescrizioni di questo tipo. La riluttanza ad uniformarsi a criteri di efficienza sarà infatti almeno prevedibile, se non addirittura probabile.

Tuttavia, a fronte di una chiara indicazione pro-concorrenziale del legislatore nazionale, potrebbe esser sufficiente anche la semplice prospettiva del controllo del giudice amministrativo, il quale fosse sollecitato dai partecipanti alla gara che decidessero di impugnare un bando non coerente con i canoni pro-competitivi. Il sindacato del giudice, ancorché potenziale, potrebbe rivelarsi persino più efficace (e deterrente) di controlli esterni affidati ad Autorità indipendenti (che poi hanno trovato puntualmente spazio nell'art. 23 bis) ovvero ad associazioni dei consumatori, entrambi di non facile attuazione pratica e di non facile compatibilità con le previsioni costituzionali sull'autonomia amministrativa degli enti territoriali.

Infine, va ricordato che questa tipologia di gare, in coerenza con i principi consolidati stabiliti dalla Commissione e dalla Corte di giustizia e con la disciplina nazionale (art. 30, d. lgs. n. 163 del 2006), non è sottoposta alle stringenti regole procedurali previste per l'affidamento degli appalti pubblici. Si deve solo garantire l'applicazione, in un modello flessibile di confronto competitivo, il rispetto dei canoni generali di non discriminazione, trasparenza e parità di trattamento. Questo conferisce all'ente locale una discrezionalità di un certo spessore, la quale può ben essere utilizzata allo scopo di assicurare efficienza alla gara e di combinare in giusto equilibrio gli interessi in gioco (*supra*, sub 3).

Al di là di queste notazioni, la cui importanza beninteso non va affatto sottovalutata, dobbiamo però cercare anche altrove il principale ostacolo alla celebrazione di gare che siano davvero competitive.

L'autentica competizione presuppone infatti gare che siano in grado di trarre dal mercato condizioni di efficienza economica tali da coniugare qualità e bassi costi del servizio, da una parte, e profitto per l'impresa dall'altra parte. Ebbene, l'ostacolo è stato sovente rappresentato dall'inserimento nel progetto di gara di esigenze di "socialità" che la stazione appaltante avrebbe dovuto affrontare e

risolvere in maniera diversa, e soprattutto in maniera *separata* dalla gara<sup>14</sup>.

Mi riferisco in modo particolare ai problemi, pur serissimi, di tutela occupazionale, che oggi solo drammaticamente rilanciati dalle conseguenze della crisi economico-finanziaria.

Sovente le condizioni imposte all'affidatario hanno previsto sia il mantenimento dei lavoratori, sia l'assunzione di oneri finanziari, previdenziali, impiantistici e strutturali provenienti dalla precedente gestione. Questo "fardello", secondo analisi economiche accreditate, può esser d'impedimento a che la gara riesca a premiare un'impresa che possa e sappia realizzare lo *standard* di efficienza indispensabile per far sì che la socialità abbia l'altro tipo di "premio" che si attende dall'apertura al mercato: vale a dire la crescita qualitativa dei servizi a prezzi immutati o addirittura ridotti. Non si vuol dire che il problema occupazionale vada trascurato. Si vuol dire solo che potrebbe esser preferibile risolverlo in maniera diversa e "prima" di rivolgersi al mercato. Ad esempio, si è suggerito di prevedere idonei ammortizzatori sociali, in modo da non mescolare questo tipo di socialità con la ricerca dei benefici della libera competizione economica<sup>15</sup>.

Qualora non si voglia seguire questa strada, paradossalmente, potrebbe allora prendersi in seria considerazione l'idea di mettere da parte, per il momento, la libera concorrenza, perché non può pretendersi dal mercato ciò che il mercato non può dare, e ripescare dal passato le forme di assunzione e gestione diretta e pubblica del servizio, come accadeva con le aziende-organo (le classiche municipalizzate), nelle quali è perlomeno netta e chiara la responsabilità politica circa la gestione e la qualità del servizio.

L'interesse della collettività si fa sentire, indubbiamente, quando si discute dei servizi locali e non si può pensare di estrometterlo da questo campo. Però, si deve evitare che venga in gioco in forme tali da compromettere il fine della liberalizzazione. L'interesse pubblico può esser tutelato mediante il contratto di servizio, le corrispondenti carte di servizi, mediante oneri speciali relativi agli obblighi di pubblico servizio ed al servizio universale, mediante sistemi compensativi di siffatti oneri che nel più ampio panorama offerto dal diritto comunitario hanno raggiunto livelli di analisi più che adeguata<sup>16</sup>, e infine può esser tutelato mediante la predisposizione di risorse che possano agire in via "parallela" rispetto alla concorrenza, ad esempio con i richiamati ammortizzatori sociali.

Tornando alla premessa fatta nel paragrafo precedente, se non si trovano i luoghi e gli strumenti giusti per la cura degli interessi pubblici concomitanti, si rischia di smarrire quell'equilibrio

complessivo che coinvolge da una parte l'impresa nel mercato e dall'altra parte l'ente locale, la sua collettività e la sua responsabilità politica. Quando si inseriscono speciali oneri di coesione sociale ed occupazionale nel capitolato di gara, sovente si impedisce all'impresa di operare in piena autonomia, si altera la giusta proporzione tra efficienza economica, rischio d'impresa e profitto, ma soprattutto si consente che la P.A. scarichi occultamente sul mercato un problema "sociale" che dovrebbe essere in qualche modo di sua stretta competenza. Ecco perché l'equilibrio che dovrebbe realizzarsi tra mercato ed azione amministrativa, tra impresa ed interesse collettivo, rischia di venir meno quando la gara non è ben congegnata.

Questi profili riguardano sì l'esperienza trascorsa, ma sono ovviamente pertinenti a quella futura. L'applicazione della riforma dovrà fare i conti proprio con questo tipo di problematiche.

##### *5. I limiti alla privatizzazione. L'abuso degli affidamenti in house.*

Fin qui si è spiegato per quali ragioni le (sporadiche) gare effettuate per la ricerca del privato cui affidare la gestione del servizio non sempre hanno dato esiti confortanti.

Tuttavia, come si è avuto modo di anticipare, la situazione è apparsa nei fatti ancora più grave, perché nella gran parte dei casi gli enti locali hanno preferito la strada dell'affidamento diretto, prescindendo dunque dalla concorrenza *per* il mercato. Ciò, sappiamo, è stato reso possibile dalla riforma del 2003, che ha inopinatamente equiordinato al modello della concorrenza *per* il mercato, l'affidamento a società mista e l'affidamento mediante gestione *in house*. Tale equiparazione (insieme ad una disciplina transitoria che ha favorito fenomeni di cristallizzazione delle situazioni preesistenti), ha sostanzialmente reso possibile l'azzeramento di ogni prospettiva di liberalizzazione nel settore.

E' bene fare una puntualizzazione al riguardo.

Non è che fosse impedito dal diritto comunitario al Comune di provvedere direttamente e con i propri mezzi alla gestione di un servizio di contenuto economico. L'ordinamento comunitario (v., ad esempio, il Libro verde sui servizi di interesse economico generale del 2003) prende in dovuta considerazione gli interessi pubblici che connotano questi segmenti di mercato e lascia agli enti locali ed al diritto nazionale di scegliere tra forme di gestione pubblica diretta e forme imperniate su processi di privatizzazione e liberalizzazione<sup>17</sup>. Anche in autorevolissimi e recenti precedenti, la Corte di giustizia ha ribadito che gli enti locali hanno una potestà di autorganizzazione contrattuale per la gestione in proprio di servizi pubblici, dal momento

che il diritto comunitario non impone alle autorità pubbliche di ricorrere ad una particolare forma giuridica per assicurare in comune le loro funzioni di servizio pubblico<sup>18</sup>. Insomma, ne risulta che in questo campo il vincolo pro-concorrenziale desumibile dall'art. 86, par. 2, del Trattato non è così perentorio.

Ciononostante, in contingenze politiche ed economiche come quelle che contraddistinguevano il nostro Paese, era probabilmente opportuno, giova ribadirlo, aprire spazi effettivi alla liberalizzazione di questo settore. Pertanto, è comprensibile la critica verso il legislatore, che, proponendo la predetta equiparazione, ha reso possibile una vera e propria “fuga dalla concorrenza”. Il compito del Parlamento, anziché trincerarsi dietro l'elenco che offriva le tre opportunità, sarebbe stato quello di esprimere scelte decise, indicando quali servizi pubblici fossero stati da liberalizzare nelle forme della concorrenza *per* il mercato, quali da aprire alla concorrenza *nel* mercato e quali casi residuali da attrarre nell'assunzione pubblica e diretta del servizio.

Eppure il punto più censurabile è forse ancora un altro; e sta nel fatto che, recependo in norma di legge una decisione della Corte di giustizia riferibile ad una fattispecie peculiare e perciò non assumibile a paradigma (il notissimo caso *Teckal*), si è visibilmente compromesso il giusto equilibrio degli interessi in gioco. Con questo atipico affidamento diretto (ad una società di veste privata, ma costituente articolazione dell'ente pubblico), l'ente locale mantiene sì il potere di gestione, ma lo esercita in forme tali da non assumere la responsabilità politica che dovrebbe conseguire e da eludere troppo spesso quei vincoli di attuazione dell'imparzialità e del buon andamento che presidiano l'azione amministrativa<sup>19</sup>.

Questo aspetto va rimarcato in tutta la sua problematicità. Aver compromesso il giusto equilibrio tra interesse pubblico e privato, tra azione amministrativa e libera concorrenza, è parimenti grave quanto avere in più occasioni piegato oltre i suoi confini un istituto giuridico che in questi ultimi anni i giudici comunitari e quelli nazionali hanno provveduto a ridimensionare.

A quest'ultimo proposito deve dirsi che la messe di sentenze che si sono occupate del fenomeno, nel corso degli ultimi anni, è impressionante. Ciò dà la misura, per altro verso, di quanto esso si sia andato repentinamente diffondendo.

La Corte di giustizia, chiamata sovente ad occuparsi proprio di alcuni casi italiani, in una prima fase ha circoscritto a tal punto la fattispecie da non lasciare quasi più nessuno spazio applicativo.

I tre requisiti previsti dalla giurisprudenza *Teckal* [i) il capitale sociale deve essere interamente detenuto dall'ente pubblico; ii) l'ente

pubblico deve esercitare sulla società un controllo analogo a quello che riguarda i suoi uffici; *iii*) la società deve svolgere la parte più importante della sua attività con l'ente pubblico] sono stati intesi in chiave molto restrittiva<sup>20</sup>. Pertanto, si è detto, basta che l'organo amministrativo sia effettivamente autonomo dal socio (ciò che, a dire il vero, è fisiologico nel diritto societario nazionale, specie dopo la riforma del 2003) per escludere il controllo analogo; basta che una sola azione sia intestata ad un privato per negare il primo requisito *Teckal*; basta che una parte dell'attività esterna, benché limitata per fatturato, sia funzionalmente non del tutto marginale rispetto alla *mission* pubblica per dire che la società non agisce in prevalenza per l'ente pubblico.

Così severe sono state le restrizioni agli affidamenti diretti che, in un periodo più recente, il giudice europeo sembra preoccuparsi delle conseguenze estreme di una tale interpretazione, in un campo, lo si ricordi, nel quale l'ordinamento comunitario ammette maggior flessibilità procedimentale rispetto a quel che accade per gli appalti. Sicché da ultimo mostra di voler procedere con più cautela, osservando, ad esempio, che il requisito della intera ed esclusiva partecipazione pubblica al capitale, anche per tutelare la certezza del diritto, deve dirsi soddisfatto se in un dato momento storico tutte le azioni o quote appartengono all'ente pubblico, senza pretendere una clausola statutaria *ad hoc* che ne vieti in assoluto la circolazione<sup>21</sup>. Secondo questa logica, dunque, è sempre sufficiente "fotografare" l'assetto proprietario del capitale sociale al momento dell'affidamento.

Parimenti, si include nella categoria anche la società che sia partecipata congiuntamente da più comuni che vogliano ad essa affidare un servizio congiunto, rinunciando ad una corrispondenza strettissima tra l'unico socio pubblico e la società in *house* ed ammettendo così, sia pure in un quadro di permanente controllo tutto pubblicistico, una certa flessibilità nella logica del controllo analogo da ascrivere necessariamente in capo all'unico ente di riferimento<sup>22</sup>.

Questi orientamenti hanno determinato, nell'ultimo periodo, persino uno scollamento tra giudice europeo e giudice amministrativo italiano, il quale ultimo è così perveramente contrario alle distorsioni createsi nel campo del *in house*, da inibire l'affidamento diretto quand'anche la società abbia una mera *vocazione commerciale* ipotetica ed ulteriore rispetto agli scopi pubblicistici, la quale risulti sul piano solo formale dalle clausole riportate nell'oggetto sociale in statuto<sup>23</sup>.

6. *Segue. Gli affidamenti diretti alla società mista pubblico-privata.*

Sebbene il fenomeno sia apparso decisamente meno preoccupante, anche la società mista ha dato luogo a problemi applicativi piuttosto seri.

Infatti la scelta del socio-imprenditore mediante gara non basta, di per sé, ad evitare né la cristallizzazione di assetti sottratti alla competizione né il godimento di rendite di posizione, qualora non vengano adottati insieme tutti gli opportuni accorgimenti riguardo alle modalità di selezione, al contenimento della durata dell'affidamento ed alla limitazione dell'oggetto sociale <sup>24</sup>.

Il problema è ben noto: se la società amplia la sua attività al di fuori di quel che era stato previsto al tempo della celebrazione della gara per la scelta del socio, non solo il sistema pro-concorrenziale subisce un *vulnus*, ma il principio di sussidiarietà economica su cui si regge viene messo a dura prova.

Del pari, non si comprende come conciliare questo modello con episodi di successiva circolazione di parte del capitale sociale che siano in mano privata.

Va da sé, infine, che la celebrazione della gara per la scelta del socio appare come un rimedio pro-concorrenziale davvero molto flebile se l'affidamento diretto alla società ha luogo per un periodo di tempo lunghissimo e se, per altro verso, il socio viene scelto sulla base di elementi di confronto che non siano puntualmente riferiti al tipo di prestazione e/o di contributo che il privato sarebbe chiamato ad offrire e che siano stati posti chiaramente a base della gara.

Il risultato di queste preoccupazioni è visibile negli orientamenti più recenti del Consiglio di Stato <sup>25</sup>, che, di pari passo con le indicazioni provenienti dalla Commissione a proposito questa peculiare forma di partenariato pubblico-privato <sup>26</sup>, hanno affermato e posto il luce un sostanziale ed unitario principio: che la mera scelta concorrenziale del socio privato non è sufficiente perché la società, una volta costituita, divenga destinataria di un affidamento diretto.

Questo principio si è evoluto, senza giungere all'aggravamento della doppia gara, richiedendo che il privato sia scelto mediante una gara c.d. a duplice oggetto: nella quale si valutino sì i requisiti soggettivi del privato, ma si consideri pure (quale oggetto del confronto competitivo) il tipo di prestazione ed il contributo *operativo* che il socio sarebbe chiamato ad assicurare nella erogazione del servizio. Contemporaneamente, si è richiesto anche che la stessa partecipazione sociale, costituente il "bene della vita" aggiudicato in gara, oltre che collegato oggettivamente al tipo concreto della prestazione, venga collegato cronologicamente ad essa; il che implica, di seguito, una limitazione alla durata del rapporto sociale, da far coincidere con la durata dell'affidamento.

Ancora una volta, la logica che presiede a questi correttivi coincide con l'esigenza di attrarre nella concorrenza *per* il mercato tutto quello in cui effettivamente si concretizza l'utilità che il privato consegue e di evitare, quindi, che mediante la partecipazione ad una certa gara, il vincitore possa trarre vantaggi ulteriori ed "in prosecuzione" da quello ottenuto nel confronto competitivo. Si tratta, in sostanza, della medesima *ratio* che ispira, ad esempio, il c.d. divieto di rinegoziazione del contratto pubblico concluso a seguito di un procedimento di gara <sup>27</sup>.

I dati esposti in questo e nel paragrafo precedente ci hanno così anche fatto comprendere perché la privatizzazione dei servizi pubblici locali sia stata piuttosto insoddisfacente.

Aniché privatizzare sul piano sostanziale il soggetto erogatore del servizio, si è seguita la strada di una curiosa privatizzazione solo formale, nella quale il Comune ha giustificato l'affidamento diretto perché era egli stesso che dominava la società affidataria, con buonapace della concorrenza.

Da qui, si è verificato l'esatto opposto della privatizzazione. Vale a dire che, anziché ridursi la sfera dell'intervento pubblico nell'economia, lo spazio d'azione di queste società è cresciuto e si è via via esteso ad altri settori economici. Ecco allora il fenomeno, tanto criticato, del socialismo municipale, del Comune imprenditore, dello statalismo che si manifesta in forme imprevedibili ma non per questo meno perniciose.

Come sappiamo un tentativo di arginare questo fenomeno, perlomeno come indirizzo di politica legislativa, è stato compiuto con l'art. 13 del d.l. n. 223 del 2006, intitolato "norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza" e successivamente più volte ritoccato dal legislatore. Questa specifica disposizione limita il raggio di azione nel mercato delle società a capitale interamente pubblico o pubblico-privato che producono beni e servizi strumentali all'attività degli enti pubblici che le controllano, al fine di impedire che divengano operatori del mercato a tutto tondo. Si tratta però di una disposizione che esclude perentoriamente i servizi pubblici locali dal suo ambito applicativo e che dunque parrebbe riferirsi solo alle società che sono chiamate ad esercitare in *outsourcing* alcune attività di competenza dell'ente locale (fermo restando che le società sottoposte a questi vincoli, come correttamente osservato, devono essere destinate a questo scopo sulla base di un vincolo di destinazione caratterizzante l'intero spettro dell'attività societaria e derivante dal loro atto costitutivo <sup>28</sup>).

Questo riferimento riporta ad un profilo è utile menzionare, sia pur fuggacemente, perché tocca i problemi di attuazione del nuovo art. 23 bis di cui si dirà nella II parte.

Gli interventi correttivi, specie se fatti con decretazione d'urgenza, devono comunque tener conto delle situazioni che si sono consolidate, specie per quanto attiene alle disponibilità impiantistiche.

Qualsiasi riforma che abbia di mira il "socialismo municipale", deve porsi il problema di come gestire nel periodo transitorio la liquidazione o la trasformazione di realtà imprenditoriali comunque significative nel panorama dell'economia nazionale, espressione di risorse economiche e finanziarie, nonché di esperienze professionali e tecnologiche.

Una privatizzazione troppo frettolosa rischia infatti di divenire, per definizione, una cattiva privatizzazione.

#### *7. Un mercato fuori dal [C] comune. Il tentativo di riforma nella XV legislatura.*

Quello dei servizi pubblici locali, alla vigila dell'art. 23 bis, era sicuramente "un mercato fuori del comune". E si è diffusa rapidamente la consapevolezza e la volontà legislativa che si dovesse intervenire, per far sì che esso divenisse "un mercato fuori dal Comune" (dove la differenza sta nella maiuscola).

Il settore è apparso imbrigliato in una situazione nella quale la liberalizzazione è stata solo annunciata ma mai attuata, nella quale ai tradizionali metodi di gestione diretta mediante le aziende municipalizzate si sono sostituite una messe di società pubbliche o miste che del diritto societario spesso portano solo il *nomen iuris*, oltre ad una dote cospicua di mezzi, beni, impieghi e cariche direttive da gestire, apparentemente al riparo dalle regole cui l'azione amministrativa deve sottostare. E' apparso decisamente un contesto "fuori dal comune". Così, il legislatore ha via via maturato la convinzione, appunto, che il mercato dei servizi pubblici locali dovesse finalmente trasformarsi in un mercato tendenzialmente separato dal Comune.

L'apertura al mercato, si è pensato, dev'essere reale, in modo tale che l'ente locale sfugga sia alla tentazione di tornare protagonista dietro le quinte con le partecipazioni al capitale, sia all'esigenza di riversare sull'impresa privata tutti i problemi della propria "socialità".

La legge statale si è allora preparata ad esprimere una scelta di fondo.

Non si trattava solo di enunciare o bocciare l'uno o l'altro istituto per la gestione del servizio. Era indispensabile che, nell'esercizio della potestà di "tutela della concorrenza", appartenente

ex art. 117, comma 2, lett. e), Cost., alla legislazione esclusiva statale, il Parlamento nazionale indicasse agli enti locali (ed al legislatore regionale, evidentemente) la strada della liberalizzazione con un indirizzo vincolante e che parimenti contenesse la tendenza alle privatizzazioni di tipo soltanto formale.

Vi era anche consapevolezza che l'indirizzo pro-concorrenziale sarebbe potuto divenire, nei fatti, vincolante, sia nei confronti del legislatore regionale che avesse tentato di discostarsene, perché saremmo stati al cospetto di una incostituzionalità per violazione dell'art. 117 Cost., sia nei confronti degli enti locali, le cui scelte sarebbero state sottoposte al vaglio del giudice amministrativo, per quanto attiene alle modalità di confezionamento delle gare come per quanto attiene al perpetuarsi degli affidamenti diretti.

L'importante, però, era che l'indirizzo legislativo fosse univoco e puntuale.

Durante la XV legislatura il Parlamento ebbe a lavorare sul d.d.l. presentato dall'allora Governo in carica; d.d.l. il quale conteneva uno schema di legge delega volta ad una riforma organica dei servizi pubblici.

Esso mirava ad affrontare, recuperando l'organicità smarrita nel corso dell'ultimo decennio, sia i problemi della mancata liberalizzazione, sia quelli della mancata privatizzazione, con misure volte ad arginare il fenomeno dell' "imprenditoria municipale". Era significativo, in proposito, quanto riportato nella relazione introduttiva, cui si può rinviare.

Non mancavano elementi che potevano e suscitare perplessità e comunque risultare in controtendenza rispetto al fine principale della riforma. L'opzione a favore della liberalizzazione del settore non sembrava sufficientemente decisa, perché non era previsto che si potesse far luogo, quando le condizioni concrete lo avessero reso possibile, alla concorrenza *nel* mercato. Si discuteva, poi, a quel tempo, di un emendamento che accostava, lapidariamente, alla concorrenza *per* il mercato "la possibilità per gli enti locali di gestire i servizi in economia". Una previsione quest'ultima che, così come proposta, per un verso sembrava reintrodurre il modello dell'assunzione ed erogazione diretta e pubblica del servizio così sminuendo la spinta pro-concorrenziale, e che, per altro verso, sembrava equiordinare i due modelli di gestione, pubblica e privata, creando così le premesse per una inevitabile incertezza interpretativa. Infine, oltre a qualche incertezza a proposito delle limitazioni al fenomeno *in house*, su cui nel frattempo anche l'Autorità garante della concorrenza e del mercato lanciava i suoi strali <sup>29</sup>, nei lavori preparatori era in discussione una previsione secondo la quale "nei

bandi e nei capitolati vengano obbligatoriamente inserite clausole che vincolano i gestori dei servizi ad adottare specifiche misure di rispetto dell'ambiente e di tutela dei lavoratori”.

Quest'ultimo punto è di grande interesse, perché rivela, anche in chiave futura, quanto sia complicata la convivenza del mercato, dell'interesse dei privati imprenditori al profitto e della cura di tutti gli interessi pubblici che gravitano nel mondo dei servizi pubblici locali, da quelli degli utenti a quelli, per l'appunto, dei lavoratori.

Si pensi solo al fatto che questa esperienza dimostra una circostanza: che il legislatore ben può avvertire il bisogno di farsi carico, egli stesso, di imporre le c.d. clausole di protezione sociale.

Le ragioni che le rendono difficilmente compatibili con le efficienze economiche che il modello della concorrenza *per* il mercato vorrebbe realizzare sono state già esposte. Vi sarebbe addirittura il pericolo di incentivare la proliferazione di ulteriori clausole volte a scaricare sulla gara svariati altri problemi di socialità. E soprattutto si resta nella difficoltà di districare quella matassa di interessi in conflitto di cui si è appena detto e si rischia una seria contraddizione: quella di voler la gara per il bene della concorrenza e per favorire le efficienze che solo il privato può dare e, nel contempo, di negare il mercato addossando al privato le esigenze di cura del sociale che solo all'ente pubblico dovrebbero competere.

PARTE SECONDA  
*La situazione dopo l'art. 23 bis.*

8. *L'art. 23 bis e la sua ultima riforma.*

Con l'art. 23 bis del d.l. n. 112 del 2008 il legislatore della XVI legislatura ha raccolto le sollecitazioni di un dibattito ormai maturo ed è intervenuto in modo dirompente sull'assetto normativo che abbiamo testé descritto.

Dirompente in duplice senso, perché, da un lato, la nuova riforma dei servizi pubblici locali ha avuto luogo nella conversione di una decretazione d'urgenza e, dall'altro, nonostante la clausola di riserva dell'art. 113 t.u. enti locali e di salvezza per quanto compatibile (clausola oggi inserita nel comma 11 del 23 bis), sostanzialmente ha dettato un nuovo ed organico regime della materia.

E' da dirsi però che non sapevamo alla sua entrata in vigore [...] e non sappiamo ancor oggi in verità] con quale grado di stabilità questa disciplina si propone quale regime dei servizi pubblici locali. L'esperienza ci fa temere infatti che potranno sopravvenire nuovi e ripetuti interventi. Il che, va detto, non aiuta di certo l'interprete, ma, quel che è peggio, non aiuta neppure gli operatori pubblici e privati coinvolti nella vicenda, le cui esigenze di programmazione, investimento e intervento sono inesorabilmente frustrate.

La scelta univoca, che era mancata, a favore della concorrenza *per* il mercato quale forma ordinaria (e principale) di affidamento dei servizi pubblici, sembra comunque oggi comparire a chiare lettere nell'ordinamento ed effettivamente è enunciata nella nuova disposizione: "... avviene in via ordinaria ...". Così come è sin da principio manifesta la volontà legislativa di fortemente limitare gli affidamenti diretti in *house*. A questo fine si sono chiamate in gioco (sino all'entrata in vigore dell'art. 15, di cui ci si appresta a dire), all'evidente scopo di esercitare una funzione inibitoria, sia l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, sia le Autorità di regolazione competenti per materia.

Nel contempo, si è dettata una disciplina apposita per alcuni profili peculiari e comunque strategici per questo settore, come l'affidamento simultaneo di una pluralità di servizi locali (comma 6), la formazione di più ampi bacini di gara per l'integrazione di servizi inidonei ad essere gestiti ad un livello territoriale pari a quello del singolo Comune (comma 7), la previsione di severe misure asimmetriche limitative dello spazio di attività delle società beneficiarie di un affidamento diretto (comma 9).

Infine, si è rimesso ad un regolamento di delegificazione di disciplinare una serie di altri punti di non minore spessore sistematico e rilievo pratico: dalla imposizione alle società pubbliche di vincoli tipici delle P.A. circa il patto di stabilità e circa gli obblighi di selezione concorsuale dei contraenti e del personale alla previsione dei casi di gestione in forma associata (volti a prevenire i problemi segnalati *supra*, sub 5); dalla armonizzazione della disciplina generale con quelle settoriali alla distinzione tra le funzioni di gestione e di regolazione; dalla disciplina del regime transitorio alla limitazione dei casi di gestione in esclusiva (e quindi, parrebbe, con l'apertura alla concorrenza *nel* mercato); dalla disciplina degli ammortamenti a quella dei subentri.

Questo iniziale regime dell'art. 23 *bis* ha posto, da subito, alcuni dubbi interpretativi.

Essi riguardavano, ad esempio, il ruolo assolto dai pareri delle varie Autorità chiamate a pronunciarsi, che oltretutto lasciava intravedere complessi conflitti di competenza nel variegato mondo delle autorità indipendenti. Poi si rimarcava, nonostante l'ampia elaborazione comunitaria e nazionale in proposito, la mancanza di ogni riferimento all'affidamento diretto alla società mista. Infine era diffuso il bisogno di una maggior chiarezza circa i requisiti previsti per gli affidamenti legittimi *in house*.

I problemi applicativi, però, derivavano soprattutto dalla circostanza che il regolamento, di cui pure era pubblicamente circolata una ipotesi di bozza, tardava ad arrivare. Il che rischiava di depotenziare una volontà riformatrice pur manifestatasi, come si è già detto, in modo dirompente.

Così è giunto l'art. 15 del d.l. n. 135 del 2009, convertito con l. 20 novembre 2009, n. 166, il quale ha dato luogo ad una riforma organica dell'art. 23 *bis*<sup>30</sup>.

La "riforma della riforma" ha i seguenti essenziali contenuti.

Si sono puntualizzati i casi (piuttosto "eterogenei", in verità) al momento esclusi dal suo spettro applicativo (distribuzione di gas, di energia, regime delle reti di trasporto ferroviario regionale e, in sede di conversione, gestione delle farmacie comunali, con l'aggiunta di una disciplina *ad hoc* per il servizio idrico).

Si è inclusa la società mista tra i casi di gestione legittima del servizio.

Si è meglio delineata la tipologia *in house*, la cui eccezionalità è stata confermata e sostanzialmente rafforzata.

Sono stati eliminati gli interventi delle autorità di regolazione, lasciando solo il parere preventivo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Con la legge di conversione si è rimesso al

regolamento (anziché alla stessa Autorità, come previsto nel testo originario del d.l.) di individuare le soglie economiche di rilevanza oltre le quali tale parere è effettivamente richiesto (comma 4 bis dell'art. 23 bis).

E' stato introdotto, per via legislativa, quel regime transitorio che la fonte regolamentare non era riuscito a disciplinare.

Si è infine modificata la regola asimmetrica del comma 9, accentuandone il rigore.

#### *9. Il regime transitorio. Le tre liste: bianca, nera e grigia.*

Invertendo l'ordine numerico dei commi dell'art. 23 *bis* novellato, partiamo dal regime transitorio, previsto dal comma 8 e recante le date di cessazione anticipata degli affidamenti in corso.

Il legislatore muove dall'assunto che alla puntualizzazione dei presupposti di legittimità degli affidamenti debba oggi corrispondere anche una riduzione della durata degli affidamenti in essere che non abbiano rispettato con esattezza tali requisiti. Inoltre, questo accorciamento *iure imperii*, consente anche di anticipare, nei fatti, l'ingresso effettivo del nuovo regime.

Possiamo tentare di descrivere e semplificare la previsione del comma 8 distinguendo tra una *lista nera*, una *lista bianca* ed una *lista grigia*.

La lista bianca include, *ex lett. c)*, le gestioni affidate in via diretta ad una società mista, a condizione che la selezione del socio sia avvenuta nel rispetto di quanto disposto, a regime, dal comma 2 del medesimo art. 23 bis (il che sembrerebbe involgere anche la soglia minima del 40 per cento), e mediante procedure competitive che abbiano avuto il c.d. doppio oggetto: l'attribuzione della qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio. In questo caso, il rapporto tra l'ente locale e la società mista procederà sino alla scadenza prevista. Nella lista bianca, benché non espressamente menzionati (forse proprio a causa della loro rarità) devono esser compresi anche gli affidamenti a privati (e, parrebbe, anche quelli che abbiano visto come beneficiaria una società a prevalente partecipazione pubblica) che siano stati l'esito di una gara celebrata proprio per la gestione del servizio nel rispetto dei principi comunitari e nazionali in argomento. A questa conclusione conduce una interpretazione sistematica della disposizione. Inoltre, nella lista bianca, dopo la conversione, compaiono anche le società che abbiano ricevuto un affidamento secondo il modello *in house* e che tuttavia provvedano (tempestivamente) a cedere almeno il 40 per cento del capitale sociale al socio privato secondo il modello della gara a duplice oggetto prescritto nel contesto della riforma medesima.

La lista nera (lett. *e*) è dedicata ai rapporti che il legislatore valuta come sostanzialmente *contra legem* e che si sostanziano in affidamenti diretti e maturati al di fuori di un qualsiasi confronto competitivo, fosse quest'ultimo necessario per l'instaurazione del rapporto nella sua interezza o solo per la scelta del socio privato, e senza che ricorressero i presupposti della giurisprudenza *Teckal* a proposito del *in house*. In questi casi si impone una cessazione del rapporto entro e non oltre la data del 31 dicembre 2010.

La lista grigia (lett. *a* e *b*) impone anch'essa una cessazione anticipata del rapporto, esattamente alla data del 31 dicembre 2011, e tale maggiore tolleranza rispetto alle categorie poc'anzi illustrate dovrebbe dipendere, secondo ragionevolezza, da un minor grado di difformità della fattispecie rispetto al modello legale. In questa lista figurano gli affidamenti diretti conformi *ai principi comunitari in materia di cosiddetta in house* (fatta eccezione solo per le società che provvedano a cedere almeno il 40 per cento del capitale, come testé ricordato), nonché gli affidamenti a società mista il cui socio sia stato scelto sì con gara, ma con un procedimento avente come unico oggetto l'assegnazione della qualità di socio, senza l'estensione (il c.d. doppio oggetto) alla gestione del servizio.

Una categoria a sé stante concerne gli affidamenti diretti a società quotate, sulle quali la legge di conversione ha introdotto le ennesime modifiche alle modifiche. Si rinvia al comma 8, lettera *d*), dell'art. 23 bis. Il rispetto per le esigenze dovute ai mercati azionari e finanziari (non sempre ben identificate nei lavori preparatori) ha indotto il legislatore a prevedere un sistema di incentivo alla cessione a privati di quote consistenti del capitale sociale, entro termini in verità piuttosto congrui, quale condizione per evitare la cessazione anticipata dell'affidamento<sup>31</sup>.

10. *Segue. La cessazione anticipata ex lege degli affidamenti e i dubbi sulla sua legittimità.*

Il profilo più delicato di tali disposizioni riguarda proprio la cessazione anticipata per volontà di legge.

Il principio di affidamento, valutato isolatamente, potrebbe, perlomeno in alcuni casi, esser recessivo, ma una risoluzione anticipata di tal fatta andrebbe perlomeno misurata su filo del rispetto di tutti i valori costituzionali.

Anche perché la pendenza del rapporto con l'ente locale di consueto è il presupposto per la costituzione di ulteriori rapporti a valle, che dovrebbero risentire a cascata gli effetti di tale risoluzione, con l'emersione di pretese risarcitorie il cui fondamento e incidenza andrebbe poi vagliato a dovere.

Sono almeno due i parametri costituzionali che potrebbero venire in gioco: l'art. 41, che riconosce la libertà di iniziativa economica privata e, con essa, la libertà contrattuale e la sicurezza dei traffici e dei rapporti negoziali tra gli operatori economici, e l'art. 3 Cost. Se si volesse sottolineare l'aspetto privatistico del "contratto" di gestione del servizio pubblico, ispirandoci al diritto comunitario, il *tertium comparationis* sarebbe soprattutto l'art. 1372 c.c. e le altre disposizioni che prevedono la facoltà di recesso, ovvero le disposizioni sulla risoluzione del contratto (artt. 1453 e ss. c.c.). Qualora invece si preferisse riconoscere la natura pubblicistica di un rapporto che la nostra tradizione ha sempre letto nell'orbita della concessione amministrativa, il *tertium comparationis* sarebbe dato dagli artt. 11 e 21 *quinquies* della l. 7 agosto 1990, n. 241, nella parte in cui prevedono la corresponsione di un indennizzo.

L'obiezione potrebbe stare nel fatto che, proprio la norma sulla revoca del provvedimento collega l'indennizzo alla sopravvenienza (od alla originaria presenza) di vizi di merito, mentre nel caso di vizi di legittimità (quali sono quelli che qui verrebbero in rilievo) l'annullamento d'ufficio *ex 21 nonies* non prevede alcuna forma di ristoro per chi subisce la cessazione del rapporto con la P.A..

Quest'ultima considerazione, con tutte le cautele del caso, potrebbe però valere solo per gli affidamenti compresi nella lista nera. Resterebbe viceversa difficilmente giustificabile la cessazione, senza indennizzo alcuno, degli affidamenti inseriti nella lista grigia, che invece si sono instaurati in condizioni di effettiva conformità all'ordinamento nazionale e comunitario (specie per i casi di *in house* rispondenti ai principi *Teckal*).

Abbiamo così posto l'accento su di un'altra particolarità della disposizione che non sembra agevolmente giustificabile: non si vede perché debba cessare anticipatamente un affidamento diretto in *house providing* che sia non soltanto coerente con la legge nazionale vigente al tempo della sua costituzione, ma altresì conforme all'ordinamento comunitario. Questa previsione, insieme ad altre che via via esporremo, testimonia di una *ratio legis* che, andando persino oltre l'ordinamento comunitario, intende chiudere l'esperienza degli affidamenti diretti alle società pubbliche ed aprire alla privatizzazione del gestore dei servizi locali. E per far questo utilizza innovative fattispecie *ex lege* di invalidità sopravvenuta degli affidamenti.

Nondimeno, va rilevato che, in sede di conversione, forse proprio anche al fine di non alimentare il sospetto di illegittimità costituzionale, è stato consentito alle società *in house* che abbiano legittimamente ricevuto la concessione diretta di gestione del servizio di *seguire* delle strade che possano regolarizzarne la posizione in corso

di rapporto. E' stata prevista, come testé detto, la facoltà di ridurre la partecipazione pubblica e di acquisire alla compagine sociale un socio privato, titolare di almeno il 40 per cento del capitale, da scegliere mediante confronto competitivo a doppio oggetto.

Si potrebbe anche valutare, in via di interpretazione sistematica e *costituzionalmente orientata*, la possibilità che la società si sottoponga ad un nuovo e apposito *iter* procedimentale di ("sanatoria" e) verifica dei presupposti dell'affidamento diretto, secondo i criteri che lo stesso art. 23 bis ha introdotto. Tale *iter* comporterebbe che la società possa ribadire la propria scelta, previamente interpellando l'Autorità garante della concorrenza e del mercato per il suo parere. Anche se, va detto, l'orientamento estremamente restrittivo assunto dal legislatore e, in sede interpretativa, della stessa Autorità (di cui si dirà tra breve) finiscono per lo svuotare di significato proposte di tal genere. Sicché, a meno di ulteriori "riforme" dei SPL, la cessazione anticipata di questi affidamenti finirebbe per confrontarsi con la concretezza dei casi e col possibile vaglio di legittimità costituzionale.

Tutto questo, in verità, getta anche un'ombra sulla credibilità in chiave di attuazione futura, di questi termini.

#### 11. *Le misure asimmetriche.*

La risolutezza del *favor* per il procedimento di gara si coglie, al comma 9, anche a proposito della misura asimmetrica che vieta alle società che abbiano avuto un affidamento diretto di acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi o di svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, direttamente od anche indirettamente.

Questa inibizione riguarderebbe infatti, oltre a coloro che abbiano avuto un affidamento diretto, anche quanti abbiano avuto l'affidamento in virtù di una procedura non ad evidenza pubblica ovvero ai sensi del comma 2, lettera b) (vale a dire la società mista con socio selezionato mediante gara a duplice oggetto).

Ebbene, in primo luogo, il legislatore cade in un errore o quantomeno in una espressione atecnica allorché circoscrive la categoria degli affidamenti con procedure *non ad evidenza pubblica*.

La evidenza pubblica, se del caso solo interna, deve infatti esservi sempre, pena l'illegittimità. Quella esterna, poi, abbraccia procedimenti caratterizzati da differenti gradi di apertura e di rigore formale, sino a connotare anche la tradizionale procedura negoziata "a trattativa privata" preceduta dalla diramazione di pochi inviti, secondo il modello oggi disciplinato dagli artt. 27 e 57 del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Non è facile perciò capire quando si vada al di sotto di

quella soglia che, negli intendimenti del legislatore, assicura che la procedura sia *ad evidenza pubblica*.

In secondo luogo, va notato che la legge di conversione ha introdotto un temperamento a questa severità. Atteso che la società mista è ammessa, a condizioni date, tra i modelli legittimi di gestione dei servizi pubblici locali, non era dato comprendere il senso di un tale rigore contro di essa. Se, poi, teniamo conto del fatto che il legislatore vuole assecondare un intervento “forte” del privato, cui deve spettare una quota non inferiore al 40 per cento, e che la società mista ben potrebbe esibire un socio privato detentore della maggioranza del capitale sociale, la severità e l’estensione della predetta misura asimmetrica contro la società mista appariva ancor più difficile da spiegare. Sicché oggi, dopo la conversione del d.l., il comma 9 dell’art. 23 bis stabilisce che il divieto di partecipazione alle gare non si applica *al socio selezionato ai sensi della lettera b) del comma 2*. Il divieto, in questo modo, parrebbe tuttavia ancora applicabile nei confronti della società mista, in quanto tale. Potrebbe, una tale previsione, rivelare qualche disarmonia sistemica, se consideriamo che il socio ha investito le proprie risorse organizzative, finanziarie e industriali in quella determinata società, sicché ben potrebbe avere interesse a che sia proprio essa a poter concorrere in altre occasioni <sup>32</sup>.

#### 12. *La società mista come forma ordinaria di gestione.*

Si è già ricordato che il testo originario dell’art. 23 bis aveva apparentemente bandito tra i modelli di gestione del servizio pubblico locale la società mista. Una simile esclusione era difficile da spiegare, sia alla luce delle esperienze (risalenti e continuative) dell’ordinamento nazionale, sia alla luce delle indicazioni favorevoli provenienti dall’ordinamento comunitario, il quale ha esplicitamente menzionato tale figura tra le forme legittime di partenariato pubblico-privato, concorrendo, in una con la giurisprudenza nazionale, a definirne le condizioni di ammissibilità (*supra*, sub 6).

Nonostante residuo, come rilevato ai precedenti paragrafi, accenti di penalizzazione nel corpo della disciplina dell’art. 23 bis, l’affidamento alla società mista figura, a regime, accanto all’affidamento all’impresa privata mediante gara, come uno dei due casi di conferimento *in via ordinaria* dei servizi pubblici locali.

E’ richiesto che la scelta del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato e dei principi relativi alla disciplina dei contratti pubblici, le quali abbiano il duplice oggetto: l’attribuzione della qualità di socio e dei compiti operativi (con la puntualizzazione che siano *specifici*, dopo la conversione dell’art. 15) connessi alla gestione del servizio. Inoltre, è

prescritto che al socio privato spetti una partecipazione non inferiore al 40 per cento.

Non è stabilito nulla a proposito della durata del rapporto sociale, sicché si potrebbe riproporre il tema del pericolo di distonia tra la durata del rapporto societario messo a gara e la durata dell'affidamento. Qui soccorrono, tuttavia, proprio i principi generali appena richiamati, che contribuiscono a formare il corpo della disciplina<sup>33</sup>. La durata sembra allora un requisito necessario del rapporto sociale o quantomeno la durata dell'affidamento non potrà essere in nessun caso superiore a quella enunciata esplicitamente negli atti di gara. Sicché, scaduto il termine per la gestione del servizio, cessa anche quella concreta utilità economica posta a gara ed acquisita dal privato divenuto socio dell'ente pubblico.

Entrano allora in gioco i rapporti, non sempre agevoli da disciplinare, tra diritto societario e diritto pubblico. Essi danno luogo a clausole di *exit* del socio privato che proprio in questa disciplina pubblicistica hanno la loro giustificazione causale. La flessibilità della causa societaria e l'ampia autonomia che l'ordinamento riconosce ai soci, specie dopo la riforma del 2003, nel definire le regole statutarie dovrebbero nondimeno favorire la elaborazione di strumenti adatti allo scopo.

Così come proprio dalla "ingegneria" societaria derivano le clausole che configurano le azioni del socio quali azioni a (e con l'obbligo di) prestazioni accessorie *ex art. 2348 c.c.*, le quali vengono a racchiudere proprio quella prestazione operativa del servizio che è stata assunta ad oggetto del confronto competitivo.

Una volta che il privato abbia partecipato ad una gara nella quale il doppio oggetto sia stato adeguatamente evidenziato, è in *re ipsa* che questi possa intraprendere l'attività esecutiva senza imbattersi nel divieto di cessione del contratto di cui all'art. 118 d. lgs. n. 163 del 2006.

Piuttosto, la misura minima del 40 per cento da riservare al privato suscita alcuni dubbi.

In primo luogo, dal momento che il modulo societario è compatibile con la presenza di più enti pubblici, ci si può chiedere se, in tal caso, la percentuale di quota del socio privato possa anche scendere al di sotto della detta soglia, e ciò al fine di garantire che la quota pubblica resti, in linea con quel che il legislatore parimenti ammette, comunque maggioritaria. Così, ad esempio, pensiamo ad una società nella quale soci sono quattro Comuni, con una quota del 20 per cento ciascuno, ed un privato con la residua quota del 20 per cento.

In secondo luogo, ci si può interrogare sulla facoltà di dare ingresso a più di un socio privato, ad esempio due, e sempre nel

presupposto che la selezione sia avvenuta nelle rispettive gare in conformità a quanto dispone il comma 2, lett. b). E, di seguito, ci si può chiedere se, in casi di questo tipo, la quota complessivamente devoluta ai privati possa rimanere pari al 40 per cento, così però riservando a ciascuno dei due non più del 20 per cento.

In questa prima fase di applicazione della riforma non è semplice avanzare una risposta.

Tuttavia, se dovessero esser convincenti le conclusioni cui approderemo, e cioè che la *ratio legis* del 23 bis è univocamente e risolutamente volta alla maggior privatizzazione possibile dei servizi pubblici locali, le risposte ben potrebbero esser negative.

Infine, qualora la società costituita dall'ente locale non avesse i requisiti prescritti, o perché la gara non è stata condotta nel puntuale rispetto dei presupposti o perché la quota del privato è inferiore al 40 per cento, essa non sarebbe solo per questo una società *contra legem*. Sino a prova contraria e salvi specifici divieti di legge<sup>34</sup>, il contratto di società può esser stipulato anche da un ente pubblico. Quel che sarà vietato è certamente l'affidamento diretto.

Resta, poi, la facoltà della società così costituita di partecipare alle gare indette da questo o da altri enti locali. L'unico limite potrebbe forse porsi solo per le gare bandite proprio dall'ente locale che conserva la qualità di socio, specie se quest'ultimo mantenesse il controllo maggioritario del capitale; siffatto limite potrebbe esser desunto, in filigrana, dalla disciplina sullo svolgimento delle gare pubbliche e dalla posizione teorica di conflitto di interessi che verrebbe a coinvolgere la P.A. banditrice e la società partecipante.

Deve dirsi che, in verità, una tale questione, in termini generali, è tutta da discutere, dato che in più occasioni la giurisprudenza ha negato l'esistenza di un impedimento di massima, ammettendo la partecipazione al procedimento<sup>35</sup>. Indubbiamente, però, l'entrata in vigore di una disciplina così visibilmente proiettata verso l'obiettivo della privatizzazione potrebbe offrire il destro per interpretazioni giurisprudenziali più restrittive, benché impennate su di un incerto fondamento giuridico-formale.

13. *Gli affidamenti in house nel 23 bis. L'inesorabile mutevolezza dei requisiti.*

Un altro tassello significativo della "riforma della riforma" consiste nella precisazione di quel che si ammette eccezionalmente possa essere il tipo di società pubblica cui affidare in via diretta il servizio. Siamo davanti ad una specificazione di un precetto che era già presente sin dal 2008 e che sembra ormai formare una regola generale nell'ordinamento nazionale.

Tale affidamento è eccezionale e derogatorio del regime ordinario di gestione, identificato nel comma 2, e può essere ammesso solo quando possa dirsi che “a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento” non sia possibile “un efficace e utile ricorso al mercato”. La società a capitale interamente pubblico, poi, si precisa, deve avere i requisiti richiesti dall’ordinamento comunitario “per la gestione cosiddetta *in house*” e comunque nel rispetto dei principi “in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell’attività svolta dalla stessa con l’ente o gli enti pubblici che la controllano”.

Questa precisazione dovrebbe soprattutto servire a meglio definire i casi in cui l’affidamento *in house* è legittimo ed a puntualizzare i requisiti richiesti dall’ordinamento comunitario. Dovrebbe dunque dare maggior certezza nella distinzione tra l’uno e l’altro caso.

Senonché (ed è qui che nascono i problemi) i requisiti sono mutabili e particolari, così come mutabile e legata al particolare è (inevitabilmente) la giurisprudenza comunitaria che si occupa del tema. E questo sforzo di specificazione del legislatore, benché apprezzabile, sembra destinato a lasciare una incertezza di fondo, tal quale è oggi ed è stata nel corso di questi ultimi anni.

Abbiamo fatto cenno (*supra* sub 5) ai vari orientamenti ed ai mutamenti di sensibilità interpretativa del giudice comunitario. Abbiamo potuto vedere che, mentre in alcuni casi si è scelta una soluzione a problemi molto specifici che appare più rigorosa, in altri si è preferito dare maggior spazio all’operato delle società pubbliche. Così come abbiamo detto della situazione più recente, che mostra un giudice nazionale ancor più severo nel circoscrivere i casi di affidamento diretto di quanto non sia il giudice comunitario<sup>36</sup>.

Ebbene, alcuni commentatori a questo proposito si sono detti persino *sconcertati* dalla facilità con cui i giudici europei hanno cambiato il loro orientamento circa l’identificazione dei presupposti per l’affidamento *in house*<sup>37</sup>.

In verità queste oscillazioni interpretative e soprattutto le ricorrenti difficoltà definitorie non devono stupire.

Il problema di fondo sta in un equivoco che risale al 2003 e che continuiamo a trascinarci, senza riuscire a svelarlo per quel che è.

L’equivoco è che, quando si parla di gestione (e affidamento) *in house* e quando si pongono, correlativamente, i presupposti di legittimità della figura, si faccia riferimento ad una nozione comunitaria che abbia i seguenti caratteri: *i*) che sia specifica dei servizi pubblici locali; *ii*) che sia una nozione normativa, di diritto positivo, per l’appunto; *iii*) che sia una nozione giuridica.

Nessuno di questi tre assunti è esatto.

La nozione si è sviluppata in una casistica giurisprudenziale che va ben oltre la fattispecie dei servizi pubblici locali quale conosciuta nell'ordinamento nazionale e tradizionalmente intesa dagli interpreti di diritto italiano, sconfinando, tra le profonde diversità ordinamentali degli Stati membri, ad esempio nel settore degli appalti di servizi.

La nozione non è normativa, bensì tutta giurisprudenziale e, benché effettivamente derivante da una serie di principi generali, non si è mai cristallizzata in un precetto puntuale. Al contrario, è vissuta nella concretezza delle fattispecie e pertanto è nelle maglie di ogni singola controversia che si è formata la singola massima giurisprudenziale. E' la casistica che ha formato il modello *in house*; non è il modello che ha regolato la casistica.

Infine, la nozione, più che strettamente giuridica, è prevalentemente economica. Essa fa leva sul concetto di *autoproduzione* del servizio. Quando un servizio è autoprodotta all'interno di una organizzazione complessa, sia essa, indifferentemente, una P.A. od una impresa privata, non vi è impatto sul mercato. Il mercato, come luogo delle relazioni economiche, non è interessato per il semplice fatto che manca l'alterità soggettiva tra committente e prestatore. E quando non c'è impatto sul mercato, non v'è ragione di invocare una violazione della libertà di concorrenza per la semplice ragione che non essendovi mercato non può esservi neppure una possibilità di concorrenza. In conclusione, quando il servizio è autoprodotta non esistono i presupposti neppure per sperimentare la concorrenza *per* il mercato <sup>38</sup>.

Prendiamo ad esempio quel requisito che consiste nel *controllo analogo* sulla società.

Questo concetto nulla ha a che vedere con la funzione amministrativa di controllo, né con la funzione di vigilanza. Si tratta, ancora una volta, di una nozione che, non avendo una valenza giuridico-formale, ha solo una funzione economico-sostanziale che contribuisce ad identificare quei casi in cui vi è effettivamente una autoproduzione del servizio.

L'equivoco, come si diceva, è nato nel 2003, quando il legislatore ha tentato di normativizzare dei concetti che permanevano invece oscillanti per una duplice ragione: perché privi di un contenuto tecnico-giuridico immediatamente identificabile; perché aventi un contenuto direttamente influenzato dalla giurisprudenza in divenire, rispetto alla quale la norma inseriva (ed inserisce ancor oggi nel 23 bis) una sorta di rinvio mobile. L'utilizzo di un linguaggio atecnico da parte del legislatore, però, genera incertezza.

Dunque, dobbiamo rassegnarci all'idea che un modello comunitario unitario e stabile di gestione *in house* non esista affatto.

Esistono dei modelli di *in house* i quali risultano dalla serie ininterrotta di sentenze che vengono, di volta in volta, a misurare la compatibilità delle singole fattispecie (e tenendo conto di tutte le loro peculiarità, anche le più minute) con alcuni principi generali dell'ordinamento comunitario. Ed è per questo che, per altro verso, non è semplice trarre dall'uno o dall'altro di tali orientamenti un vero e proprio principio (generale) di diritto comunitario, da far valere come norma interposta anche tramite la valvola dell'art. 117, comma 1, Cost. nei confronti del legislatore statale o regionale<sup>39</sup>. Quanto più si scende nel particolare, tanto più è impervia la strada verso la elaborazione di un principio che assurga come tale a guida per legislatore ed interprete.

#### 14. *Segue. Analisi di mercato e relazione motivata. Distonia dall'ordinamento comunitario (?)*

Dopo aver vincolato ad una connotazione di "eccezionalità" la persistenza degli affidamenti *in house*, la riforma, sin dal 2008, ha imposto agli enti locali che intendessero comunque seguire questa strada (comma 4) di dare adeguata pubblicità alla scelta e di motivarla sulla base di una analisi del mercato. Gli esiti di essa vanno esibiti in una apposita relazione destinata all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, perché renda il suo parere preventivo.

Anche questo è uno snodo cruciale del sistema e pone non pochi dubbi all'interprete.

Il principale interrogativo che le amministrazioni hanno dovuto fronteggiare è cosa si debba intendere esattamente per analisi di mercato.

Viene da pensare, anzitutto, che una tale analisi possa servire a stabilire se un certo modello di prestazioni, secondo le peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, sia o meno un monopolio naturale. Il primo tema d'indagine appropriato ad una analisi economica dovrebbe essere infatti volto ad appurare se esistono barriere all'ingresso o diseconomie tali da impedire la presenza di più di un operatore economico per l'erogazione di un certo servizio. La prima e fondamentale scelta dovrebbe infatti esser quella che si lega alla prospettiva di una liberalizzazione di quel dato mercato.

Però, della liberalizzazione e della concorrenza *nel* mercato si fa menzione solo nella previsione del comma 10, lett. g), la quale affida al regolamento, in maniera in verità piuttosto vaga, il compito di limitare, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale

e razionalità economica, i casi di gestione in esclusiva, liberalizzando le altre attività economiche attinenti alla sfera dei SPL.

Qui, del resto, si dà per assunto che la scelta di partenza stia nella gestione in esclusiva del servizio. Pertanto, l'analisi di mercato assumerà come base l'esistenza di un monopolio naturale e dovrà guardare ad altri profili che non siano quelli delle barriere all'ingresso.

Dovrà, quindi, verosimilmente servire a dimostrare se, per quel dato servizio in esclusiva, sia preferibile una gestione interamente privata, da selezionare mediante gara, ovvero una gestione pubblica mediante la società *in house*.

Non dobbiamo dimenticare, nel contempo, che il legislatore, seguendo questa via, ci ha confermato che l'assunzione del servizio come pubblico (e destinato alla gestione in esclusiva) è scelta che spetta solo all'ente locale, il quale assume la responsabilità (giuridica e politica) della sua gestione.

Questi deve nondimeno procedere all'analisi di mercato.

L'unica giustificazione di una tale analisi sembra, quindi, quella di accertare se, considerate le peculiarità del contesto, il servizio *migliore* sia quello prestato *in house* ovvero quello prestato da una impresa privata. Entra in gioco insomma l'interesse dell'utente. E non è neppure indicato dal legislatore, rientrando in una valutazione di alta discrezionalità amministrativa, quale debba essere il *trade off* da stabilire tra qualità e costo del servizio e quali componenti di servizio universale possano sopravvivere e con quali regimi di compensazione. A parità di costo, si sceglierà il modello che assicura il servizio di qualità più alta. A pari qualità si dovrà scegliere il modello che garantisce il costo più basso per gli utenti. Il privato, per potersi dire interessato, dovrebbe verosimilmente avere dei margini di profitto tali da poter riequilibrare standard qualitativi e costi accettabili.

In questa valutazione, a ben vedere, convivono tutti gli interessi che sono in gioco nella vicenda dei SPL e di cui si è detto (*supra* sub 3): quello che fa capo ai cittadini-utenti e di cui deve farsi carico l'ente territoriale, quello del conseguimento del profitto che appartiene all'impresa, quello che tenta di combinare libertà di mercato e buon andamento dell'azione amministrativa. Non si dovrebbe neppure trascurare, a questo proposito, che, quando il privato opera in regime di esclusiva, non sente il vincolo della competizione e tende perciò a ridurre l'efficienza, sicché la sua attività deve essere comunque sottoposta agli opportuni controlli.

Se così è, per uno studioso di diritto amministrativo può essere più familiare parlare di *istruttoria procedimentale* piuttosto che di *analisi di mercato*.

Liberatici dalle suggestioni delle mode e di una “modernità” che va presa con molto tatto, potremo dire che, in fondo, quel che l’ente locale deve compiere è un’attenta acquisizione e ponderazione di tutti gli interessi in gioco, avendo come fine principale la cura dell’interesse pubblico. Un esercizio di autentica discrezionalità, nel quale scontare quella valutazione preliminare circa l’identificazione del modello pubblico (o privato) preferibile per un servizio che rimane pubblico nella sua oggettività e la cui responsabilità di erogazione continua a far capo alla medesima P.A..

L’analisi di mercato dovrebbe così essere un atto di tipica competenza amministrativa, la quale, com’è ovvio, abbraccia nel suo esercizio ogni valutazione tecnica necessaria od anche solo opportuna.

Tuttavia, al di là di queste notazioni, sembra ancor più significativo trarre sul piano interpretativo ciò che il legislatore, innovando nell’ordinamento, ha inteso affermare prescrivendo gli adempimenti in questione all’ente locale.

All’interprete spetta di fare solo ... l’interprete.

Il dato di fondo è soltanto questo: l’ente pubblico deve attivare un procedimento costellato da una serie di adempimenti: la pubblicità, l’analisi di mercato, la relazione scritta.

L’interpretazione teleologica della disposizione ci consegna così un accentuato *favor* per la privatizzazione ed un altrettanto netto sfavore verso gli affidamenti in *house providing*.

Dal momento che il legislatore esprime la sua preferenza per una gestione, ancorché in esclusiva, condotta da un soggetto interamente privato (sia nella forma che nella sostanza) rispetto alla gestione pubblica mediante società *in house*, l’Amministrazione che voglia nonostante questo seguire la seconda strada dovrà assolvere un onere probatorio particolarmente gravoso e complesso. Dovrà dimostrare l’eccezionalità delle ragioni legate al contesto che giustificano l’affidamento *in house*, ben oltre i requisiti *Teckal*, e dovrà, a questo fine, condurre una analisi di mercato che dia risultati assolutamente convincenti. Un compito davvero arduo, come vedremo nel prossimo paragrafo.

Il senso dell’imposizione di una analisi di mercato *ad hoc* sembra, in definitiva, quello di un rafforzamento dell’obbligo di motivazione di quella deliberazione che prelude alla scelta dei modi di gestione del servizio. Solo quando tali ragioni siano tutte dimostrate e siano effettivamente convincenti la strada per la gestione pubblica potrebbe ancora schiudersi.

Seguendo questa via, va rimarcato, l’ordinamento nazionale, nonostante l’ossequioso rinvio del comma 2, si spinge in realtà anche

oltre l'ordinamento comunitario e segna una distonia piuttosto evidente dai suoi principi.

Se l'ordinamento comunitario ha sempre fatto della libertà di concorrenza uno dei capisaldi del suo intervento e del funzionamento del mercato interno e se nell'applicazione dell'art. 86, comma 1, del Trattato ha sottoposto a rigoroso accertamento la costituzione di diritti speciali o di esclusiva per la gestione di un servizio pubblico, per altro verso non ha mai assunto una posizione altrettanto netta a favore del privato in luogo del pubblico, mantenendo a questo riguardo un atteggiamento di sostanziale indifferenza.

Sia pure in via di sintesi, potremmo dire che ciò che sta a cuore all'ordinamento comunitario è la liberalizzazione e non la privatizzazione *tout court*; sicché è ben ammesso che l'amministrazione territoriale dello Stato membro decida di gestire in proprio il servizio. Il problema del modello *in house* dalla sentenza *Teckal* in avanti, si noti, non è insorto perché i giudici comunitari (o la Commissione) preferissero l'erogazione del servizio da parte di una società privata piuttosto che da parte della P.A. direttamente, bensì solo perché l'affidamento diretto ad una società, distinta sul piano soggettivo dall'ente pubblico, poteva dar luogo ad una violazione dei principi che impongono un confronto competitivo per affidare un appalto od una concessione di servizi. Con l'ulteriore corollario che una tale violazione poteva escludersi quando, essendo la società solo una propaggine della P.A., il servizio potesse dirsi autoprodotta.

Non deve stupire, quindi, che la Corte di giustizia abbia anche affermato che l'ordinamento comunitario non osta a che l'ente pubblico, isolatamente od associato ad altri, si organizzi per una gestione autonoma del servizio, con tutte le forme contrattuali che siano all'uopo possibili <sup>40</sup>.

15. *Il parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Il "guardiano" della privatizzazione.*

Il nuovo testo dell'art. 23 bis non prevede più che siano necessari i pareri delle autorità di regolazione e si affida solamente al parere preventivo, obbligatorio ma non vincolante, dell'AGCM.

E' previsto che, decorso il termine di sessanta giorni, il parere si debba intendere espresso in senso favorevole. Lì dove, nel silenzio, attribuisce all'Autorità una determinazione favorevole, la norma reca una svista del legislatore, il quale molto probabilmente vuole qui solo richiamare la figura del silenzio devolutivo previsto dall'art. 16 della l. n. 241 del 1990 <sup>41</sup>.

L'emanando regolamento è anche chiamato a stabilire delle soglie di rilevanza (probabilmente solo economica) degli affidamenti,

in modo da evitare per l'Autorità un impegno eccessivo in casi che non lo giustificerebbero, secondo una sorta di regola *de minimis*.

Il compito che la riforma dei SPL affida all'Autorità è cruciale, perché questo parere, benché non vincolante, è nella gran parte dei casi destinato a segnare la sorte dell'iniziativa presa dall'ente locale. E ciò sia per l'autorevolezza dell'istituzione da cui promana e per i riflessi politico-mediatici che possono derivarne, sia per il ruolo che dovrebbe svolgere in relazione a probabili contenziosi amministrativi. Non si dimentichi, infatti, che uno dei (celati, ma evidenti) propositi della prescrizione sulla pubblicità della scelta è proprio quello di evitare che l'affidamento diretto avvenga silenziosamente e viceversa di stimolare le impugnazioni da parte dei soggetti interessati.

La funzione di AGCM, d'altra parte, è alquanto lontana da quella che contrassegna la sua principale missione istituzionale. A parte il fatto che la concorrenza *per* il mercato, presupponendo una esclusiva sul mercato, è sempre, inevitabilmente, una concorrenza "falsa", la tutela della concorrenza è attività che opera *ex post*, mira al controllo del potere di mercato e si esprime soprattutto nell'accertamento di illeciti che ledano i valori concorrenziali. Il controllo sull'esistenza dei severi requisiti che oggi possono ammettere un affidamento *in house* è invece un compito di natura regolatoria<sup>42</sup>, imperniato su valutazioni *ex ante* ed è finalizzato, più che alla liberalizzazione, a dar concretezza a quel *favor* legislativo per la privatizzazione del soggetto erogatore dei SPL.

L'analisi dei pareri espressi dall'Autorità nelle prime esperienze applicative confermano che essa interpreta il suo ruolo come quello di un *guardiano* della privatizzazione e che la funzione del parere, più che quella di procedere a complesse analisi giuridico-economiche, consiste perlopiù nell'arginare il ripetersi degli affidamenti *in house*.

Nell'ambito dei pareri esaminati possiamo infatti isolare tre orientamenti di massima.

(i) In una serie di casi, piuttosto numerosi<sup>43</sup>, l'Autorità dichiara l'insussistenza dei presupposti per il rilascio del parere, in quanto, parimenti, non ravvisa neppure i requisiti minimi per configurare la fattispecie *Teckal*. Di solito, l'Autorità sottolinea la circostanza che la società ha un oggetto sociale che comprende anche la prestazione di servizi e lo svolgimento di attività che vanno oltre lo specifico servizio pubblico che si vorrebbe affidare in via diretta. La mera possibilità di una *espansione* dell'attività sociale è percepita come una contraddizione col requisito della "prevalenza" che deve qualificare le società *in house* e, nella sostanza, l'Autorità sembra affermare che una tale figura presupponga un assorbimento esclusivo nei compiti di

rilievo pubblicistico e che le sia inibito svolgere attività commerciale anche solo accessoria a quella mirata alla realizzazione di interessi pubblici. Non si riscontra una verifica analitica sul fatturato potenziale né una valutazione approfondita sulla eventuale marginalità delle attività ulteriori e ci si affida ad una valutazione *ex ante* di tipo prognostico che, però, parrebbe avere un rilievo solo formale e basato sull'oggetto statutario. Abbiamo visto, in precedenza, che proprio sulla rilevanza potenziale dell'oggetto sociale è maturata una divergenza di vedute tra la Corte di giustizia ed il Consiglio di Stato, l'una più permissiva e favorevole ad una verifica sostanziale ed *ex post* che non valga, come tale, ad inibire da principio l'affidamento diretto e l'altro invece più severo ed agganciato al profilo formale<sup>44</sup>. Per quest'ultima ragione, potremmo aggiungere che un tale orientamento dell'Autorità si discosta da quello del giudice comunitario e si avvicina a quello del giudice nazionale.

(ii) In numerosi altri casi, nei quali si passa ad esaminare se davvero sussistano le eccezionali condizioni che giustificano l'affidamento (e che sovente hanno riguardato realtà sociali nelle quali gli standard di servizio pubblico sono piuttosto soddisfacenti), l'Autorità afferma perentoriamente che il Comune non è riuscito ad assolvere l'onere probatorio<sup>45</sup>; in ciò lasciando, come si vedrà tra un attimo, davvero pochissimo spazio alla giurisprudenza *Teckal*. Anche se talvolta traspare dai pareri una certa negligenza degli enti locali nel compimento dell'analisi di mercato, nell'esecuzione degli adempimenti di pubblicità e/o nella stesura della relazione, nondimeno deve dirsi che l'Autorità sembra talvolta rendere questa dimostrazione una vera e propria *probatio diabolica*. Il cuore del ragionamento è il seguente: per poter dimostrare che l'affidamento diretto è giustificabile, non basta far leva sull'efficienza del servizio già svolto *in house*, né su esigenze sociali (legate ad esempio alla posizione dei lavoratori; od alle c.d. clausole di protezione sociale) che sconsigliano l'ingresso del privato, né sul fatto che non risulta l'esistenza nel mercato di privati disposti a svolgere quel servizio in luogo della società pubblica a condizioni soddisfacenti quanto a qualità e costo standard, bensì, per raggiungere la prova, si deve appurare, mediante un confronto aperto al mercato, quali risorse lo stesso mercato può dare. E' insomma necessario, secondo l'Autorità comunque *sondare* il mercato, al fine di poter con certezza escludere che vi siano dei privati ragionevolmente interessati. Questo perché vi sarebbe la necessità implicita nella scelta del legislatore della *consultazione del mercato*. Il che però significa affermare che, per poter escludere la celebrazione della gara e per poter procedere all'affidamento diretto, ... è necessario effettuare una gara o quantomeno una sorta di *market test*

che consista anche dell'interpello diretto ai privati interessati, con ampie forme di pubblicità.

(iii) L'Autorità in altri casi riconosce che l'esistenza di oneri sociali potrebbe effettivamente rendere non particolarmente appetibile il servizio per il mercato <sup>46</sup>. Tuttavia, persino in queste ipotesi esprime il suo *favor* per la privatizzazione. Infatti, neppure qui ritiene possibile l'eccezione. Così, in nome di una spiccata preferenza per i privati e di una altrettanto netta sfiducia verso l'amministrazione, consiglia di salvaguardare le esigenze di interesse pubblico solo mediante il contratto di servizio e addirittura di prevedere il pagamento di una sovvenzione a carico del privato, se proprio necessaria per ristabilire le condizioni di profitto in nome delle quali soltanto questi sarebbe disponibile all'assunzione del servizio. Si afferma anche che è proprio tramite il recupero di efficienza assicurato dalla gestione del privato che sarebbe possibile risolvere la questione delle clausole di protezione sociale. Quanto queste affermazioni rivelino una propensione a tutto favore della privatizzazione è piuttosto evidente. Così come è evidente che esse pongono in luce in chiave problematica, di caso in caso, il complesso equilibrio degli interessi pubblici e privati che sono qui in gioco (*supra* sub 3).

16. *Le prospettive future ed i problemi aperti: gare e concorrenza nel mercato.*

Il sistema a regime, così come delineato nell'art. 23 bis, vede allora nella celebrazione di apposite gare lo strumento principale per la selezione del gestore del servizio pubblico.

Finora le diffuse resistenze e le vischiosità e contraddizioni della disciplina hanno, nei fatti, pressoché impedito che questa via fosse seguita. Oggi potrebbe invece essere venuto il momento del suo effettivo sviluppo (salvo a scoprire che l'ennesima riforma legislativa dell'ultimo minuto si sarà mossa in controtendenza).

Se così sarà, l'attenzione dei pratici e degli studiosi si appunterà allora, con ogni probabilità, sul come queste gare potranno essere confezionate e condotte.

Come detto nella parte prima, il coniugare servizio pubblico e mercato implica anche il combinare la serie degli interessi rilevanti in una sintesi che sia per tutti quantomeno soddisfacente: per l'interesse pubblico alla continuità, efficienza e qualità della prestazione; per l'interesse del mercato ad una competizione leale per il conseguimento di questa utilità; per l'interesse del privato al profitto (*supra*, sub 3).

Le modalità di scelta dell'affidatario dovrebbero realizzare questa (non facile) sintesi (*supra*, sub 4, per le modalità di predisposizione della gara).

Per un verso, si dovrà assolutamente evitare che le prestazioni siano inferiori allo standard qualitativo atteso; e ciò coinvolge la responsabilità istituzionale e politica dell'ente pubblico territoriale. Per altro verso, si dovrà fare in modo che il privato fornisca utilità effettive e che comprovi, con le sue efficienze, le attese che su di esso sono riposte; il che presuppone che il privato non possa neppure essere un mero continuatore della soggettività pubblica, sul quale riversare tutte le esigenze di socialità che ne comprimerebbero il profitto. La soluzione escogitata da AGCM, per i casi in cui il sociale debba prevalere (in termini meramente quantitativi) sul profitto, consisterebbe, come si è visto al precedente paragrafo, nel dare al privato una ulteriore sovvenzione a carico delle casse pubbliche. Quanto questa strada possa essere rischiosa ognuno vede: la concorrenza nel monopolio, come si è detto, resta una concorrenza inevitabilmente "fasulla" ed il confronto competitivo si consuma tutto prima, nella gara<sup>47</sup>. Sicché è naturale, per il privato, la tentazione di sfruttare al massimo, in termini di profitto, la posizione conseguita<sup>48</sup>.

La prassi contribuirà a svelare, con maggior nitidezza, i problemi. I contributi della giurisprudenza, non a caso, sono piuttosto rari, così come rare sono state queste forme di gara.

Per il momento, possiamo dire che le amministrazioni dovranno utilizzare la loro discrezionalità per confezionare dei bandi che, lungi dall'esser tutti ispirati ad una (troppo spesso vaga) attuazione della concorrenza (qui, oltretutto, inevitabilmente caduca, come si diceva), dovranno ben calibrare l'interesse pubblico e dettare le necessarie linee di temperamento con gli altri interessi in gioco.

Non si dimentichi, in proposito, che la disciplina nazionale pertinente (v. ad esempio, l'art. 30 del d. lgs. n. 163 del 2006), in linea con quella comunitaria, non è quella relativa agli appalti pubblici, la quale ultima è effettivamente contraddistinta da un elevato formalismo procedimentale e da una minuziosa rete di prescrizioni. Nel nostro caso, all'ente territoriale compete invece un'ampia discrezionalità e soprattutto la conformazione della *lex specialis* potrà fruire di quel grado di flessibilità necessario a temperare tutti gli interessi in gioco.

Queste considerazioni, poi, si estendono al contratto di servizio ed ai poteri di vigilanza che l'ente territoriale è tenuto ad espletare sull'affidatario del servizio.

Su questo punto è bene effettuare una sottolineatura.

Benché in alcuni casi (e, segnatamente, nel progetto di riforma della XV legislatura) si fosse pensato di devolvere, in parte, il controllo istituzionale sull'attuazione del rapporto tra ente pubblico e gestore ad altri soggetti (nella specie, le associazioni dei consumatori), è proprio all'ente pubblico che compete la funzione di vigilanza e la relativa responsabilità. Le associazioni consumeristiche potranno svolgere, da parte loro, un concorrente ruolo, ma esso si pone decisamente al di fuori della sfera istituzionale e del rapporto pubblicistico, di tipo concessorio, che coinvolge Amministrazione e privato.

Anzi, è proprio l'ente pubblico che deve, in principio, prendere una decisione circa l'assunzione di un dato servizio come pubblico<sup>49</sup>. Sebbene questa delibazione possa apparir scontata, perché assorbita in una tradizione locale inveterata e perché non manifestata in un apposito provvedimento, essa è nondimeno richiesta. E' l'ente territoriale che, nell'esercizio delle sue funzioni di indirizzo politico-amministrativo, dovrà stabilire che un certo servizio ha una rilevanza pubblicistica e che per esso, in considerazione delle condizioni "di contesto", la gestione deve avvenire in condizioni di esclusiva. Una tale decisione sfugge anche alla minuziosa disciplina dell'art. 23 bis, ma è nondimeno necessaria e comporta, una volta presa, una responsabilità sul piano dell'indirizzo politico amministrativo. Se non altro, per via del vincolo derivante dall'art. 86, comma 1, del Trattato. E nella sua necessità non crediamo possa esser neppure sostanzialmente sostituita dalla posizione assunta da organi tecnici e (tendenzialmente) neutrali come le autorità indipendenti. L'ente locale, per un verso, è il garante della componente pubblicistica e della effettività del servizio e, per altro verso, è, egli stesso regolatore<sup>50</sup>.

Piuttosto, una volta che effettivamente si verificasse l'apertura ai privati della gestione del servizio, tornerebbe ad essere cruciale il problema della separazione tra gestione (e titolarità) della rete ed erogazione delle prestazioni al pubblico. Fin quando gli impulsi alla privatizzazione sono rimasti pressoché interamente avvolti nella nube formata dal modello *in house*, le disposizioni dell'art. 113 dedicate a questo tema sono rimaste in larga misura prive di un riscontro pratico. Il nuovo indirizzo legislativo ben potrebbe preludere ad una loro attualità. Anche su questo tema, comunque, il compito dell'ente locale torna ad essere primario.

Quest'ultimo spunto ci conduce direttamente, infine, alla questione della concorrenza *nel* mercato. Verrebbe da dire: alla questione della concorrenza *vera*.

Su di essa l'art. 23 bis dice poco. Ed, in verità, nel frastagliato mondo dei servizi pubblici locali, probabilmente non sono moltissimi i casi nei quali la struttura del mercato è in grado di ospitare più di un concorrente. Però, non si tratta di una condizione impossibile. Persino quando vi sia spazio solo per un numero limitato di potenziali *competitors* (e quindi non si possa assicurare un libero accesso a chiunque a quel dato mercato) il diritto pubblico può fornire gli strumenti atti a dar spazio alla concorrenza *nel* mercato. Si tratta del rilascio di un numero (limitato) di autorizzazioni a più operatori (*supra*, par. 2). Da un lato, l'autorizzazione conserva i vantaggi dei tratti pubblicistici del rapporto (verifica dei requisiti, eventuale previa concorrenza *per* il mercato qualora vi fossero aspiranti in numero superiore al paniere di autorizzazioni disponibili, previsione di un contratto di servizio, vigilanza dell'ente territoriale). Dall'altro, essa sostituisce alla concorrenza "fasulla" una concorrenza effettiva, che vede nella sua concretezza il confronto competitivo.

La previsione che può invocarsi, dunque, è il citato comma 10, lett. g), dell'art. 23 bis, che affida al regolamento di limitare, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale e razionalità economica, i casi di gestione in regime di esclusiva.

Per dare effettività a questa previsione, è auspicabile, oltre ad una decisa disposizione regolamentare, che la prassi delle relazioni intessute tra enti territoriali ed AGCM, potentemente avviata a proposito del *in house*, possa espandersi anche a questo campo. Infatti, l'Autorità può sempre essere interpellata mediante pareri di tipo facoltativo e può intervenire, con l'esercizio dei suoi compiti di proposta, anche su sollecitazioni di terzi. Valga il richiamo ai poteri di segnalazione *ex art.* 21 ed alla attività consultiva *ex art.* 22 della l. n. 287 del 1990, che includono in sé un indubbio ed ampio contenuto atipico. E' già frequentemente accaduto che l'Autorità si sia pronunciata, su impulso di singoli, associazioni, imprese, istituzioni, su vicende relative ai servizi pubblici locali. Sinora, in verità, è accaduto perlopiù a proposito della *privatizzazione*. Ebbene, entro la giusta misura è appunto auspicabile che possa aver luogo anche in chiave di *liberalizzazione*.

---

<sup>1</sup> Lo sottolinea, con la consueta acutezza, F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, *Dir. amm.*, 2002, 527.

<sup>2</sup> AGCM, segnalazione AS 182, 21 ottobre 1999, nonché segnalazione AS 222, 8 novembre 2001, in [www.agcm.it](http://www.agcm.it).

<sup>3</sup> Cfr. G. CAIA, *Le società con partecipazione maggioritaria di Comuni e Province per la gestione dei servizi pubblici locali dopo la legge finanziaria 2002*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>4</sup> Cfr. G. CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali (art. 14 del d.l. 30 settembre 2003, n. 269 convertito in legge*

---

24 novembre 2003, n. 326 ed art. 4, comma 234° della legge 24 dicembre 2003, n. 350), in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); L. AMMANNATI, *I servizi pubblici locali: quale concorrenza, come e quando?*, in C. DE VINCENTI – A. VIGNERI, *Le virtù della concorrenza*, Bologna 2006, 371 e ss.

<sup>5</sup> R. COSTI – M. MESSORI, *Per lo sviluppo. Un capitalismo senza rendite e con capitale*, Bologna 2005, 227.

<sup>6</sup> Id., 227.

<sup>7</sup> Sul tema dei requisiti e presupposti per l'assunzione di un servizio come servizio pubblico locale, cfr. F. MERLONI, *L'assunzione-istituzione dei servizi pubblici (locali) tra ordinamento italiano e ordinamento comunitario*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), 2009; v. anche sul medesimo tema M. MARTINELLI-F. PACCIANI, *Gestione calore e teleriscaldamento: tra servizio pubblico, appalto pubblico e libera attività economica*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2005.

<sup>8</sup> Lo riferisce con esauriente indicazione di dati, A. PEZZOLI, *Gare e servizi pubblici: quali problemi per la concorrenza?*, in *Le virtù della concorrenza cit.*, 387.

<sup>9</sup> Cfr. M.R. MAZZOLA, *L'approvvigionamento idrico primario*, in *Le virtù della concorrenza cit.*, 329.

<sup>10</sup> Per tutti, v. G. CORSO, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle regioni e dello stato)*, *Dir. pubbl.*, 2002, 981 e ss.

<sup>11</sup> Corte cost., n. 272 del 2004, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>12</sup> Cfr. PEZZOLI, op. cit., 387 e ss.

<sup>13</sup> Si fa riferimento alla gara per l'affidamento di servizi aggiuntivi per il trasporto locale celebrata dal Comune Roma e per la quale, trattandosi, per l'appunto, di "servizi aggiuntivi" non sussisteva il problema dell'assunzione degli oneri relativi ai rapporti di lavoro pregressi. Su questo profilo, cfr. PEZZOLI, op. cit., 396.

<sup>14</sup> Cfr. PEZZOLI, op. cit., 396 e ss.

<sup>15</sup> COSTI – MESSORI, *Per lo sviluppo cit.*, 238.

<sup>16</sup> Cfr. F. CINTIOLI, *Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, *Dir. Un. Eur.*, 2006, 453 e ss.

<sup>17</sup> AMMANNATI, op. cit., 376 e 377.

<sup>18</sup> Cfr. Corte di giustizia CE, Grande sezione, 9 giugno 2009, causa C-480/06, *Urb. app.* 2009, 1176 e ss., a proposito della gestione diretta e concordata tra più enti pubblici locali di un impianto per lo smaltimento dei rifiuti.

<sup>19</sup> Le circostanze segnalate nel testo hanno indotto il legislatore a prevedere nell'art. 23 bis, di cui si dirà nella parte II, l'estensione alle società *in house* proprio di questo tipo di vincoli di natura pubblicistica (in tema di rispetto del patto di stabilità e crescita interno e di selezione concorsuale del personale).

<sup>20</sup> In particolare, tra le sentenze con le quali la Corte di giustizia CE sembra aver davvero molto ristretto i limiti di ammissibilità dell'affidamento diretto *in house providing* vanno menzionate quelle riportate qui di seguito. Basti ricordare anzitutto che nella sentenza *Stadt-Halle* dell'11 gennaio 2005 la Corte di giustizia (questa, come tutte le successive, reperibili in [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu)) ha escluso la derogabilità dell'evidenza pubblica per la ricorrenza del fenomeno *in house* quando nella società affidataria vi fosse una partecipazione di soggetto privato. Insomma, secondo tale decisione, sarebbe sufficiente una partecipazione, anche minoritaria, di un privato per escludere il requisito del "controllo analogo". Di controllo analogo non si dovrebbe mai parlare al cospetto di forme miste di partenariato pubblico-privato. Nella sentenza *Parking-Brixen* del 13 ottobre 2005, la Corte ha addirittura escluso il controllo analogo, in un caso di società

---

interamente in mano pubblica, per il solo fatto che il consiglio di amministrazione della società disponeva, in concreto e per statuto, di un rilevante margine di autonomia nei confronti della assemblea dei soci. Nella sentenza *Modling* del 10 novembre 2005 la Corte ha ancora escluso l'ammissibilità di un affidamento diretto *in house*, allorché lo statuto rendesse possibile (ciò che era puntualmente accaduto) la cessione di quote del capitale sociale a soggetti privati in corso di gestione del servizio. Si è così introdotta una ulteriore condizione che riguarda tutti i requisiti del fenomeno *in house*: essi devono essere soddisfatti in modo permanente nel tempo. Nella sentenza *Cabotermo* dell'11 maggio 2006 il requisito della prevalenza dell'attività svolta a favore dell'ente pubblico viene inteso in senso non meramente quantitativo, e quindi riferibile al fatturato, bensì qualitativo, talché l'attività esterna deve rivestire comunque e sicuramente un rilievo funzionalmente marginale, altrimenti l'affidamento diretto risulta illegittimo. Quest'ultimo principio è stato ripreso dalla Corte costituzionale nella sent. n. 439 del 2008, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), la quale, per il tramite della clausola contenuta nell'art. 117, comma 1, Cost. ha dichiarato illegittima una legge della Provincia autonoma di Bolzano che aveva consentito l'affidamento *in house*, in costanza degli altri requisiti, ad una società che svolgesse la prevalenza della sua attività, secondo i dati del fatturato (anziché secondo il canone funzionale), per l'ente pubblico. Su tale sentenza sia consentito rinviare a F. CINTIOLI, *Norma interposta, società in house, e "identità" dell'ordinamento nazionale. Riflessioni a prima lettura di Corte costituzionale n. 439 del 2008*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it). Per un giudizio critico nei riguardi degli affidamenti *in house* per contrasto col diritto comunitario, al punto da postulare una prospettiva di parziale disapplicazione dell'art. 113, comma 5, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 20 marzo 2007, n. 1514, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>21</sup> Cfr. Corte di giustizia CE, Sez. III, 10 settembre 2009, causa C-573/07, nonché Id, Sez. II, 17 luglio 2008, causa C-371/05, le quali hanno decisamente rivisto l'orientamento che sembrava trovar spazio nella sentenza *Modling*.

<sup>22</sup> Cfr. Corte di giustizia CE, 13 novembre 2008, causa C-324/07.

<sup>23</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 26 agosto 2009, n. 5082, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>24</sup> AMMANNATI, op. cit., 380.

<sup>25</sup> In ordine cronologico, si segnalano: Consiglio di Stato, sez. II, parere n. 456 del 2007; Cons. Stato, sez. V, n. 5587 del 2007; Cons. Stato, Ad. Plen. 3 marzo 2008, n. 1, sempre in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>26</sup> Comunicazione interpretativa della Commissione Europea sui PPP [partenariato pubblico-privato] (2008/C91/02), in GUCE C-91 del 12 aprile 2008, in [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu). Sul tema di ordine generale, in dottrina, cfr. R. DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006.

<sup>27</sup> Per una sintesi della questione, cfr. R. GAROFOLI, ne *Il contenzioso*, *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI-R. DE NICTOLIS-R. GAROFOLI, VI, Milano, 2008, 3887 e ss.

<sup>28</sup> Sicché, si condivide qui l'orientamento, pur controverso, secondo cui non ogni società pubblica è sottoposta alla severa limitazione dell'art. 13, bensì solo quella che abbia effettivamente, sulla base di indici formali e di una comprovata esperienza operativa, una destinazione pressoché assoluta a servizio dell'ente locale. Cfr., su questa linea, G. CAIA, *Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 11 ottobre 2007. In senso contrario, Autorità per la vigilanza sui

---

contratti pubblici, deliberazione 9 maggio 2007, n. 135, sulla quale si vedano le osservazioni critiche mosse dallo stesso CAIA. Per la conferma del principio che l'art. 13 non trova applicazione alle società incaricate della gestione dei servizi pubblici locali, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 16 gennaio 2009, n. 215, *Urb. app.*, 2009, 741.

<sup>29</sup> AGCM, AS375 del 14 dicembre 2006, in [www.agcm.it](http://www.agcm.it).

<sup>30</sup> Tra i primissimi commenti all'art. 15, cfr. S. TARULLO, *Il restyling nella gestione dei servizi pubblici locali: osservazioni minime sull'art. 23 bis del D.L. 112/08 come riformato dal D.L. 135/09*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 28 settembre 2009; G. FISCHIONE, *Brevi riflessioni sulla riforma "in corso" dei servizi pubblici locali (art. 15 D.L. 135/09)*, ivi, 12 ottobre 2009.

<sup>31</sup> Si tratta, ad oggi, di una doppia ed alternativa soluzione: da una parte, si auspica l'avvio di un procedimento di dismissione azionaria che possa ridurre la partecipazione pubblica ad una quota non superiore al 40 per cento entro il 30 giugno 2013 ed al 30 per cento entro il 31 dicembre 2015, e si consente, se tale duplice risultato venga effettivamente raggiunto, la prosecuzione del rapporto sino alla sua scadenza; dall'altra parte, si stabilisce che, in mancanza di questo duplice obiettivo, rispettivamente al 30 giugno 2013 ed al 31 dicembre 2015 è stabilita la cessazione anticipata del rapporto gestorio.

<sup>32</sup> La legge di conversione, poi, ha anche precisato che la capacità delle società che abbiano avuto un affidamento diretto di tornare a partecipare a gare, dopo la cessazione del servizio, copre l'intero territorio nazionale per la tipologia di servizi da essa forniti.

<sup>33</sup> Cfr. TARULLO e FISCHIONE cit. Sulle necessarie caratteristiche della gara a duplice oggetto, cfr. anche AGCM, parere del 28 maggio 2009, AS558, in [www.agcm.it](http://www.agcm.it).

<sup>34</sup> Vale infatti il principio secondo cui il contratto di società è pur sempre concluso *intuitu personae*. Per questo principio, cfr. N. AICARDI, *Le società miste*, in *Trattato sui contratti pubblici* cit., I, Milano 2008, 231 e ss. Per un peculiare divieto di costituzione di società a carico di enti pubblici, quando esse non abbiano una (giustificabile) funzione strumentale all'interesse pubblico, v. la l. 24 dicembre 2007, n. 244 (finanziaria per il 2008), art. 3, comma 27.

<sup>35</sup> Per l'ampliamento della partecipazione, C.G.A. Reg. Sic., 24 dicembre 2002, n. 692; per una soluzione più rigorosa, a proposito del rapporto tra ente banditore controllante e società *in house* partecipante alla gara Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 2002, n. 6275. Per soluzioni rigorose, ma espresse alla luce di peculiarità della fattispecie, Cons. Stato, sez. V, 19 settembre 2006, n. 5444; Id., 1 aprile 2009, n. 2070, tutte in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>36</sup> Si rinvia alla giurisprudenza menzionata alle precedenti note 18, 20, 21 e 22.

<sup>37</sup> Così, ad esempio, G. GUZZO, *La controriforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e il problema irrisolto dell'operatività delle società miste*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), 2009.

<sup>38</sup> Per avere contezza di un altro esempio nel quale il fenomeno della *autoproduzione* in senso sostanziale prevale sulla diversità soggettiva che contrappone affidante e affidatario e che giustifica la deroga al confronto competitivo, si veda l'art. 218, commi 2, 3 e 4 del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, c.d. codice dei contratti pubblici.

<sup>39</sup> Sia concesso, ancora una volta, il rinvio a quanto osservato in CINTIOLI, *Norma interposta, società in house, e "identità" dell'ordinamento nazionale. Riflessioni a prima lettura di Corte costituzionale n. 439 del 2008*, cit.

---

<sup>40</sup> Cfr. Corte di giustizia CE, Grande sezione, 9 giugno 2009, causa C-480/06.

<sup>41</sup> Cfr. TARULLO cit.

<sup>42</sup> Così come riconosce L. ARNAUDO, *I servizi pubblici, l'antitrust e l'articolo 23 bis. Bandoli da un imbroglio*, *Mercato concorrenza e regole*, 2009, 2, 355 e ss.

<sup>43</sup> Cfr. AGCM, parere del 11 giugno 2009, AS573; Id., parere del 25 giugno 2009, AS609; Id., parere dell'1 luglio 2009, AS561; Id., parere dell'1 luglio 2009, AS599, tutte in [www.agcm.it](http://www.agcm.it).

<sup>44</sup> Si rinvia ancora alla giurisprudenza citata alle precedenti note 20, 21 e 22.

<sup>45</sup> Cfr. AGCM, parere del 12 marzo 2009, AS518; Id. parere del 29 aprile 2009, AS543; Id. parere del 29 aprile 2009, AS565, tutte in [www.agcm.it](http://www.agcm.it).

<sup>46</sup> Cfr. AGCM, parere del 15 luglio 2009, AS563; Id. parere del 6 agosto 2009, AS603, tutte in [www.agcm.it](http://www.agcm.it).

<sup>47</sup> Per il concetto che definisce questo tipo di concorrenza (*per* il mercato) una sorta di concorrenza "fasulla" o "parassitaria", cfr. F. MERUSI, nella sua *Introduzione*, in corso di pubblicazione negli atti del convegno *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, organizzato dalla Fondazione Cesifin Alberto Predieri e tenutosi in Firenze il 6 novembre 2009.

<sup>48</sup> Su questi delicatissimi temi che incrociano concorrenza e privatizzazione, da un lato, e servizio pubblico, dall'altro, cfr. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *La morfologia dell'interesse pubblico alla "tutela della concorrenza" nel campo dei servizi di pubblica utilità*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 3 luglio 2009.

<sup>49</sup> Cfr. MERLONI op. cit.

<sup>50</sup> Sulla nozione dei "regolatori locali", cfr. M. CAMMELLI, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, in corso di pubblicazione negli atti del convegno *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, organizzato dalla Fondazione Cesifin Alberto Predieri e tenutosi in Firenze il 6 novembre 2009.