

Laura Ammannati – Fabiana Di Porto
(Università di Siena)

I servizi pubblici locali in Italia : quale regolazione ?

(relazione al convegno "Concorrenza e sussidiarietà (orizzontale e verticale) nei servizi pubblici locali" – Dipartimento di diritto dell'economia – università di Siena in collaborazione con l'Association Internazionale de Droit Economique 2.12.2005 – destinato alla pubblicazione negli atti)

SOMMARIO : 1. Inquadramento della materia - 1.1. Le origini storiche del sistema dei servizi pubblici locali (SPL) - 1.2 L'evoluzione normativa - 1.2.1 La legge 142/1990 - 1.2.2 Le privatizzazioni degli anni '90 - 1.2.3 2000-2003: gli anni dell'instabilità normativa - 1.2.4 I nuovi artt. 112, 113 e 113-bis del TUEL - 2. La territorialità del servizio pubblico - 2.1 Legge generale - 2.2 Leggi settoriali - 2.2.1 Acqua e rifiuti - 2.2.2 Trasporti - 2.2.3 Gas - 2.2.4 Elettricità - 3. Le forme di gestione dei SPL a rilevanza economica e di quelli privi di rilevanza economica - 3.1 Le forme di gestione dei SPL a rilevanza economica - 3.1.1 Sulla definizione di "in house" - 3.1.2 Sulla gara per la selezione del socio privato nelle società miste - 3.1.3 Sugli affidamenti alle società miste - 3.1.4 Sul carattere residuale dell'affidamento del servizio a mezzo gara - 3.2 Le forme di gestione dei SPL privi di rilevanza economica - 4. Il ruolo dei privati nella fornitura dei SPL (PPP istituzionalizzati) - 4.1 Sulla natura giuridica delle società miste - 4.2 Sulla extraterritorialità - 5. Le forme di finanziamento dei SPL - 5.1 L'acqua - 5.2 I rifiuti - 5.3 I trasporti - 6. Modelli e soggetti della regolazione concernenti la dimensione locale - 6.1 Il disegno regolatorio - 6.2 I soggetti della regolazione

1. Inquadramento della materia

1.1. Le origini storiche del sistema dei servizi pubblici locali (SPL)

Nel 1903 il governo di Giovanni Giolitti approvava la cd "legge sulle municipalizzazioni" (legge 29 marzo 1903, n. 103), caratterizzata da tre elementi essenziali:

1. introduzione della gestione diretta dei SPL da parte dei comuni con l'eliminazione degli effetti negativi della erogazione dei servizi in regime di monopolio di diritto (attribuzione obbligatoria dei tramvai ai privati – l. 561/1896) o di fatto (per le caratteristiche tecniche del servizio che rendevano necessaria l'unicità dell'erogatore) da parte dei privati concessionari;
2. individuazione di una nuova forma giuridica di gestione diretta del servizio, l'azienda organo;
3. attribuzione al consiglio comunale del potere di definire che cosa fosse un servizio pubblico locale ove non fosse incluso in un elenco - non esaustivo - di SPL previsti dalla legge.

Mediante l'attribuzione di un'esclusiva – di fatto e talvolta anche di diritto - all'ente locale si mirava ad eliminare gli effetti negativi dei monopoli privati dei concessionari: in altri termini, attribuendo la gestione di tali monopoli all'ente locale si volevano introdurre moduli imprenditoriali nell'organizzazione della pubblica amministrazione. Questo connubio derivava dall'inserimento dell'azienda all'interno dell'organizzazione amministrativa dell'ente (azienda-organo¹).

Storicamente il regime della riserva si è consolidato nei primi decenni del secolo 20° a partire dalla disciplina del trasporto ferroviario e dei servizi telefonici .

La Costituzione ha consacrato tale regime ed ha fatto propria l'equazione servizio pubblico – attività riservata, purché tale riserva fosse garantita da un atto legislativo. Infatti, l'art. 43 cost. dispone che la natura di servizio pubblico dell'attività esercitata da un'impresa rende possibile di per sé la riserva a favore dei pubblici poteri, senza che rilevi la potenziale formazione di un monopolio pubblico che sembra, peraltro, valutato positivamente².

¹ F. MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione*, in *Dir. Amm.*, 2004, p. 37.

² S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Laterza, Roma-Bari, 2004, p.19.

In questa prospettiva, l'art. 43 cost. rappresenta una modalità di organizzazione economica del mercato alternativa a quella delineata dall'art. 41, in quanto dispone il passaggio da un regime caratterizzato dall'iniziativa privata e dalla libertà di accesso al mercato ad uno connotato dalla presenza di barriere all'ingresso e dal "dosaggio autoritativo" dell'offerta come strumento di regolazione del mercato. Infatti quando la suddivisione del mercato tra gli operatori si realizza come prodotto di un calcolo dei poteri pubblici viene meno istituzionalmente il principio stesso dell'economia concorrenziale.

1.2 L'evoluzione normativa

A poco più di un secolo di distanza dalla legge Giolitti del 1903 si è assistito ad una nuova trasformazione di una qualche portata della legislazione in tema di gestione dei servizi pubblici locali. Infatti, proprio alla fine del 2003, la riforma dei servizi pubblici locali sembra avere raggiunto una configurazione stabile con la revisione e integrazione dell'art. 35 della legge finanziaria per il 2002 (l. 448/2001) grazie all'art. 14 della legge 326 (24.11.2003) e alle successive integrazioni contenute nella legge finanziaria per il 2004 (art. 27, l. 350/2003). Si potrebbe dire che, a conclusione della lunga vicenda, la condizione di presunta stabilità non si accompagnasse ad un'altrettanto necessaria condizione di certezza nella organizzazione del sistema dei servizi pubblici locali³.

Illustriamo di seguito un pò di storia della evoluzione legislativa degli ultimi 15 anni.

1.2.1 La legge 142/1990

All'inizio c'è la legge 142 del 1990 che contiene la riforma generale dell'amministrazione locale (gli enti sub-regionali), nella quale il legislatore introduce alcune norme sui servizi pubblici locali e sulle diverse tipologie organizzative.

Riassuntivamente, emergono le seguenti indicazioni:

1. viene meno la tecnica della elencazione, anche se non tassativa, dei servizi pubblici locali come nel TU del 1925 (rimasto fino a quel momento in vigore), ora definiti (art. 22) da elementi oggettivi (oggetto è la "produzione di beni e attività") e soggettivi ("realizzare fini sociali e promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali");
2. consegue l'esclusione dall'ambito dei servizi pubblici locali delle attività economiche non dirette a realizzare fini sociali e di sviluppo della collettività locale (l'espressione consente peraltro una ampia interpretazione);
4. la potenziale ampiezza del concetto trova due correttivi: (a) per un verso, nell'idea del servizio pubblico locale come attività complementare a quella privata, per cui la concorrenza tra pubblico e privato è da incentivare piuttosto che da limitare; (b) per altro verso, nella necessaria valutazione da parte dell'ente locale dell'esistenza di un 'interesse generale'.
5. nel quadro dell'art. 22 rileva, per la ricostruzione della nozione di servizio pubblico locale, la indicazione degli specifici moduli organizzativi (in economia; in concessione a terzi; azienda speciale - che andavano sostituendo le municipalizzate degli enti locali; istituzione (per le attività a carattere non economico); le società per azioni): cioè la decisione di esercitare una attività economica di produzione di beni o servizi comporta necessariamente l'opzione per uno dei modelli previsti.

1.2.2 Le privatizzazioni degli anni '90 del 20° secolo

Successivamente, l'evoluzione legislativa ha preso atto di una ulteriore diversificazione delle tipologie delle società a partecipazione pubblica locale.

Di conseguenza, accanto alla società a partecipazione pubblica maggioritaria, è stata disciplinata la s.p.a. a partecipazione pubblica minoritaria (art. 12, c. 1, l. 498/92 e art. 4, l. 95/95; dpr 533/96). La legge 498/92 fa riferimento, per gli aspetti che qui interessano, ad una

³ Per le novità normative successive alla presentazione di questo rapporto si veda l'Appendice.

"scelta dei possibili soci (privati) mediante procedimento di confronto concorrenziale, che tenga conto dei principi della normativa comunitaria". Inoltre, il regolamento n. 533 del 1996 ha previsto espressamente l'espletamento di una gara per la scelta del socio privato di maggioranza, quindi l'introduzione di procedure di evidenza pubblica per l'acquisizione dello status di socio.

Peraltro, anche in assenza di una esplicita previsione normativa, il giudice amministrativo aveva ripetutamente sostenuto la necessità della gara per la scelta del socio sia di maggioranza che di minoranza in presenza di un meccanismo di affidamento diretto del servizio da parte dell'ente locale. E questo per consentire una (pur parziale) forma di tutela dei privati concorrenti effettivi o potenziali.

Inoltre, viene disciplinata la "società privatizzata", cioè a minoranza pubblica come effetto della dismissione di quote azionarie (l. 474/94), prodotto di una "privatizzazione reale" in stretta analogia con i processi in atto a livello nazionale.

Infine, quella che potremmo definire come la s.p.a. "trasformata", cioè derivata dalla trasformazione per atto unilaterale del preesistente modello dell'azienda speciale in cui l'ente locale per un periodo di due anni diviene socio unico (art. 17, c. 51 ss., l. 127/97). È introdotta quindi una procedura semplificata di "trasformazione" delle aziende speciali anche a causa dello scarso successo fino a quel momento riscosso dalla trasformazione delle precedenti forme di gestione dei servizi locali in società per azioni.

Alla fine di questa prima fase un risultato acquisito per gli enti locali è la possibilità di utilizzare la società per azioni (poi anche la società a responsabilità limitata) come modello di gestione dei servizi locali.

1.2.3 Gli anni dell'instabilità normativa (2000-2003)

Dalla seconda metà degli anni '90 inizia un periodo cadenzato dalla presentazione di una serie di progetti di disciplina generale che giungono a diversi livelli di discussione parlamentare ma non concludono l'iter legislativo. Infatti anche il T.U. sugli enti locali emanato nel settembre 2000 (d.lgs 267/00) si limita a raccogliere le norme disperse nella legislazione precedente.

Unica eccezione, in questo quadro, è l'approvazione di alcune leggi settoriali, a partire dalla "legge Galli" (l. 36/94 in materia di risorse idriche), dovute anche alla necessità di recepire la normativa comunitaria in materia di igiene ambientale e rifiuti (d.lgs. 22/97), di trasporto pubblico locale (d.lgs. 422/97 modificato poi con il d.lgs. 400/99), di energia elettrica (d.lgs. 79/99) e infine di gas (d.lgs. 164/2000). Se escludiamo il settore idrico, la cui disciplina generale è precedente, tutti gli altri provvedimenti hanno in qualche misura recepito le spinte comunitarie (e dell'Autorità antitrust) ad una tendenziale liberalizzazione dei mercati.

Il progetto di revisione organica della legge 142 (il d.d.l. n. 1388 del 1° ottobre 1996) che ridefiniva anche il quadro delle forme di organizzazione dei servizi pubblici locali si è trascinato attraverso alterne vicende parlamentari: riscrittura degli articoli in questione da parte della Commissione Affari costituzionali del Senato (il c.d. "emendamento Vigneri" dell'agosto 1997) poi il successivo stralcio dal progetto generale (il c.d. 1388-ter), fino al d.d.l. 4014 del maggio 1999 approvato dal Senato (28 giugno 2000), trasmesso alla Camera (n. 7042) senza giungere alla definitiva approvazione.

Da notare che alcuni elementi qualificanti del disegno di legge 7042, specie quelli che fissavano un quadro generale di liberalizzazione (ricorso alla gara obbligatorio per l'affidamento dei servizi a rilevanza industriale; separazione tra rete e gestione del servizio per i servizi a rete, in analogia ai servizi a dimensione nazionale) sono confluiti in altri provvedimenti legislativi coevi. In particolare nel d.lgs. 164/2000, che ha disciplinato il settore del gas naturale e i relativi servizi di distribuzione a livello locale (in attuazione della dir. 98/30/CE) e nella revisione del d.lgs. 422 del 1997 in materia di trasporto locale (modif. dal d.lgs. n. 400/1999). In entrambe le situazioni la procedura di affidamento del servizio ha unicamente carattere competitivo cosicché anche le società miste a partecipazione pubblica assumono, a regime, una posizione di terzietà rispetto all'ente locale (per i trasporti v. il nuovo testo dell'art. 18, c. 2, lett. a), e per il gas l'art. 14). Per quanto riguarda il settore del gas il decreto prevede anche la separazione tra la rete di distribuzione locale (è la distribuzione che si qualifica come servizio pubblico) e la sua gestione

affidata mediante gara, da una parte, e la vendita ai clienti finali, dall'altra, che viene liberalizzata in regime di autorizzazione (art. 14, c. 1 e 4 e art. 17).

A questo punto è utile ricordare che le leggi settoriali appena ricordate riguardano i principali servizi pubblici a rilevanza economica mentre la disciplina generale si applica nella sua interezza ai servizi residuali come parcheggi, illuminazione pubblica, servizi cimiteriali, ecc.

Il passaggio successivo di questa evoluzione è rappresentato dalla riforma contenuta nell'art. 35 della legge finanziaria per il 2002 (la l. n. 448/2001 che nella prima parte sostituisce l'art. 113 del T.U. sugli enti locali del 2000), la cui attuazione è stata ostacolata sia dalla mancanza del regolamento governativo necessario per la definizione di alcuni aspetti che, più pesantemente, da altri due eventi.

Innanzitutto i ricorsi alla Corte costituzionale presentati dalle regioni riguardo la presunta incostituzionalità di una disciplina dei servizi pubblici locali decisa dal centro dopo la revisione del titolo V della Costituzione (con la legge cost. n. 3 del 2001) venuti meno sul punto specifico in forza di una successiva modificazione della disciplina.

Su questo tema sono comunque opportune un paio di brevi osservazioni di carattere generale.

La prima è che i "servizi pubblici locali" non costituiscono una materia in senso proprio la cui competenza debba essere attribuita allo stato o alle regioni. Quella di servizio pubblico è piuttosto una qualificazione che di volta in volta è attribuita ad attività di rilevante interesse per la collettività locale che debbono essere esercitate nel rispetto di determinati obblighi (i cosiddetti "obblighi di servizio pubblico"). Di conseguenza, ciò che rileva dal punto di vista dell'attribuzione della competenza legislativa non è la connotazione di servizio pubblico, ma l'attività cui questa stessa inerisce e perciò la "materia" che la ricomprende.

La seconda è che la disciplina dei servizi pubblici locali dovrebbe riguardare aspetti generali come le regole base di liberalizzazione dei mercati e di introduzione di assetti concorrenziali che rientrano nella funzione di "tutela della concorrenza" esclusiva dello Stato (ex art. 117, c. 2, lett. e, Cost.). Inoltre la realizzazione di questi obiettivi riveste un carattere necessariamente unitario nel senso indicato dalla stessa Corte costituzionale. Infatti, in una recente sentenza (la n. 14 del 13 gennaio 2004, confermata dalle successive sentt. 272/2004, 134/2005, 175/2005, 29/2006, 80/2006) la Corte stessa ha sostenuto che la riserva allo Stato della "competenza trasversale" relativa alla "tutela della concorrenza" esprime l'esigenza del legislatore "di unificare in capo allo stato strumenti di politica economica che attengono allo sviluppo dell'intero paese".

Il secondo ostacolo derivava dalle critiche all'art. 35 mosse dalla Commissione europea con la lettera di costituzione in mora complementare (4 luglio 2002), che reiterava la precedente messa in mora nell'ambito della procedura di infrazione ex art. 226 del Tr. CE, già avviata nei confronti dell'art. 22 della legge 142/90.

Questa circostanza ha aperto l'ultima fase di revisione della disciplina. Il modello generale contenuto nell'art. 35 prevedeva come regola la scelta tramite gara del gestore. Ma l'ampiezza delle deroghe faceva riemergere la prospettiva dell'affidamento diretto per le attività di gestione delle reti e si riproponeva quindi la commistione tra proprietà e gestione delle reti che in principio si dichiarava di eliminare. Proprio a questo aspetto si faceva riferimento nella procedura di infrazione. Qui si rilevava come "la regola generale" dell'affidamento dei servizi di rilevanza industriale attraverso gare con procedure di evidenza pubblica non fosse stata introdotta "per quanto concerne l'affidamento della gestione di reti, impianti e altre dotazioni patrimoniali in caso di separazione tra le due attività".

1.2.4 I nuovi artt. 112, 113 e 113-bis del TUEL

A conclusione della lunga vicenda legislativa il quadro generale era contenuto negli artt. 113 e 113-bis del TUEL. Di lì a poco l'art. 113-bis, che definiva le forme di gestione dei servizi pubblici privi di rilevanza economica, è stato dichiarato illegittimo dalla Corte costituzionale con la sentenza 272 del 2004.

Il punto di partenza resta l'art. 112, che dà una definizione di servizio pubblico locale ampia e generale. Definisce come servizio pubblico ogni produzione di beni ed attività utile per realizzare fini sociali e per promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali. In questo contesto, come vari studiosi hanno rilevato, è necessario il richiamo al principio di

sussidiarietà⁴. Perciò la definizione di un limite all'intervento pubblico è conseguente alla applicazione della regola che gli enti locali dovrebbero occuparsi dei servizi soltanto se lo svolgimento in regime di concorrenza "nel" mercato non garantisce la regolarità, continuità e qualità del servizio. Soltanto quando la struttura del mercato o particolari esigenze riconducibili a caratteri di universalità del servizio dimostrano l'inefficienza della concorrenza "sul" mercato dovrebbe essere consentito l'intervento degli enti locali. In tal caso ad essi sarebbe affidato il compito di individuare la forma più adeguata di regolazione all'interno di una gamma di strumenti che include la concorrenza "per" il mercato mediante gara, il sostegno alle attività attraverso la erogazione di sussidi e compensazioni, oppure la regolazione diretta del monopolista (in particolare dei prezzi e della qualità del servizio) o altre forme ancora.

Nella definitiva versione dell'art. 113 dopo le modifiche del 2004, al c. 5 il legislatore ha eliminato ogni riferimento (seppure rituale) alla concorrenza "nel" mercato. Ha eliminato, però, anche la prospettiva di una utilizzazione generalizzata dello strumento della gara e quindi della concorrenza "per" il mercato.

Ha poi sostituito a questa specifica disposizione una allusione generica al "rispetto della normativa dell'Unione Europea" in materia di concorrenza. Peraltro superflua, in quanto il rispetto dei vincoli comunitari è ormai limite costituzionalmente riconosciuto e quindi valido sia per la normativa statale che regionale a seguito della riforma costituzionale del 2001. Di conseguenza, le norme interne di qualsiasi rango sono tenute ad osservare anche le previsioni dell'art. 86.2 del Tr. CE, per cui alle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale si applicano sia le norme del Trattato, in particolare in materia di mercato unico e di aiuti di stato, che le regole della concorrenza. Unica eccezione riconosciuta riguarda la garanzia degli obblighi di servizio pubblico e le attività relative alle prestazioni di servizio universale.

2. La territorialità del servizio pubblico

La legge 142/90 all'art. 22 si riferisce in maniera esplicita alla dimensione del servizio ancorandolo ai confini amministrativi dell'ente locale⁵. Quest'ultimo deve infatti garantire lo sviluppo economico e civile delle collettività locali mediante l'organizzazione dei servizi pubblici locali. Storicamente, dunque, la dimensione di riferimento è quella comunale e deriva dalle forme di gestione tradizionali, come l'azienda municipalizzata, qualificata come ente strumentale del comune. Non vi è per contro alcun nesso con la dimensione economica dell'attività.

Con la trasformazione delle municipalizzate in s.p.a. viene meno, in linea di principio, il parallelismo e con esso la coincidenza fra confine amministrativo del comune e limite territoriale dell'attività. Emerge così il fenomeno della cd extraterritorialità, che sarà analizzato in seguito.

Nella nuova formulazione, l'art. 113 TUEL ammette l'attribuzione sovra-comunale del servizio, consentendo forme di intese, fusione e aggregazioni fra realtà imprenditoriali comunali geograficamente contigue⁶.

⁴ In tema di sussidiarietà si vedano: F. PIZZOLATO, *Il principio di sussidiarietà*, in T. Groppi – M. Olivetti (a cura di) *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 199; S. CASSESE, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in Quaderni della Spisa, *Sussidiarietà e pubbliche amministrazioni*, Rimini, 1997, p. 73; A. MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, Cedam, Padova, 2003. Sulla sussidiarietà orizzontale, come definita all'art. 118, c. 4 Cost., cfr. G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 6; V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, agg. XII, 2004; F. ROVERSI MONACO (a cura di) *Sussidiarietà e pubbliche amministrazioni*, Rimini, 2003; G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. della Costituzione*, in *Studi in onore di G. Berti*, Jovene, Napoli, 2005, I, p. 179.

⁵ Art. 22, co. 1 l. 142/90, ora abrogato: "I comuni e le province, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali".

⁶ Il processo di aggregazione si sviluppa prevalentemente lungo logiche basate sulla prossimità territoriale. Importante anche il ruolo esercitato dalle Regioni, specie a seguito della modifica del Titolo V della Costituzione. Lombardia, Emilia Romagna, Toscana, Veneto, Piemonte, ma anche altre regioni, hanno operato, seppure con alterni successi, per accelerare il processo aggregativo. Nel biennio 2003-2004, la tendenza è stata infatti quella della formazione di gruppi su base regionale e anche interregionale, tramite l'acquisizione, da parte delle *local utilities* di medio-grandi dimensioni

Secondo il Rapporto 2005 di Confervizi-AGICI, in Italia si va progressivamente affermando il modello delle alleanze e delle intese di collaborazione fra gestori per dare vita a realtà di maggiori dimensioni. L'anno 2004 ha visto una crescita degli accordi pari al 36% rispetto all'anno precedente. I 120 nuovi accordi, conclusi nel 2004, hanno coinvolto 186 soggetti. Di questi, il 49% sono *local utilities*: il 17% *international utilities*, l'8% *national utilities*, il 6% compagnie di TLC, il 20% altre tipologie di operatori. Quanto alle finalità strategiche, il Rapporto evidenzia come il 67% delle operazioni ha avuto come obiettivo l'integrazione orizzontale, mentre l'integrazione verticale si colloca al 13% e la stipula di accordi di fornitura o di *outsourcing* all'8%. La predominanza dell'integrazione orizzontale, costante del resto per tutto il periodo 2002-2004, è spiegata nel Rapporto con il fatto che le aziende italiane stanno cercando di assicurarsi i vantaggi delle economie di scala, che generalmente mancano nel frammentato ambito nazionale.

Oggi, dunque, la dimensione territoriale del SPL ha contorni meno definiti e può intendersi con riferimento ad almeno 4 variabili:

- A lato della domanda (bacino di utenza) : numero di utenti serviti;
- B lato dell'offerta (bacino del servizio): ampiezza del servizio offerto;
- C confini amministrativi della collettività locale, ovvero dell'autorità di regolazione, di controllo, ecc.;
- D mercati rilevanti in senso antitrust (legge 287/90).

2.1 Legge generale

Come visto il T.U. sugli enti locali (TUEL) non contiene un riferimento specifico alla dimensione territoriale del SPL, fatta eccezione per:

- il giudizio di "prevalenza" nelle gestioni *in house* (art. 113, c. 5, lett. c), in cui la società deve realizzare la parte prevalente della propria attività con gli EE.LL. che la controllano;
- le attività *extra moenia* delle società miste (su cui v. *infra*, pf. 4.2).

2.2 Leggi settoriali

Le leggi settoriali contengono spesso disposizioni specifiche che si riferiscono alla dimensione territoriale del servizio, stabilendola con riferimento a vari parametri tra quelli citati.

2.2.1 Acqua e rifiuti

La Legge Galli (36/94) in materia di servizi idrici fa espressamente riferimento alla provincia: questa costituisce infatti il limite dei cc.dd. Ambiti Territoriali Ottimali (ATO). Gli EE.LL. che si raggruppano in un ATO possono istituire una Autorità d'ambito per il controllo dei servizi all'interno dell'ATO stesso. La costituzione degli ATO mira a stabilire una dimensione efficiente della gestione di alcuni servizi: per il servizio idrico integrato l'ambito coincide con quello del bacino idrografico; nel caso dei rifiuti coincide col territorio della provincia (queste indicazioni sono state confermate dal recente d. lgs. n. 152/2006 in materia ambientale). Pertanto, la dimensione territoriale di tali servizi è definita con riguardo a due parametri : (C) l'ATO come dimensione efficiente della regolazione (l'Autorità disciplina i contratti con i fornitori, ecc.), e (B: lato dell'offerta) l'ATO come dimensione efficiente della gestione.

di società operanti in contesti locali e/o in rami specifici. Ne è seguita la formazione di importanti poli aggregativi facenti capo a società quotate: il polo milanese (AEM MI con altre aziende della provincia), il polo Linea Group (con AEM Cremona, ASTEM Lodi, ASM Pavia, TEA Mantova, COGEME Rovato, SCS Crema), il polo bresciano (ASM Brescia e BAS Bergamo), il polo ligure-piemontese (AEM Torino, AMGA Genova e altre minori), il polo ACEGAS-APS (aggregazione 2003 di ex municipalizzate di Trieste e Padova), il polo NEWCO Emilia (TEA Piacenza, AGAC Reggio Emilia, AMPS Parma), Polo HERA META (HERA e META Modena). Nel Centro Italia l'unica realtà di rilievo è il Polo ACEA (Acea Roma e con altre società del gruppo, alleata con Suez-Electrabel). Nel Sud Italia non si registra alcuna aggregazione di rilievo da parte di società locali; il territorio meridionale è stato invece obiettivo di acquisizioni da parte di compagnie nazionali o internazionali (v. Rapporto Confservizi-AGICI, *Strategie delle utilities*, 2005).

2.2.2 Trasporti

Nel trasporto locale il punto di partenza è rappresentato dalle leggi regionali e dai Piani del trasporto regionali e provinciali. La dimensione territoriale è pertanto variabile, dal momento che dipende dall'ampiezza del servizio messo a gara. È questa l'opinione espressa anche dall'Autorità antitrust che, nei casi relativi al trasporto locale, tende a definire il mercato rilevante con il servizio messo a gara ed indicato nel bando⁷.

Per citare un esempio, la legge regionale Toscana:

- incentiva l'aggregazione territoriale a livello provinciale (provincia Toscana), per cui il criterio di definizione territoriale del servizio è (C), cioè quello dei confini amministrativi dell'ente locale; ma
- la dimensione del servizio dipende anche dall'ampiezza delle tratte messe a gara e individuate dal bando di appalto (criterio (B), del lato dell'offerta).

Per i trasporti aerei, inoltre, si registra una tendenza a far coincidere l'estensione territoriale del servizio con il livello locale, che coincide con la provincia (sono i cc.dd. aeroporti locali).

2.2.3 Gas

Nel settore del gas il d.lgs. 164/2000 liberalizza l'attività di vendita, che è esercitabile dietro autorizzazione del Ministero delle attività produttive (MAP); per cui la definizione della dimensione territoriale del servizio è normalmente lasciata alla libera scelta degli operatori. Nella maggior parte dei casi essa coincide con il territorio del comune, ovvero con i confini sovra-comunali nel caso di aggregazioni (criterio (B), del lato dell'offerta).

Inoltre, con riguardo alla distribuzione locale di gas, la proprietà delle reti e delle altre dotazioni resta all'ente locale, mentre la gestione delle stesse (che coincide col servizio di distribuzione) è affidata tramite gara per non più di 12 anni (art. 14, co. 1, d.lgs. 164/2000). In tali ipotesi il carattere di servizio pubblico legato alle attività di rete impone una definizione territoriale del servizio (di gestione delle reti) limitata al comune (o ai comuni aggregati) nel quale le reti sono installate. Ad ogni modo l'estensione è determinata dal bando di gara (criterio (B), del lato dell'offerta). Tuttavia, il d.lgs 164/00 prevede un secondo parametro, legato al lato della domanda (criterio (A): i diritti esclusivi di distribuzione del gas esistenti al momento della sua entrata in vigore possono essere infatti prorogati (con concessione di periodi transitori variabili) nel caso il gestore del servizio consegua un "incremento dell'utenza" finale (cfr. art. 15, c. 7 d.lg. 164/00, modif. dall'art. 1 c. 69 della legge Marzano, n. 239/2004 e poi dalla Legge Finanziaria per il 2006 e dall'art. 23 c. 1 del cd. decreto-legge "milleproroghe", dl 273/2005, conv. in l. 51/2006)⁸.

⁷ Si veda ad es., AGCM *Provv. n. 14830, l657 - SERVIZI AGGIUNTIVI DI TRASPORTO PUBBLICO NEL COMUNE DI ROMA*, del 9/11/2005, in *Boll.* 43-2005, di avvio istruttoria nei confronti di Atac s.p.a. per presunte distorsioni della concorrenza in relazione all'assegnazione, a mezzo di gara, dei "servizi aggiuntivi" di trasporto pubblico nel Comune di Roma, istruttoria ancora in corso. Al pt. 18 del provv. si legge: «In linea generale, nell'ambito delle singole gare indette dagli Enti o altri organismi di diritto pubblico, il contesto competitivo è suscettibile di differenziarsi, di volta in volta, in funzione dei criteri prescelti e delle modalità adottate dalle singole amministrazioni nell'indizione delle gare, nonché in relazione al comportamento che le medesime seguono nel corso delle procedure e nella fase di aggiudicazione dei contratti [...]. La possibilità di individuare, in casi specifici, un mercato distinto per ogni ente appaltante è stata confermata dal Consiglio di Stato, secondo il quale "pur essendo possibile l'individuazione del mercato rilevante con riguardo ad un più ampio contesto geografico e alla domanda di più enti pubblici, ciò non esclude che, come nel caso di specie, anche in base alla domanda di un singolo ente (che per dimensioni rappresenta una parte rilevante del mercato dei servizi assicurativi richiesti da enti pubblici) possa essere individuato il mercato, all'interno del quale verificare la consistenza della restrizione della concorrenza provocata dall'intesa", Consiglio di Stato, sent. n. 1189/2001».

⁸ Per un incremento non inferiore al doppio dei clienti finali serviti dalla società più importante è riconosciuta una proroga di un anno; per estensioni della propria utenza fino a 100.000 clienti finali è prevista una proroga di 2 anni. Sul tema delle proroghe in materia di affidamenti diretti del servizio locale del gas, per come disciplinato dal d.lgs. 164/00, e succ. modificato dalla legge finanziaria per il 2006 e dal cd. decreto "milleproroghe" di poco successivo, cfr. L. AMMANNATI, *I servizi pubblici locali: quale concorrenza, come e quando?*, in C. De Vincenti – A. Vigneri (a cura di) *Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, Collana ASTRID, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 280.

2.2.4 Elettricità

Fino al 2007 il mercato elettrico è diviso in due: quello vincolato (composto dai clienti residenziali) e quello libero (tutto il restante).

1. Quanto al primo, il d.lgs 79/99 stabilisce che la vendita dell'elettricità e la gestione delle reti di distribuzione debbano restare legate ed essere esercitate congiuntamente da un solo operatore per ciascun comune. Aggregazioni fra gestori di più comuni contigui sono sempre possibili, al fine di creare una dimensione minima efficiente del servizio. Il parametro dominante in questo caso è dunque quello del lato dell'offerta (B).
2. Quanto al mercato libero, la gestione delle reti di distribuzione segue lo stesso regime dettato per il mercato vincolato; mentre per quanto riguarda la vendita, attività liberalizzata, non esistono limiti legali alla dimensione del servizio offerto (che può dunque essere di livello nazionale, locale, ecc.).

3. Le forme di gestione dei SPL a rilevanza economica e di quelli privi di rilevanza economica

3.1 Le forme di gestione dei SPL a rilevanza economica

Riguardo alle modalità di gestione e di affidamento dei servizi a rilevanza economica il principale punto di riferimento del regime attualmente in vigore è rappresentato dall'art. 113⁹ del TUEL, nella sua ultima versione derivante dalle modifiche introdotte dall'art. 14 della legge 326/2003 ulteriormente revisionato con la legge finanziaria per il 2004.

Il sistema generale a regime prevede che per i servizi pubblici locali "a rilevanza economica" si dia una distinzione tra attività di erogazione del servizio e attività di gestione della rete. Per l'attività di erogazione del servizio, come per la gestione integrata della rete e del servizio, sono previste tre forme di gestione:

- (a) la gara con procedure di evidenza pubblica cui partecipano società di capitali;
- (b) l'affidamento diretto a società a capitale misto pubblico-privato dove il socio privato è scelto con gara;
- (c) l'affidamento diretto a società a capitale interamente pubblico controllata dall'ente locale proprietario, l'affidamento *in house*.

Nel caso in cui la gestione della rete sia separata dall'erogazione del servizio, per la prima è prevista sia la possibilità di gestione *in house* che la possibilità di affidamento tramite gara. La proprietà di reti, infrastrutture e impianti, cioè dei beni strumentali destinati all'esercizio del servizio, è dell'ente locale: nel caso di affidamento a mezzo di gara, alla scadenza del periodo previsto rete e impianti sono assegnati al nuovo gestore che paga al gestore uscente un indennizzo che copre il valore dei beni non ancora ammortizzati (già quantificato nel bando di gara).

La proprietà dei beni strumentali può essere conferita a società a capitale interamente pubblico che è *in house* (cioè ad una società *in house*). La società in questione li mette a disposizione dei soggetti incaricati della gestione del servizio o, in presenza di gestione separata, del gestore della rete dietro pagamento di un canone fissato dagli enti locali o dalla autorità di settore, ove sia prevista. Alla società interamente pubblica proprietaria della rete può essere attribuita anche la gestione della stessa rete ed eventualmente il compito di espletare le gare per l'affidamento del servizio. I rapporti tra enti locali e società di gestione delle reti e di erogazione del servizio sono regolati da contratti di servizio.

Alle gare per l'affidamento del servizio non possono partecipare le società che gestiscono servizi pubblici locali, in Italia o all'estero, a seguito di affidamento diretto e comunque in assenza di una procedura a evidenza pubblica o a seguito di rinnovi degli stessi.

⁹ (Tuel, d.lgs. 267/2000) a seguito delle modifiche introdotte con l'art. 35 della l. 448/2001 - la Legge Finanziaria per il 2002 - mai completamente abrogato, con la l. 326/2003 e infine con la l. 350/2003, cioè la Finanziaria per il 2004)

E' opportuno sottolineare che, nell'ipotesi in cui reti e impianti siano già di proprietà di "soggetti diversi dagli enti locali", questi possono essere "autorizzati" a gestire i servizi connessi o loro segmenti (art. 113, c. 14 TUEL).

In sintesi, se la proprietà necessariamente pubblica di reti e beni strumentali in genere resta in mano agli enti locali non può essere cumulata con la gestione del connesso servizio; se, invece, la proprietà di questi beni strumentali spetta ad un soggetto diverso dall'ente locale (come può essere anche la società *in house*) non si dà separazione in quanto la gestione dei beni e la gestione del servizio possono essere svolte dallo stesso soggetto.

Nel quadro della disciplina a regime gli elementi caratterizzanti sembrano essere i seguenti:

- (a) il ritorno della gestione pubblica diretta (*in house*) nella quale l'antica municipalizzata (più che la recente azienda speciale) è "rivestita" dal modulo societario;
- (b) il recupero del modello di affidamento diretto a società a capitale misto dove il socio privato sia stato scelto con gara;
- (c) il carattere, almeno a prima vista, residuale riservato al principio della gara, e quindi alla prospettiva di una concorrenza regolata "per" il mercato.

3.1.1 Sulla definizione di "in house"

L'affidamento *in house* a società a capitale interamente pubblico si configura come un modulo organizzativo di un servizio proprio dell'ente locale (in modo non dissimile da quanto accadeva con la vecchia azienda municipalizzata). Questa modalità organizzativa riguarda sia i soggetti di erogazione del servizio che le società di gestione di reti e beni strumentali, nel caso in cui questa attività sia separata da quella di erogazione del servizio.

L'origine dalla nozione di *in house providing* per i servizi pubblici risale a quella di "appalto *in house*" impiegata nella Comunicazione della Commissione su "Gli appalti pubblici nell'Unione europea" dell'11/3/1998 (COM (98) 143), che specificava il concetto con riferimento a quegli appalti "aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione, ad es. tra amministrazione centrale e locale o, ancora, tra una amministrazione e una società da questa interamente controllata"¹⁰. Il punto centrale del documento cercava di chiarire se, in queste ipotesi, si applicavano i principi comunitari di concorrenza, pubblicità e non discriminazione oppure se trovava applicazione la deroga dell'*in house providing*, che sottraeva la materia alla disciplina europea e la rinviava alla competenza nazionale.

Successivamente le conclusioni degli Avvocati Generali La Pergola e Alber (rispettivamente nelle cause ARNHEM del 1998¹¹ e RI.SAN srl/Comune di Ischia del 1999¹²) evidenziavano 2 aspetti determinanti del vincolo di dipendenza tra amministrazione aggiudicatrice e soggetto aggiudicatario: (1) il rapporto finanziario; e (2) la dipendenza amministrativa, intesa sia in senso gestionale che organizzativo. Con il secondo elemento di collegamento veniva meno la "terzietà e cioè la sostanziale distinzione" tra s.p.a. pubbliche e EE.LL.

Nella nota causa Teckal srl/Comune di Aviano¹³ - alla luce delle conclusioni dell'Avvocato Generale Cosmas - la Corte di Giustizia ha espressamente affermato il principio che se l'amministrazione vuole stipulare un contratto di appalto a titolo oneroso con un soggetto che è amministrazione aggiudicatrice, trova applicazione la dir. 93/36/CE solo se l'ente "è distinto da essa sul piano formale e autonomo rispetto ad essa sul piano decisionale", quindi il fornitore deve essere un soggetto diverso dall'amministrazione e la terzietà deve essere valutata

¹⁰ Successivamente si vedano pure (1) la Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario, in GUCE C-121 del 29/4/2000, pt. 2.4 dove afferma che un problema si pone "se tra concessionario e concedente esiste una forma di delegazione interorganica che non esula dalla sfera amministrativa dell'amministrazione aggiudicatrice, e (2) pt. 9 del Libro verde sui PPP : nelle operazioni di PPP, i partners pubblici sono in primo luogo le autorità nazionali, regionali o locali. Essi possono altresì essere degli organismi di diritto pubblico creati per esercitare delle missioni di interesse generale sotto il controllo dello Stato, ovvero ancora delle imprese che gestiscono industrie a rete. Per esigenze di semplificazione, il termine "amministrazione aggiudicatrice" è utilizzato nel documento per designare l'insieme di questi organismi. Tale termine copre altresì i "poteri aggiudicatori" ai sensi delle Direttive 92/50/CEE, 93/36/CEE, 93/37/CEE e 2004/18/CE e le entità che sono "poteri pubblici" e le "imprese pubbliche" ai sensi delle Direttive 93/38/CEE e 2004/17/CE.

¹¹ CG CE, sent. 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem e Rheden c. BFI Holding BV*, C-360/96, in *Racc.* 1998 p. I-6821.

¹² CG CE Sent. 9 settembre 1999, *RI.SAN. Srl c. Comune di Ischia*, C-108/98, in *Racc.* 1999 p. I-5219.

¹³ CG CE, sent. 18.11.1999, *Teckal srl c. Comune di Aviano*, C 107/1998, in *Racc.* 1999 p. I-8121.

secondo i parametri della indipendenza finanziaria e amministrativa. Al contrario, se l'amministrazione aggiudicatrice esercita su tale ente un "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi e questo ente realizza la parte più importante della propria attività con l'amministrazione che la controlla non si applica la direttiva.

In altri termini, la deroga all'applicazione della normativa comunitaria in presenza di "delegazione interorganica" va valutata sulla base della compresenza dei seguenti elementi:

1. dipendenza formale;
2. dipendenza economica;
3. dipendenza amministrativa;
4. destinatario del servizio.

La "giurisprudenza *Teckal*", volta a definire l'estensione del territorio sottratto alla applicazione delle regole comunitarie sugli appalti, ha fornito al legislatore italiano la formula-chiave per legittimare il modello dell'affidamento diretto e il ritorno alla gestione pubblica diretta.

Di fronte alla formulazione legislativa il giudice amministrativo italiano¹⁴ è ricorso in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia per verificare la compatibilità della formula dell'affidamento *in house* con i principi del Trattato (ed in particolare con le regole della concorrenza, così come con i principi di divieto di discriminazione e di libera prestazione dei servizi pubblici).

L'elemento di criticità è dato dall'espressione già usata nella sentenza *Teckal* (l'ente locale deve esercitare un "controllo analogo" a quello da esso esercitato sui propri servizi). Conseguentemente è prioritaria una adeguata interpretazione della nozione di "controllo". E cioè se il possesso dell'intero capitale del soggetto affidatario sia sufficiente a configurare l'"assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività" cui faceva riferimento la Commissione nella lettera del 26 giugno 2002 al governo italiano, primo passo per l'apertura di un procedimento di infrazione nei confronti dell'Italia.

Il nocciolo della questione aperta, in particolare di fronte alla Corte di giustizia, riguarda la natura giuridica degli strumenti necessari ad esercitare il "controllo" secondo le caratteristiche indicate dalla sentenza *Teckal*, e cioè se si debba trattare di strumenti di diritto commerciale o di diritto amministrativo.

La domanda è se il possesso dell'intero capitale della società affidataria possa considerarsi equivalente a quella situazione di "dipendenza organica" che di regola si realizza con l'organizzazione burocratica della pubblica amministrazione. Su questo punto, un qualche chiarimento viene dalle indicazioni fornite dalla Commissione europea nella nota inviata al governo italiano il 26 giugno 2002. Qui si precisava in modo esplicito che per l'esercizio di questo tipo di controllo, il c.d. requisito del "controllo analogo", non era sufficiente il semplice esercizio degli strumenti a disposizione del socio di maggioranza secondo le regole del diritto societario. Difatti la Commissione proponeva una lettura della nozione usata dalla Corte di giustizia ("un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi") come "un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato" e dei più importanti atti di gestione. Solo se il soggetto partecipato non possiede più "alcuna autonomia decisionale", ma costituisce parte dell'amministrazione stessa, anche se formalmente distinto da essa, è possibile parlare di "controllo analogo".

Per altro verso, occorre ricordare che la Corte di Giustizia, di fronte ad una estensione anomala del modello *in house*, ha progressivamente irrigidito i criteri che legittimano la deroga alle norme sull'evidenza pubblica: da una posizione che si incentrava sul profilo quantitativo del capitale posseduto dall'ente locale senza eccepire sulla natura mista del capitale stesso, la Corte rileva in una recente sentenza che un qualsiasi investimento di capitale privato in un'impresa persegue interessi ed obiettivi "di natura differente" rispetto a quelli di una autorità pubblica, cioè interessi privati di contro a obiettivi di interesse pubblico¹⁵.

In questa ottica le conclusioni dell'Avv. Gen. Geelhoed (12.1.2006) in merito al ricorso pregiudiziale del TAR Puglia¹⁶, vanno nella direzione di confermare la compresenza di questi due ambiti pur con tutti i *caveat* posti dalla giurisprudenza. Del tutto in linea con le conclusioni dell'AG, la Corte di Giustizia ha recentissimamente riconosciuto la legittimità della decisione

¹⁴ Cons St, Sez. V, 22.4.2004, ord. n. 2316 *Saba Italia s.p.a. c. Comune di Bolzano*; poi TAR Liguria, Sez. II, 27.5.2004, ord. n. 822.

¹⁵ CG., CE, sent. 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle, Lochau c. TREA Leuna*, in *Racc.* p. I-1.

¹⁶ TAR Puglia-Bari, Sez. III, 8.9.2004, ord. n. 885.

dell'amministrazione locale di optare per la gestione *in house* in quanto conforme alla legislazione nazionale, a sua volta pienamente compatibile con la sua precedente giurisprudenza¹⁷.

La dottrina ha proposto di recente una rilettura del problema del "controllo analogo" alla luce del quadro di *governance* societaria risultante dalla riforma del diritto societario italiano (d. lgs. 6/2003)¹⁸. Fra i tre modelli di *governance* delle s.p.a. disciplinati dal c.c. – quello tradizionale latino, quello dualistico alla tedesca e quello monistico all'inglese – si ritiene che il più confacente ad assicurare all'ente locale un controllo analogo "interno" conforme alla giurisprudenza comunitaria sia quello monistico, ove le funzioni di amministrazione (gestione) e di controllo generale (non contabile) sono accorpate in seno al c.d.a.

Per contro il modello tradizionale, con i 3 organi di rappresentanza, di amministrazione (c.d.a.) e di controllo (collegio sindacale) ben distinti, sarebbe da preferire per assicurare un controllo analogo di tipo "esterno", vale a dire realizzato mediante una struttura societaria intermedia (in genere un consorzio o una società consortile) tra gli enti locali che si associano e la società che fornisce i servizi a questi.

3.1.2 Sulla gara per la selezione del socio privato nelle società miste

La seconda questione relativa all'affidamento diretto alle società miste riguarda l'elemento della gara per la scelta del socio privato, ed in particolare se questa gara sia da considerare di per sé sufficiente a garantire il rispetto di un meccanismo concorrenziale e quindi a sostituirsi totalmente alla gara per l'affidamento del servizio.

L'inserimento nella originaria legge del 1990, tra i modi di gestione dei servizi pubblici locali, sia della società mista a partecipazione maggioritaria pubblica che della concessione a terzi fece sì che la quasi totalità degli interpreti sostenesse che alla costituzione della società a capitale misto si accompagnava, anche se non esplicitamente affermato, l'affidamento diretto della gestione del servizio da parte dell'ente locale.

L'accordo su questa interpretazione rese necessario introdurre nella procedura costitutiva della società alcuni elementi "di garanzia" finalizzati a tutelare la parità di trattamento non solo tra imprenditori comunitari e italiani, secondo il principio della libera circolazione dei servizi in ambito comunitario, ma anche tra gli interessi dei privati di fatto o potenzialmente concorrenti sul mercato interno locale.

Le eventuali condizioni di disparità prodotte dal sistema di affidamento diretto alla società a prevalente capitale pubblico locale non potevano essere eliminate ma soltanto essere attenuate. La garanzia veniva "anticipata" a due altri momenti procedurali che il soggetto pubblico, titolare del servizio, doveva porre in essere, e cioè una adeguata motivazione della scelta per il modello societario e l'adozione di meccanismi di trasparenza e pubblicità nella definizione dei criteri per la scelta del partner privato.

Sia la dottrina che la giurisprudenza ritenevano indispensabile l'adozione di garanzie nei confronti delle altre imprese potenzialmente concorrenti. Infatti alla società a partecipazione dell'ente locale veniva riconosciuta la legittimazione a svolgere una certa attività economica in via esclusiva, cosa che avrebbe nei fatti scoraggiato, anche là dove era possibile, l'ingresso di nuovi soggetti.

Una tale garanzia, richiesta da tempo dal giudice amministrativo, è stata infine individuata nella gara per la scelta del socio privato (art. 113, c. 5 TUEL). E' stato così esteso anche alle società miste a maggioranza pubblica il meccanismo previsto per quelle dove la maggioranza del capitale sia invece detenuta dal privato.

L'applicazione di procedure di evidenza pubblica appariva un elemento fondamentale di "riequilibrio" sia sul versante della tutela della concorrenza che su quello dell'osservanza delle

¹⁷ Per una critica alla sentenza della CG, Sez. I, del 1° aprile 2006, causa C-410/04, con cui la Corte comunitaria risponde al rinvio pregiudiziale operato dal TAR Puglia cit., cfr. F. DELLO SBARBA, *Affidamenti in house e società miste: confermata l'incompatibilità tra le due categorie. Discrezionalità riconosciuta all'ente affidante nella scelta del modello di gestione del servizio pubblico locale: una mancata pronuncia*, in www.federalismi.it.

¹⁸ A. LE DONNE – C. PIENOTTI, *Gestione in house dei servizi pubblici locali: contaminazioni, suggestioni, soluzioni*, in ASTRID-Rassegna, n. 5/2006.

regole comunitarie. Così il momento concorrenziale veniva anticipato alla scelta del *partner* privato.

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato aveva fatto presente a più riprese come un tale meccanismo non eliminasse per il privato la possibilità di beneficiare di posizioni monopolistiche dell'ente locale¹⁹. In effetti, non erano previsti limiti alla durata della società mista una volta costituita anche là dove fosse indicata una scadenza per la gestione del servizio. In più, era possibile che attraverso i normali strumenti societari l'oggetto sociale fosse ampliato trasferendo il regime di esclusiva ad altri ambiti di attività.

Con la nuova formulazione (c. 5, lett. b), la gara per l'individuazione del socio privato deve offrire una "garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza", e deve svolgersi secondo criteri più rigorosi che nel passato²⁰.

3.1.3 Sugli affidamenti alle società miste

L'art. 113 co. 5 TUEL, nella sua ultima versione, mantiene l'ambigua figura dell'affidamento diretto a società a capitale misto pubblico-privato con socio privato scelto a mezzo gara.

L'obiettivo di non rinunciare al meccanismo dell'affidamento diretto è stato perseguito pervicacemente in particolare dagli enti locali, anche con il supporto del giudice amministrativo, che in questi anni non ha rinunciato a riattrarre nella sfera del diritto amministrativo, quindi pubblicistica, organismi e soggetti privatizzati.

I punti critici dell'affidamento diretto a società miste riguardano:

- la necessaria previsione di una procedura di rinnovo della scelta del socio connessa alla durata dell'affidamento;
- il vincolo, per la stessa durata, a non modificare l'oggetto sociale, come peraltro indicato dall'Autorità antitrust.

Su tutto ciò la disciplina non dà alcuna indicazione.

Si potrebbe fare riferimento, anche se i contesti sono completamente diversi, alla disposizione che prevede che ogni ulteriore dismissione di partecipazioni da parte dell'ente locale, da realizzare con procedure di evidenza pubblica, possa avvenire esclusivamente alla scadenza del periodo di affidamento del servizio.

Inoltre la reintroduzione di questo modello può riaprire l'annosa questione della partecipazione alle gare bandite da altri enti locali da parte delle società a capitale misto (con scelta del socio tramite gara) che gestiscono servizi in affidamento diretto. In linea di principio queste società dovrebbero essere escluse, a meno che una più rigorosa applicazione di criteri di tutela della concorrenza nella gara per la scelta del socio non porti ad assimilare questa stessa a quella per l'affidamento del servizio²¹.

3.1.4 Sul carattere residuale dell'affidamento del servizio a mezzo gara

Da ultimo, l'affidamento con gara del servizio sembra limitato alle società totalmente a capitale privato, e ai casi in cui l'ente locale non partecipi ad alcuna società o non ne abbia costituita una propria e quindi debba necessariamente affidare ad un soggetto terzo la gestione del servizio. Attualmente si tratta di una modalità residuale.

¹⁹ Fra le molte segnalazioni dell'AGCM si vedano: AS85 del 30/10/1997, DISPOSIZIONI IN MATERIA DI ORDINAMENTO E AUTONOMIA DEGLI ENTI LOCALI, in Boll. 44/1997; AS147 del 2/7/1998, REGOLAMENTAZIONE DEI SERVIZI FUNEBRI, in Boll. 27/1998; AS182 del 21/10/1999, RIORDINO DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI, in Boll. 41/1999; AS222 dell'8/11/2001, DISCIPLINA DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI, in Boll. 43/2001; AS311 del 6/9/2005, MODALITÀ DI AFFIDAMENTO DELLA GESTIONE DI SERVIZI PUBBLICI LOCALI, in Boll. 35/2005.

²⁰ Una equiparazione tra le due gare (per l'affidamento del servizio e per la scelta del socio privato) non è auspicabile per le diverse finalità perseguite: irrobustire finanziariamente l'impresa mista nel secondo caso; e l'incremento di efficienza nel primo, sul punto L. AMMANNATI, *I servizi pubblici locali: quale concorrenza, come e quando?*, cit. e A. Petretto, *Forme di affidamento e double marginalization in un monopolio naturale regolato di un servizio pubblico locale*, in Pol. Econ., n. 3/2005

²¹ Per ulteriori approfondimenti sul tema, anche giurisprudenziali (sentt. della CG CE Stadt Halle, Corame e ANAV), cfr. F. PÉRALDI, in questo volume, spec. alla nt. 37.

3.2 Le forme di gestione dei SPL “privi di rilevanza economica”

La distinzione tra servizi pubblici locali “di rilevanza economica” e servizi “privi di rilevanza economica” è stata di recente chiarita dal giudice amministrativo²² (oltre che dalle istituzioni comunitarie²³) che ritiene sussistenti i primi in presenza di 2 elementi: (1) l'attività può avere un impatto sull'assetto della concorrenza e (2) l'attività presenta il carattere di redditività. Questo carattere non viene meno in presenza di forme di finanziamento pubblico, più o meno ampie, dell'attività in questione. È invece privo di rilevanza economica quel servizio che, “per sua natura o per i vincoli ai quali è sottoposta la relativa gestione, non dà luogo ad alcuna competizione e quindi appare irrilevante ai fini della concorrenza”.

L'elencazione delle forme di gestione dei servizi privi di rilevanza economica era contenuta nell'art. 113-bis TUEL 267/2000 (nella versione introdotta con la legge finanziaria per il 2002), in base al quale:

«1. Ferme restando le disposizioni previste per i singoli settori, i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica sono gestiti mediante affidamento diretto a:

- a) istituzioni;
- b) aziende speciali, anche consortili;
- c) società a capitale interamente pubblico a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

2. È consentita la gestione in economia quando, per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio, non sia opportuno precedere ad affidamento ai soggetti di cui al comma 1.

3. Gli enti locali possono procedere all'affidamento diretto dei servizi culturali e del tempo libero anche ad associazioni e fondazioni da loro costituite o partecipate.

4. *abrogato*.

5. I rapporti tra gli enti locali ed i soggetti erogatori dei servizi di cui al presente articolo sono regolati da contratti di servizio».

L'art. 113-bis consentiva (co. 3) l'affidamento diretto dei servizi culturali e del tempo libero anche ad associazioni e fondazioni costituite o partecipate dagli EE.LL. ed in generale ammetteva la “gestione in economia” (cioè direttamente da parte dell'EL) in presenza di un servizio di modeste dimensioni.

Un prima modifica a questo testo è intervenuta a seguito dei rilievi della Commissione (26 giugno 2002) ed è stata espunta dalle forme di gestione la società per azioni in affidamento diretto²⁴, in quanto non rispettosa dei principi comunitari.

La disciplina delle forme di gestione dei servizi non economici era soggetta all'ulteriore limite della compatibilità con la distribuzione delle competenze tra legislatore nazionale e regionale dopo la riforma della Costituzione del 2001 (oltre che con la disciplina comunitaria).

Sulla questione relativa alla possibilità, per il legislatore nazionale, di disciplinare i servizi pubblici locali “privi di rilevanza economica” è intervenuta la Corte costituzionale con la sent. 272/2004. La Corte ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 113-bis in quanto ha ritenuto che non esistano esigenze di tutela della concorrenza e che quindi non sia accettabile una compressione dell'autonomia regionale e locale.

La pronuncia della Corte costituzionale ha prodotto un vuoto normativo che per ora non è stato colmato e che richiede l'intervento di più soggetti istituzionali, tra cui in primo luogo le regioni.

Su quest'ultimo punto la citata sent. del TAR Sardegna ha stabilito che, mentre per i servizi a rilevanza economica devono sussistere redditività e un mercato (cioè le esigenze di “tutela della concorrenza” ex art. 117 cost., che giustifica la competenza legislativa statale); quelli privi di tale rilevanza, al contrario, non devono poter essere, neppure in astratto, “gestiti in forma

²² TAR Sardegna, sez. I, 2/8/2005 n. 1729, confermata da Cons. St. Sez. V, 30/8/2006 n. 5072.

²³ Cfr. Comunicazione della Commissione “*Mettre en oeuvre le programme communautaire de Lisbonne. Les services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne*” COM(2006) 177 def. [SEC(2006) 516] del 26 aprile 2006, ove il servizio di natura economica è definito come “ogni prestazione fornita contro remunerazione” anche se non pagata direttamente da coloro che ne beneficiano. Ne segue – nelle parole della Commissione – che la “quasi totalità dei servizi prestati nel campo sociale possono essere considerate come «attività economiche» ai sensi degli articoli 43 e 49 del Trattato CE”.

²⁴ Prima prevista alla lett. c) dell'art. 113-bis, co. 1, che così recitava: «società di capitali costituite o partecipate dagli enti locali, regolate dal codice civile».

remunerativa”, né deve sussistere per essi, neppure potenzialmente, “un mercato concorrenziale”²⁵.

La situazione di vuoto legislativo è nella realtà meno complessa di quanto potrebbe apparire in quanto, anche qui come nel caso dei servizi a rilevanza economica, una gran parte è disciplinata con normative speciali che già erano state fatte salve dal 113-bis.

Inoltre le normative relative al terzo settore (la legge sul volontariato: n. 266/91; quella sulle cooperative sociali: n. 381/1991, modif. dalla l. 52/96; quella sull'associazionismo: n. 383/2000) dettano disposizioni di principio che le regioni hanno attuato intersecandole con la disciplina per la gestione dei servizi da parte degli enti locali. Vi si prevede in particolare il ricorso allo strumento della concezione attraverso il quale si crea un rapporto negoziale bilaterale con un contraente prescelto utilizzando forme diverse da quelle indicate nel TUEL.

Ad es., in materia di servizi sportivi, la tendenza è al mantenimento di forme di affidamento mediante schemi convenzionali alle associazioni sportive (v. norma introdotta dalla LF 2003, art. 90, c. 25).

In materia di servizi culturali, il Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. 41/2004) prevede 2 forme di gestione delle attività di valorizzazione del patrimonio culturale: una forma diretta e una indiretta. Nuovamente modificato con d.lgs 156/06, la forma diretta prevede una gestione attraverso strutture organizzative interne alle amministrazioni, dotate di adeguata autonomia scientifica, organizzativa, finanziaria e contabile, e provviste di idoneo personale tecnico, ma prevede anche come principio prevalente quello della esternalizzazione tramite concessione a terzi²⁶.

4. Il ruolo dei privati nella fornitura dei SPL

Seguendo le indicazioni del Libro verde sui partenariati pubblico - privati vengono definite due forme principali di PPP²⁷: quello di tipo puramente contrattuale e quello di tipo istituzionale.

Nel primo caso, si fa riferimento ad un contratto tra la pubblica amministrazione ed un partner privato per la gestione di un servizio o per la realizzazione e gestione di un'opera pubblica, definendo vari tipi di operazioni, nei quali uno o più compiti (tra cui la progettazione, il finanziamento, la realizzazione, il rinnovamento o lo sfruttamento di un lavoro o di un servizio) vengono affidati al partner privato.

I modelli contrattuali sono l'appalto (che non è considerato, però, forma di PPP dalla attuale normativa italiana), e la concessione.

Nel secondo caso, si dà vita ad un "ente ad hoc" con una propria personalità giuridica e un capitale misto, pubblico-privato, che ha il fine di assicurare la fornitura di un'opera o di un servizio a favore della collettività. Il modello più noto è quello della società mista pubblico-privata.

Come visto, la formula del partenariato istituzionale (come definito dal Libro verde) è stata fin dal 1990 (legge 142) indicata come uno dei modelli privilegiati di gestione dei servizi pubblici, prevalentemente a rilevanza economica.

Nella legislazione successiva sono stati introdotti incentivi di varia natura per la creazione di s.p.a. (semplificazione delle procedure di trasformazione delle aziende speciali in s.p.a.;

²⁵ TAR Sardegna, cit. Così facendo il TAR Sardegna ha escluso dai servizi privi di rilevanza economica, ritenendoli suscettibili di affidamento diretto a società a responsabilità limitata, a capitale interamente pubblico, i servizi pubblici concernenti “la gestione della comunità alloggio per minori, del centro educativo diurno per minori e della mensa sociale, di assistenza domiciliare in favore di persone anziane e/o svantaggiate, di consegna di pasti caldi a domicilio, di lavanderia e stireria e la gestione del centro di aggregazione per anziani”. La posizione è stata sostanzialmente confermata dal Cons. St. Sez. V, 30/8/2006 n. 5072, cit., il quale ha precisato che “i suddetti servizi pubblici possiedono rilevanza economica, poiché si tratta di attività suscettibili, *in astratto*, di essere gestite in forma remunerativa e per le quali esiste certamente un mercato concorrenziale”.

²⁶ V. in particolare i contributi di L. AMMANNATI, *La concessione come modello di gestione dei beni culturali*, e di G. BOTTINO, *Tutela, fruizione e valorizzazione dei beni culturali nelle forme di gestione diretta*, in P. BILANCIA (a cura di), *La valorizzazione dei beni culturali. Modelli giuridici di gestione integrata*, Franco Angeli, Milano, 2006.

²⁷ Commissione europea, *Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, COM(2004) 327 def. del 30.4.2004.

possibilità di utilizzare il modello della s.r.l.; diversificazione nella forma di partecipazione del privato: partner di maggioranza oltre che di minoranza).

Il regime delle società miste presenta profili di specialità rispetto al diritto societario che riguardano soprattutto i rapporti tra le società miste e l'ente locale di riferimento²⁸; per quanto riguarda invece l'applicazione della disciplina in materia di appalti la questione sembra allo stato attuale definita grazie alla inclusione delle società miste nella categoria di elaborazione comunitaria degli "organismi di diritto pubblico".

Alcuni dei profili rilevanti per la illustrazione del regime di specialità nel caso italiano, come quelli relativi alla scelta del socio privato, sono stati discussi in precedenza (v. *supra* pf. 3.1.2).

Si tratta ora di considerare il profilo essenziale, connesso alla questione generale del rapporto tra società ed ente di riferimento, cioè

1. il tema della natura giuridica della società mista e di conseguenza quello dell'affidamento diretto del servizio e
2. quello della possibilità che la stessa società possa operare su un territorio diverso da quello dell'ente o degli enti locali di riferimento (extraterritorialità).

Certamente l'affidamento diretto è stato a lungo uno strumento che consentiva di portare avanti e rafforzare la ragione non detta delle società miste, e cioè il tentativo di sottrarsi alle regole della concorrenza.

Potremmo chiederci quali sono ancora gli spazi, soprattutto a livello europeo, per portare avanti una prospettiva di questo tipo. La più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia pone dei paletti dicendo che cosa non si può fare nelle relazioni tra società miste e ente di riferimento; e la stessa Commissione nella Comunicazione del 15 novembre 2005 sui PPP sembra andare nella direzione di estendere gli spazi della concorrenza²⁹.

4.1 Sulla natura giuridica delle società miste

Riguardo alla natura giuridica delle società per azioni miste locali, la compatibilità con le disposizioni comunitarie è stata analizzata sotto due profili.

- a. Il primo si riferiva al rapporto tra ente locale e società mista, cioè se alla luce dei principi comunitari e dell'interpretazione più restrittiva fosse legittimo l'affidamento diretto di servizi da parte dell'ente locale alla società mista locale (anche se a partecipazione pubblica maggioritaria). Peraltro nella direttiva 92/50 in materia di appalti di servizi non era affrontato il tema della concessione di servizi pubblici e che nell'ottavo considerando era esplicitamente precisato l'oggetto della direttiva, cioè la prestazione di servizi unicamente fondata su contratti di appalto.
- b. Il secondo riguardava i rapporti tra la società a partecipazione pubblica e soggetti terzi, nel caso in cui la società dovesse far eseguire lavori o procurarsi da terzi beni o servizi per l'esercizio della propria attività. Si trattava qui di verificare se in questa veste la società mista sia o meno soggetta ai principi di evidenza pubblica previsti dalla disciplina comunitaria sugli appalti. La risposta dipendeva dalla possibilità di qualificare le società a partecipazione pubblica (maggioritaria) come "amministrazioni aggiudicatrici". Infatti, le disposizioni comunitarie includono in questa nozione, oltre allo stato e agli enti locali, anche gli organismi di diritto pubblico. La qualificazione o meno della società mista come organismo di diritto pubblico configurava di conseguenza una disciplina diversa relativamente all'aggiudicazione di appalti a terzi da parte di questa stessa. Infatti, nel caso fosse venuto meno l'obbligo di applicare la disciplina comunitaria per gli appalti a soggetti terzi, la definizione del rapporto tra società mista ed ente locale, riguardo l'affidamento del servizio, avrebbe imposto di ricorrere, a tutela dei principi di concorrenza, allo strumento della gara.

²⁸ Il punto è ben descritto da A. LE DONNE – C. PIENOTTI, *Gestione in house dei servizi pubblici locali: contaminazioni*, cit.

²⁹ Cfr. A. Vigneri, *Public utility regulation vs erogazione amministrativa: una storia infinita*, in C. De Vincenti – A. Vigneri (a cura di) *Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, Collana ASTRID, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 240.

Come è evidente in questa vicenda, alle ambiguità più o meno opportunistiche della prassi si sono accompagnate le oscillazioni interpretative principalmente della giurisprudenza amministrativa, ma anche della Cassazione e di quella comunitaria³⁰.

In un'ottica analoga si collocavano alcune delle motivazioni contenute nella procedura di infrazione già citata iniziata dalla Commissione (relativa alla lett. e) art. 22 della legge 142 poi all'art. 113, lett. e) del T.U.) dove è evidenziato che l'affidamento non ha una configurazione giuridica definita. Infatti non viene specificato se riguarda l'attribuzione di un servizio dietro pagamento di un corrispettivo assimilandolo perciò al regime previsto per gli appalti pubblici di servizi oppure se consiste nell'affidamento di un servizio "in cambio della gestione dello stesso come corrispettivo", configurandosi così come concessione di servizi nel rispetto dei principi di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza.

Queste osservazioni ci riportano ai contenuti della Comunicazione della Commissione europea (29 aprile 2000) sul tema della concessione di pubblico servizio, in quanto la logica sottesa alla comunicazione sembra essere proprio quella di estendere all'area individuata dalle tipologie del modulo concessorio il nucleo dei principi fondamentali che la Corte di giustizia ha ritenuto basilari in materia di appalti pubblici.

La comunicazione si limita a identificare come carattere distintivo della nozione di concessione di servizi (in analogia con quanto definito per le concessioni di lavori) il "criterio della gestione".

La concessione è così caratterizzata dalla assunzione dei rischi di gestione da parte dell'operatore e dal fatto che la remunerazione dell'attività sia a carico dell'utente. Nel delineare questi criteri di identificazione non bisogna dimenticare che la concessione riguarda principalmente attività economiche oggetto di diritti esclusivi o speciali e che, a questo riguardo, non si danno norme che possano impedire agli stati membri di sottrarre alle regole della concorrenza, per motivi di "pubblico interesse di natura non economica", determinati servizi di interesse generale attraverso l'attribuzione di diritti di esclusiva. Comunque, come la giurisprudenza della Corte di giustizia ha ampiamente dimostrato, anche le modalità di organizzazione e di esercizio di un monopolio o il conferimento di diritti esclusivi deve tenere conto delle norme del Trattato.

Il confuso quadro di riferimento della società mista si è ulteriormente complicato a causa della particolare configurazione assegnata dal Libro verde alle forme di partenariato c.d. istituzionale. Se il Libro verde, per un verso, dà alcune indicazioni ad esempio riguardo la necessaria coincidenza tra durata della società mista e durata dell'affidamento per consentire una reale messa in concorrenza, per un altro pone dubbi sulla compatibilità tra la società mista configurata nell'art. 113 e quella descritta dall'ordinamento comunitario.

Nel caso del "partenariato istituzionale", al socio privato spetta di fornire il servizio affidato alla società, mentre al socio pubblico è affidata una funzione di controllo attraverso la partecipazione azionaria e la sua azione all'interno degli organi decisionali dell'impresa (punti 53-54): la non compatibilità della "tradizionale" società mista con il modello comunitario si manifesta principalmente riguardo la possibilità di affidamento diretto.

Nell'ottica comunitaria di neutralità nei confronti della natura pubblica, privata o mista della società l'applicazione delle procedure di evidenza pubblica si impone ogni volta che l'erogazione del servizio sia affidata ad un soggetto giuridicamente distinto (punto 63). D'altra parte questa posizione è consolidata dalla Corte di Giustizia che, nelle decisioni più recenti, mette in luce come la presenza del privato persegua obiettivi necessariamente diversi dall'interesse pubblico. L'affidamento di un servizio ad una società mista, al di fuori di un

³⁰ V. Cons. St., VI, 21 aprile 1995, n. 353 "Ente autonomo Fiera di Milano"; e TAR Lombardia, 11 gennaio 1995, n. 54 e Cons. St., IV, 13 febbraio 1996, n. 147 "Lombardia Informatica"; Cons. St., VI, 28 ottobre 1998, n. 1478, società Interporto Toscano A. Vespucci s.p.a.; Cons. St., V, 3 settembre 2001, n. 4586. Emblematica la posizione Corte di Cassazione, Sez. Unite, 6 maggio 1995, n. 4989 e n. 4991 "Siena Parcheggio Spa" che, pur non mettendo in discussione l'affidamento diretto, riconosce il carattere completamente privatistico della società seguita ad esempio da TAR Abruzzo, Pescara, 25 luglio 1998, n. 507.

D'altra parte la Corte di Giustizia, sent. 15 gennaio 1998, Causa C-44/96, la c.d. "sentenza Mannesmann", oppure sent. 10 novembre 1998, causa C-360/96, *Gemeente Arnhem e Gemeente Rheden – BFI Holding BV*, o ancora la sent. 17 dicembre 1998, Causa C-306/97, *Coillte Teoranta*. In sintesi l'interpretazione dominante è quella che afferma l'identificazione tra organismo di diritto pubblico e S.p.A. a partecipazione maggioritaria pubblica, restando fermo comunque che questa è soggetta al diritto comunitario e alle procedure di appalto in esso previste: L. AMMANNATI, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, in *Riv. giur. quadr. pubbl. serv.*, 1/2001, pp. 1-32, in part. v. nt. 26.

confronto concorrenziale, costituisce una situazione di privilegio nei confronti di potenziali concorrenti contraria alla parità di trattamento come regola base di funzionamento del mercato comune, senza che siano stati finora accertati incrementi di qualità o riduzione di prezzi, come si esprime la Commissione nella sua recente Comunicazione sull'argomento³¹.

Il consolidamento di questa tendenza potrebbe segnare, come pare auspicabile, la crisi definitiva del modello della società mista per la gestione dei servizi pubblici locali. Infatti, non solo gli enti locali ma anche i possibili partner privati avrebbero in futuro scarso interesse a costituire strutture alle quali non sia garantito l'affidamento del servizio.

4.2 Sulla extraterritorialità

Un aspetto strettamente connesso a quello della natura giuridica delle società miste e al tipo di rapporto tra queste e l'ente locale riguarda la possibilità di operare su un territorio diverso da quello dell'ente di riferimento. L'introduzione di un regime competitivo nelle relazioni tra i due soggetti risolverebbe la questione; il mantenimento del sistema dell'affidamento diretto ha indotto anche la giurisprudenza a evidenziare analogie tra queste società e le vecchie aziende municipalizzate.

Il tema riguarda l'attribuzione anche alle s.p.a. miste di alcuni caratteri distintivi del modello dell'azienda speciale e, in particolare, delle società derivate dalla trasformazione di precedenti aziende speciali.

Il punto contestato nella maggior parte dei casi riguarda l'assunzione da parte della società mista di servizi pubblici da erogare nell'ambito territoriale di enti locali estranei alla compagine societaria, quindi il venir meno del c.d. principio di "strumentalità", "inteso come identificazione dello scopo sociale nella cura degli interessi delle comunità locali perseguibili attraverso l'attività di gestione funzionalmente svolta dalla società"³².

Come questo caso mostra emblematicamente la giurisprudenza non ha seguito indirizzi coerenti e unitari. Infatti, da una parte, questa rileva come la veste formale di società per azioni non cambi la natura pubblicistica del soggetto che si configura come "articolazione organizzativa" dell'ente di riferimento.

Dall'altra, proprio discutendo la sentenza di I grado appena citata, il Consiglio di Stato (V, 3.9.2001, n. 4586) considera "inaccettabile" che le s.p.a. locali siano viste come un "duplicato dell'azienda speciale" o una sorta di "azienda speciale in forma societaria" e siano caratterizzate dagli stessi limiti senza che questo comporti l'adesione all'interpretazione della natura esclusivamente privatistica della società mista.

La rilevanza e l'estensione del "vincolo funzionale" debbono essere valutati considerando che "si ha a che fare sostanzialmente con un soggetto imprenditoriale di diritto privato" anche se "non del tutto alieno alle finalità pubblicistiche e agli interessi della realtà territoriale che ha proceduto alla sua costituzione".

Di conseguenza, il vincolo "va dimensionato di volta in volta valutandone gli effetti" nel senso di verificare "se l'impegno extra-territoriale eventualmente distolga, e in che rilevanza, risorse e mezzi, senza apprezzabili ritorni di utilità" per la collettività territoriale originaria di riferimento.

In sintesi, anche qui il giudice mantiene una posizione ambigua in quanto fissa un criterio incerto ed anche ampiamente discrezionale per definire il grado di funzionalizzazione della società mista alla collettività locale di riferimento³³.

³¹ Comunicazione della Commissione sui *partenariati pubblico-privati e sul diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni*, COM (2005) 569 def. del 15.11.2005.

³² Cfr. TAR Toscana, I, sent. 15.1.2001, n. 24 – ATO n. 4 Alto Valdarno, relativa alla partecipazione dell'Amga, affidataria diretta del servizio idrico nel comune di Genova, come socio privato alla società mista affidataria del medesimo servizio per l'ATO n. 4 in Toscana.

³³ Sul concetto di extraterritorialità cfr. da ultimo Corte di Giustizia sent. 11.5.2006, C-340/04, Comune di Busto Arsizio - Agesp, ove i giudici comunitari hanno ribadito che i principi comunitari non trovano applicazione nei soli casi in cui l'impresa non sia attiva nel mercato, cioè, in concorrenza con altri soggetti economici, e che le sue prestazioni siano rivolte in via esclusiva all'ente partecipante. Per cui, secondo Lussemburgo, sebbene l'extra-territorialità non rappresenti elemento decisivo ai fini della verifica della sussistenza del "controllo analogo", il vincolo funzionale che lega l'affidataria all'amministrazione aggiudicatrice, impone all'impresa di svolgere la propria attività all'interno del territorio del soggetto pubblico. Per contro, è decisivo l'altro elemento, vale a dire che l'affidataria realizzi il proprio fatturato direttamente nei confronti dell'ente pubblico: tale condizione sussiste anche nel caso in cui l'attività svolta dall'impresa a favore della

5. Le forme di finanziamento dei SPL

La legislazione generale (TUEL) nulla dispone in merito alle forme di finanziamento dei SPL. Queste sono in genere rimesse alla volontà delle parti esplicitata nei contratti di servizio; mentre altre volte i ricavi utili al finanziamento dei servizi sono rappresentati da prezzi assoggettati al controllo delle autorità di vigilanza e controllo (come nel caso del gas). Occorre pertanto fare riferimento alle singole disposizioni settoriali che per ciascun servizio prescrivono obblighi di copertura o prevedono finanziamenti pubblici di varia natura.

5.1 I servizi idrici

La legge 5 gennaio 1994 n. 36 (c.d. legge Galli) attribuisce alle Autorità d'ambito (uniche per ciascun ATO) le funzioni di governo, organizzazione e controllo della gestione del servizio idrico integrato, affidando loro anche la ricognizione delle strutture idriche e degli organismi gestionali esistenti, nonché la predisposizione del programma e del piano finanziario degli interventi per il graduale raggiungimento degli obiettivi fissati dalla legge, la determinazione delle tariffe e dei criteri e modalità della relativa applicazione.

La tariffa costituisce il "corrispettivo del servizio idrico integrato ed è determinata tenendo conto della qualità della risorsa idrica e del servizio fornito, delle opere e degli adeguamenti necessari, dell'entità dei costi di gestione delle opere, dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito e dei costi di gestione delle aree di salvaguardia, nonché di una quota parte dei costi di funzionamento dell'Autorità d'Ambito, in modo che sia assicurata la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio secondo il principio del recupero dei costi e secondo il principio "chi inquina paga" (co. 1). È il Ministro dell'ambiente, su proposta della neo-istituita Autorità di vigilanza sulle risorse idriche e sui rifiuti, a definire con decreto le componenti di costo per la determinazione della tariffa relativa ai servizi idrici per i vari settori di impiego dell'acqua.

Le tariffe sono definite all'inizio di ciascun periodo regolatorio (coincidente con l'aggiornamento del contratto di servizio) secondo il metodo normalizzato, col riconoscimento *ex ante* degli impegni di investimento ed *ex post* dei costi effettivi di ammortamento³⁴.

5.2 I rifiuti

L'art. 238 del d.lgs 152/2006, che ha di recente sostituito, abrogandolo, il d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 (cd. decreto Ronchi), impone a carico di qualsiasi possessore di locali sul territorio comunale il pagamento di una tariffa³⁵. Questa costituisce "il corrispettivo per lo svolgimento del servizio di raccolta, recupero e smaltimento dei rifiuti solidi urbani ed [...] è commisurata alle

amministrazione aggiudicatrice sia fatturata agli utenti in ragione di una specifica decisione assunta dall'ente locale controllante: G. GUZZO, *Affidamenti in house: Corte di Giustizia e Consiglio di Stato: convergenze parallele. Extraterritorialità, regime transitorio e concorrenza delle società miste secondo la più recente teorica del giudice amministrativo e del legislatore italiano*, 2.7.2006, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

Tra le più recenti sentenze dei giudici amministrativi italiani in tema di extra-territorialità cfr. Cons. St. sent. n. 4440 del 13.7.2006 e TAR Puglia – Lecce, sent. n. 3533 del 23.6.2006, che consente all'impresa di svolgere l'attività al di fuori dei confini territoriali dell'amministrazione aggiudicatrice purché resti inalterata la capacità di perseguire "l'interesse della collettività locale di riferimento". Inoltre, lasciando sullo sfondo l'elemento del "controllo analogo", il TAR Lecce riconosce la possibilità che anche il modulo societario misto, affidatario in house di un servizio pubblico locale, possa svolgere la propria attività anche extra – moenia, purché non venga compromesso l'ottimale perseguimento dell'interesse della collettività e l'affidamento non si traduca in un ingiustificato costo a carico della comunità locale.

³⁴ Critico nei confronti del metodo normalizzato è B. SPADONI, *Industrializzazione e liberalizzazione dei servizi idrici e ambientali*, in C. De Vincenti – A. Vigneri (a cura di) *Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, Collana ASTRID, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 159, secondo cui il riconoscimento di tariffe che coprono interamente i costi e remunerano il capitale investito "oltre a risultare di ardua applicazione, spesso non garantiscono la sostenibilità economica dei Piani d'ambito".

³⁵ Si rammenta che il sistema di finanziamento dei servizi ambientali è stato di recente modificato col passaggio dalla tassa (TaRSU) ad un sistema tariffario volto alla integrale copertura dei costi. In base al principio di derivazione comunitaria del "chi inquina paga", la parte variabile della tariffa è commisurata alle quantità di rifiuti (reali o presunti) prodotte dai singoli utenti.

quantità e qualità medie ordinarie di rifiuti prodotti per unità di superficie, in relazione agli usi e alla tipologia di attività svolte”.

Spetta alle Autorità d'Ambito determinare la tariffa, che è applicata e riscossa dai soggetti affidatari del servizio di gestione integrata dei rifiuti sulla base dei criteri fissati con regolamento del Ministro dell'ambiente. La tariffa copre oltre ai costi di servizio, anche quelli accessori quali, ad esempio, le spese di spazzamento delle strade; e dovrebbe, nell'arco di 4 anni circa giungere a coprire integralmente i costi del servizio (co. 5).

5.3 I trasporti

L'art. 19 pt. 6 del d.lgs. n. 422/97 (cd. Decreto Burlando, modificato dal D.Lgs. 400/99) prescrive che il rapporto tra costi operativi e i ricavi da traffico debba essere, al netto dei costi di infrastruttura, pari almeno al 35%, essendo la parte rimanente – al netto dei ricavi accessori – finanziata con sussidi pubblici di fonte regionale. Non sussiste invece a livello nazionale alcuna indicazione normativa circa l'ammontare delle tariffe di trasporto, essendo la definizione dell'ammontare lasciato alla discrezionalità dei comuni.

5.4 Il gas

Per il mercato del gas occorre distinguere le forme di finanziamento del servizio di vendita da quelle relative alla gestione delle reti (e del relativo servizio) di distribuzione. Quanto alle prime, trattandosi di attività liberalizzata non sussistono particolari condizioni e le attività sono finanziate sulla base di prezzi definiti dalle imprese, in accordo con i criteri definiti dall'AEEG³⁶, alla cui approvazione sono comunque sottoposti.

Quanto alle seconde, non esistono forme di finanziamento pubblico dirette: anche qui i proprietari delle reti di distribuzione percepiscono un corrispettivo per l'uso delle stesse. Tale regolazione tariffaria (secondo il metodo del *price cap*), è disegnata in maniera tale da salvaguardare gli interessi dei gestori del servizio di distribuzione attraverso apposite misure per il recupero dei costi.

In particolare, l'AEEG definisce i criteri per la determinazione delle tariffe per l'attività di distribuzione di gas naturale (del. 170/04) stabilendo, coerentemente ad alcune recenti decisioni del Consiglio di Stato³⁷, tassi di recupero di produttività decrescenti (del. 218/06)³⁸, determinati in modo da indurre, nel secondo periodo di regolazione, recuperi di produttività di entità complessivamente inferiore a quella imposta nel primo periodo regolatorio.

6. Modelli e soggetti della regolazione concernenti la dimensione locale

6.1 Il disegno regolatorio

Il disegno regolatorio relativo ai SPL è stato di recente completato grazie alla giurisprudenza della Corte cost. a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione introdotta nel 2001.

La Corte costituzionale, in particolare con la sent. 272/2004 (cit.), ha configurato i limiti della potestà legislativa esclusiva dello Stato riguardo all'utilizzo delle cd. "competenze trasversali" o "materie-funzione" sulla base del criterio di proporzionalità degli strumenti rispetto all'obiettivo (in questo caso, la "tutela della concorrenza").

Pertanto, la tutela della concorrenza rappresenta un limite all'esercizio della potestà legislativa delle regioni (e di quella amministrativa degli enti locali): quindi nei casi in cui si troveranno a

³⁶ Cfr. AEEG delib. 138/03 (condizioni economiche per il gas naturale) e 237/2000 (tariffe per gli altri tipi di gas: di petrolio liquefatto, gas miscelato e manifatturato, gas trasportato con carri bombolai).

³⁷ Cons. St., sentt. del 16.3.2006, nn. 1398/06, 1399/06, 1400/06, 1401/06, 1402/06, 1403/06, 1404/06, 1405/06, 1406/06, 1407/06, 1408/06, 1409/06, 1410/06, 1411/06, 1413/06, 1414/06, 1415/06, 11 aprile 2006, n. 2003/06, 2005/06, 2007/06, 2008/06, 20 aprile 2006, n. 2201/06, 2202/06, 2203/06, 2204/06, 2205/06, 2206/06, 2207/06, 2208/06, 2209/06, 2210/06, 2211/06, 2212/06, 2213/06, 2214/06, 2215/06, 2216/06, 2217/06, 2218/06.

³⁸ Recentemente riformulati per gli anni termici dal 2005-2006 al 2007-2008 con delibera AEEG n. 218/06 del 4 ottobre 2006, per adeguarsi alle decisioni del giudice amministrativo.

regolare i SPL non dovranno mettere in atto comportamenti che ostacolino la creazione di concorrenza "nel"/"per" il mercato. Da considerare in particolare i pericoli insiti nelle tendenze verso localismi anticoncorrenziali che potrebbero riflettersi sui costi per gli utenti e sul necessario adeguamento infrastrutturale.

Gli EE.LL., da sempre coinvolti nella fornitura di servizi pubblici, si trovano di fronte ad un nuovo ruolo all'interno del contesto regolatorio proposto dall'art. 113 TU. In sostanza, il comune (da solo o in associazione con altri) è titolare non solo di una funzione di regolazione, ma anche di altre in conflitto con questa. Spesso il comune è anche azionista (delle società miste o a totale partecipazione pubblica) e proprietario della rete. Infatti, la riforma disegna un ruolo ambiguo per l'ente locale che, da un lato, è direttamente coinvolto nella fornitura del servizio, anche in quanto proprietario delle reti, dall'altro è il soggetto che esercita la funzione di controllo sull'attività del soggetto gestore.

Sinteticamente, il modello istituzionale cui si è fatto riferimento (sia in gran parte delle leggi settoriali - in particolare energia, trasporti - sia nella legge generale di riforma) è quello della concorrenza "per" il mercato. Di conseguenza, la riforma è strutturata sulla separazione tra 3 diversi elementi del servizio: la proprietà delle infrastrutture; la gestione delle infrastrutture; l'erogazione del servizio, avendo l'obiettivo di neutralizzare il carattere anticompetitivo derivante dalla natura di monopolio naturale (la rete) di alcuni SPL, con lo strumento della proprietà pubblica della infrastruttura.

Soprattutto, la legge generale di riforma riconosce agli enti locali un ampio spazio di auto-organizzazione e di scelta tra le diverse opzioni organizzative (oltre a prevedere alcune possibili deroghe).

Il modello di regolazione è quello del contratto di servizio che organizza le relazioni tra ente locale e soggetto gestore.

Possiamo distinguere 2 fasi principali:

1. definizione del mercato di riferimento; elaborazione dei contratti di servizio; definizione delle modalità di offerta mediante gara (o decisione di ricorrere alla gestione *in house*); definizione dei requisiti per la partecipazione alla gara;
2. controllo sulla esecuzione del contratto di servizio. Questa fase presenta elementi problematici in particolare riguardo a: monitoraggio della qualità del servizio e controllo sugli obblighi di investimento sulla rete.

6.2 I soggetti della regolazione

La coesistenza nello stesso soggetto, cioè il comune, di varie funzioni (regolatoria, azionista, proprietario - quando dispone delle reti e dei beni strumentali -, di *policy-maker*, cioè svolge la programmazione e l'indirizzo) ha indotto alcuni comuni a rafforzare il ruolo di regolazione, distinguendolo dagli altri, ricorrendo all'istituzione di "Autorità per i servizi pubblici locali" (gli esempi più noti sono quelle di Roma, Torino, Grosseto).

La caratteristica comune è quella di operare come organi strumentali del Consiglio comunale nella attività di indirizzo e controllo.

Per quanto riguarda le caratteristiche funzionali, le più rilevanti sono funzioni di ispezione, monitoraggio, relazione e quindi attività di supporto e consulenza in rapporto alla elaborazione ed eventualmente alla modifica del contratto di servizio e alla sua esecuzione. Le funzioni hanno in genere rilevanza interna, ad esclusione della funzione ispettiva che ha tipicamente rilevanza esterna e il cui esercizio è differente tra le varie agenzie.

Questi soggetti esercitano prevalentemente un ruolo diretto ad acquisire informazioni e conoscenze nei vari settori, in quanto una tale attività riveste grande importanza per il rafforzamento del potere contrattuale dell'ente locale nei confronti dei gestori (possibilità di definire i termini del contratto come di verificare le attività e di proporre sanzioni) e per migliorare le capacità di scelta dello stesso ente.

Le difficoltà di funzionamento di soggetti di questo tipo si manifestano con chiarezza nella realizzazione delle attività inerenti la seconda fase, cioè quella relativa al monitoraggio sulla esecuzione del contratto e sul rispetto degli standard di fornitura del servizio.

Alcune normative di settore hanno previsto direttamente o attraverso l'intervento regionale un diverso disegno regolatorio. Il modello di riferimento è rappresentato dal settore idrico (legge 36/1994) dove è prevista una aggregazione di buona parte delle funzioni di pianificazione e regolazione su soggetti definiti Autorità che esercitano le funzioni all'interno di Ambiti Territoriali Ottimali (ATO) determinati con legge regionale.

Questo esempio è stato poi seguito in particolare da alcune regioni sia per il trasporto locale che per la raccolta dei rifiuti e la gestione dei servizi ambientali.

Lo strumento utilizzato dalle leggi regionali è la creazione di consorzi composti dagli enti locali inclusi nell'ATO per l'esercizio associato delle funzioni (art. 31 TUEL). Questi soggetti, che hanno personalità giuridica, sono composti in via generale da una Assemblea degli enti locali, da un Consiglio di amministrazione e da un Presidente.

La *ratio* di un tale disegno istituzionale è l'obiettivo di una riorganizzazione più efficiente delle infrastrutture del settore (economie di scala e di scopo e riduzione di esternalità negative).

Le Autorità d'Ambito si comportano come delegati degli enti territoriali (comuni e province) che mantengono un certo grado di controllo sulla loro attività attraverso la partecipazione all'Assemblea. Questa costruzione può essere in grado di ridurre in parte l'influenza politica diretta degli eletti (anche se comunque non viene eliminata) cosicché anche questi soggetti soffrono, nell'esercizio della loro attività, delle conseguenze negative derivanti dalla commistione tra funzioni politiche e regolatorie.