

MARIO MIDIRI

SERVIZI PUBBLICI LOCALI E SVILUPPO ECONOMICO: LA CORNICE ISTITUZIONALE

SOMMARIO: 1. Le norme proconcorrenziali del 2008-2009. – 2. Il referendum del giugno 2011 e le sue conseguenze. – 3. La normativa “minima” del 2012. – 4. La gabbia amministrativa per gli enti locali: un ripensamento. – 5. Come costruire le gare. – 6. Obblighi di servizio universale, energie imprenditoriali, sviluppo.

1. *Le norme proconcorrenziali del 2008-2009*

Il tema dei servizi pubblici locali è la cartina di tornasole di una difficoltà istituzionale: come innovare – con il concorso dei diversi livelli di governo – un settore vitale per lo sviluppo economico¹.

Per limitare la gestione domestica (attraverso società in mano pubblica) si susseguono, tra il 2008 e il 2012, norme di decreto legge. L’art. 23 *bis* del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112² richiama i principi del diritto UE e i requisiti sul *controllo analogo*, di produzione giurisprudenziale, e configura l’affidamento diretto quale deroga.

La regola è la gestione del servizio ad opera di un privato imparzialmente selezionato. Si tutela la concorrenza *per il mercato* – che presuppone condizioni di monopolio legale nella gestione del servizio e, pur non realizzando una liberalizzazione, ha valenza pro-concorrenziale³ –

¹ Sulla liberalizzazione dei servizi pubblici locali come misura per stimolare la concorrenza e la crescita economica, v. la lettera della Banca centrale europea al Governo italiano del 5 agosto 2011, sottoscritta da Trichet, presidente uscente, e Draghi, presidente *in pectore* (*Corriere della sera*, 29 settembre 2011). Sul peso di tale lettera, v. MIDIRI, *Crisi e questione amministrativa*, in *Quad. cost.*, 2014, 465 ss.

² L’art. 23 *bis*, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito in l. 6 agosto 2008, n. 133, è modificato da d.l. 25 settembre 2009, n. 135, convertito in l. 20 novembre 2009, n. 166, ed è abrogato dal referendum del 12-13 giugno 2011, al cui esito d.P.R. 18 luglio 2011, n. 113.

³ La concorrenza per il mercato ha valenza pro-concorrenziale perché assicura, attraverso la gara, la contendibilità periodica della concessione dei pubblici servizi o del ruolo di socio delle società miste. L’impresa aggiudicataria opera come monopolista, ma è privata del potere di mercato perché stretta dalle condizioni di gara e dal risultato del confronto concorrenziale. Sulla distinzione tra *competition for the field* e *competition within the field of service*, H. DEMSETZ, *Why regulate utilities?* in *Journal of Law and Economics*, 1968, 55, e prima ancora E. CHADWICK, *Results of Different Principles of Legislation in Europe: of Competition for the Field as Compared with Competition within the Field of Service*, in *Journal of the Statistical Society of*

sempre che non si possa sopprimere ogni privativa⁴.

Debbono sussistere, in primo luogo, i requisiti previsti dall'ordinamento comunitario per la gestione *in house*: la giurisprudenza inaugurata dalla sentenza *Teckal* qualifica l'*in house providing* come fattispecie in cui – sussistendo i requisiti del *controllo analogo*⁵ – non si applicano le regole sui contratti pubblici⁶ e i principi del trattato, nella specie, il divieto di

London, 1859, A22, 381. La periodica gara per il mercato è una formula inferiore di concorrenza; un limitato spazio d'erogazione del servizio, peraltro, non raggiunge la dimensione del mercato rilevante: F. MERUSI, *Le leggi del mercato*, Bologna, Il Mulino, 2002, 76 ss.

⁴ L'esclusione del diritto di privativa per la gestione del servizio è elemento cardine della liberalizzazione. La liberalizzazione non esclude che persistano atti di regolazione a salvaguardia dell'universalità e dell'accessibilità del servizio: A. TRAVI, *La liberalizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 648 ss. Sul carattere obiettivo (e vincolato) di eventuali autorizzazioni ove si realizzi la liberalizzazione del servizio pubblico, Cons. Stato, sez. atti norm., parere 11 giugno 2012, n. 2805, su n. 4717/12 (schema del regolamento d'attuazione dell'art. 4, comma 33-ter, d.l. n. 138/2011). Entra qui in gioco il principio di proporzionalità: Corte giust., sentenze 29 novembre 1956, causa 8/55, *Fédéchar*; 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*; 11 luglio 1989, causa 265/87, *Schröder*; 13 novembre 1990, causa 331/88, *Fedesa*; 5 ottobre 1994, C-133/93, C-300/93 e C-362/93, *Crispoltoni*; 4 ottobre 2004, C-36/02, *OMEGA*. In base alla direttiva 2006/123/CE, in tema di libera circolazione dei servizi, i requisiti per il rilascio dell'autorizzazione devono essere proporzionati; limitazioni e restrizioni sono ammissibili negli stretti limiti in cui siano necessarie per la tutela dell'interesse pubblico: criterio della *necessarietà* della misura, che si aggiunge a quelli della *idoneità* e della *adequatezza* della medesima. Sull'effetto di *spill over*, D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1998.

⁵ Il controllo esercitato dall'autorità concedente sull'ente concessionario è analogo a quello che essa esercita sui propri servizi, e quest'ultimo realizza la parte più importante della propria attività con l'ente che la controlla: Corte giust. 18 novembre 1999, C 107/98, *Teckal*; 11 gennaio 2005, C 26/03, *Stadt Halle e RPL Lochau*; 13 ottobre 2005, C 458/03, *Parking Brixen*, punto 62; 13 novembre 2008, C 324/07, *Coditel Brabant*, punto 26.

⁶ Corte giust., sentenze *Teckal*, cit., punti 49-50; 11 gennaio 2005, causa C 26/03, *Stadt Halle*; 13 gennaio 2005, C 84/03, *Comm./Spagna*, punto 39, e *Parking Brixen*, cit., n. 61, sulla situazione peculiare dell'autorità che svolge i compiti di interesse pubblico «mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza far ricorso ad entità esterne», che giustifica la mancata applicazione – nel settore degli appalti pubblici e delle concessioni di pubblici servizi – del principio di parità di trattamento e delle sue specifiche manifestazioni: divieto di discriminazione fondato sulla nazionalità; artt. 43 CE e 49 CE. Non lontana da questa impostazione è Corte cost., sent. 4 maggio 2009, n. 148: nel dichiarare infondata la questione di legittimità relativa ai commi 27 e 29 legge 24 dicembre 2007, n. 244, sottolinea che essi rafforzano la distinzione tra l'esercizio della attività amministrativa in forma privatistica (posta in essere da società che operano per una pubblica amministrazione con effettivo carattere di strumentalità, configurandosi nei fatti quali mere modalità organizzative per l'esercizio di compiti tipici dell'ente) e l'esercizio dell'attività d'impresa da parte degli enti pubblici, mirando ad evitare che quest'ultima possa essere svolta beneficiando dei privilegi dei quali un soggetto può godere in quanto p.a. Si veda anche Cons. Stato, ad. plen., 3 giugno 2011, n. 10.

discriminazione in base alla nazionalità⁷, le libertà di circolazione, di stabilimento, di prestazione dei servizi⁸. L'importante è che il controllo sia effettivo⁹.

L'art. 23 *bis* richiede qualcosa in più: la prova di situazioni eccezionali. L'ente locale che intenda gestire il servizio *in house* deve dimostrare che il contesto territoriale non permette l'efficace ed utile ricorso al mercato. Le determinazioni degli enti locali sono poste sotto il vaglio preventivo, seppur non vincolante, dell'Agcm, che l'art. 21 *bis*, legge 10 ottobre 1990, n. 287 – introdotto dall'art. 35, d.l. n. 201/2011, convertito in l. 214/2011 – dota della legittimazione ad impugnare gli atti che «violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato» e dunque anche quelli che dispongono illegittimamente l'affidamento *in house*. L'azione non vale solo per la tutela *ex post* della concorrenza, ma è strumento di garanzia in senso ampio del mercato (promozione della concorrenza)¹⁰.

⁷ Art. 12 TCE = 18 TFUE. Il principio di parità di trattamento e le sue specifiche manifestazioni valgono nel caso di affidamento ad un terzo; le norme comunitarie in materia di appalti pubblici o di concessioni di pubblici servizi non si applicano quando l'autorità pubblica utilizzi propri strumenti, senza far ricorso a soggetti esterni (Corte giust., sentenza *Stadt Halle*, punto 48).

⁸ Articoli 18 TCE = 21 TFUE; 43 TCE = 49 TFUE; 49 TCE = 56. I requisiti che legittimano l'*in house* sono di stretta applicazione; segue l'inammissibilità di interpretazioni estensive; l'onere di dimostrare la sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano la deroga grava su colui che intenda avvalersene: oltre alla sentenza *Stadt Halle*, punto 46, Corte giust. 6 aprile 2006, C-410/04, *Anav*, punti 23-26.

⁹ L'accento della Corte di giustizia – sentenze cit. – è sulla deroga alle libertà economiche, ammessa solo se sussistano i requisiti di cui sopra. Conf. Cons. Stato, ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1, sulla gestione *in house* come deroga ai principi del diritto comunitario e in part. alla tutela della concorrenza che qui vale come apertura alla concorrenza, da assicurare anche nell'ambito dei servizi pubblici (Corte giust., 13 settembre 2007, C-260/04; 13 ottobre 2005, C-458/03). V. anche Cons. Stato, II, 18 aprile 2007, n. 456; VI, 3 aprile 2007, n. 1514, che si fondano su Corte giust., 6 aprile 2006, C-410/04, *Anav*.

¹⁰ L'Agcm si è avvalsa dell'ampia formula dell'art. 21 *bis* (tutela della concorrenza e del mercato) per censurare il mancato rispetto delle condizioni *Teckal* sull'affidamento *in house* e anche la violazione delle norme sugli aiuti di Stato (artt. 107 e ss., Trattato), che mirano a tutelare – sottolinea l'Autorità – il corretto funzionamento concorrenziale del mercato interno. Ha contestato (assumendo a parametro il divieto di aiuti di Stato: AS 1017 del 1° febbraio 2013: *Roma capitale - affidamento ad Atac s.p.a. del servizio di trasporto pubblico 2013-2019*) la mancata indicazione degli obblighi di servizio pubblico e del valore delle relative compensazioni, che secondo la giurisprudenza *Altmark* (Corte giust., 24 luglio 2003, C-280/00) deve essere calcolato sulla base dei costi di un'azienda media gestita in modo efficiente, in modo da non superare l'importo corrispondente all'effetto finanziario netto equivalente alla somma delle incidenze, positive o negative, dell'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico sulle spese o sulle entrate dell'operatore (*infra*, alla nota 78). Il Comune di Roma non ha ottemperato ai rilievi dell'Autorità, che ha fatto ricorso al Tar. Sarà il g.a. a sciogliere i dubbi che sono sorti

Attraverso la promozione della concorrenza si mira a:

- valorizzare la capacità dei soggetti economici: il patrimonio delle competenze imprenditoriali è strumento della crescita economica¹¹;
- rimediare ai casi di mala gestione: non poche società *in house* (soprattutto nel Mezzogiorno, dove il *gap* infrastrutturale da colmare era invero più ampio) non seguono logiche industriali e registrano deficit di *performance*, in part. nei servizi a rete e per la mobilità;
- contrastare la spinta alla *rent extraction* dall'attività delle imprese pubbliche: sullo sfondo, si affaccia la questione degli effetti della proprietà di beni pubblici sulla conformazione delle *élites* politico-amministrative¹².

sulla legittimazione dell'Agcm a impugnare atti amministrativi assumendo a parametro il divieto di aiuti di Stato. La comunicazione della Commissione del 2009 sull'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali, in G.U. C 85 del 9 aprile 2009, 1, stimola l'attenzione dei giudici nazionali per l'applicazione nei rapporti tra privati della disciplina sugli aiuti di Stato, in part. per le azioni risarcitorie proposte dai terzi che si ritengono lesi da aiuti di Stato illegittimi e le azioni di recupero degli aiuti dichiarati illegittimi. L'Agcm si ritiene legittimata a impugnare sulla base di tale parametro del diritto UE provvedimenti in contrasto con la disciplina sugli aiuti. Ma vi è una difficoltà: la competenza volta a stabilire se un aiuto sia compatibile con la libera concorrenza e con le regole di buon funzionamento del mercato interno è ancorata in capo alla Commissione e non è previsto per gli aiuti un sistema di decentramento delle competenze come quello disciplinato dal regolamento n. 1/2003 a proposito degli illeciti *antitrust*.

¹¹ Sulle valenze dinamiche della tutela della concorrenza per il libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese, Cass. civ., III, 8 febbraio 2013, n. 3080 (che richiama Corte cost., sentenze nn. 270 e 45/2010, 160/2009, 430 e 401/2007): il principio concorrenziale conforma l'ordinamento e interagisce con le norme codicistiche sull'autonomia negoziale e sul controllo di meritevolezza degli interessi regolati convenzionalmente. Sul mercato quale *luogo di competizione* e al tempo stesso di autoaffermazione economica della persona attraverso l'esercizio dell'impresa, Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207. Sulla potenzialità delle liberalizzazioni di aumentare il livello di concorrenzialità dei mercati permettendo ad un maggior numero di operatori economici di competere "valorizzando le proprie risorse e competenze", Corte cost., sent. 20 luglio 2012, n. 200, *diritto*, n. 7.4.

¹² Sulla *rent extraction* da parte degli operatori politici e sul rischio di pratiche clientelari con cattiva gestione del personale e carente conduzione aziendale, D. MÜLLER, *Public Choice III*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2003. Sul *neo patrimonialismo*, G. SAPELLI, *La trasformazione delle società di proprietà comunale*, in *Amministrare*, 2006, n. 1-2, 277: il controllo da parte degli enti locali di società di servizi pubblici che operano sul mercato e che tendono ad acquisire nuovi spazi è strumento di *conquista della proprietà*, utilizzata dalla classe politica per sostenersi, con intreccio di compiti pubblici e attività economiche e possibile l'inquinamento di entrambi i processi. In generale, sul peso degli interessi autoreferenziali, S.N. EISENSTADT, *Paradossi della democrazia: verso democrazie illiberali?* (1999), trad. it., Bologna, Il Mulino, 2002. Sul malfunzionamento delle imprese affidatarie di servizi pubblici in regioni del Mezzogiorno, R. RASSU, G. SAPORITO, *I servizi pubblici nel Mezzogiorno*, in BANCA D'ITALIA, *Mezzogiorno e politiche regionali*, atti del convegno 26-27 febbraio 2009, 383 ss.; ID., *La qualità dei servizi pubblici in Italia* (a cura di F. BRIPI, A. CARMIGNANI, R. GIORDANO), in *Questioni ec.*

Considerato l'assetto delle attribuzioni delineato dal titolo V Cost., il successo di questo disegno richiede una conforme azione amministrativa degli enti locali e soprattutto dei comuni, cui spetta espletare le gare: l'organizzazione dei servizi *di ambito comunale* – ferme le funzioni di programmazione e di coordinamento delle regioni – è una loro funzione fondamentale¹³.

Per assicurare l'effettività delle norme che pongono come regola la gara *per* il mercato, la riforma del 2008-09 affidava all'Autorità garante della concorrenza una funzione consultiva obbligatoria¹⁴.

Soffrono di questa stretta amministrativa¹⁵ i comuni, che rivendicano la missione dei servizi pubblici locali, riconosciuta dall'Unione europea come strumento della coesione sociale e territoriale¹⁶. Avvertono come una morsa il vaglio dell'Autorità, che non si accontenta dell'acquisizione di meri preventivi

finanza, n. 84 (2011), 23 ss., in *www.bancaditalia.it*. Motivo di sofferenza delle società in *house* è la politica «sanguinosa» dei dividendi imposta alle società (effetto a sua volta della stretta finanziaria sui bilanci degli enti locali), che deprimono gli investimenti; di qui la spinta ad aggregare le *utilities* – sul modello della tedesca RWE – diluendo le quote di controllo dei comuni.

¹³ Si veda – richiamando le funzioni fondamentali ai sensi dell'art. 117, 2° comma, lettera p), Cost. – art. 14, comma 27, decreto legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito in legge 30 luglio 2010, n. 122, modificato da art. 19, decreto legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito in legge 7 agosto 2012, n. 135. L'Agcm, fin dalla relazione annuale sul 2006, in *www.agcm.it*, ha denunciato i vantaggi concessi all'impresa pubblica da atti di imperio comunali o da leggi regionali, ipotizzando revocche o rettifiche provvedimenti su impulso dell'Autorità per rimediare agli squilibri originati dal *factum principis*.

¹⁴ In questa nuova funzione dell'Autorità si intravede una valenza regolatoria: F. CINTIOLI, *I servizi di interesse economico generale ed i rapporti tra Antitrust e regolazione*, in *20 anni di antitrust*, a cura di C. RABITTI BEDOGNI e P. BARUCCI, Torino, Giappichelli, 2010, II, 775, 795: «l'Autorità potrebbe tentare di rivendicare questo ruolo nei confronti degli enti locali anche al di fuori della specifica ipotesi prevista dall'art. 23 bis».

¹⁵ All'indomani della riforma si rimprovera al legislatore di avere aggravato, con l'art. 23 bis, gli adempimenti procedurali degli enti locali nel caso di affidamenti *in house*, senza alcuna sicurezza di effetti pro-concorrenziali e di accresciuta efficienza: L. ARNAUDO, *I servizi pubblici, l'antitrust e l'art. 23 bis*, in MCR, 2009, 355, 368.

¹⁶ Art. 14 TFUE, prot. n. 26. Fra i valori dell'Unione rientrano la garanzia di un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento, la promozione dell'accesso universale; si riconoscono le esigenze che discendono da situazioni geografiche e sociali diverse: D. SORACE, *I servizi pubblici economici nell'ordinamento nazionale e europeo*, in *La regolazione dei servizi d'interesse economico generale*, a cura di E. BRUTI LIBERATI e F. DONATI, Torino, Giappichelli, 2010, 11 ss. L'art. 14 TFUE, peraltro, fa salvo l'art. 106 (*ex* 86 TCE): gli Stati membri non possono emanare a favore delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi alcuna misura contraria alle norme dei trattati; valgono le regole della concorrenza anche per le imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento della loro missione.

e richiede un vero e proprio invito al mercato¹⁷. Segue una sfilza di pareri contrari¹⁸ di cui è incerto il seguito nella prassi degli enti.

Era dunque prevedibile una reazione contro la riforma, che supera quasi indenne il giudizio di legittimità costituzionale¹⁹, ma non la prova referendaria.

2. Il referendum del giugno 2011 e le sue conseguenze

Il voto del giugno 2011 catalizza diffuse preoccupazioni sulle modalità di gestione del servizio idrico e determina l'integrale abrogazione della riforma del 2008-09. L'attenzione si era invero focalizzata, durante la campagna referendaria, soprattutto sul servizio idrico («l'acqua bene comune»), recependo

¹⁷ Agcm, pareri 3 settembre 2009, 29 aprile 2009, 10 febbraio 2010, 8 luglio 2010, in *www.agcm.it*.

¹⁸ L'ente locale, previa analisi di mercato, deve dimostrare la sussistenza delle peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento che non permettono l'*efficace ed utile* ricorso al mercato: art. 23 *bis*, commi 3 e 4, d.l. n. 112/2008; art. 2, comma 1, d.P.R. 7 settembre 2010 n. 168, regolamento sui SPL di rilevanza economica. Nel corso del 2009, in 64 casi gli enti non sono riusciti a giustificare l'*in house* attestando le caratteristiche del contesto territoriale; in 11 casi non sussistevano i requisiti *Teckal*; in altri 15 mancavano elementi idonei a verificare l'efficacia della deroga, non risultando sufficienti le generiche indicazioni di carattere qualitativo fornite dagli enti. Sempre nel 2009, in altri 4 casi l'Autorità ha negato la possibilità di procedere a un affidamento diretto poiché: *i*) si trattava di un affidamento simultaneo di più servizi, ammissibile ai sensi di legge soltanto previo espletamento di una gara; *ii*) l'affidamento riguardava una società a capitale misto e, pertanto, la gara doveva caratterizzarsi per il c.d. doppio oggetto; *iii*) vigeva un vero e proprio divieto ai sensi del comma 9 (relazione sull'anno 2009, in *www.agcm.it*). Anche nel 2010 il *trend* è negativo: 25 pareri contrari; 3 favorevoli stante l'esito infruttuoso della gara previamente espletata dall'ente locale. In altri casi (15) non sussistevano i presupposti per applicare l'art. 23 *bis* perché non si configuravano SPL di rilevanza economica. In 3 casi, i servizi risultavano «inidonei a incidere in misura apprezzabile sulle condizioni concorrenziali del mercato interessato». Negativi gli altri pareri resi (*Relazione 2010*, pubblicata come atto parl. XVI leg., doc. XLV n. 4, 229 ss.).

¹⁹ Corte cost., sentenza 17 novembre 2010, n. 325, su ricorso delle regioni, dichiara illegittimo l'art. 23 *bis* nella sola parte in cui rimette alla potestà regolamentare dello Stato l'assoggettamento dei soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno: l'ambito di applicazione del patto di stabilità interno attiene alla materia del coordinamento della finanza pubblica (sentenze nn. 284 e 237/2009, 267/2006), di competenza legislativa concorrente, e non esclusiva statale per la quale soltanto, *ex art.* 117, 6° comma, Cost., lo Stato ha potestà regolamentare: sent. n. 325/2010, *diritto*, n. 12.6. La Corte ha rigettato tutte le altre censure. Per il quadro normativo anteriore alla riforma del 2008-09, G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Il Mulino, Bologna, 2005.

l'istanza di tutela rafforzata dei beni a proiezione intergenerazionale²⁰. Ma richiesta referendaria è atto privo di motivazione: l'intento referendario si desume dalla finalità incorporata nel quesito, ricavabile in base alla sua formulazione ed all'incidenza sul quadro normativo di riferimento: L'accoglimento del quesito determina l'abrogazione dell'intero art. 23 *bis*, d.l. n. 112/2008; non rileva l'intento soggettivo del Comitato referendario: così la Corte costituzionale, nella sentenza 26 gennaio 2011, n. 24²¹.

Ha scarso respiro la reintroduzione di tali norme ad opera del decreto legge di «salvezza finanziaria» 13 agosto 2011, n. 138, il cui art. 4 – tentando di bilanciare i vincoli europei e l'esito del referendum – ripropone la normativa proconcorrenziale con l'importante eccezione del servizio idrico²², limita i diritti di esclusiva e impone agli enti locali di verificare – previo parere dell'Agcm – se sia realizzabile la concorrenza nel mercato²³. La Corte costitu-

²⁰ U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ (a cura di), *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Bologna, Il Mulino, 2007 e il rapporto della Commissione Rodotà sui beni pubblici, nominata dal Ministro della giustizia il 14 giugno 2007 (e *ivi* la previsione della categoria dei beni comuni come «cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona»). Già nel marzo del 2003, S. Cassese, A. Gambaro, U. Mattei, E. Reviglio, avevano presentato al Ministro dell'economia un memorandum sulla nuova disciplina dei beni pubblici, considerati i punti di criticità della normativa codicistica, su cui V. CERULLI IRELLI, *I beni pubblici nel codice civile: una classificazione in via di superamento*, in *Econ. pubbl.*, 1990, 523 ss. Sul nesso di funzionalità dei beni pubblici rispetto al soddisfacimento degli interessi collettivi, Cass., sez. un., 14 febbraio 2011, n. 3665.

²¹ Sono irrilevanti le dichiarazioni rese dai promotori (sentenze nn. 24/2011, 16 e 15/2008, 37/2000, 17/1997). La *ratio* del quesito accolto nel giugno 2011, così obiettivamente, era quella di escludere l'applicazione delle norme, contenute nell'art. 23 *bis*, che limitano rispetto al diritto comunitario le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, quelle di gestione *in house* di pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica (*ivi* compreso il servizio idrico), consentendo, di conseguenza, l'applicazione diretta della normativa comunitaria. L'intento referendario si è quindi tradotto – all'esito del voto popolare – nell'abrogazione dell'intera normativa del 2008-09.

²² L'art. 4, decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito in l. 6 agosto 2011, n. 148, eccettua il servizio idrico assieme alla distribuzione del gas, all'energia elettrica, al trasporto ferroviario regionale, alla gestione delle farmacie comunali: si veda la rubrica di detto art. 4: «adeguare la disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dall'Unione europea». La Corte cost., sentenze nn. 325/2010 e 24/2011, esclude che l'art. 23 *bis*, comma 2, d.l. n. 112/2008, abbia un contenuto comunitariamente vincolato: «l'abrogazione referendaria non comporterebbe alcun inadempimento degli obblighi comunitari».

²³ L'art. 4, d.l. n. 138/2011, e succ. modificazioni, limita i diritti di esclusiva all'ipotesi in cui l'iniziativa economica privata non garantisca un servizio rispondente ai bisogni della comunità; l'ente locale individua, previa analisi di mercato, i settori sottratti alla liberalizzazione; evidenza in una delibera – sottoposta al parere non vincolante dell'Agcm – i benefici che la comunità locale trarrà mantenendo il regime di esclusiva del servizio; il valore economico del ser-

zionale, investita dalle regioni, infligge un duro colpo al disegno concorrenziale: con la sentenza 20 luglio 2012, n. 199, dichiara illegittimo l'art. 4, d.l. n. 138/2011, comprese le modificazioni successive²⁴, perché ripristina e rende addirittura più severa la normativa abrogata, così violando l'art. 75 Cost.²⁵.

La declaratoria d'incostituzionalità colpisce anche la parte dell'art. 4 che promuove la concorrenza nel mercato (comma 1)²⁶ con l'obiettivo di ridefinire i confini della presenza pubblica secondo il nesso di rigorosa strumentalità al fine pubblico perseguito²⁷.

Sull'intero art. 4, nel testo vigente al momento del giudizio, e dunque anche sulla norma suddetta, pesa però la valutazione di elusione del vincolo referendario, non soltanto per la riproposizione di buona parte delle norme abrogate, ma per l'aggravamento dei vincoli posti agli enti locali; aggravamento

vizio *in house* non può comunque superare una rigida soglia di valore, non derogabile (900.000 euro annui, poi abbassati a 200.000). Vengono così aggravati i c.d. requisiti *Teckal*. La Conferenza delle regioni ha osservato nel corso della conversione in legge del d.l. 1/2012 (atto Sen. n. 3110) che il limite di valore per la gestione *in house*, non previsto dal diritto comunitario (e neanche dall'art. 23 *bis*, d.l. n. 112/2008), pone una difficoltà costituzionale.

²⁴ L'art. 4, d.l. n. 138/2011 è modificato da l. 12 novembre 2011, n. 183 (legge di stabilità per il 2012), d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito in l. 22 dicembre 2012, n. 214, c.d. salva Italia, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in l. 24 marzo 2012, n. 27, disposizioni per la concorrenza e la competitività.

²⁵ L'art. 4, d.l. n. 138/2011 non modifica i principi ispiratori della disciplina preesistente ed è "in palese contrasto con l'intento perseguito mediante il referendum abrogativo".

²⁶ Questa norma riprende il testo suggerito dal Consiglio di Stato nel parere reso sullo schema di regolamento attuativo del vecchio art. 23 *bis* (v. sez. atti normativi, parere 24 maggio 2010, n. 2692/10 su affare 2415/2010): il diritto di esclusiva deve essere motivato all'esito di una istruttoria che illustri, per i settori sottratti alla liberalizzazione, i fallimenti del sistema concorrenziale. La "preferenza" per la liberalizzazione troverebbe fondamento – secondo il Consiglio di Stato – nel principio di sussidiarietà orizzontale, secondo una indicazione espressa già da A. D'ATENA, *Sussidiarietà orizzontale e affidamento "in house"*, in *Giur. cost.*, 2008, 5009, che richiama J. ISENSEE, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht. Eine Studie über das Regulatorische Verhältnis von Staat und Gesellschaft*, Berlin, Duncker & Humblot, 1968, 75 ss.

²⁷ Cons. Stato, ad. plen., 2 maggio 2011, n. 10: è espressione di un principio generale che ha fondamento nell'ordinamento UE la norma di legge che impone specifico divieto alle amministrazioni pubbliche di costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi *non strettamente necessarie* per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, o di assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società (art. 3, comma 27, legge n. 244/07), e ciò al fine di tutelare la concorrenza ed il mercato. Si obietta che il diritto UE serba un atteggiamento di neutralità tra proprietà pubblica o privata delle imprese ed impone soltanto che l'impresa pubblica non goda di ingiustificati privilegi: A. AULETTA, *Note in tema di capacità di diritto privato delle amministrazioni pubbliche*, in *www.giust.amm.it*. Ma la missione d'interesse generale non può divenire strumento per eludere i principi generali (giurisprudenza della Corte del Lussemburgo cit. *supra*).

non compensato dall'esclusione del servizio idrico. L'art. 4 rende «ancor più remota l'ipotesi dell'affidamento diretto dei servizi»²⁸.

La Corte ha forse trascurato che in sede di preliminare analisi di mercato l'ente locale avrebbe potuto concludere la verifica nel senso di mantenere il regime di esclusiva del servizio, senza escludere necessariamente l'*in house*, sussistendone le condizioni; lo stesso parere dell'Agcm sulla delibera quadro dell'ente era obbligatorio, ma non vincolante²⁹. Ci si può dunque chiedere perché la Consulta non abbia esplorato la strada dell'illegittimità costituzionale parziale. Due sono le presumibili ragioni:

a) sul piano formale, la norma sulla concorrenza nel mercato (art. 4, comma 1, d.l. n. 138/2011) ha un antecedente nel comma 10 dell'art. 23 *bis*, lettera g), che pone i criteri per l'esercizio della potestà regolamentare *ex art.* 17, comma 2, legge 23 agosto 1988, n. 400, e nel conseguente regolamento del 2010³⁰; una volta identificato l'intento referendario nella volontà di abrogare le norme dell'art. 23 *bis* che limitano rispetto al diritto comunitario le ipotesi di

²⁸ Sent. n. 199/2012, *cons. diritto*, n. 5.2.1: l'art. 4, d.l. n. 138/2011 non solo limita l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui la libera iniziativa economica privata non risulti idonea, ma la ancora anche al rispetto di una soglia commisurata al valore dei servizi stessi, il superamento della quale (900.000 euro, nel testo originario; 200.000 euro, nel testo vigente del comma 13) esclude la possibilità di affidamenti diretti.

²⁹ La legge di stabilità per il 2012, n. 183/2011, integra il testo dell'art. 4, d.l. n. 138/2011 al fine di realizzare un sistema liberalizzato dei servizi pubblici locali attraverso la piena concorrenza nel mercato. Ma il processo di liberalizzazione è subordinato alla garanzia dell'universalità ed accessibilità del servizio. Nella delibera quadro l'ente locale avrebbe potuto evidenziare, per i settori sottratti alla liberalizzazione, i benefici per la comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio.

³⁰ L'art. 23 *bis*, d.l. n. 112/2008, comma 10, lettera g), pone fra i criteri per l'esercizio della potestà regolamentare del Governo, il seguente: «limitare, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale e razionalità economica, i casi di gestione in regime d'esclusiva dei servizi pubblici locali, liberalizzando le altre attività economiche di prestazione di servizi di interesse generale in ambito locale compatibili con le garanzie di universalità ed accessibilità del servizio pubblico locale». Il regolamento conseguente (d.P.R. 7 settembre 2010 n. 168, art. 2, comma 1) prevede che gli enti locali circoscrivano l'attribuzione di diritti di esclusiva ai soli casi in cui – in base ad un'analisi di mercato – l'iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità; l'ente adotta una delibera quadro che illustra l'istruttoria compiuta ed evidenzia, per i settori sottratti alla liberalizzazione, i fallimenti del sistema concorrenziale e, viceversa, i benefici per la stabilizzazione, lo sviluppo e l'equità all'interno della comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio (l'inserimento del comma è proposto dal Cons. Stato, sez. atti normativi, parere 24 maggio 2010 n. 2692: «l'impulso proveniente dall'Unione europea è di favorire in prima istanza l'iniziativa privata nell'erogazione dei servizi pubblici valorizzando, in caso di inefficacia, le istanze più vicine ai cittadini, gli enti locali, che peraltro procedono ordinariamente allo svolgimento dei servizi loro spettanti tramite affidamento a terzi»).

affidamento diretto (sent. n. 24/2011), anche il comma 1 dell'art. 4, che richiedeva la verifica preliminare sul regime di esclusiva, è travolto dal complessivo giudizio negativo sull'art. 4: esso riproduce «la medesima *ratio* di quella abrogata» e in taluni punti la aggrava;

b) anche sul piano temporale la Corte ravvisa un segno dell'elusione del vincolo referendario (“*a distanza di meno di un mese* dalla pubblicazione del decreto dichiarativo dell'avvenuta abrogazione dell'art. 23 *bis*, d.l. n. 112/2008, il Governo è intervenuto nuovamente sulla materia”). Giova un'osservazione: il vincolo referendario ha natura negativa ed è limitato nel tempo. Il divieto di formale o sostanziale ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare non preclude affatto al legislatore di intervenire nella materia oggetto di *referendum*; non vi sono, al riguardo, limiti particolari che non siano quelli connessi al divieto di far rivivere la normativa abrogata. Nel sindacato di costituzionalità della normativa di ripristino (reputato ammissibile da ord. n. 9/1997, sentenze nn. 468/1990, 32 e 33/1993), la Corte si riserva di ponderare se non si siano verificati, successivamente all'abrogazione referendaria, un mutamento del quadro politico o fatti nuovi tali da giustificare la reintroduzione della normativa abrogata. Esclude che vi siano fatti nuovi, tali da giustificare siffatta reintroduzione.

Ma in questa storia vi era un invitato di pietra: la Banca centrale europea, con la lettera del 5 agosto 2011, di risposta alla richiesta italiana di sostegno sul mercato dei *bond*³¹. L'art. 4, decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138 ne recepisce le indicazioni pur senza menzionarla nel preambolo (la lettera non è stata comunicata alle Camere). Silente il Governo nel corso del giudizio, si può ritenere che l'emergenza dell'agosto 2011 e le prescrizioni della famosa lettera non hanno determinato, agli occhi del giudice costituzionale, un mutamento del quadro ordinamentale tale da giustificare la riproposizione della normativa abrogata dal referendum.

La sentenza n. 199/2012 censura quella che a molti era apparsa una forzatura – la riproposizione della normativa abrogata dopo soltanto 23 giorni – seppur giustificata dalle travagliate cronache istituzionali e finanziarie dell'agosto 2011. Ma il divieto di ripristino è un vincolo necessariamente delimitato, in ragione del suo carattere negativo³². La Corte rivendica un potere

³¹ Le misure richieste dalla Bce nella lettera del 5 agosto 2011 – tra cui la “piena liberalizzazione dei servizi pubblici locali attraverso privatizzazioni su larga scala” – condizionavano il rinnovo degli interventi di sostegno sul mercato dei *bond*.

³² V. sul punto M. LUCIANI, *Il referendum abrogativo*, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. BRANCA e A. PIZZORUSSO, Bologna-Roma, Zanichelli, Soc. ed. Foro it., 2005, il quale sottolinea che l'abrogazione è il precipitato di considerazioni di mera opportunità, la cui mutevolezza mal si concilia con la rigida fissazione di rigidi limiti giuridici.

di apprezzamento in base ai dati offerti dallo sviluppo ordinamentale in cui l'abrogazione viene a collocarsi. Come ricorda in altra sentenza, nell'organizzazione costituzionale non vi sono luoghi o sedi in cui la sovranità popolare abbia ad insediarsi esaurendovisi (Corte cost., 12 aprile 2002, n. 106).

3. La normativa "minima" del 2012

Dopo la sentenza n. 199/2012 sono applicabili, nel loro svolgimento giurisprudenziale, i principi comunitari che pongono le regole concorrenziali minime per l'affidamento della gestione del servizio (Corte cost., sentenze nn. 24 e 320/2011). Sono le corti a distillare requisiti concreti e vicini all'esperienza pratica, tali da aumentare la prevedibilità delle decisioni giudiziarie³³.

Cosa resta a livello di legislazione di settore?

Vi è l'art. 3 *bis*, d.l. n. 138/11, inserito da art. 25, d.l. n. 1/2012, convertito in l. n. 27/2012, sulla riorganizzazione dei spl a rete in ambiti o bacini territoriali ottimali, volta a conseguire economie di scala e di differenziazione³⁴. È caduta la norma, collegata alla ridefinizione dei bacini territoriali, che ammet-

³³ Sul concetto di controllo analogo la Corte del Lussemburgo ha svolto un'opera preziosa per salvaguardare l'effettività del diritto europeo senza compromettere le specificità ordinamentali degli Stati membri: C. JENNERT, *Das Urteil Parking Brixen*, in *Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht* (NZBau) 2005, 625 s., a commento della sentenza *Parking Brixen*. Sulla elaborazione di questi principi v. le *Conclusioni* dell'Avvocato generale nella causa C 324/07, *Coditel Brabant*.

³⁴ La definizione di ambiti o bacini territoriali ottimali assicura affidamenti con gara più efficienti (si estende il perimetro del mercato). Non sempre la dimensione comunale configura infatti una dimensione di mercato: non è detto che la sfera in cui si muovono i poteri comunali (si pensi alla frammentazione del nostro assetto comunale) costituisca un'area nella quale le imprese possano agire in concorrenza. La mediazione raggiunta in sede di conversione del d.l. n. 1/2012 (legge n. 27/2012) consente alle regioni di individuare bacini di dimensione diversa da quella provinciale, motivando la scelta in base a criteri di differenziazione territoriale e socio-economica e in base a principi di proporzionalità, adeguatezza ed efficienza (art. 3 *bis*, d.l. n. 138/2011, conv. in l. 148/2011, *ivi* inserito dal d.l. n. 1/2012, conv. in legge n. 27/2012). Gli enti che costituiscono tali ambiti o bacini acquisiscono un elemento di virtuosità ai fini del patto di stabilità, ai sensi dell'art. 20, comma 2, decreto legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito in legge 15 luglio 2011, n. 111. Sul mercato rilevante come discrimine per l'applicazione dei principi comunitari di trasparenza e di parità di trattamento, v. le *Conclusioni* dell'Avv. gen. Stix-Hackl nella causa C-532/03, *Comm./Irlanda* (14 settembre 2006) dove, richiamata la giurisprudenza *Coname*, si pone l'onere della prova a carico della Commissione. La Corte, grande sezione, 18 dicembre 2007, causa cit., ha respinto il ricorso della Commissione: la semplice esistenza, fra due enti pubblici, di un meccanismo di finanziamento riguardante servizi non implica che le prestazioni dei servizi stessi rappresentino un'aggiudicazione di appalti pubblici soggetta alle norme del Trattato; la Commissione non si può basare su presunzioni.

teva in via transitoria l'affidamento *in house* a società sorta dall'integrazione di preesistenti gestioni³⁵.

In questa situazione – che non è propriamente di vuoto, ma di rarefazione normativa – il decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito in legge 17 dicembre 2012, n. 221, art. 34, introduce tre disposizioni:

- a) la pubblicità e l'obbligo di motivazione delle decisioni assunte degli Enti locali;
- b) un termine certo per la scadenza degli affidamenti in atto;
- c) lo svolgimento di gare d'ambito per la gestione dei servizi pubblici a rete.

a) La sentenza n. 199/2012 non esime dal rispetto dei requisiti *Teckal*. Il decreto-legge esplicita l'obbligo di motivare la scelta operata per garantire adeguata informazione alla collettività, indicando gli obblighi di servizio pubblico e di servizio universale, nonché le compensazioni economiche, se previste. Si è mossa l'obiezione che, in tale modo, riemerge un trattamento giuridico di sospetto nei confronti dell'*in house*, mentre non vi è onere di motivazione per la decisione di indire la gara per l'affidamento del servizio. Ma si è visto che la giurisprudenza europea qualifica l'*in house providing* come fattispecie di stretta interpretazione. Posto che il vincolo comunitario, in tema di affidamento della gestione dei servizi pubblici, costituisce solo un minimo inderogabile, il legislatore nazionale può introdurre oneri e vincoli ulteriori sulle modalità di tale affidamento – e quindi specifici obblighi di motivazione – al fine di favorire l'assetto concorrenziale (Corte cost., sentenza n. 325/2010).

b) Per innescare un processo di trasparenza e di controllo diffuso, l'art. 34, d.l. n. 179/2012 obbliga gli enti locali ad inserire nel contratto di servizio – e negli altri atti che regolano il rapporto – un termine di scadenza, ove esso non risulti già da detti atti. Il fine della norma è chiaro: si vuole scoraggiare una proroga a tempo indeterminato e le proroghe tacite. È prevista, come sanzione in caso di comportamenti omissivi, la cessazione dell'affidamento³⁶.

c) Si è già detto dell'art. 3 *bis*, d.l. n. 138/2011, che richiede la gestione in ambiti o bacini territoriali ottimali dei SPL in rete, in nome di esigenze di efficienza ed economicità del servizio. Tutte le funzioni di organizzazione – e

³⁵ Art. 25, d.l. n. 1/2012, conv. in l. n. 27/2012, che modifica art. 4, comma 32, d.l. n. 138/2011. Si intendeva favorire il passaggio a nuovi aggregati industriali, in grado di assicurare maggiore efficienza gestionale in un mercato allargato e di affrontare le future gare d'ambito una volta realizzata la liberalizzazione: C. PASSERA, ministro dello sviluppo economico, *Repubblica*, 7 febbraio 2012.

³⁶ Il termine di cui all'art. 34, comma 21, d.l. 179/2012, conv. in l. 17.12.2012, n. 221, è stato prorogato al 31 dicembre 2014 dal d.l. 30 dicembre 2013, n. 150, convertito in l. 27 febbraio 2014, n. 15, c.d. "mille proroghe".

quindi anche la scelta della forma di gestione e il relativo affidamento, nonché la determinazione delle tariffe – sono esercitate dagli enti di governo degli ambiti o bacini ottimali, cui gli enti locali partecipano obbligatoriamente; in caso di inerzia interviene in via sostitutiva la regione³⁷.

Chi tende a vedere il bicchiere mezzo vuoto, arriverà alla conclusione che si tratta di un intervento veramente minimo: lo sforzo ambizioso che era stato perseguito per promuovere la concorrenza *nel* mercato, liberalizzando ove possibile (e restringendo di conseguenza le riserve di esclusiva) non trova riscontro nelle norme che abbiamo esposto. E non va trascurata la deroga per gli affidamenti diretti alle società a partecipazione pubblica, assentiti alla data del 1° ottobre 2003, che risultino quotati in Borsa a tale data. Detti affidamenti cessano fisiologicamente alla scadenza prevista nel contratto di servizio e – se non è fissata scadenza – al 31 dicembre 2020. Prosegue così la tendenza legislativa a porre un trattamento speciale per le società quotate: ma sul fondamento di questo indirizzo bisognerebbe riflettere, e verificare se l'essere quotati in Borsa (e dunque contendibili) giustifichi – e fino a che punto – la deroga.

Realisticamente non si poteva chiedere di più da un intervento d'urgenza, fin quando non vi pongano le basi per una rinnovata cooperazione tra Stato, regioni ed enti locali che eviti nuovo contenzioso e consenta un'adeguata ponderazione degli interessi in gioco.

4. La gabbia amministrativa per gli enti locali: un ripensamento

Il referendum del 2011 ha interrotto l'indirizzo legislativo affermatosi a partire dal 2001 con il divieto di gestione diretta del servizio mediante azienda speciale o in economia³⁸ e ha riaperto il dibattito sulle ragioni ispiratrici della

³⁷ Secondo quanto precisato dall'art. 1, commi 609 ss., legge 23.12.2014, n. 190 (legge di stabilità 2015), che introduce modifiche all'art. 3-*bis* d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito in l. 14 settembre 2011, n. 148 (l'art. 3-*bis* è introdotto dall'art. 25, comma 1, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. in l. 24 marzo 2012, n. 27).

³⁸ Artt. 35, comma 8, legge 28 dicembre 2001, n. 448, e 14 d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito in legge 24 novembre 2003, n. 326, modificativo dell'art. 113 testo unico enti locali. Su tale indirizzo e sulla sua continuità, prima del referendum, Corte cost., sent. n. 325/2010. Si è ipotizzata l'abrogazione implicita del divieto della gestione diretta per effetto del referendum, che avrebbe mutato il contesto normativo; tuttavia gli artt. 35, comma 8, l. n. 448/01 e 14, d.l. n. 269/03 non sono stati inclusi nel quesito e non sono oggetto dell'abrogazione referendaria. Altri prospettano un regime speciale per il servizio idrico argomentando dalla *ratio* politico-istituzionale del referendum; ma per la Corte sono irrilevanti le dichiarazioni rese dai promotori; l'intento referendario si desume dalla finalità incorporata nel quesito, obiettivamente ricava-

riforma del 2008-09 e della sua riedizione del 2011 (art. 4, decreto legge n. 138), che così possono riassumersi:

a) un modello tendenzialmente universale, valevole – salvo eccezioni – per tutti i SPL di rilevanza economica³⁹;

b) l'imposizione di adempimenti amministrativi a carico degli enti locali, con l'ulteriore rigidità di una soglia di valore per l'*in house providing*, non richiesta dal diritto UE⁴⁰;

c) il ruolo di monitoraggio dell'Agcm, titolare di una funzione consultiva preventiva, benché non vincolante, e del potere d'impugnativa innanzi al g.a. ex art. 35, decreto legge n. 201/2011, introduttivo dell'art. 21 *bis*, legge n. 287/1990 (e qui compare il giudice amministrativo quale organo di chiusura per dare tutela effettiva al principio concorrenziale).

Erano emersi dubbi – già prima del referendum – su questa stretta amministrativa⁴¹.

bile in base alla sua formulazione ed all'incidenza sul quadro normativo (Corte cost., sentenze nn. 24/2011, 16 e 15/2008, 37/2000, 17/1997). Dopo il referendum è riemersa – per la gestione del servizio idrico – la figura dell'azienda speciale (Napoli: azienda Abc, Acqua bene comune), con i problemi messi in luce da G. CAIA, *Affidamento del servizio idrico integrato ad aziende speciali*, in *Foro amm. TAR*, 2012, 02, 663. Dopo il referendum, la Corte cost. ha dichiarato illegittima la legge della regione Puglia che costituiva l'azienda Acquedotto pugliese, ad essa trasferendo il personale della s.p.a. Acquedotto pugliese, per violazione della riserva di competenza legislativa esclusiva dello Stato nelle materie dell'ordinamento civile e della tutela della concorrenza e dell'ambiente: sent. 21 marzo 2012, n. 62, *diritto*, n. 4, che richiama le sentenze nn. 187/2011, 128/2011, 325/2010, 142/2010, 307/2009, 246/2009.

³⁹ Ma con le eccezioni già richiamate: il servizio idrico assieme alla distribuzione del gas, all'energia elettrica, al trasporto ferroviario regionale, alla gestione delle farmacie comunali (art. 4, d.l. n. 138/2011, convertito in l. n. 148/2011).

⁴⁰ Per una ricognizione di quanto è comunitariamente vincolante in questo ambito, Corte cost., sentenza n. 325/2010.

⁴¹ L'indirizzo legislativo teso a contrastare il ricorso all'*in house* e a favorire il processo di liberalizzazione è stato però avallato da Corte cost. n. 325/2010. Scettico sulla effettiva capacità proconcorrenziale dell'art. 23 *bis* è ARNAUDO, *Servizi pubblici, antitrust*, cit. Sulla sent. 325/2010 convergono le critiche di E. STICCHI DAMIANI, *Il riparto di competenze tra Stato e Regioni in tema di servizio idrico integrato*, in *Analisi giur. econ.*, 2010, n. 1, 143, 173 ss. e di A. LUCARELLI, *Prmissime considerazioni sulla sent. 325/10*, in *www.rivistaaic.it*: per il primo, la sent. n. 325 non è sorretta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia sull'*in house*; per il secondo, l'art. 23 *bis* non lascia margine al *regime dell'eccezione* che è parte sostanziale del modello delineato dall'art. 106, comma 2, TFUE; la sent. 325 ignora la *preemption* comunitaria e il suo effetto preclusivo bidirezionale. Può obiettarsi che la *preemption* vale nel solo caso in cui la norma comunitaria esaurisce l'area di intervento normativo con regole esaustive, che precludono qualsiasi intervento statale: Corte giust. 8 settembre 2009, C 478/07. Ora, l'art. 106, comma 2, TFUE e il protocollo n. 26 non pongono una disciplina esaustiva, ma prefigurano un bilanciamento degli interessi rilevanti che non si esaurisce una volta per tutte. La Corte, nella sent.

L'imposizione di una "gabbia procedurale" per le determinazioni organizzative degli enti locali rende difficile la considerazione delle peculiarità situazionali. Il timore è che l'enfasi sulle forme competitive di affidamento ponga in ombra la garanzia dei destinatari dei servizi⁴², che è il vero motivo conduttore della vicenda referendaria del 2011.

Nell'attuazione dell'art. 23 *bis* era affiorato, invero, un divario allarmante tra il disegno riformatore e la prassi, spia di una difficoltà di parte del sistema locale ad attuare il disegno proconcorrenziale. È significativo che i pareri espressi dall'Agcm in base all'abrogato art. 23 *bis* siano quasi tutti negativi. Si è rivelata impegnativa, in particolare, la previsione relativa all'espletamento dell'analisi di mercato sulle caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento che non permettono l'efficace ed utile ricorso al mercato. Non meno faticosa si sarebbe rivelata per gli enti locali di piccole dimensioni la norma volta a promuovere la concorrenza nel mercato (art. 4, comma 1, d.l. n. 138/2011).

Pesano le difficoltà operative degli enti locali e l'instabilità normativa.

Per le prime, è in atto un processo per superare la frammentazione comunale: dopo la normativa introdotta con i decreti legge del periodo 2010-2012⁴³, la legge 7 aprile 2014, n. 56 (art. 1, commi 105 ss.) modifica la disciplina delle

325, riconosce che la disciplina dei SIEG e quella interna dei SPL divergono sulle condizioni per l'affidamento diretto *in house*, essendo le norme introdotte dell'art. 23 *bis* più rigorose (F. TRIMARCHI BANFI, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 1073 ss.; D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato mercato e welfare nel diritto UE*, Milano, Giuffrè, 2010 e R. CARANTA, *Il diritto UE sui SIEG*, in *Le Regioni*, 2011, 1175 ss.), ma esclude che questo scostamento determini una incompatibilità con il diritto UE, il quale *consente* – ma *non impone* – agli Stati membri la gestione diretta, fermo in ogni caso il rispetto delle condizioni *Teckal*; lo Stato italiano – conclude la Corte – ha usufruito del margine di scelta per vietare, di regola, la gestione diretta dei SPL.

⁴² M. CAMMELLI, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, in *La regolazione dei servizi*, cit., 127, 139. Sulla rilevanza dei servizi d'interesse economico generale ai fini della coesione sociale, v. art. 14 TFUE e protocollo n. 26 sui servizi d'interesse generale. In generale, E. OSTROM, *The Challenge of Common-Pool Resources*, in *Environment: Science and Policy for Sustainable Development*, 2008, 50, 4, 8 ss.; ID., *Beyond Markets and States: Polycentric Governance of Complex Economic Systems*, in *Am. ec. rev.*, 2010, 100, 3, 641 ss.

⁴³ Sull'unione coattiva con unificazione degli esecutivi v. l'art. 16, d.l. 138/2011, che lasciava aperta la strada della convenzione solo con il *placet* del Ministero dell'interno; i comuni tra 1000 e 5000 abitanti hanno libertà di scelta tra l'unione e la convenzione; art. 14, commi 25-31, d.l. n. 78/2010, convertito in l. 122/2010, modificato da d.l. 138/2011; art. 19, d.l. n. 95/2012, convertito in l. n. 135/2012, c.d. *spending review*, novella parzialmente l'art. 16, d.l. n. 138/2011, sull'esercizio in forma associata dei SPL o mediante unione dei comuni o mediante convenzione ai sensi dell'art. 30 Tuel. La legge n. 56/2014, art. 1, comma 104, ha abrogato i commi 4, 5 e 6 dell'art. 19 del decreto-legge n. 95/2012, e i commi da 1 a 13 dell'art. 16 del decreto-legge n. 138/2011: v. la nota che segue.

formule associative per la gestione congiunta e rivede l'unione dei comuni, anticipando sul piano funzionale un processo evolutivo che dovrebbe consentire il passaggio dall'associazione alla fusione⁴⁴.

Quanto all'instabilità della disciplina in tema di servizi pubblici locali⁴⁵, la sentenza n. 199/2012 porta ad una pausa nel vortice di aggiustamenti normativi degli ultimi anni, e suggerisce di sperimentare diversi e concorrenti strumenti al fine di aumentare il grado di trasparenza e l'assunzione di responsabilità da parte dei diversi attori istituzionali⁴⁶.

Vi è, innanzitutto, la responsabilità politica degli amministratori locali: per funzionare, ha però bisogno della trasparenza delle scelte organizzative e del riscontro dei risultati della gestione. È utile – ma non sufficiente – l'obbligo previsto dalla normativa del 2012 di motivare le determinazioni sulle modalità di gestione dei SPL, specificando gli obblighi di servizio pubblico e di servizio universale e le compensazioni economiche⁴⁷. Vi è poi il pericolo dei conflitti di interesse: la responsabilità politica degli amministratori di per sé non li previene. Anche la giurisprudenza conferma gli effetti a danno degli utenti provocati dalla commistione di ruoli⁴⁸. A ragione si insiste quindi sulla qualità del-

⁴⁴ Com'è noto, la legge n. 56/2014 interviene anche sul livello istituzionale di "area vasta" (città metropolitane, istituite dalla legge stessa; trasformazione della provincia in ente di secondo grado), dopo che la normativa di riforma del biennio 2012-2013 è stata annullata dalla sentenza della Corte cost. n. 220/2013: v. su questo M.P. GUERRA, *Assetti istituzionali e ambiti territoriali ottimali nel processo di riforma dell'amministrazione locale*, in questo volume, *infra*.

⁴⁵ Un allarme sull'instabilità della disciplina dei SPL già in F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Il Mulino, Bologna, 1990. Sul diritto amministrativo di breve durata, Y. GAUDEMET, *Cinquant'anni di diritto amministrativo francese*, in *Le nuove mete del diritto amministrativo*, a cura di M. D'ALBERTI, Bologna, Il Mulino, 2010, 115, 134 ss., sulle *lois expérimentales* e sull'uso della legge come *instrument de communication politique*. Richiamano l'attenzione sui costi per gli operatori economici delle norme "che vivono soltanto sui giornali", M. CLARICH e B.G. MATTARELLA, *Leggi più amichevoli per la crescita economica*, in *Quad. cost.*, 2010, 817.

⁴⁶ Un assestamento della prassi ridurrebbe le tensioni ancora in atto e potrebbe favorire l'adozione di norme proconcorrenziali per singoli settori su cui Agcm, segnalazione 2 ottobre 2012, AS 988, e il rapporto della Commissione presidenziale sulle riforme dell'aprile 2013, cit.

⁴⁷ Art. 34, d.l. n. 179/2012: *supra*, par. 3.

⁴⁸ Si veda ad es. Cons. Stato, VI, 27 ottobre 2011, n. 5788, che riforma TAR Toscana, II, n. 6863/10. Il Tar aveva negato al CO.VI.RI. (Comitato vigilanza risorse idriche) il potere di impartire prescrizioni nell'esercizio della funzione di controllo ex art. 161 d.lgs. n. 152/06. Questa la vicenda: l'Autorità di ambito riconosce al gestore una somma a titolo transattivo imputandolo a tariffa; il Comitato dispone che l'A.A.T.O. recuperi detta somma perché il concetto di servizio idrico integrato ricomprende le attività necessarie al trasferimento della risorsa idrica dal luogo di captazione all'utente e ogni altra attività tecnica, gestionale e amministrativa che renda fruibile il servizio; le attività oggetto di transazione già rientravano nel s.i.i. e al gestore non andava riconosciuto – a danno dell'utenza – alcun margine di guadagno ulteriore a quanto stabilito dal metodo normalizzato. Il Consiglio di Stato sottolinea che vi è un conflitto d'interessi immanen-

la regolazione in tutti i servizi pubblici locali⁴⁹.

Un compito delicato spetta in questa fase all'Autorità garante della concorrenza. Essa può far uso dei suoi poteri – contestando ad es. l'abuso di posizione dominante – per delimitare in senso restrittivo il perimetro della privativa comunale, garantendo la liberalizzazione anche di singoli segmenti di mercato⁵⁰. È agevolata dalle denunce che le trasmettono i privati per sollecitare l'apertura di un'istruttoria⁵¹.

Frequente è l'esercizio da parte dell'Autorità del potere di segnalazione nei confronti degli enti locali, richiamati al rispetto dei requisiti *Teckal* e degli obblighi di trasparenza e di motivazione espressamente posti dalla normativa del 2012⁵². Si è pure ventilata la possibilità di ravvisare una responsabilità per illeciti antitrust dell'ente che controlla la società *in house* (abuso di posizione dominante; intese tra gli enti locali controllanti): si fa leva sul carattere economico dell'attività per cercare di superare il diaframma giuridico tra il soggetto pubblico controllante e la società *in house*⁵³.

te: le parti dell'atto transattivo sono controllate dagli stessi enti territoriali comunali; l'astrattezza della causa giuridica connotante le attribuzioni patrimoniali scaturenti da un accordo transattivo «rende difficile verificare la natura reale – anziché fittizia (o parzialmente fittizia) – di una vertenza dichiarata, non ancora formalizzata».

⁴⁹ Sul rischio di cattura del regolatore, BANCA D'ITALIA, *La qualità dei servizi pubblici locali*, paper, gennaio 2012, n. 84; F. KOSTORIS PADOA SCHIOPPA, a cura di, *Le autorità indipendenti e il buon funzionamento dei mercati*, Milano, ed. Sole 24-Ore, 2002.

⁵⁰ V., ad es., l'atto di avvio dell'istruttoria, ai sensi dell'art. 14, l. n. 287/1990, A444, del 12 dicembre 2012, e le segnalazioni AS550 del 1° luglio 2009, AS 696 del 26 maggio 2010, AS879 del 15 settembre 2011, sui limiti della privativa dei comuni nel settore della gestione dei rifiuti solidi urbani, che l'Agcm nega possa estendersi al recupero dei rifiuti solidi urbani e assimilati; così è interpretato l'art. 198, comma 1, d.lg. n. 152/2006 (testo unico ambientale).

⁵¹ Non si trascuri l'impatto dei poteri ispettivi dell'Autorità, esercitati attraverso il Nucleo speciale tutela dei mercati della Guardia di finanza: artt. 10, comma 4, 14, comma 3, l. n. 287/1990, art. 54, comma 4, l. n. 52/1996, art. 3, d.lg. n. 68/2001. Di rilievo anche le richieste di partecipazione al procedimento di imprese diverse da quella che ha fatto la segnalazione iniziale. L'arricchimento del procedimento istruttorio può allungare i tempi della decisione finale, ma arricchisce certamente il numero e l'attendibilità delle informazioni acquisite e sorregge la decisione in caso di impugnazione innanzi al g.a.

⁵² V. Agcm, 25 ottobre 2013, AS1092, *Monza e Brianza, servizio idrico integrato secondo il modello in house*, in *www.agcm.it*.

⁵³ La responsabilità antitrust è delle imprese. Ma si osserva che la nozione d'impresa è funzionale, si correla alla natura delle attività svolte ed è indifferente a quella dell'operatore. Essendo basilare il profilo economico delle attività, è possibile sfilare attività d'impresa da un *bundle* di competenze di una autorità pubblica per ascrivervi specifiche responsabilità antitrust (Corte giust., dalla causa *Höfner a Selex*). Nel caso di gestione di SPL posta in essere da società interamente controllata dall'ente locale, l'attività d'impresa sarebbe da ricondurre non alla società strumentale, bensì direttamente al controllante pubblico: ARNAUDO, *I servizi pubblici*, cit., 368 ss.

Con prudenza, l'Agcm ha esercitato infine il potere d'azione *ex art. 21 bis*, legge n. 287/1990⁵⁴: ha impugnato atti di affidamento diretto carenti dei requisiti *Teckal*, utilizzando l'ampia formula dell'art. 21 *bis* – «violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato» – per censurare la mancata indicazione degli obblighi di servizio pubblico e del valore delle relative compensazioni⁵⁵.

In un contesto ordinamentale che interiorizza come principio costituzionale la tutela della concorrenza e salvaguarda al tempo stesso il principio di coesione, questi strumenti – coniugandosi con l'azione svolta dal regolatore di settore⁵⁶ – possono delineare una posizione di responsabilità dell'ente locale.

Riconoscere uno spazio di autodeterminazione dell'amministrazione per le modalità di fornitura del servizio (e la scelta del gestore) non esclude quindi la previsione di rimedi ed anche di sanzioni in caso di violazione dei principi a

⁵⁴ V. le relazioni annuali dell'Agcm 26 giugno 2012 e 18 giugno 2013, in *www.agcm.it*. Nel corso del 2012 ha emesso 18 pareri ed ha promosso soltanto 4 ricorsi dinanzi al g.a., ai sensi dell'art. 21 *bis*. Interessante anche il seguito dato alle segnalazioni dell'Agcm su leggi regionali anticoncorrenziali (art. 4, d.l. n. 1/2012): nel 2012 sono stati resi al Presidente del Consiglio 18 pareri su leggi regionali sospettate d'incostituzionalità. La sent. n. 27/2013 è la prima pronuncia d'incostituzionalità di una legge regionale, di cui l'Autorità aveva suggerito un anno prima l'impugnativa. Inquadra il nuovo potere d'azione nella composita serie di attribuzioni dell'Autorità, Corte cost., sent. n. 20/2013: l'art. 21 *bis* non introduce un nuovo controllo di legittimità; conferisce un potere il quale si ricollega a quelli conoscitivi, consultivi e di segnalazione di cui agli artt. 21 ss., legge n. 287/1990. Sulla sent. 20/2013 v., se si vuole, MIDIRI, *La prima sentenza della Corte sul potere d'azione dell'Autorità per la concorrenza*, in *Giur. cost.*, 2013, 342.

⁵⁵ Agcm, 1 febbraio 2013, AS 1017 (*Atac*). Ma qui sorge la difficoltà che la competenza volta a stabilire se un aiuto sia compatibile con la libera concorrenza e con le regole di buon funzionamento del mercato interno è ancorata in capo alla Commissione e non è previsto per gli aiuti un sistema di decentramento delle competenze come quello disciplinato dal regolamento n. 1 del 2003 a proposito degli illeciti *antitrust*; sulla problematica ammissibilità di un motivo di ricorso per violazione del divieto di aiuti di Stato di cui all'art. 107 e ss. trattato v. *supra*.

⁵⁶ Sul rafforzamento delle attribuzioni dell'Autorità energia, ora estese alla regolazione del servizio idrico, art. 21 (*soppressione enti e organismi*), decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito in legge 22 dicembre 2011, n. 214. Per il servizio idrico si è in un primo tempo istituita un'Agenzia nazionale volta a garantire l'osservanza dei principi del d.lg. n. 152/2006 (art. 10, comma 11, d.l. n. 70/2011, convertito in l. n. 106/2011), al posto della Commissione per la vigilanza sulle risorse idriche (art. 161, d.lg. n. 152/2006). L'art. 21, d.l. n. 201/2011, sopprime la neonata Agenzia trasferendo all'Autorità per l'energia elettrica e il gas le funzioni attinenti alla regolazione e al controllo del servizio idrico, esercitate con i poteri attribuiti dalla legge n. 481/95; funzioni individuate con dPCM su proposta del Ministro dell'ambiente. Gli enti incorporanti le funzioni dell'agenzia soppressa sono due: l'Autorità energia e il Ministero dell'ambiente, che mantiene una funzione di coordinamento preliminare alla definizione dei costi: dPCM. 20 luglio 2012. Questo assetto organizzatorio a più d'uno appare barocco: la duplicazione di soggetti potrebbe complicare i processi decisionali.

tutela della concorrenza, di inadempimenti nei rapporti con gli utenti o di accertata insostenibilità economica del servizio.

Un ruolo di chiusura sarà assolto dal giudice amministrativo, chiamato al delicato bilanciamento tra libertà economiche e missione d'interesse generale⁵⁷. Vi è il rischio che il g.a. si trovi sospinto nella posizione impropria di arbitro tra interessi pubblici contrapposti⁵⁸. Si pensi a come si è conclusa la discussione parlamentare sul servizio taxi comunale, affidando l'ultima parola al g.a., adito dall'Autorità per i trasporti, sull'adeguatezza della disciplina comunale (livelli di offerta, tariffe, prestazioni) rispetto alle esigenze dei contesti urbani⁵⁹. Gli sviluppi della giurisprudenza amministrativa, che sono alla base del

⁵⁷ Sulle operazioni di bilanciamento nella giurisprudenza della Corte del Lussemburgo, v. , di recente, le sentenze *Sea* e *Coditel Brabant* (Corte giust., 10 settembre 2009, C-573/07; 13 novembre 2008, C-324/07) che riconoscono il valore istituzionale della cooperazione – e degli accordi – tra autorità pubbliche, senza che vi sia *bisogno* di creare un nuovo soggetto giuridico: il diritto comunitario non impone alle autorità pubbliche di ricorrere ad una particolare forma giuridica (quale un organismo di diritto pubblico) per svolgere in comune le funzioni di servizio pubblico. Tuttavia la cooperazione tra autorità pubbliche non può mettere in questione la libera circolazione dei servizi e l'apertura alla concorrenza in tutti gli Stati membri: Corte giust., grande sez., 9 giugno 2009, C-480/06, *Comm. c. Germania*, punti 45 ss.; v. anche la giurisprudenza cit. sulla distinzione tra *aiuti di Stato* e *compensazioni*. In generale, sulla valutazione della proporzionalità delle misure amministrative con le quali i pubblici poteri regolano i mercati, e sul rilievo assunto dal giudice amministrativo nell'opera di bilanciamento tra libertà economiche e interessi pubblici, M. D'ALBERTI, *Il diritto amministrativo tra imperativi economici e interessi pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, 51 ss.; ID., *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, Mulino, 2008.

⁵⁸ Attraverso il sindacato sull'eccesso di potere il g.a. potrebbe spingersi sulla soglia del merito: M. CLARICH, *I nuovi poteri affidati all'Antitrust*, in *Quad. cost.*, 2012, 115, il quale propende per sedi non giurisdizionali titolate a risolvere i conflitti tra autorità amministrative (e fa l'esempio di un'impugnazione dell'Antitrust contro atti di autorità di regolazione come l'ISVAP o la Banca d'Italia).

⁵⁹ Art. 36, d.l. n. 1/2012, modificativo dell'art. 37, d.l. n. 201/2011, lettere *m*), *n*): i comuni e le regioni nell'ambito delle proprie competenze, previo parere dell'Autorità di regolazione dei trasporti, adeguano il servizio dei taxi (livelli di offerta, tariffe, prestazioni) alle esigenze dei contesti urbani, secondo criteri di ragionevolezza e proporzionalità, garantendo il diritto di mobilità degli utenti; l'Autorità può ricorrere al Tar Lazio. È aperto il dibattito sulla ricaduta di dette innovazioni legislative e sulla emersione, che esse rivelerebbero, di un giudizio amministrativo di tipo oggettivo a tutela di interessi generali primari (non soltanto la concorrenza, ma anche l'ambiente, la salute, la sicurezza, il paesaggio, ecc.), con nuove forme di legittimazione a ricorrere (cfr. F. CINTIOLI e M.A. SANDULLI, relazioni al convegno *Il potere di legittimazione al ricorso dell'Agcm*, Roma, 31 maggio 2012, e R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza*, in *www.giustamm.it*, 2012). La premessa di queste considerazioni è l'esistenza di lacune nella garanzia di giustizia nell'azione amministrativa dopo l'abolizione dei controlli amministrativi sugli atti degli enti territoriali minori e sugli atti amministrativi statali, che lascia circoscritto il controllo pubblico ai – più gravi e limitati – casi di responsabilità amministrativa e contabile. Si rileva l'insufficienza del controllo affidato alla sola iniziativa dei soggetti privati: G.

nuovo Codice del processo⁶⁰, fanno invero da contrappeso al temuto prevalere di una considerazione strumentale del diritto – e del giudice che lo applica – come «massimizzatore» del bene protetto, anziché come sede istituzionale per la soluzione dei conflitti intersoggettivi⁶¹.

5. Come costruire le gare

Si scelga la strada del regime concorrenziale o, motivando, l'*in house providing*, sono indispensabili regole chiare sulla gestione e sul regime contrattuale, per evitare nel corso del rapporto con l'affidatario rinegoziazioni «alla cieca»⁶².

GRECO, *Il modello comunitario della procedura d'infrazione e il deficit del sindacato di legittimità*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2010, 705 ss. Echi di queste riflessioni si rinvencono nella giurisprudenza amministrativa. Tar Lazio, n. 2720/13, esclude che l'art. 21 *bis* introduca una ipotesi di giurisdizione di diritto oggettivo, che porrebbe problemi di compatibilità con l'art 103 Cost. Il legislatore ha conferito all'Agcm un potere di azione, riconducibile alla giurisdizione a tutela di situazioni giuridiche individuali qualificate e differenziate. L'interesse sostanziale, alla cui tutela è finalizzato detto potere d'azione, è il corretto funzionamento del mercato, luogo nel quale trova esplicazione la libertà economica privata.

⁶⁰ Prende posizione sul carattere del processo amministrativo quale *giurisdizione soggettiva* la relazione finale al Codice (luglio 2010): *Codice del nuovo processo amministrativo*, a cura di F. CARINGELLA e M. PROTTO, Roma, Dike, 2010, 1845; *Commento al Codice del processo amministrativo*, a cura di G. LEONE, L. MARUOTTI e C. SALTELLI, Padova, Cedam, 2010, 909. Sulla sincronizzazione del meccanismo di tutela con i caratteri della posizione soggettiva lesa, Cons. Stato, ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15: il giudizio amministrativo è «giudizio sul rapporto regolato dall'atto amministrativo»; mira a scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata, fatta salva la non sostituibilità delle attività discrezionali riservate alla p.a. È disattesa l'indicazione della Commissione affari cost. Senato, parere 16 giugno 2010 sullo schema del Codice del processo amministrativo, atto del Governo n. 212, volta ad integrare l'art. 120 CPA conferendo all'Autorità di vigilanza sui contratti e lavori pubblici la legittimazione a impugnare gli atti illegittimi delle procedure di appalto, perché siffatta legittimazione avrebbe comportato «la surrettizia introduzione della figura del pubblico ministero nel processo amministrativo, incompatibile con la natura strutturale di quest'ultimo che è di giurisdizione soggettiva»: relazione al Codice cit.

⁶¹ Sulla tutela piena ed efficace della pretesa sostanziale del ricorrente e sul cambio di paradigma che ne consegue, E. GARCIA DE ENTERRIA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa* (2007), trad. it., Milano, Giuffrè, 2010. Sulla composizione in sede giudiziaria del conflitto fra portatori di interessi divergenti, L. FISHER, *Constitutional Dialogues. Interpretation as political Process*, Princeton, 1988, 36 ss., 229; J.A.G. GRIFFITH, *The Politics of the Judiciary*², Glasgow, Fontana, 1981; J. BELL, *Policy Arguments in Judicial Decisions*, Oxford, 1983; V. DENTI, *Sistemi e riforme. Studi sulla giustizia civile*, Bologna, Il Mulino, 1999, 173 ss. Sull'accezione strumentale del diritto come «massimizzatore di qualcosa», F. DENOZZA, *Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori: due fini confliggenti?* in MCR, 2009, 389.

⁶² Autorità contratti e LL.PP., segnalazione 3 giugno 2010. Sul nodo delle regole di gestio-

Non basta postulare con norma di principio la concorrenza *for the field*. Affinché questa abbia successo, è necessario un adeguato disegno delle condizioni di gara e delle clausole contrattuali⁶³. Compito impegnativo se il servizio è complesso e quando siano da definire congiuntamente la gestione corrente del servizio e gli aspetti legati agli investimenti infrastrutturali⁶⁴.

Se il bando è mal costruito, può vincere la gara l'impresa che offre livelli qualitativi peggiori, i costi effettivi superano quelli preventivati, o non si procede agli investimenti richiesti dal bando. Più aumenta la complessità dell'oggetto messo a gara, maggiore è la discrezionalità tecnica della commissione di gara, e il rischio di contestazioni e di contenzioso.

Se poi si guarda all'esecuzione del rapporto, in presenza di bandi di gara (e quindi di contratti) incompleti e di servizi complessi sono frequenti le rinegoziazioni, con maggiori costi per gli utenti⁶⁵.

ne, C. VOLPE, *Appalti pubblici e servizi pubblici: dall'art. 23 bis al decreto legge agosto 2011*, in *www.giust-amm.it*. (ottobre 2011). Sul controllo di *performance*, D. PARKER, J. WILLNER, *The performance of public and private enterprise under conditions of active and passive ownership and competition and monopoly*, in *Journal of Economics*, 2007, 221 ss.

⁶³ L'efficacia della gara per il mercato richiede altresì la partecipazione di un numero significativo di imprese qualificate che operino in modo non collusivo: DEMSETZ, *Why regulate utilities?* cit., 58; W.M. CRAIN e R.B. JR EKELEND, *Chadwick and Demsetz on Competition and Regulation*, in 19 *Journal of Law and Economics*, 1976, 149; A.W. DNES, *The Scope of Chadwick's Bidding Scheme*, in *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 1994, 150, 524 ss.; ID., *Franchising, Natural Monopoly and Privatization*, in *Regulators and the Market*, a cura di C. VELJANOVSKI, London, Inst. Economic Affairs, 1991.

⁶⁴ Sulle condizioni da rispettare affinché la concorrenza per il mercato goda delle proprietà ottimali messe in luce da Demsetz (1968), O.E. WILLIAMSON, *Franchise Bidding for Natural Monopolies: in general and with Respect to CATV*, in *Bell Journal of Economics*, 1976, 7, 1, 73 ss.: occorre procedere alla specificazione delle clausole contrattuali; ciò richiede che il servizio non sia eccessivamente complesso (come accade invece per le imprese *multioutput* e allorché la qualità del servizio non si presti ad essere misurata in pochi parametri verificabili), che la dinamica della tecnologia e della domanda sia prevedibile, che non siano previsti ingenti investimenti nel periodo di affidamento. Occorre indicare in dettaglio le condizioni di svolgimento del servizio, le modalità di risoluzione delle controversie, le clausole di *risk sharing*, i rapporti esistenti tra imprese vincitrici e azionisti (si ricordano le vicende della metropolitana di Londra: uno dei consorzi manutentori del *network* era costituito da imprese integrate verticalmente alle quali sono stati affidati lavori; ha avuto minore incentivo il consorzio a contenere i costi; nel 2010, la risoluzione anticipata del contratto).

⁶⁵ Per ovviare a queste difficoltà si prospetta la scomposizione della filiera industriale in componenti più semplici o la possibile separazione di rete e produzione del servizio. Ma lo spaccettamento potrebbe generare importanti costi di transazione e far perdere economie di scopo: P. BAJARI, R. MCMILLAN e S. TADELIS, *Auctions vs Negotiation in Procurement: an Empirical Analysis*, in *NBER Working Paper Series*, 2008, w12051; L. CHEVER, S. SAUSSIER, A. YVRANDE-BILLON, *The Law of Small Numbers: Investigating the Benefits of Restricted Auctions for Public Procurement*, paper (2011).

Per gestire bene una gara – già dalla fase iniziale della raccolta e della elaborazione delle informazioni sulla specificità del bacino di utenza – occorre dunque un *capable procurement*, tanto più ove siano in gioco investimenti infrastrutturali⁶⁶. Da qui l'idea di demandare ad istanze tecniche di livello nazionale la predisposizione degli schemi di gara (specialmente per le procedure ad evidenza pubblica più impegnative, e cioè quelle che hanno ad oggetto sia la gestione corrente del servizio che gli investimenti infrastrutturali) e la verifica, attraverso un sistema di *auditing*, degli scostamenti rispetto ai piani di investimento e delle eventuali responsabilità (così l'Autorità di vigilanza sui contratti nella segnalazione 3 giugno 2010). E ancora, si raccomanda di affidare il controllo sulla gestione a soggetti in posizione di terzietà, sufficientemente lontani dagli operatori per non esserne catturati⁶⁷.

Queste idee hanno trovato una parziale traduzione in interventi legislativi recenti (in tema di gestione del servizio idrico e di trasporti), che puntano sull'esercizio dei poteri sostitutivi per garantire l'effettività della normativa organizzativa⁶⁸. Inoltre, la legge di stabilità per il 2015 riconferma il principio

⁶⁶ V., su questo, l'art. 7, decreto-legge 12 settembre 2014, n. 133, convertito in legge 11 novembre 2014, n. 164, che inserisce nel d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (c.d. testo unico in materia ambientale) l'art. 149-*bis*, di cui v. il comma 2-*bis*: «al fine di ottenere un'offerta più conveniente e completa e di evitare contenziosi tra i soggetti interessati, le procedure di gara per l'affidamento del servizio idrico integrato «includono appositi capitolati con la *puntuale indicazione delle opere* che il gestore incaricato deve realizzare durante la gestione del servizio».

⁶⁷ Banca d'Italia, *La qualità dei SPL* (2012), cit., 25: «Gli enti regolatori si sono dimostrati troppo deboli – in quanto non attrezzati a gestire l'applicazione di una normativa molto complessa – e troppo locali, caratteristiche che li hanno resi più facilmente soggetti a fenomeni di cattura da parte dei potenziali gestori»; hanno contribuito alle difficoltà di attuazione delle riforme proconcorrenziali anche i soggetti colpiti dalle medesime (nella specie, i lavoratori) «la cui opposizione ai processi di liberalizzazione avrebbe potuto essere evitata attraverso meccanismi di compensazione delle perdite subite». Sulle criticità che derivano dalla commistione, in capo alle medesime amministrazioni, di ruoli tra loro incompatibili, e sulla esigenza di realizzare un assetto organizzatorio che assicuri la distinzione tra soggetti regolatori e soggetti regolati, v. altresì Corte cost., sent. n. 41/2003.

Ammette l'esistenza di un problema di «costi sociali» conseguenti alle misure di liberalizzazione, che dovrebbero essere accompagnate da interventi diretti a garantire l'equità sociale, Agcm AS901, 5 gennaio 2012, *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza*, in www.agcm.it.

⁶⁸ V. le funzioni conferite all'Autorità di regolazione dei trasporti sui criteri di determinazione delle tariffe, dei canoni e dei pedaggi (art. 37, comma 2, lettera b), decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, conv. in l. 22 dicembre 2011, n. 214, modificato dal decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in l. 24 marzo 2012, n. 27), sulla definizione degli schemi dei bandi di gara e delle convenzioni da inserire nei capitolati delle medesime gare e delle concessioni (comma 2, lettera f), cit.), senza sostituirsi alle amministrazioni competenti nell'elaborazione in dettaglio dei bandi, secondo quanto chiarito da Corte cost., sent. n. 41/2003. Ancora, con riguardo alla nomina delle commissioni giudicatrici, l'Autorità stabilisce i criteri per la nomina, salve restan-

dello svolgimento dei servizi pubblici locali in ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei, tali da massimizzare l'efficienza del servizio. Si precisa che gli enti locali partecipano obbligatoriamente a detti ambiti o bacini e in caso di inerzia interviene in via sostitutiva la regione⁶⁹. La legge di stabilità 2015 pone inoltre alle regioni e alle autonomie locali l'obiettivo dell'accorpamento e della razionalizzazione delle società partecipate e affida alle sezioni regionali della Corte dei conti un compito di monitoraggio⁷⁰. Il contenuto delle razionalizzazioni e delle aggregazioni è dunque rimesso alla ponderazione delle auto-

do le competenze delle amministrazioni locali sulle modalità di scelta dei componenti, decisioni che rientrano nella materia dell'organizzazione amministrativa spettante alle Regioni *ex art.* 117, quarto comma, Cost. (Corte cost., sentenze n. 43/2011 e n. 401/2007). Siffatte funzioni, attribuite ad Autorità di regolazione, non alterano i criteri costituzionali di riparto delle competenze amministrative tra Stato, Regioni ed enti locali (Corte cost., sentenza n. 88/2009, sulle direttive tecniche dell'Autorità energia e gas; sent. n. 41/2003, cit., sull'Autorità regolazione trasporti).

Da segnalare, inoltre, sulla gestione del servizio idrico integrato, il ruolo conferito all'AEEGSI dal d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito in l. 11 novembre 2014, n. 164 che, novellando l'art. 172, d.lgs. n. 152/2006 (v. i commi 3-*bis* e 4), affida all'Autorità una funzione di monitoraggio e di conseguente informazione alle Camere sul rispetto delle prescrizioni in tema di: a) costituzione degli enti di governo dell'ambito (livello di competenza regionale); b) affidamento del servizio idrico integrato (competenza degli enti di governo dell'ambito); c) partecipazione agli enti di governo dell'ambito e affidamento in concessione d'uso gratuito delle infrastrutture ai gestori affidatari del servizio (competenza degli enti locali). Il d.l. 133/2014 attribuisce al Presidente della Regione poteri sostitutivi in caso di inadempienza dell'ente di governo dell'ambito, avviando entro trenta giorni le procedure di affidamento. Qualora il Presidente della Regione non provveda nei termini stabiliti, l'Autorità segnala l'inadempienza al Presidente del Consiglio, che nomina un commissario *ad acta*.

⁶⁹ V. l'art. 1, commi 609 ss., legge 23.12.2014, n. 190 (legge di stabilità 2015), che modifica l'art. 3-*bis* d.l. n. 138 del 2011, convertito in legge n. 148 del 2011.

⁷⁰ V. la legge n. 190/2014, cit.: al fine di promuovere i processi di aggregazione e di rafforzare la gestione industriale dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, si prevede che regioni, enti locali, camere di commercio, università, autorità portuali procedano entro il 31 dicembre 2015 alla razionalizzazione delle società e delle partecipazioni societarie direttamente o indirettamente possedute, secondo i seguenti criteri: a) eliminazione delle società e delle partecipazioni societarie non indispensabili al perseguimento delle finalità istituzionali, anche mediante messa in liquidazione o cessione; b) soppressione delle società composte da soli amministratori o da un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti; c) eliminazione delle partecipazioni detenute in società che svolgono attività analoghe o simili a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali; d) aggregazione delle società di servizi pubblici locali di rilevanza economica; e) contenimento dei costi di funzionamento, anche mediante riorganizzazione degli organi amministrativi e di controllo e delle strutture aziendali. I soggetti pubblici di cui sopra approvano a tal fine un piano operativo di razionalizzazione definendo modalità, tempi di attuazione e risparmi da conseguire e lo trasmettono alla competente sezione regionale di controllo della Corte dei conti. Invieranno altresì a detta sezione regionale, entro il 31 marzo 2016, una relazione sui risultati conseguiti.

nomie locali e regionali. La nuova normativa non lo dice espressamente, ma è chiaro che nell'ipotesi di inadempienza (e di mancati risparmi di spesa) potrà attivarsi la Procura regionale della Corte dei conti per far valere l'eventuale responsabilità contabile.

6. *Obblighi di servizio universale, energie imprenditoriali, sviluppo*

La normativa recente richiama le autonomie locali a decidere la forma di affidamento della gestione del servizio rispettando i requisiti previsti dal diritto europeo. La decisione deve trovare fondamento con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio⁷¹. L'*in house* non è pregiudizialmente escluso, ma deve essere motivato, in un disegno capace di assicurare gli obblighi di servizio universale e di valorizzare le energie imprenditoriali.

L'attività d'impresa che produce profitto è in grado di produrre valore sociale. Oggi, è proponibile una rilettura dell'art. 41, terzo comma, Cost., depurata da connotazioni dirigistiche, che riqualifichi l'intervento pubblico come determinazione delle regole e delle sanzioni atte a garantire il corretto ed efficiente funzionamento del mercato, e non a sostituirlo con uno strumentario di vincoli e controlli amministrativi⁷².

⁷¹ V. le norme della legge di stabilità per il 2015, n. 190/2014, prima richiamate.

⁷² L'abbandono della lettura dirigistica dell'art. 41 si impone alla luce delle libertà economiche salvaguardate dai trattati europei, costituzionalmente rilevanti alla luce dell'art. 11 (come interpretato dalla giurisprudenza costituzionale) e ora dell'art. 117, primo comma Cost. Non vi è dubbio che il Costituente aveva ben presente lo strumentario dirigistico introdotto dalla legislazione: si pensi alla fissazione autoritativa di beni e servizi, che si inserivano *ope legis* nei contratti privati anche in sostituzione delle clausole difformi pattuite dalle parti (artt. 1339 e 1419, comma 2, cod. civ.): M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1977, 175 ss., 216 ss. Sulla possibilità di ricondurre alla clausola generale dell'utilità sociale anche le regole che presidiano l'ordine giuridico del mercato – e segnatamente quelle a tutela della concorrenza – v., sia pure con diversità di premesse sistemiche, L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione* (1997), in *Metodo e teoria giuridica*, I, Milano, Giuffrè, 2011, 73 ss. 101, 103 s., e F. MERUSI, *Le leggi del mercato*, Bologna, Il Mulino, 2002, 72. Verrebbe confermata la "felice ambiguità" delle formule costituzionali in tema di rapporti economici, "che permette di far filtrare in esse contenuti culturali via via diversi": G. AMATO, *La Costituzione economica*, in *Dalla Costituente alla Costituzione*, Acc. Lincoi, 18-20 dicembre 1997, atti, Roma, 1998, 179 ss., 185. Sulla rivalutazione del primo comma dell'art. 41 v. il *Dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Bari, Laterza, 1999 (che fa seguito al volume di N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, Laterza, 1998) e *ivi* in part. gli interventi di L. ELIA, G. ROSSI, M. DRAGHI, M. LIBERTINI, B. LIBONATI; sui passaggi essenziali del dibattito dottrinale, F. GALGANO, *Art. 41*, in G. BRANCA (a cura di), *Comm. Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro it., 1982, 11 ss.; A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, Giuffrè, 1971, 602; A.

Finalità sociali ed obblighi di servizio universale sono la rete di sostegno della comunità di riferimento. Senza una *successful community* è difficile che prosperi l'attività d'impresa.

A sua volta, la comunità ha bisogno di *successful businesses* per svilupparsi, creare posti di lavoro e opportunità per i soggetti che in essa operano⁷³.

Dei servizi pubblici locali usufruiscono cittadini e non cittadini. "L'uomo non attinge più l'acqua dal suo pozzo"⁷⁴.

Tutti hanno il diritto di fruire dei servizi necessari per vivere nelle società tecnologicamente complesse. Sono prestazioni rese nei confronti di una generalità indifferenziata di persone, a prescindere dalle loro particolari condizioni. Prestazioni necessarie perché dirette a realizzare anche fini sociali⁷⁵.

Da tempo la giurisprudenza costituzionale europea sottolinea che il fruire delle prestazioni essenziali è presupposto di realizzazione dei diritti fondamentali⁷⁶. Non è eccessivo reputare l'universalità del servizio – norma di chiusura dei servizi pubblici – come uno degli elementi fondanti dello Stato democratico.

Il diritto dell'Unione riconosce la dinamica di mercato quale fattore vitale per fornire queste prestazioni. Il principio di coesione (art. 14 TFUE) si lega alla missione dei servizi economici d'interesse generale⁷⁷ e legittima – nel ri-

PACE, *Problematica delle libertà costituzionali p. spec.*², Padova, Cedam, 1992, 457 ss. sulla giurisprudenza recente, una sintesi in MIDIRI, *I rapporti economici nella Cost.*, in G. LEMME, a cura di, *Diritto ed economia del mercato*, Milano, Wolters Kluwer Cedam, 2014, 97 ss.

⁷³ Sulla creazione di *shared value* attraverso l'attività imprenditoriale, M. E. PORTER e M. R. KRAMER, *Creating shared Value*, in *Harvard Business Rev.*, 2011: "a business needs a successful community, not only to create demand for its products but also to provide critical public assets and a supportive environment"; fra i *public assets* vi sono i servizi pubblici, le scuole, l'università.

⁷⁴ Allo Stato (nel senso più ampio del termine) sono attribuiti il compito e la responsabilità di provvedere a ciò di cui l'uomo moderno ha bisogno per esistere: E. FORSTHOFF, *Lo Stato moderno e la virtù* (1950), in *Stato di diritto in trasformazione* (1964), trad. it. Milano, Giuffrè, 1973, 22-26, 149 s.

⁷⁵ Corte giust., 21 settembre 1999, C-67/96, *Albany International BV*.

⁷⁶ Nei rapporti tra Stato e soggetto privato, questa istanza assume un peso determinante accanto al postulato originario della garanzia della libertà nei confronti dello Stato: v., in part., Trib. cost. tedesco, I, 18.7.1972 (che muove dalla questione del *numerus clausus*), *BVerfGE* 33, 303, 330. Il concetto di *Daseinsvorsorge* (cura dell'esistenza) compare in E. FORSTHOFF, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, Stuttgart, Kohlhammer, 1938 (che da qui muove per postulare un esecutivo forte e dinamico, capace di rispondere a tali domande); ID., *Stato di diritto in trasformazione*, cit. e *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, München-Berlin, C.H. Beck, IX ed., 1966, 340; L. MARTÍN RETORTILLO, *La configuración jurídica de la Administración pública y el concepto de Daseinsvorsorge*, in *Revista de Administración Pública*, 1962, n. 38, 35 ss. e F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2000, 68 ss.

⁷⁷ Pongono in relazione l'azione delle imprese in mano pubblica e le esigenze della coesione

spetto dei canoni di trasparenza⁷⁸, di necessità, adeguatezza e proporzionalità⁷⁹ – la corresponsione di compensazioni, sussidi e sovvenzioni per gli oneri imposti dai poteri pubblici a garanzia della universalità e della continuità del servizio⁸⁰.

La garanzia del nucleo essenziale dei diritti⁸¹ può frenare la spinta potente che porta a differenziare gli standard di tutela in base allo sviluppo economico delle singole aree e alle disponibilità della finanza pubblica. Differenziazione, questa, visibile e grave proprio nella sfera dei servizi pubblici locali⁸².

sociale e territoriale, M. FLORIO e F. FECHER, *The Future of Public Enterprises: Contributions to a new Discourse*, in *Annals of Public and Cooperative Economics*, 2011, n. 4, 361 ss. Per uno sguardo d'insieme sulla legislazione, F. MANGANARO e A. ROMANO TASSONE, a cura di, *Persona e amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2004; H. CAROLI CASAVOLA, *Giustizia ed eguaglianza nella distribuzione dei benefici pubblici*, Milano, Giuffrè, 2004.

⁷⁸ Direttiva 2006/11/CE. Sulla demarcazione tra gli *aiuti di Stato*, vietati dall'art. 107 TFUE e ammessi solo in ipotesi determinate, e le *compensazioni* per l'espletamento di obblighi di diritto pubblico, Corte giust., 24 luglio 2003, causa C-280/00, *Altmark*, punti 84, 87-90; sent. 27 novembre 2003, *Enirisorse spa*, C-34/01, 38/01, punti 34-40; Commissione UE, comunicazione 2012/C 8/02 (compensazioni per la prestazione dei SIEG), decisione 2012/21/UE sull'applicazione dell'art. 106, par. 2, TFUE (esenzione dall'obbligo di notifica preventiva di un aiuto in forma di compensazione), comunicazione 2012/C 8/03 (aiuti in forma di compensazione soggetti a notifica); reg. Comm. n. 360/12 del 25 aprile 2012 (aiuti d'importanza minore con soglia *de minimis*).

⁷⁹ La direttiva sui servizi nel mercato interno 2006/123/CE, fa salva la specificità dei SIEG e delle funzioni particolari a essi assegnate, che possono giustificare restrizioni alla libertà di stabilimento a protezione della sanità pubblica e di obiettivi di politica sociale, fatte salve le condizioni della *non discriminazione*, della *necessità* (imperativo di interesse generale), della *idoneità-proporzionalità* (considerando n. 71, art. 15, § 3).

⁸⁰ G. AMATO, *Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori*, in MCR, 2009, 381 ss. Un punto di criticità è però quello della delimitazione delle compensazioni alla luce del divieto di aiuti di Stato: v. la giurisprudenza *Altmark* già citata.

⁸¹ Non sfugge lo Stato alla responsabilità per violazione dei diritti fondamentali, attivabile in sede di giustizia europea, per il fatto di aver affidato a terzi lo svolgimento del servizio. Dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo discendono *obbligazioni positive*, in particolare obbligazioni di vigilanza: Corte EDU, 10 gennaio 2012, *Di Sarno*, su ricorso n. 30765/08, §§ 109 ss. (sulla gestione dei rifiuti e sul diritto a vivere in un ambiente salubre), con riguardo all'art. 8 Convenzione; prima, sentenze 9 dicembre 1994, *López Ostra c. Espagne*, §§ 44-58, e 19 febbraio 1998, *Guerra c. Italia*, § 58.

⁸² Sul malfunzionamento delle imprese affidatarie di servizi pubblici in numerose regioni del centro-sud, BANCA D'ITALIA, *Servizi pubblici nel Mezzogiorno*; ID., *Qualità dei servizi pubblici in Italia*, cit.