

I servizi pubblici locali alla luce della recente riforma: un passo avanti verso la concorrenza?

di Daniele Rosato^(*)

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Servizi pubblici locali e servizi di interesse generale: cenni al contesto comunitario. – 3. Il servizio pubblico locale a rilevanza economica: del carattere “economico” del servizio. – 4. La disciplina statale: dal D.Lgs. n. 267 del 2000 alla recente riforma. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

La disciplina dei servizi pubblici locali offre da sempre interessanti spunti di riflessione favoriti dal continuo susseguirsi di interventi riformatori. Il tema è da sempre assai controverso, basti pensare in proposito alla difficoltà di prospettare una precisa definizione della nozione di pubblico servizio (1).

La questione concerne in particolare il ruolo delle autorità pubbliche nell'economia, che consiste da un lato nel garantire il buon funzionamento del mercato e il rispetto delle regole del gioco da parte di tutti gli interessati, e dall'altro nel garantire l'interesse generale e in particolare la soddisfazione dei bisogni essenziali dei cittadini quando il mercato non vi sopperisce.

Originariamente concepiti al di fuori del mercato, i servizi pubblici locali rappresentano oggi un settore fondamentale per l'economia nazionale e l'esistenza di vincoli per le imprese che intendano fare ingresso nel relativo mercato costituisce un ostacolo per lo sviluppo di quel confronto competitivo che generalmente produce uno sviluppo dei servizi pubblici in termini di qualità ed efficacia, a vantaggio dei cittadini e delle imprese.

Soprattutto a partire dagli anni Novanta si è diffuso un ampio dibattito circa l'opportunità di modificare il regime giuridico di quei servizi pubblici

^(*) Dottore in giurisprudenza.

(1) Sulle problematiche connesse all'individuazione della nozione di pubblico servizio, D. ROSATO, *Concessioni e appalti di servizi tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, 2008, II, 109; V.F. GIGLINI, *Osservazioni sull'evoluzione della nozione “Servizio Pubblico”*, in *Foro amm.*, 1998, 2280; V. PARISIO, *Servizi pubblici e Monopoli*, in E. PICOZZA, *Dizionario di diritto pubblico dell'economia* (a cura di) Rimini, 1997; F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990; U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964; A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, (a cura di) V. E. ORLANDO, 1930, VI, 379. Per una pregevole esposizione della concezione comunitaria di pubblico servizio e delle implicazioni che comporta l'adattamento al diritto comunitario, E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 2004. Per un confronto tra le diverse idee che si hanno della nozione di servizio pubblico nel sistema giuridico francese, inglese e tedesco, G. MARCOU, *I servizi pubblici tra regolazione e liberalizzazione: l'esperienza francese, inglese e tedesca a confronto*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 1, 125.

che sino a quel momento erano stati impostati secondo i tradizionali modelli organizzativi di stampo pubblicistico. In particolare l'art. 41, comma 3, e l'art. 43 della Carta costituzionale hanno a lungo rappresentato la base giuridica per legittimare provvedimenti a sostegno dell'intervento pubblico nell'economia, avallando costituzionalmente l'esercizio in regime di monopolio legale di numerosi servizi pubblici a contenuto economico (2).

In un Paese come il nostro, tradizionalmente caratterizzato da un forte intervento statale nell'economia, sono stati i processi di liberalizzazione avviati a livello comunitario a far venir meno le situazioni di monopolio. Per poter meglio comprendere, dunque, la disciplina dei servizi pubblici locali risulta opportuno innanzitutto effettuare una ricostruzione del contesto comunitario che ha fortemente condizionato questo settore (3).

2. Servizi pubblici locali e servizi di interesse generale: cenni al contesto comunitario

Nei primi anni di vita della Comunità l'obiettivo di raggiungere un'integrazione economica ha portato a concentrare l'impegno degli organi comunitari principalmente sulla rimozione delle barriere al commercio fra gli Stati membri. Il presupposto che ha dato origine all'intervento della Comunità nel settore dei servizi pubblici, dunque, è stato diverso da quello tradizionalmente rinvenibile negli ordinamenti nazionali perché il diritto comunitario in materia si è a lungo concentrato esclusivamente sui principi in tema di concorrenza e di accesso al mercato, senza prendere direttamente in considerazione il punto di vista degli utenti. Più precisamente, ciò che ha assunto rilievo per il diritto comunitario è stato il rapporto tra lo svolgimento delle attività economiche di interesse generale e le norme del Trattato poste a tutela della concorrenza.

L'originaria scelta della Comunità era dovuta non soltanto all'oggettiva difficoltà di disciplinare una materia caratterizzata dalla presenza negli Stati membri di qualificazioni giuridiche spesso divergenti tra loro, quanto alla volontà di non invadere una materia particolarmente delicata perché incide sui interessi che non presentano carattere meramente economico o individualistico.

(2) Cfr. F. CINTIOLI, *Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, in *Dir. Un. Eur.*, 2006, 3, 453. L'Autore pone al lettore una serie di interrogativi quale, tra gli altri, quello di capire se nel settore dei servizi di interesse economico generale vi sia spazio tanto per i diritti che per le libertà, rispondendo in termini positivi e ritenendo che in sede comunitaria il confine si sia di recente spostato verso i primi. Un giusto equilibrio, secondo l'Autore, potrebbe essere garantito dagli organi di vigilanza.

(3) Cfr. M. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 1, 91, il quale ritiene che "il diritto europeo ha rappresentato un fattore di cambiamento epocale anche nel settore dei servizi pubblici, componente essenziale dello Stato sociale in espansione per buona parte del secolo scorso". L'Autore analizza l'impatto che la costituzione economica europea ha avuto sull'ordinamento italiano e su quello tedesco, concludendo che l'effetto sia stato molto più dirompente nel primo che nel secondo.

Successivamente, intorno agli inizi degli anni Novanta, il diritto comunitario ha cambiato la propria impostazione. A livello europeo è stata progressivamente percepita la necessità che la Comunità estendesse l'ambito dei propri interessi al di là di quello strettamente economico. Ne è dimostrazione, semplice quanto significativa, il cambiamento nella denominazione: non più Comunità Economica Europea (CEE) ma Comunità Europea (CE). Con il Trattato di Maastricht, in particolare, la Comunità ha fissato tra i propri obiettivi la promozione di uno sviluppo che sia non solamente economico, ma anche equilibrato, la realizzazione di una coesione economica e sociale (4).

È in questo contesto che il diritto comunitario ha avvertito l'immediata rilevanza dei servizi pubblici e ha riconosciuto che le relative funzioni possono giustificare l'applicazione di un regime particolare, tale da legittimare deroghe alle regole della concorrenza o la previsione di garanzie funzionali al raggiungimento di un certo standard qualitativo del servizio. In tal senso è stato importante l'apporto della giurisprudenza di Lussemburgo in ordine all'interpretazione dell'art. 86, par. 2, del Trattato e alle condizioni al verificarsi delle quali le regole poste a tutela della concorrenza possono conoscere delle deroghe nel settore dei servizi pubblici (5).

A ben vedere, la nozione di servizio pubblico è sostanzialmente estranea al diritto comunitario in quanto il legislatore europeo ha preferito utilizzare categorie concettuali di più ampio respiro quali le nozioni di servizio di interesse generale e di servizio di interesse economico generale (6).

Per quanto riguarda la prima, tale espressione non è presente nel Trattato ed il riferimento principale è il Libro bianco sui servizi di interesse generale (7).

(4) Sul tema, P. MENGOZZI, *European Community Law. From Common Market to European Union*, London/Dordrecht/Boston, 1992, 307.

(5) In generale, sul ruolo assunto dalla giurisprudenza di Lussemburgo in ordine allo sviluppo del diritto comunitario, A. TIZZANO, *Il ruolo della Corte di Giustizia nella prospettiva dell'Unione Europea*, in *Riv. dir. intern.*, 1994, 922; M. VAN EMPEL, *The 1992 Programme: Interaction between legislation and judiciary*, in *Legal Issues on European Integration*, 1992, 2; P. MENGOZZI, *La rule of law e il diritto comunitario di formazione giurisprudenziale*, in *Riv. dir. eur.*, 1992, 511, il quale mette in evidenza che "la Corte di giustizia delle Comunità europee ha assunto, per la precisazione del diritto comunitario e la sua progressiva integrazione nel tempo, un ruolo che sicuramente trascende quello tradizionalmente proprio dei giudici ordinari, anche di ultima istanza, dei paesi membri, specie di quelli dell'Europa continentale (...) esiste una parte sempre più importante del diritto comunitario che è di formazione giurisprudenziale". Si veda anche M.P. CHITI, *I signori del diritto comunitario: la Corte di Giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, 796.

(6) Nel Trattato l'unica disposizione che fa espressamente riferimento ai servizi pubblici è l'art. 73 (già 77) in materia di trasporti, secondo la quale "sono compatibili con il presente trattato tutti gli aiuti richiesti dalle necessità di coordinamento dei trasporti ovvero corrispondenti al rimborso di talune servitù inerenti alla nozione di pubblico servizio".

(7) Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 12 maggio 2004, COM (2004) 374. Presentato come estensione del Libro verde sui servizi di interesse gene-

Si tratta di una categoria più ampia rispetto a quella dei servizi di interesse economico generale in quanto riguarda tanto i servizi di mercato che quelli non di mercato che le autorità pubbliche considerano di interesse generale e che pertanto assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico (8).

L'espressione "servizi di interesse economico generale" è invece presente negli artt. 16 e 86, par. 2, del Trattato (9). Tali servizi sono stati definiti dalla Commissione come quelli di natura economica che in virtù di un criterio di interesse generale gli Stati membri o la Comunità assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico (10).

L'art. 16 del Trattato riconosce la rilevanza dei servizi di interesse economico generale e la loro importanza quale strumento per la promozione della coesione sociale e territoriale, impegnando pertanto gli Stati membri e la Comunità a provvedere affinché tali servizi funzionino "in base a principi e condizioni che consentano loro di assolvere i loro compiti" (11).

Il Trattato si occupa dei servizi di interesse economico generale anche nell'art. 86, laddove è stabilito che in linea di principio le imprese che gestiscono tali servizi soggiacciono come ogni altra alle norme poste a tutela della concorrenza, ma che detta regola generale conosce un'eccezione qualora l'applicazione di tali norme possa compromettere la specifica missione affidata a tali imprese (12).

rale, il Libro bianco illustra i criteri adottati dall'Unione europea per sostenere lo sviluppo dei servizi di interesse generale di qualità. In esso figurano i principali elementi di una strategia diretta ad assicurare a tutti i cittadini e a tutte le imprese servizi di alta qualità a prezzi accessibili.

(8) Libro verde della Commissione del 21 maggio 2003 sui servizi di interesse generale, COM(2003) 270, Gazzetta ufficiale C 76 del 25 marzo 2004, punto 16.

(9) I servizi di interesse economico generale sono citati anche nell'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, secondo il quale l'Unione riconosce e rispetta l'accesso ai servizi di interesse economico generale al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione stessa.

(10) Libro verde della Commissione del 21 maggio 2003 sui servizi di interesse generale, punto 17.

(11) Nel senso che l'applicazione delle regole del Trattato non debba sfociare in un peggioramento della qualità e della disponibilità dei servizi pubblici, L.G. RADICATI DI BROZOLO, *La nuova disposizione sui servizi di interesse economico generale*, in *Dir. Un. Europea*, 1998, 273. Per un'analisi delle diverse opinioni espresse in dottrina in ordine al significato e all'effetto dell'art. 16 del Trattato, M. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, op. cit.

(12) Per un'analisi dell'art. 86 si rinvia a R. SCHMIDT, *La liberalizzazione dei servizi di interesse generale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 3, 687; D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 7; P. FATTORI, *Monopoli pubblici e art. 90 del Trattato CE nella giurisprudenza comunitaria*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 1999, 127; G. TESAURO, *Intervento pubblico nell'economia e art. 90, n. 2, del Trattato CE*, in *Dir. Un. Eur.*, 1996, 719; A. PAPPALARDO, *Commento all'art. 90*, in *Trattato istitutivo della Comunità economica europea, Commentario*, R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI, (diretto da), Milano, 1965, vol. I, 692. N. RANGONE, *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2005, 433, rileva che "i servizi di interesse

La disposizione è stata oggetto di una cospicua giurisprudenza comunitaria e, mentre in un primo momento i giudici di Lussemburgo con rigore hanno ridotto al minimo l'ambito delle attività sottratte alle regole concorrenziali, successivamente hanno sostenuto un orientamento meno rigido con la possibilità di deroghe al regime competitivo (13). La Corte di Giustizia, nel tentativo di garantire il giusto equilibrio tra le diverse esigenze che la norma tenta di conciliare, ha ammesso eccezioni alla libera concorrenza non solo quando possa risultare compromesso l'adempimento delle specifiche missioni assegnate al concessionario, ma anche quando tale deroga risulti necessaria per salvaguardare l'equilibrio economico dell'impresa incaricata della gestione del servizio.

Più in generale, è stata la considerazione che gradualmente si è manifestata a livello comunitario intorno all'importanza dei servizi di interesse economico generale al fine di soddisfare i diritti fondamentali che ha dato origine ad una tendenza maggiormente incline alle deroghe concorrenziali. Il diritto comunitario, pur nella convinzione che il libero mercato rappresenti l'obiettivo primario da raggiungere, ha progressivamente accolto l'idea che il processo di liberalizzazione non debba in alcun modo compromettere la qualità dei servizi, la loro continuità ed accessibilità. La Comunità ha dunque promosso un'apertura graduale del mercato, accompagnata da misure di tutela dell'interesse generale per garantire, in particolare attraverso la teoria del servizio universale, l'accesso di ciascun cittadino europeo ad un servizio di qualità e ad un prezzo accessibile.

Quale, allora, il punto di equilibrio tra le diverse esigenze, da una parte garantire il rispetto delle regole del mercato da parte di tutti gli interessati, e dall'altra garantire la soddisfazione delle finalità di interesse generale?

Al riguardo la comunicazione della Commissione sui servizi di interesse generale per accertare la compatibilità con il diritto comunitario di una deroga al regime concorrenziale utilizza il parametro della proporzionalità (14). Tale criterio richiede che i mezzi impiegati per il raggiungimento della

economico generale sono presi in considerazione dal Trattato Ce in quanto costituiscono eccezioni al libero gioco del mercato (...) Questo consente di derogare al principio della concorrenza come regola generale solo quando ciò risulti necessario al raggiungimento del servizio pubblico (...) Su questa base la Comunità europea ha promosso una liberalizzazione controllata, vale a dire un'apertura graduale del mercato, accompagnata da misure di tutela dell'interesse generale".

(13) Cfr. Corte di Giustizia, sentenze 17 maggio 2001, C-340/99; 19 maggio 1993, C-320/91; 27 aprile 1994, C-393/92; 30 aprile 1974, C-155/73. Per un'indagine della giurisprudenza comunitaria in ordine all'interpretazione dell'art. 86, comma 2, del Trattato, P. CASSINIS, *Diritti speciali ed esclusivi e diritto della concorrenza*, in *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, VII, G.F. AIANI-P. BENACCHIO (diretto da), Torino, 2006; M. LOTTINI, *I servizi di interesse economico generale: una nozione controversa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 5, 1351.

(14) Comunicazione della Commissione, I servizi di interesse generale in Europa (2001/C 17/04), punto 23.

missione di interesse generale non debbano originare distorsioni non indispensabili degli scambi. In altre parole, ogni restrizione alle libertà del mercato interno non deve eccedere quanto strettamente necessario per garantire il buon andamento della missione in quanto la realizzazione del servizio di interesse economico generale deve essere comunque garantita e le imprese alle quali tale compito è affidato devono comunque essere in grado di sostenere gli oneri specifici ed i costi che ne derivano.

3. Il servizio pubblico locale a rilevanza economica: del carattere “economico” del servizio

Nel nostro ordinamento i servizi pubblici locali sono stati distinti nelle due categorie contemplate dall'art. 113 del D.Lgs. n. 267 del 2000 come modificato dall'art. 14 del Decreto legge n. 269 del 2003: servizi a rilevanza economica e servizi che sono privi di tale rilevanza (15).

La differenza tra le due categorie non è di poco rilievo in quanto a seconda che un servizio venga ricondotto in una categoria piuttosto che nell'altra l'interprete è tenuto ad applicare uno statuto ben differente. Infatti, mentre per i servizi pubblici locali con rilevanza economica l'affidamento mediante procedure ad evidenza pubblica costituisce la regola generale, peraltro suscettibile di deroghe, per i servizi privi di tale rilevanza, viceversa, l'affidamento diretto costituisce il fondamentale strumento di scelta del concessionario (16).

L'importanza della distinzione, come è noto, è accresciuta in seguito alla sentenza della Corte costituzionale n. 272 del 2004, in quanto dall'inquadramento di un servizio come avente rilevanza economica o meno non discen-

(15) Decreto legge n. 269 del 2003, “Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici”, pubblicato nella G.U. del 2 ottobre 2003, convertito nella l. 24 novembre 2003, n. 326. In precedenza, l'art. 35 della legge n. 448 del 2001 attribuiva rilievo alla “rilevanza industriale” del servizio. Il legislatore del 2003 facendo riferimento alla diversa espressione “rilevanza economica” ha ampliato sensibilmente il campo di applicazione della norma, in quanto quest'ultima categoria appare più ampia rispetto alla precedente. Per un commento alla precedente riforma dell'art. 113 attuata con l'art. 35 della legge n. 448 del 2001, si veda E. CARLONI, *Il “carattere” del servizio locale e il suo affidamento: il sistema italiano fra aperture, paradossi e regressioni* (nota a Cons. di Stato, sez. V, 15 aprile 2004, n. 2155), in *Servizi pubb. e appalti*, 2004, 4, 786; C. CALVIERI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici di cui all'art. 35 L. 448/2001 e sua compatibilità con processi di riorganizzazione in atto*, consultabile sul sito www.lexitalia.it, 2002, 4.

(16) La previsione di un tale differente regime è dovuta, secondo parte della dottrina, alle minori esigenze di tutela in ordine ai servizi pubblici di rilevanza non economica. Mentre nei servizi di rilevanza economica l'elemento ispiratore sarebbe rappresentato dalla tutela della concorrenza, nel caso invece dei servizi privi di tale rilevanza “le esigenze della concorrenza appaiono sensibilmente temperate dall'esigenza di dare massima espressione alla dimensione sociale, che in questi servizi assume grande rilievo”: T. TESSARO, *I servizi pubblici locali privi di rilevanza economica*, in *Comuni d'Italia*, 2004, 22; si veda anche C. SAN MAURO, *Le più recenti norme sui servizi pubblici locali: note di inquadramento*, consultabile sul sito www.giustamm.it.

de più solamente il diverso regime applicabile in ordine alla procedura di affidamento ma anche la fonte, rispettivamente nazionale o regionale, abilitata a disciplinare la materia (17).

Quella tra servizi di rilevanza economica e servizi privi di tale rilevanza è una distinzione di matrice esclusivamente statale in quanto l'ordinamento comunitario non conosce tale distinzione. In ambito europeo, viceversa, esiste la ripartizione tra servizi di interesse generale *tout court* e servizi di interesse economico generale, importante in quanto mentre i servizi di interesse generale di natura non economica non sono soggetti a norme comunitarie specifiche né alle norme del Trattato sul mercato interno, la concorrenza e gli aiuti di stato (18), i servizi di interesse economico generale sono sottoposti al diritto comunitario in materia di libertà di stabilimento, alle norme sulla concorrenza e sugli aiuti di stato e, in particolare, alla disciplina contenuta nell'art. 86 del Trattato secondo la quale le imprese che gestiscono tali servizi soggiacciono come ogni altra impresa alle norme poste a tutela della concorrenza.

La giurisprudenza comunitaria ha ricondotto il concetto di economicità nell'ambito della nozione di impresa, precisando che essa "abbraccia qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo *status* giuridico di detta entità e della sua modalità di finanziamento" (19). Al riguardo, la stessa giurisprudenza ha indicato che "costituisce attività economica qualsiasi attività che implica l'offerta di beni o servizi in un determinato mercato" (20).

(17) Con tale sentenza la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 113 *bis* del D.Lgs. n. 267 del 2000 contenente la disciplina statale delle forme di gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica, mentre ha lasciato sostanzialmente immutato l'impianto dell'art. 113 che disciplina, invece, i servizi pubblici locali con rilevanza economica. Secondo la Corte Costituzionale lo Stato nel dettare la disciplina dell'affidamento di questi ultimi servizi trae la propria legittimazione nella materia della tutela della concorrenza, mentre tale titolo non sarebbe invocabile per la disciplina dei servizi privi di rilevanza economica perché "in riferimento ad essi non esiste un mercato concorrenziale". Per un commento alla sentenza E. ZANELLI, *Servizi pubblici locali e Corte Costituzionale un passo avanti e due indietro*, in *Corriere giuridico*, 2005, 1; A. POLICE- W. GIULIETTI, *Servizi pubblici, servizi sociali e mercato: un difficile equilibrio*, (nota a Corte costituzionale n. 272 del 2004), in *Servizi pubblici e appalti*, 2004, 831; G. SCIULLO, *Stato, regioni e servizi pubblici locali nella pronuncia n. 272/04 della Consulta*, consultabile sul sito www.lexitalia.it.

(18) Tali servizi sono tuttavia oggetto delle norme comunitarie che si applicano anche alle attività non economiche e a quelle che non incidono sugli scambi intracomunitari, come il principio fondamentale di non discriminazione o quello della libera circolazione delle persone. In questi termini il Libro verde della Commissione del 21 maggio 2003 sui servizi di interesse generale, punti 32 e 43.

(19) Corte di Giustizia, sentenze 21 settembre 1999, C-67/96, punto 39; 23 aprile 1991, C-41/90, punto 21; 17 febbraio 1993, C-159/91 e C-160/91, punto 17; 16 novembre 1995, C-244/94, punto 14.

(20) Corte di Giustizia, sentenze 18 giugno 1998, C- 35/96, punto 36; 16 giugno 1987, C-118/85, punto 7. In questi termini anche il Libro verde della Commissione del 21 maggio 2003 sui servizi di interesse generale, punti 43 e 44.

Quello del giudice comunitario è evidentemente un indirizzo rigoroso finalizzato a tutelare nella maggiore misura possibile il libero mercato. Come accennato nel paragrafo che precede, alla luce della giurisprudenza comunitaria sulla portata dell'art. 86, par. 2, la deroga all'applicazione delle regole del Trattato dirette a instaurare un mercato comune può trovare applicazione solamente se la missione dell'ente che detiene il monopolio presuppone che tali norme vengano disapplicate. In altre parole, l'applicabilità della suddetta deroga sarebbe subordinata alla dimostrazione che l'applicazione delle norme poste a tutela della concorrenza renderebbe impossibile l'adempimento di tale missione (21).

Anche la giurisprudenza italiana ha affrontato la questione della rilevanza economica o meno dei servizi pubblici locali. Tale esame, infatti, risulta indispensabile per il giudice amministrativo per determinare la legittimità dell'affidamento diretto di un servizio pubblico. In assenza di una disposizione legislativa che ne fornisca una precisa definizione, la nozione di servizio pubblico locale con rilevanza economica e quella di servizio privo di siffatta rilevanza devono essere ricostruite in via interpretativa.

La giurisprudenza amministrativa ritiene che tale distinzione debba essere ancorata all'impatto che l'attività può avere sull'assetto della concorrenza e ai suoi caratteri di redditività. Così argomentando, assume rilevanza economica il servizio che si svolge in un settore per il quale potrebbe esistere, almeno potenzialmente, una redditività e quindi una competizione sul mercato; e ciò ancorché siano previste forme di finanziamento pubblico, più o meno ampie, dell'attività in questione. Dovrebbe, viceversa, essere considerato privo di tale rilevanza il servizio che, per la sua natura o per i vincoli ai quali è sottoposta la relativa gestione, non origina alcuna competizione e, quindi, appare irrilevante ai fini della concorrenza (22).

(21) Corte di Giustizia, sentenza 23 maggio 2000, C-209/98, punti 74-81; Trib. di I grado, 13 giugno 2000, procedimenti riuniti T-204/97 e T-270/97, punti 125 e 126; Conclusioni dell'Avvocato generale presentate il 12 febbraio 2008 nella causa T-289/03. Il punto 22 della comunicazione della Commissione sui servizi di interesse generale in Europa (G.U. 2001, C 17/04), richiede che, affinché sia applicabile la deroga di cui all'art. 86, par. 2, la missione di servizio pubblico sia chiaramente definita e sia affidata esplicitamente con atto pubblico. Tale obbligo discenderebbe dall'esigenza di garantire la certezza giuridica e la trasparenza nei confronti dei cittadini e sarebbe indispensabile affinché la Commissione possa verificare il rispetto del criterio di proporzionalità.

(22) Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 30 agosto 2006, n. 5072, in *Foro amm. CDS*, con nota di S. GOBBATO, *Regole di concorrenza e gestione in house dei servizi socio-assistenziali*, 2007, 2, 575. Il giudice amministrativo con questa pronuncia ha inoltre specificato che allorché un soggetto sia chiamato a svolgere sia servizi dotati di rilevanza economica sia servizi che, astrattamente, potrebbero esserne privi "deve aversi comunque riguardo alla globalità dei servizi espletati dal soggetto societario e, quindi, al carattere essenzialmente economico che li contraddistingue e che impedisce di porli su piani separati e non comunicanti". Si veda anche T.A.R. Puglia, Bari, sentenza 8 marzo 2006, n. 1318; T.A.R. Liguria, sez. II, sentenza 28 aprile 2005, n. 527.

La rilevanza economica del servizio, secondo questo indirizzo, viene sostanzialmente a dipendere dal tipo di attività che si svolge. A prescindere dalle ulteriori caratteristiche che contraddistinguono la missione, infatti, sarebbe l'esistenza di un mercato nel settore a determinare la rilevanza economica del servizio. Alla base di questo orientamento sembra esserci la volontà di garantire il maggior livello di tutela per il regime concorrenziale, in quanto dire che un servizio ha rilievo economico quando opera in un settore in cui potrebbe esistere "almeno potenzialmente" un mercato concorrenziale significa imporre alla pubblica amministrazione di svolgere la procedura di gara in relazione all'affidamento di ogni servizio che origina reddito, salvo ovviamente le ipotesi in cui l'applicazione delle norme concorrenziali possa compromettere la realizzazione della missione affidata.

4. La disciplina statale: dal testo unico degli enti locali alla recente riforma

La disciplina dei servizi pubblici locali negli ultimi anni è stata oggetto di una serie di riforme che ne hanno più volte modificato il contenuto (23). L'ennesima riscrittura delle norme in tale materia è attualmente contenuta nell'art. 23 *bis* del Decreto legge 25 giugno 2008, n. 112 (24). In precedenza la disciplina generale di riferimento era contenuta nell'art. 113 del D.Lgs. n. 267 del 2000 (25), il quale stabiliva che l'erogazione del servizio poteva avvenire:

a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica;

b) a società di capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica;

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

(23) Il primo provvedimento legislativo che ha riguardato in maniera globale i servizi pubblici risale ai primi anni del secolo scorso. Si tratta della legge 29 marzo 1903 n. 103, volta a disciplinare il fenomeno delle c.d. municipalizzazioni, vale a dire dell'assunzione dei servizi pubblici da parte degli enti locali. L'art. 112 del D.Lgs. n. 267 del 2000 qualifica servizi pubblici locali quelli "che abbiano per oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali".

(24) Decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, "Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria". L'art. 23 *bis* è stato inserito dalla legge di conversione 6 agosto 2008, n. 133. Per un primo commento, R. DE NICTOLIS, *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Urb. e app.*, 2008, 1109; S. COLOMBARI, *La disciplina dei servizi pubblici locali: carattere integrativo e non riformatore dell'art. 23 bis del d.l. n. 112/2008*, consultabile sul sito www.giustamm.it.

(25) D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, "Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali", pubblicato nella G.U. 28 settembre 2000, n. 227, S.O.

Come anticipato, con l'entrata in vigore della legge n. 133 del 6 agosto 2008 la disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica è ora contenuta nell'art. 23 *bis* della stessa legge. Infatti, nonostante l'ultima parte del primo comma stabilisca che le disposizioni contenute nell'art. 23 *bis* si applicano “a tutti i servizi pubblici locali”, tale norma non può che essere interpretata in stretta connessione con la prima parte del medesimo comma, sicché l'espressione “tutti i servizi pubblici locali” deve essere considerata come comprensiva esclusivamente di quelli che presentano rilevanza economica.

Uno dei punti di maggiore rilievo introdotti dalla recente riforma concerne le modalità di affidamento del servizio pubblico locale. Il legislatore ha introdotto quale regola generale l'indispensabilità della gara ai fini dell'affidamento della gestione del servizio, in quanto il conferimento deve avvenire “in via ordinaria” mediante procedure competitive ad evidenza pubblica (26). La disposizione, tuttavia, non descrive le modalità di espletamento della procedura competitiva, limitandosi ad indicare che essa dovrà svolgersi “nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità”. Le amministrazioni affidanti in virtù di una disposizione come quella in commento si trovano oggi a godere di un ampio margine di discrezionalità nella definizione delle procedure di gara, in quanto l'unico limite al riguardo rinvenibile è il rispetto dei principi generali elencati dal legislatore.

Si è detto dell'introduzione del principio dell'indispensabilità della gara ai fini dell'affidamento del servizio pubblico locale avente rilevanza economica. La riforma, tuttavia, ha inserito una rilevante deroga alla regola generale stabilendo che laddove sussistano “peculiarità caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche” che non consentono “un efficace e utile ricorso al mercato”, l'affidamento da parte dell'ente locale può essere effettuato “nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria”. Anche in questo caso il legislatore non descrive quali siano le modalità di affidamento in deroga; sembra tuttavia che la norma implicitamente faccia riferimento e legittimi l'accesso al sistema *in house providing* (27). Alla luce del diritto comunitario la pubblica amministrazione non è obbligata ad indire una procedura competitiva qualora ricorrano due condizioni: che l'amministrazione eserciti sul soggetto affidatario un controllo analogo a quello che

(26) B. RAGANELLI-G. PIGA, *La questione del conferimento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, lavoro compreso nel rapporto di Confindustria del mese di settembre 2008, sottolineano che lo svolgimento di una procedura di gara costituisce la condizione necessaria per la creazione di un esito concorrenziale ma rischia di non essere sufficiente a tal fine se non è accompagnato dalla sussistenza di altre condizioni, tra le quali la qualità del capitolato.

(27) Cfr. S. COLOMBARI, *La disciplina dei servizi pubblici locali*, op. cit., 5.

essa esercita sui propri uffici; che tale soggetto svolga la parte più importante della sua attività a favore dell'amministrazione aggiudicatrice (28).

La possibilità per l'ente locale di "sfuggire" dallo svolgimento della gara ad evidenza pubblica "rifugiandosi" nella fattispecie *in house* è parzialmente attenuata dalla previsione dell'obbligo in capo all'amministrazione di fornire pubblicità della scelta, di motivarla sulla base di un'analisi del mercato e di trasmettere una relazione che contenga gli esiti di tale verifica all'Autorità Antitrust e alle Autorità di regolazione del settore, ove esistenti, affinché esse esprimano un parere entro sessanta giorni dalla ricezione della relazione.

La riforma, dunque, non ha determinato un'apertura totale dei servizi pubblici locali al mercato né tantomeno il *de profundis* dell'affidamento *in house*: la novità, invece, sembra consistere nell'aver aggravato il procedimento amministrativo che regge tali affidamenti imponendo una maggiore ponderazione da parte degli enti locali, i quali saranno tenuti a motivare la loro scelta in base ad un'analisi di mercato che dia dimostrazione delle ragioni di ordine economico, sociale, ambientale e geomorfologico che non permettono un efficace ed utile ricorso al mercato.

Tale disposizione apre ad una serie di riflessioni. Innanzitutto in merito alle modalità ed ai termini entro i quali deve essere condotta da parte dell'ente locale che ha inteso derogare al principio della gara l'analisi di mercato. In assenza di alcun parametro stabilito *ex lege* in ordine al contenuto di tale analisi, lo stesso non può che essere rimesso ad una valutazione discrezionale da parte dell'amministrazione affidante. Quanto invece allo scopo di tale analisi, sembra che attraverso la stessa l'amministrazione debba dimostrare che l'esternalizzazione non rappresenta la soluzione preferibile per la gestione del servizio pubblico locale. In secondo luogo la previsione di una prodromica indagine da parte degli enti locali, specialmente con riferimento a quelli di minore dimensione, inevitabilmente costringerà tali amministrazioni a sostenere una spesa aggiuntiva non trascurabile. Infine, in assenza di diversa precisazione legislativa, il parere dell'Autorità Antitrust è obbligatorio ma deve essere considerato non vincolante e allora, ecco il punto, quale è l'effettivo limite stabilito dalla norma?

(28) Numerosi sono gli Autori che hanno preso in esame il fenomeno *in house providing*. Tra gli altri, S. COLOMBARI, *Il modello in house providing tra mito (interno) e realtà (comunitaria)*, in *Urb. e app.*, 2008, 211; G. FIENGO, *Un significativo allargamento dell'in house providing*, in *Rass. Avv. Stato*, 2007, I, 254; R. CAVALLO PERIN—D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 2006, I; D. ROSATO, *Appalti in house: rassegna critica della giurisprudenza*, in *Rass. Avv. Stato*, 2006, IV, 33; R. DE NICTOLIS, *La Corte si pronuncia in tema di tutela della trattativa privata, negli affidamenti in house a società miste*, in *Urb. e App.*, 2005, 295; B. MAMELI, *Affidamenti in house e libera concorrenza*, in *Urb. e app.*, 2003, 1419; C. ALBERTI, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2001, 495. Per la giurisprudenza, per la sua valenza riassuntiva, Consiglio di Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1, in *Foro it.*, 2008, III, 161.

Le disposizioni in commento, in realtà, benché ispirate dall'apprezzabile intento di limitare il diffondersi di deroghe ingiustificate al principio generale della gara, non appaiono idonee a raggiungere agevolmente tale auspicabile risultato.

La riforma ha previsto anche la possibilità di affidamento simultaneo con unica gara di una pluralità di servizi pubblici locali qualora l'ente affidante riesca a dimostrare che tale scelta sia economicamente vantaggiosa. Anche in relazione a tale ipotesi, probabilmente, sarebbe stato più opportuno se il legislatore avesse stabilito espressamente i criteri che l'ente deve considerare per dimostrare il vantaggio economico di tale scelta organizzativa. In assenza di tale previsione, infatti, l'amministrazione affidante si trova a godere di un ampio margine di discrezionalità nell'effettuare la propria scelta.

La riforma ha introdotto una rilevante novità anche per quanto concerne il soggetto affidatario del servizio pubblico locale. In base al nuovo quadro normativo, infatti, possono partecipare alla gara per l'affidamento della gestione dei servizi tutti gli imprenditori e tutte le società indipendentemente dalla veste giuridica che esse assumano. In tal modo il legislatore ha recepito l'orientamento del giudice comunitario secondo il quale i giudici italiani sono tenuti a disapplicare norme come l'art. 113, comma 5, lett. a) del TUEL per manifesta incompatibilità con i principi di parità di trattamento, di divieto di discriminazione e di libera concorrenza sanciti dal Trattato (29) perché impediscono ad operatori economici di presentare offerte soltanto per il fatto che tali offerenti non presentano la forma giuridica corrispondente ad una determinata categoria di persone giuridiche. Alla luce del nuovo contesto normativo e giurisprudenziale il discrimine della forma societaria, dunque, non può più operare nei riguardi della società partecipante alla gara per la gestione del servizio pubblico locale, al cui affidamento può concorrere qualsivoglia soggetto, anche costituito in forma diversa dalla società di capitali.

La disciplina contenuta nell'art. 23 *bis* del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112 trova il proprio ambito di applicazione con riferimento a tutti i servizi pubblici locali a rilevanza economica. Nel testo, però, c'è anche una

(29) Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza 18 dicembre 2007, C-357/06. L'art. 113, comma 5, lett. a) del TUEL stabiliva che l'erogazione del servizio potesse avvenire con conferimento della titolarità del servizio a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica. Il giudice di Lussemburgo ha stabilito che "l'art. 26 n. 1 e 2 della direttiva del Consiglio 92/50/CE osta a disposizioni nazionali, come quelle costituite dagli art. 113, comma 5, D.Lgs. n. 267 del 2000, art. 198, comma 1, D.Lgs. n. 152 del 2006 e art. 2, comma 6, l.r. Lombardia n. 26 del 2003, che impediscono ad operatori economici di presentare offerte, soltanto per il fatto che tali offerenti non abbiano la forma giuridica corrispondente ad una determinata categoria di persone giuridiche, ossia quella delle società di capitali. Il giudice nazionale, in tal caso, è obbligato a dare un'interpretazione ed un'applicazione conformi alle prescrizioni del diritto comunitario e, qualora siffatta interpretazione conforme non sia possibile, a disapplicare ogni disposizione di diritto interna contraria a tali prescrizioni". Conforme a questo orientamento la recente pronuncia del Consiglio di Stato, sez. V, 8 settembre 2008 n. 4242.

disposizione che fa specifico riferimento al servizio idrico integrato. Si tratta del comma ottavo, il quale stabilisce che qualora all'attuale concessionario sia stata affidata la gestione del servizio senza una previa gara ad evidenza pubblica, l'efficacia del titolo concessorio termina il 31 dicembre 2010, senza la necessità che l'ente affidante adotti una delibera *ad hoc*. La disposizione stabilisce anche che qualora le concessioni del servizio idrico integrato siano state affidate in presenza delle particolari condizioni che legittimano la deroga al principio della gara, tali affidamenti sono esclusi dalla cessazione. Il dato letterale ("*sono escluse dalla cessazione le concessioni affidate ai sensi del comma 3*") fa presumere che il momento rilevante per verificare la presenza delle condizioni che legittimano la deroga sia quello in cui è stato effettuato l'affidamento originario. Tuttavia, secondo una parte della dottrina, sarebbe più ragionevole fare riferimento al momento, successivo, della prevista cessazione della concessione quale momento per accertare la sussistenza delle condizioni derogatorie, "in quanto sarebbe illogico imporre la decadenza delle concessioni in essere assentite a trattativa diretta se poi comunque si può far ricorso anche nell'attualità (*rectius* anche dopo il 2010) alla trattativa diretta in forza del più volte citato comma 3" (30).

Degna di commento è anche la previsione del divieto per i titolari di servizi pubblici locali non affidati mediante procedura competitiva, nonché per i soggetti cui sia stata affidata la gestione delle reti, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi, di acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, di svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare. La disposizione precisa che tale divieto non si estende alle società quotate nei mercati regolamentati e che non opera in relazione alle gare per il conferimento dello stesso servizio pubblico di cui il privato sia stato precedentemente concessionario (31).

Il divieto appare particolarmente restrittivo e probabilmente solleva dei dubbi di legittimità costituzionale e comunitaria in particolare con riferimento alle norme poste a tutela dell'iniziativa privata. Infatti, tale limite preclude ai soggetti affidatari diretti di un servizio pubblico locale di concorrere, anche mediante procedura ad evidenza pubblica, per l'affidamento di un servizio pubblico ulteriore, e ciò anche quando il servizio inerisca ad un ambito territoriale diverso, anche quando a competere per l'ulteriore servizio sia una società controllante, controllata o semplicemente partecipata dall'affidataria diretta. Inoltre la disposizione comprende il divieto, particolarmente limitativo, di svolgere servizi o attività anche per altri soggetti "pubblici o privati".

(30) Cfr. F. LILLI, "La nuova disciplina di riforma dei servizi pubblici locali", consultabile sul sito www.giustamm.it, pubblicato il 17 settembre 2008.

(31) La disposizione riprende sostanzialmente il divieto di cui all'art. 113, comma 6, del D.Lgs. n. 267 del 2000.

La riforma dei servizi pubblici locali non si esaurisce nel decreto legge n. 112 del 2008, in quanto il comma 10 dell'art. 23 *bis* demanda ad uno o più regolamenti governativi il compito di completare la riforma. Per un giudizio completo sulla riforma, dunque, non si può che attendere l'emanazione di tali regolamenti per valutarne il contenuto.

Per quanto concerne il rapporto tra la nuova disciplina e quella di cui all'art. 113 del D.Lgs. n. 267 del 2000 il legislatore non ha fornito un parametro certo, rinviando il compito di individuare quali norme di tale ultima disposizione siano incompatibili con la nuova disciplina all'interprete e, plausibilmente, al regolamento di cui al comma 10, il quale, tra l'altro, dovrà "*individuare espressamente le norme abrogate ai sensi del presente articolo*". In attesa dell'auspicato regolamento governativo, il giudizio circa la tecnica normativa utilizzata dal legislatore non può essere esente da critiche perché in contrasto con quelli che sono i principi generali di *drafting* legislativo. Sarebbe stata preferibile un'esplicita indicazione da parte del legislatore di quali norme contenute nell'art. 113 del D.Lgs. n. 267 del 2000 devono oggi ritenersi applicabili, evitando ogni forma di abrogazione implicita e con una soluzione maggiormente consona a quel canone della certezza del diritto spesso ignorato dal nostro legislatore. *Medio tempore*, sarà l'interprete a dover determinare "*le parti incompatibili con le disposizioni del presente articolo*", ovvero stabilire in quale misura l'art. 113 debba considerarsi attualmente abrogato.

Per quanto attiene alla regolamentazione del periodo transitorio, l'art. 23 *bis* contiene norme in tema di transitoria prosecuzione delle gestioni in corso al momento dell'entrata in vigore della nuova disciplina. Il legislatore ha stabilito espressamente che restano salve le procedure di affidamento avviate e non ancora concluse nel momento in cui la legge n. 113 del 2008 è entrata in vigore, in ossequio a quell'interpretazione del principio della certezza del diritto elaborata dal giudice comunitario secondo cui la cessazione di una concessione preesistente all'entrata in vigore di una nuova norma deve essere corredata da un periodo transitorio che permetta alle parti del contratto di sciogliere i rispettivi rapporti contrattuali a condizioni accettabili sia dal punto di vista delle esigenze del servizio pubblico, sia dal punto di vista economico (32).

5. Riflessioni conclusive

La riforma dei servizi pubblici locali introdotta con l'art. 23 *bis* della legge n. 133 del 2008 rappresenta l'ennesimo tentativo di disciplinare questa complessa materia. Se sembra condivisibile che la *ratio* della riforma sia stata quella di tutelare il più possibile il principio della libera concorrenza (33),

(32) Corte di Giustizia, sez. II, sentenza 17 luglio 2008, nel procedimento C-347/06.

(33) Cfr. G. GUZZO, *La nuova veste dei servizi pubblici locali alla luce degli emendamenti e sub-emendamenti al ddl n. AC 1386 di conversione del dl 112/08*, consultabile sul sito www.dirittodeiservizipubblici.it.

appare tuttavia evidente che il disegno del legislatore sia suscettibile di un miglioramento, in vista di una più ampia affermazione di quella concorrenza che generalmente è considerata funzionale all'efficienza operativa dei servizi (34).

Ferme restando le osservazioni esposte, in generale si può sostenere che a fronte di una condivisibile affermazione del principio della gara come regola generale, la previsione di deroghe come quelle previste al comma 3 dell'art. 23 *bis*, di fatto, non fa che riproporre le questioni oggi ancora aperte in tema di affidamenti diretti. L'aver individuato quale parametro per "aggirare" la regola della gara uno dai connotati incerti, infatti, non contribuisce a promuovere una maggiore certezza del diritto e non consente la definitiva apertura del settore alla libera concorrenza. La disposizione si presta ad interpretazioni evidentemente discrezionali le quali, anche in ragione della prassi esistente in questo settore, non fanno apparire improbabile un ricorso assai frequente da parte degli enti locali alla deroga al principio della gara.

La riforma della disciplina dei servizi pubblici locali, dunque, sotto questo profilo non rappresenta un reale passo avanti verso il libero sviluppo dei mercati, né tantomeno la conclusione dell'opera di sistemazione di questa tormentata materia. L'art. 23 *bis*, piuttosto, costituisce un nuovo intervento legislativo che se da una parte puntualizza alcune questioni, dall'altra ne lascia aperte altre non meno importanti.

(34) Segnalazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AS457) del 24 luglio 2008 sulla disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.