

# La riforma dei servizi pubblici locali nella legge n. 326/2003 e nella legge finanziaria del 2004

**Autore:** Petroni Paolo

**In:** Diritto amministrativo

**SOMMARIO:** **1.** Premessa. **2.** Servizi a rilevanza economica e servizi privi di tale rilevanza. **3.** I servizi di rilevanza economica: la proprietà delle reti. **3.1** La gestione di reti, impianti e altre dotazioni patrimoniali. **3.2.** Le integrazioni apportate dalla Legge 24 dicembre 2004 n. 350 in materia di gestione delle reti. **4.** L'erogazione del servizio. **5.** Il periodo transitorio. **6.** I servizi privi di rilevanza economica. **7.** La disciplina dei servizi non economici alla luce della sentenza n. 272/2004 della Corte Costituzionale.

## 1. Premessa

Dopo aver analizzato la tematica intorno alla nozione di servizio pubblico nell'ambito, sia dell'esperienza giuridica italiana che del diritto comunitario, intendo focalizzare lo studio del presente lavoro intorno alle forme di gestione dei servizi pubblici locali, che hanno ultimamente subito un'ulteriore modifica ad opera dell'articolo 14

della legge n. 326/2003, integrata dall'articolo 4 comma 234 della legge n. 350/2003 (Legge finanziaria per il 2004).

Il settore dei servizi pubblici locali è quello che, nell'ultimo decennio, ha dovuto affrontare con urgenza le necessità di modifica della disciplina normativa di riferimento, non solo riguardo all'evoluzione degli stessi (spesso legata ai benefici introdotti dall'utilizzo di nuove tecnologie), ma soprattutto in funzione della rilevanza comunitaria della materia ed alla necessità di rispetto del principio di concorrenza.

È proprio la seconda delle due ragioni ad aver comportato un continuo e radicale intervento, ed a rendere "tormentata" la vicenda inerente, i servizi pubblici locali, la cui normativa è stata oggetto di numerose critiche da parte delle competenti istituzioni della Comunità Europea.

Si può ricordare che uno dei motivi fondanti la ancora recente "riforma" dei servizi pubblici di cui all'articolo 35 della legge 28 dicembre 2001 n. 448, sia stata la procedura di infrazione ex art. 226 del

Trattato n. 1999/2184, la cui lettera di costituzione in mora[1] ha ritenuto le modalità di affidamento dei servizi in questione previste dall'articolo 22 della legge 8 giugno 1990 n. 142[2], ed in particolare alla sua lett. e), in contrasto con l'art. 11, par 1, della direttiva 92/50/CEE[3] e con l'art. 20 della direttiva 93/38/CEE[4], nonché con i principi di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione.

L'adozione dell'articolo 35 l. 448/01 ha dato luogo a più di una perplessità fin dalla sua pubblicazione.

Le osservazioni sono state diverse per natura ed origine: in primo luogo per la peculiarità dello strumento (Legge finanziaria) adottato, poi a proposito della competenza a legiferare in materia rivendicata come propria dalle Regioni, col conseguente contenzioso davanti alla Corte Costituzionale[5], infine per la violazione dei Principi del Trattato dell'Unione Europea contestati dalla Commissione Europea.

Il regolamento attuativo, previsto dall'art. 35 comma 16 e da adottare entro 6 mesi dalla sua promulgazione, avrebbe dovuto in parte superare alcune problematiche, in particolare definire la durata del periodo transitorio e distinguere tra servizi pubblici a rilevanza industriale e servizi privi di tale rilevanza.

Tuttavia, il regolamento non è stato mai emanato in riferimento ai numerosi dubbi interpretativi riguardo al nuovo testo degli articoli 113 e 113bis T.U.E.L e al crescente contrasto con l'Unione Europea in merito alle soluzioni previste attraverso l'applicazione del regolamento stesso.

L'articolo 35 è stato sottoposto a procedura d'infrazione comunitaria, per violazione degli articoli 43 e 49 della direttiva europea n. 92/50.[6]

Ad avviso della Commissione l'articolo 35 della legge n. 448/01 continuava "a consentire numerose ipotesi di affidamento diretto dei servizi pubblici locali senza il rispetto della disciplina comunitaria".

La Commissione ha ritenuto come non conformi a tale disciplina:

1)

l'affidamento diretto della gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali, a società di capitali con la partecipazione maggioritaria degli enti locali;[7]

2)

la durata (massima) del periodo transitorio, durante il quale sono fatti salvi gli affidamenti diretti effettuati in passato;[8]

3)

l'affidamento diretto del servizio idrico integrato a società di capitali partecipate unicamente da enti locali; [9]

4)

gli affidamenti diretti previsti come regola in tema di gestione dei servizi pubblici privi di rilevanza industriale.[10]

L'esigenza di evitare la procedura d'infrazione comunitaria e al contempo quella di superare una serie di incertezze interpretative sul portato dell'articolo 35 l. 448/01, hanno spinto il legislatore ad intervenire nuovamente nel settore dei servizi pubblici locali.

Il testo della riforma ha trovato fondamento nell'esigenza di assicurare la libera concorrenza e livelli prestazionali sociali essenziali nel settore dei servizi pubblici.

Lo strumento legislativo adottato per introdurre celermente le modifiche per la composizione della procedura d'infrazione comunitaria è stata la Legge finanziaria n. 350/2003[11] e il decreto legge n. 269 del 30 settembre 2003 collegato alla stessa.

Si deve inoltre riferire come il decreto legge collegato alla Legge finanziaria, contenente la nuova disciplina, sia stato convertito in legge n. 326/2003 prima dell'approvazione della legge finanziaria.

Il testo della Finanziaria però ha nuovamente integrato la disciplina appena innovata.

Tale caotica produzione normativa evidenzia la non ancora compiuta definizione della disciplina di settore.

2.

Servizi a rilevanza economica e servizi privi di tale rilevanza

Con la legge n. 326/2003, a distanza solo di un anno dalla finanziaria 2002, vengono ancora ulteriormente modificati, in modo incisivo, l'assetto e i modelli gestionali dei servizi pubblici locali.

La prima, notevole innovazione apportata dall'ultimo intervento legislativo consiste nell'introduzione della nuova distinzione, all'interno del settore dei servizi pubblici, tra quelli di rilevanza economica e quelli privi di tale rilevanza.[12]

La precedente locuzione "servizi privi di rilevanza industriale" è andata incontro a numerose difficoltà interpretative, avendo la legge n. 448/2001 demandato l'individuazione degli stessi ad un regolamento attuativo peraltro mai emanato.[13]

In attesa di una definizione normativa, la dottrina ha spesso cercato di determinare cosa si dovesse intendere per servizi aventi rilevanza industriale, basandosi ora sulle particolarità tipiche emergenti dal dettato dell'art. 113 T.U.E.L (la presenza di reti, impianti ed altre dotazioni patrimoniali; la possibilità di scindere tali componenti dall'erogazione del servizio, ecc.), ora sui servizi che certamente facevano parte di tale categoria in quanto menzionati (nella fattispecie il servizio idrico integrato e quello del trasporto locale).

Vi è stato chi aveva ritenuto che la distinzione in questione facesse riferimento a quella "tra attività potenzialmente produttive di utili (servizi a rilevanza industriale) e attività in astratto improduttive di utili (servizi privi di rilevanza industriale).[14]

Altri autori hanno ritenuto che la differenziazione tra servizi "di rilevanza industriale" e servizi privi di tale rilevanza potesse essere rinvenuta facendo riferimento all'articolo 2195 cc., ove si qualifica l'attività industriale come quella "diretta alla produzione di beni e servizi".

Da ciò si doveva trarre, in sostanza, che i servizi pubblici a rilevanza industriale fossero "quelli diretti alla trasformazione dei prodotti naturali con connessa produzione di manufatti o prestazioni correlate"[15]

Neppure tale ricostruzione era del tutto soddisfacente, in quanto, nell'accezione accolta dall'art. 2195cc ed interpretata dalla giurisprudenza l'attività industriale è quella "diretta, in modo professionale e prevalente, alla produzione di beni e servizi" da intendersi come "la trasformazione o manipolazione della materia o dei singoli beni che sia tale da far perdere all'una o agli altri le originarie caratteristiche

merceologiche, trasformandoli in composti o in beni diversi”.[16]

Se tale fosse stata la nozione di attività industriale, indirettamente il servizio idrico integrato ne sarebbe stato escluso, (non essendovi modificazioni del bene oggetto del servizio), mentre esso risultava essere, insieme a quello di trasporto collettivo, indirettamente qualificato come di “rilevanza industriale” dalla stessa disciplina dell’art. 35. l.f. 2002.[17]

È, quindi, da apprezzare l’innovazione consistente nell’introduzione del diverso concetto distintivo relativo alla rilevanza economica del servizio pubblico o nella sua carenza.

Risulta certa l’influenza del diritto comunitario sull’uso di tale locuzione , con particolare riferimento non solo al Trattato CE ( che all’articolo 86 cita espressamente i “servizi d’interesse economico generale”), ma anche al recente Libro Verde dei servizi d’interesse generale del 21 maggio 2003.

Il punto 44 di tale documento è significativo al fine di individuare le categorie di servizi che oggi contraddistinguono la disciplina dei servizi pubblici locali di cui al d. lgs. n. 267/2000, laddove si conclude che “per quanto riguarda la distinzione fra servizi di natura economica e servizi di natura non economica, ogni attività che implica l’offerta di beni e servizi su un dato mercato è un’attività economica.”

L’influenza del diritto comunitario, negli ultimi anni, con l’adozione del Libro Verde sui servizi d’interesse generale, fa presumere che la categoria dei servizi soggetti alla disciplina dei servizi pubblici locali riportata dall’art. 113 si sia notevolmente estesa, residuando nella portata applicativa dell’art. 113 bis, i soli servizi astrattamente improduttivi di utili.

### **3. I servizi di rilevanza economica: la proprietà delle reti**

Nell’ambito dei servizi a rilevanza economica l’assetto legislativo destinato ad operare a regime si contraddistingue per la rivitalizzazione del ruolo gestionale degli enti locali, in contrapposizione con la scelta operata dal legislatore del 2001 ove la funzione del soggetto pubblico era essenzialmente quella di regolazione del settore.

L’elemento che rappresenta l’attuale modello di riferimento non è quindi caratterizzato dalla gara per l’assegnazione del servizio, che diviene un’alternativa rispetto all’intervento diretto, ma va rinvenuto nella scissione tra assetto proprietario (ed eventualmente gestionale) delle reti e degli impianti rispetto alla fase erogativa in senso proprio; la nuova regolamentazione degli assets assume un significato del tutto

differente rispetto a quello presente nell'originario contesto dell'articolo 35 della l. n. 448/2001, ove risultava collegata al principio dell'obbligatoria assegnazione del servizio tramite procedura concorsuale. Si tratta di un deciso arresto del processo di liberalizzazione che era stato avviato nel 2001: benché l'apertura del settore alle dinamiche concorrenziali non venga ostacolata, di fatto diviene eventuale ed è subordinata alla discrezione degli enti locali[18] di esternalizzare il servizio.

Con l'attuale normativa si è comunque compiuto un decisivo passo in avanti rispetto al modello che aveva caratterizzato gli anni '90, ove la disciplina delle infrastrutture strumentali risultava del tutto assente, assorbito all'interno del profilo gestionale del servizio: le reti e gli impianti venivano considerate non tanto sotto il profilo positivo del loro valore patrimoniale, quanto sotto quello negativo degli oneri economici per la relativa realizzazione e manutenzione[19] in un quadro di generale disinteresse rispetto ad ogni prospettiva di liberalizzazione del settore.

Analizzando le scelte adottate in riferimento alla gestione delle infrastrutture e al relativo assetto proprietario si può notare come le stesse abbiano ad indiretta referente la regolamentazione comunitaria dei servizi a rete, caratterizzata dall'imposizione di un obbligo di separazione verticale dei vari segmenti della "filiera" che va a comporre la gestione, misura indispensabile per la liberalizzazione di settori caratterizzati dalla presenza di infrastrutture non duplicabili.

Il principio generale (cui si sottraggono tuttavia i servizi privi di rilevanza economica), è infatti quello della proprietà pubblica delle reti[20], degli impianti e delle altre dotazioni destinate all'esercizio dei servizi: il comma 2° del novellato art 113 T.U.E.L. fa infatti divieto agli enti locali di cederne la proprietà[21], salvo la tassativa deroga di cui al comma 13° del medesimo articolo.

"Tali beni sono sottoposti ad un regime che, ai sensi dell'art. 822, comma 2°, cc., è quello tipico del demanio, caratterizzazione giuridica dotata di maggiore rigidità rispetto al previgente modello ove tali beni appartenevano al patrimonio indisponibile ed erano sottoposti al più elastico vincolo della non sottraibilità alla destinazione loro impresa"[22].

Il legislatore ha, quindi, voluto separare l'assetto dominicale dell'infrastruttura dalla fase di gestione del servizio mantenendo il controllo pubblico sui beni strategicamente rilevanti.

In questa ottica va letto anche il disposto del co. 13° dell'art. 113, laddove consente agli enti locali, salvo non risulti vietato dalle normative di settore di "conferire la proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali, a società di capitali a partecipazione interamente pubblica ed incredibile[23] con possibilità di assegnare a queste ultime anche il compito della relativa gestione" (tale ultima opzione è subordinata alla condizione che le normative di settore prevedano la separazione della gestione delle reti dalla fase erogativa).

Viene mantenuto un assetto pubblico della proprietà dei beni essenziali: nel pregresso regime i gestori

erano spesso proprietari delle reti e degli impianti ed operavano in favore di più realtà comunali, si che, una volta imposto lo scorporo di tali beni (art. 35, comma 9°, l. n. 448/2001), era evidente l'esigenza di evitare una frammentazione del regime dominicale che sarebbe stata fonte di problemi nel coordinamento gestionale.

Il punto centrale della relativa disciplina, introdotta dalla l. n. 326/03, è rappresentato dall'art. 113, comma 3° T.U.E.L., nella parte in cui prevede la garanzia "dell'accesso alle reti e agli impianti per tutti i soggetti legittimati all'erogazione dei relativi servizi".

La separazione delle reti e degli impianti dal patrimonio dei soggetti gestori viene considerato lo strumento principale per garantire la concorrenza ed il libero mercato.[24]

Tale assetto proprietario pubblico può trovare una deroga nel caso in cui la separazione fra la gestione dell'infrastruttura e l'erogazione del servizio non è prevista dalle normative di settore: in questa ipotesi è stabilito (articolo 113, comma 14°) che "se le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali appartengono a soggetti diversi dagli enti locali", gli stessi non solo ne mantengono la proprietà, ma "possono essere anche autorizzati a gestire direttamente i servizi o loro segmenti, a condizione che vengano rispettati gli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza definiti dalla competente Autorità di settore e che siano praticate tariffe non superiori alle media regionale"[25].

L'art. 35, comma 9° della legge n. 448/2001 già stabiliva che qualora la concentrazione di proprietà della rete e di gestione del servizio si fosse realizzata in capo alle società sottoposte al controllo degli enti locali, sarebbe stato necessario[26] procedere allo scorporo dei beni strumentali.

Garantito l'accesso alle reti a tutti i soggetti legittimati all'erogazione dei servizi viene realizzato un assetto che evita il possibile abuso di posizione dominante; in tale ambito sarebbe stato inutile mantenere sul mercato società miste che concentrassero la proprietà delle reti, la gestione delle stesse e l'erogazione del servizio, e la misura più giusta è stata quella di imporre il trasferimento dei beni strumentali ad un'autonoma società a partecipazione pubblica totalitaria.[27]

Anche per l'obbligo dello scorporo, tra le società di erogazione del servizio e le società di gestione delle reti e degli impianti, sono previste delle deroghe: secondo l'art. 35, comma 11° della legge n. 448/2001, tutt'ora vigente, tale misura non è necessaria nel caso in cui le società a prevalente capitale pubblico locale siano quotate in borsa.[28]

Le possibili opzioni offerte dal disegno di riforma in ordine al regime proprietario delle reti e degli impianti sono cinque: in primo luogo tali beni possono spettare direttamente in proprietà agli enti locali; in secondo luogo la proprietà può essere conferita in via diretta a società di capitali a partecipazione



pubblica totalitaria ed incredibile (art. 113, comma 13°); come terza opzione si ha l'assegnazione a società di capitali a partecipazione pubblica totalitaria incredibile, ma quale frutto dello scorporo da preesistenti società affidatarie dirette del servizio (art. 35, commi 9° e 10°, l. n. 448/2001); una quarta possibilità è quella di mantenere la proprietà in capo a società a partecipazione pubblica incaricate anche della gestione del servizio che siano quotate in borsa, ipotesi nella quale è ammessa la cessione della partecipazione azionaria dell'ente locale con costituzione a suo favore di un diritto di uso "anomalo" sulle infrastrutture. L'ultima ipotesi è quella del mantenimento della proprietà delle infrastrutture da parte di soggetti diversi dagli enti locali (art. 113, comma 14°).

### **3.1. La gestione di reti, impianti ed altre dotazioni patrimoniali**

Nell'assetto legislativo previsto dall'articolo 113 d. lgs. n. 267/2000, così come modificato dall'articolo 35 della legge finanziaria per il 2002, è presente la separazione tra proprietà delle reti ed infrastrutture, da un lato, e gestione delle medesime ed erogazione del servizio, dall'altro. Le discipline di settore hanno la facoltà di stabilire "i casi nei quali l'attività di gestione delle reti e degli impianti destinati alla produzione dei servizi pubblici locali di cui al comma 1° può essere separata da quella di erogazione degli stessi."[29]

Il d.l. n. 269/2003, convertito in l. n. 326/2003, ha conservato la possibilità consistente nell'associazione di proprietà delle reti e gestione delle medesime in capo a società a capitale interamente pubblico.[30]

Non tutti i servizi pubblici locali si prestano ad una separazione tra gestione della rete ed erogazione del servizio: si pensi al servizio idrico integrato.

Ove tale separazione sia realizzabile, il comma 4° dell'art 113 consente che gli enti locali, anche in forma associata, vi procedano mediante due modalità alternative di affidamento: quella, lett. a), in forma diretta nei confronti di società di capitali con la partecipazione totalitaria di capitale pubblico oppure quella, lett. b), mediante gara a favore di imprese idonee.

La seconda modalità concerne una tipica forma di esternalizzazione del servizio di gestione improntata ai canoni di concorrenza.

La forma di affidamento prevista dalla lett. a) è circondata da cautele volte a superare le contestazioni formulate in sede comunitaria a proposito dell'art. 35 della legge finanziaria 2002.

Tra le censure contenute nella lettera di costituzione in mora del 26 giugno 2002 c'era quella facente riferimento al contrasto tra diritto comunitario e art. 113, comma 4°, d.lgs. 267/2000 "nella misura in cui (quest'ultimo)

può consentire agli enti locali di affidare in maniera diretta un contratto di appalto o di concessione avente ad oggetto il servizio di gestione dei beni che rientrino nella disponibilità giuridica delle stesse



amministrazioni”.

Per evitare tale contrasto, si è previsto in sede di innovazione del comma 4° dell’articolo 113 che le società affidatarie dirette della gestione delle reti fossero partecipate in forma totalitaria da capitale pubblico e non soltanto in forma maggioritaria.

Viene esclusa la partecipazione di qualsiasi soggetto privato, al fine di giustificare l’affidamento diretto.

Inoltre, è stato inserito un ulteriore elemento in riferimento alla lett a) ossia quello che “gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l’ente o gli enti pubblici che la controllano”.

Il controllo deve essere rigoroso qualificandosi come “un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell’attività del soggetto partecipato” riguardante i più importanti atti di gestione.

Il gestore delle reti deve essere un soggetto distinto, formalmente, dagli enti pubblici a cui fa riferimento, ma sostanzialmente deve costituire una loro articolazione e deve essere controllato dal punto di vista gestionale, funzionale e finanziario.[31]

In materia di affidamento della gestione di reti, impianti e dotazioni patrimoniali, la l. n. 326/2003, ha superato il conflitto con il diritto comunitario, creando un sistema improntato all’alternativa tra affidamento mediante procedura ad evidenza pubblica e gestione diretta da parte di società a capitale interamente pubblico che soddisfino i parametri “dell’in house providing”.

L’affidamento diretto “interorganico” dovrebbe costituire un’eccezione rispetto alla necessità di procedere ad affidamenti mediante procedure competitive, mentre nella realtà dei fatti tale “eccezione” viene ad essere configurata al ruolo di “regola”.

### **3.2. Le integrazioni apportate dalla Legge 24 dicembre 2003, n 350 in materia di gestione delle reti.**

Con l’emanazione della Legge finanziaria per il 2004 sono state apportate alcune modifiche per quello che concerne la gestione delle reti e le operazioni ad essa connesse.

Il nuovo comma 5-ter dell'articolo 113 TUEL, introdotto dalla legge n. 350/2003, ha voluto disciplinare "l'esecuzione dei lavori comunque connessi alla gestione della rete" in modo diverso, a seconda che tale componente del servizio pubblico locale, separata o integrata con l'erogazione dei servizi, sia stata affidata con procedura ad evidenza pubblica oppure con modalità differenti.

Nel secondo caso, la nuova norma prevede che i soggetti gestori delle reti debbano provvedere ai lavori connessi alla loro mansione esclusivamente mediante contratti di appalto o di concessione di lavori pubblici, aggiudicati a seguito di procedure ad evidenza pubblica.

In alternativa è concessa a tali soggetti l'esecuzione dei lavori in economia nei limiti di quanto stabilito dall'art. 24 della l. n. 109/1994[32] e dall'art. 143 del d.p.r. n. 554/1999[33].

Dovrà trattarsi di lavori aventi un importo massimo di 50000 Euro rientranti nelle categorie elencate dall'art. 88 DPR n. 554/1999.[34]

Nel caso in cui la gestione della rete sia stata affidata mediante procedura ad evidenza pubblica, si dispone che il soggetto gestore possa realizzare direttamente i lavori "purché qualificato ai sensi della normativa vigente e purché la gara espletata abbia avuto ad oggetto sia la gestione del servizio relativo alla rete, sia l'esecuzione dei lavori connessi".

In caso di mancato rispetto di tale condizione dovrà estendersi la disciplina ai gestori che hanno ottenuto il servizio in questione mediante procedure concorrenziali, i quali saranno vincolati ad appaltare i lavori a terzi con le procedure ad evidenza pubblica.

Si ritengono auspicabili delle interpretazioni estensive, ad opera della giurisprudenza, al fine di consentire che operazioni di modesta rilevanza possano essere svolte in economia a prescindere dalle modalità di attribuzione del servizio.

#### **4. L'erogazione del servizio**

La recente novella dell'art. 113 del T.U. delle autonomie locali ha ripristinato, anche per i servizi pubblici con rilevanza economica, la possibilità per gli enti locali di scegliere tra i modelli di gestione secondo quei criteri che in base alla vecchia normativa l. n. 142/1990 consentivano all'ente la scelta tra i vari modelli ivi previsti.

In materia di erogazione del servizio si deve far riferimento alla completa sostituzione dell'art. 113, co 5, T.U.E.L., ossia dell'articolo che costituiva una delle più rilevanti innovazioni apportate dall'articolo 35 della l. n. 448/2001.

Disponendo che infatti “l'erogazione del servizio, da svolgere in regime di concorrenza, avviene secondo le discipline di settore, con conferimento della titolarità del servizio a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedura ad evidenza pubblica” il comma in questione disciplinava la necessaria messa in concorrenza dell'attività di erogazione, oltre al riconosciuto carattere di atipicità delle forme di gestione.[35]

L'attuale formulazione del comma 5° dell'articolo 113, come modificato dalla legge n. 326/2003, rompe nettamente con la linea innovativa della finanziaria del 2002, introducendo tre alternative di gestione dei servizi a rilevanza economica da svolgersi “secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea”. La gestione può dunque aver luogo mediante il conferimento del servizio:[36]

- “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 che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche;
- 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 con gli enti pubblici che la controllano”.

Il legislatore, infatti, ha inteso attribuire una netta prevalenza al modello societario quale soluzione ottimale di gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica.

Di tali tre alternative, la prima ricalca in toto la disposizione costituente l'unica possibilità concessa fino all'entrata in vigore del d.l. n. 269/2003, convertito con l. n. 326/2003, ossia l'affidamento del servizio ad una società con capitale integralmente privato mediante l'espletamento di una gara ad evidenza pubblica[37].

Deve trattarsi soltanto di società di capitali: il legislatore ha in tal modo inteso privilegiare i competitori reali a scapito delle realtà giuridiche artificialmente costituite al solo fine della partecipazione alle gare (si pensi alle associazioni temporanee di impresa o ai consorzi temporanei).

L'introduzione di meccanismi competitivi nell'identificazione del soggetto titolare della gestione del servizio pubblico locale ha sancito l'affermarsi del principio della concorrenza per il mercato. La scelta è stata il frutto di un'analisi del settore dei servizi pubblici, caratterizzato dalla presenza di monopoli legali o naturali, con condizioni strutturali che rendono problematica la concorrenza nel mercato.

Le modalità di espletamento e di aggiudicazione delle gare per l'affidamento del servizio, prima della sentenza n. 272/2004 della Corte costituzionale, erano dettagliatamente disciplinate dal comma 7°

dell'articolo 113 del T.U.E.L., nel testo sostituito dall'art. 35, comma 1° della l. n. 448/2001 e prevedevano in particolare:

-

“il rispetto degli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza definiti dalla competente Autorità di settore o, in mancanza di essa, dagli enti locali”;

-

i criteri per l'aggiudicazione della gara, che venivano individuati: a) nel miglior livello di qualità e sicurezza e delle condizioni economiche di prestazione del servizio; b) dei piani di investimento per lo sviluppo e il potenziamento delle reti e degli impianti, per il loro rinnovo e manutenzione; c) dei contenuti di innovazione tecnologica e gestionale;

-

l'inserimento di tali elementi nel contratto di servizio.

Ai sensi dell'art. 14, comma 1, lett.e) del d.l. n. 269/2003 le disposizioni predette dovevano essere inoltre

considerate “integrative delle discipline di settore”.

La Consulta, mentre ha riconosciuto la legittimità di “tutte quelle norme impugnate che garantiscono, in forme adeguate e proporzionate, la più ampia libertà di concorrenza nell’ambito di rapporti, come quelli relativi al regime delle gare o delle modalità di gestione o conferimento dei servizi, i quali per la loro diretta incidenza sul mercato appaiono più meritevoli di essere preservati da pratiche anticoncorrenziali” ha ritenuto “ingiustificato e non proporzionato” l’intervento legislativo statale in relazione al livello di dettaglio con cui sono stati indicati i criteri di indizione e di aggiudicazione della gara e al carattere integrativo riconosciuto a tali criteri rispetto alle discipline di settore.

La chiave di lettura di tale decisione deve essere ravvisata, come già evidenziato, nel criterio di proporzionalità e di adeguatezza che deve essere ogni volta ricercato “per delineare l’operatività della competenza legislativa statale e per comprendere, di volta in volta, se la (tutela della concorrenza) materia “trasversale” che concerne una pluralità di interessi, anche di competenza regionale, possa legittimare l’intervento legislativo statale.”[38]

Pertanto in merito ai criteri di aggiudicazione della gara vi sarà un’ampia potestà legislativa regionale, fermo restando il rispetto dei principi comunitari .

In alternativa a tale modalità di attribuzione dell’erogazione del servizio, si è aggiunta, in primo luogo la facoltà di conferire la titolarità del servizio a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l’espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica.

La norma in questione sembra aver re-introdotta la tradizionale forma di gestione costituita dalla società mista di cui all’articolo 22, co. 3°. Lett e), della legge 8 giugno 1990 n. 142, poi confluito nell’articolo 113, comma 1°. lett e) del d.lgs. n. 267/2000.

Con la legge sulle autonomie locali tale forma di gestione era subordinata allo svolgimento di una procedura ad evidenza pubblica per la scelta del socio privato di maggioranza o di minoranza.

Tale forma di gestione, era stata oggetto di critica da parte della Commissione CE, attraverso la prima procedura d’infrazione n. 1999/2184, che aveva considerato la modalità di cui alla lett e) del comma 3°, della l. n. 142/1990 contrastante con l’articolo 11, par. 1 della direttiva 92/50/CEE e con l’articolo 20 della direttiva 93/38/CEE, nonché con i principi di trasparenza, di parità di trattamento e di non discriminazione.

La singolarità della fattispecie consiste nel fatto che è ritenuto necessario dal legislatore la gara per la scelta del socio, per cui non si dovrà procedere ad un’ulteriore gara per l’affidamento del servizio.

Il momento della gara ad evidenza pubblica è semplicemente spostato dalla fase di individuazione del soggetto gestore a quella di scelta del socio privato di una società di capitali cui è già stato affidato

direttamente il servizio. Si tratta di un modello di compartecipazione societaria tra un soggetto pubblico, garanzia di continuità nell'erogazione del servizio oltre che di sicura attenzione alle esigenze dell'utenza e del territorio, ed un privato imprenditore che porta in dote il know how e la professionalità necessarie al miglioramento del servizio erogato.

La scelta di tale modalità di affidamento può rappresentare in numerose realtà del nostro Paese una possibile alternativa alla gestione diretta del servizio.

Si ritiene, inoltre, che la società mista deve essere veramente tale, nella quale cioè il socio privato partecipi concretamente, e non in misura simbolica, al capitale sociale ed alla gestione dell'impresa.

Nel testo della riforma sarebbe stato opportuno introdurre un riferimento puntuale alla quota minima di capitale sociale da mettere a gara, onde evitarne che nella prassi si possono verificare ipotesi di gare per quote irrisorie di tale capitale, vanificando così il portato di tale normativa.

In tal senso è auspicabile che i provvedimenti e le circolari specifiche emanate dalle autorità competenti per individuare le linee di indirizzo da seguire nell'espletamento delle gare per la scelta del socio privato, specifichino anche la quota minima di capitale da mettere a gara.

L'ultima modalità di affidamento è costituita da quello a società di capitali interamente in mano pubblica: il c.d. modello dell'in house providing[39].

Tale forma di affidamento, assolutamente coerente ed adesiva ai principi elaborati dalla giurisprudenza comunitaria, è prevista per i servizi economici (gestione delle reti ed erogazione del servizio) e per la proroga delle concessioni.

La materia degli affidamenti dei servizi pubblici si avvicina sempre più a quella degli appalti: in entrambe le ipotesi deve essere garantita la concorrenza, anche se con delle eccezioni, una delle quali è costituita proprio dall'affidamento a società a totale capitale pubblico.

La normativa europea in tema di appalti pubblici, in particolare di servizi, non trova applicazione secondo l'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia, quando manca un vero e proprio rapporto contrattuale tra due soggetti, come nell'ipotesi, di delegazione interorganica o di servizio affidato, in via eccezionale "in house." [40]

Tale è il servizio svolto da un soggetto distinto dall'amministrazione remora aggiudicatrice e sul quale quest'ultima eserciti un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi e sempre che il soggetto svolga la parte più importante della propria attività con l'amministrazione o le amministrazioni che lo controllano.

La società così costituita realizza un'ipotesi di terzietà formale, ma non sostanziale: infatti essa è terza

perché dotata di personalità giuridica, ma lo è solo formalmente perché nella sostanza dipende integralmente dall'ente locale.

Tale "dipendenza" si evince dai tre caratteri che individuano il modello "in house providing":

a)

il capitale interamente pubblico della società (la Corte di Giustizia ritiene, diversamente dalla previsione di cui all'art.113, bastevole per l'in house providing la presenza di una società addirittura a prevalente capitale pubblico locale della società affidataria);

b)

il "controllo analogo" esercitato dall'ente locale;

c)

lo "svolgimento della parte più importante dell'attività della società nei confronti dell'ente o degli enti che la controllano".

Per controllo analogo<sup>[41]</sup> deve intendersi, secondo la giurisprudenza europea e nazionale un rapporto quasi equivalente ad una relazione di vera e propria "subordinazione gerarchica".

Si tratta di un controllo sulla gestione che è diverso da quello successivo, quale ad esempio quello esercitato in sede di approvazione del bilancio di esercizio o quello esercitato con la nomina di tutti gli organi in conseguenza della partecipazione totalitaria dell'ente.

Il controllo in questione deve essere concomitante alla concreta attività operativa, non solo mediante l'esercizio del normale potere di indirizzo, ma anche con il puntuale esame sui principali atti di gestione



da effettuarsi anche con l'utilizzo di poteri ispettivi.

L'articolo 113, comma 5, prevede che tali società "realizzino la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano". Il criterio alla luce del quale deve considerarsi l'attività svolta è quello dell'autonomia dell'operatore.

Nella misura in cui l'attività economica di tale soggetto è nella maggior parte svolta a vantaggio dell'autorità controllante, si è in presenza di un servizio affidato "in house", in cui l'ente territoriale utilizza le prestazioni per fini pubblici e per destinarle a suo vantaggio, come si trattasse di un servizio interno che agisce per la sua istituzione.

Solo in tal caso si può parlare di una proiezione amministrativa dell'ente pubblico, che lo esonera dall'osservare le regole di concorrenza.

È inoltre necessario che si determini esplicitamente come residuale la forma di gestione in house, graduando le diverse possibili modalità di affidamento.

In questa ottica è significativa la disposizione dell'articolo 4, comma 234°, l. 24 dicembre 2003, n. 350 (finanziaria 2004), che ha aggiunto all'articolo 113 T.U.E.L. il comma 5-bis ed ha disposto che le normative di settore, al fine di superare assetti monopolistici, possano "introdurre regole che assicurino concorrenzialità nella gestione dei servizi da essa disciplinati prevedendo, nel rispetto delle disposizioni di cui al comma 5, criteri di gradualità nella scelta della modalità di conferimento del servizio".

Lo scopo della norma è quello di garantire per le discipline di settore di adottare delle modalità di attribuzione dei servizi maggiormente competitive, seppur in modo progressivo e graduale: si pensi al caso di imposizione di un termine agli affidamenti "in house", scaduto il quale dovrà essere svolta una gara con procedura ad evidenza pubblica.

## 5 Periodo transitorio

Le novità introdotte dal legislatore con i commi 15-bis, ter, quater, aggiunti all'art. 113 per disciplinare il periodo transitorio, appaiono rilevanti rispetto alla precedente formulazione.[42]

Vengono abrogate molte delle disposizioni precedenti, soprattutto nel tentativo di limitare temporalmente i diritti esclusivi e speciali caratterizzanti il periodo di transizione.

Sotto tale profilo, il legislatore ha voluto tener conto dei rilievi mossi dalla Commissione europea nella procedura di infrazione diretta al Governo italiano.

Il comma 15-bis del riformato art 113 T.U.E.L. stabilisce che: “nel caso in cui le disposizioni previste per i singoli settori non stabiliscano un congruo termine di transizione, ai fini dell’attuazione delle disposizioni previste dal presente articolo, le concessioni rilasciate con procedure diverse dall’evidenza pubblica cessano comunque al 31 dicembre 2006, senza necessità di apposita deliberazione dell’ente affidante”.

Il punto rilevante è il concetto di termine congruo. Il giudizio di congruità è affidato all’interprete e deve essere configurato alla luce della disciplina complessiva della transizione tra il vecchio e il nuovo sistema di affidamento dei servizi. Nel caso di norme previste per singoli settori la congruità del termine va ricercata nel settore.

“Sono escluse dalla cessazione le concessioni affidate a società a capitale misto pubblico-privato, nelle quali il socio privato sia stato scelto mediante procedura ad evidenza pubblica e che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza, nonché quelle affidate a società a capitale interamente pubblico, a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l’ente o gli enti pubblici che lo controllano. Sono, altresì, escluse dalla cessazione anche le concessioni affidate alla data del 1 ottobre 2003 a società già quotate in borsa e quelle da esse direttamente partecipate a tale data, a condizione che siano concessionarie esclusive del servizio pubblico, nonché a società originariamente a capitale interamente pubblico che, entro la stessa data, abbiano provveduto a collocare sul mercato quote di capitale attraverso procedure ad evidenza pubblica”.

In queste due ultime ipotesi, è da ritenere che la durata residua delle concessioni e affidamenti non coincide con la naturale scadenza del rapporto, dal momento che la norma prevede che “le concessioni cessino comunque allo spirare del termine equivalente alla durata media delle concessioni aggiudicate nello stesso settore a seguito di procedure ad evidenza pubblica” salvo una maggiore durata disposta dagli enti locali “proporzionata ai tempi di recupero di particolari investimenti effettuati da parte del gestore”. Le ultime due ipotesi non risultano di facile applicazione.

Ad esempio, si reputa che gli investimenti debbano essere già effettuati alla data del 1 ottobre 2003, che resta il limite temporale generale.

Altrettanto complicato sarà capire a chi spetta il compito della durata media delle concessioni, in un determinato settore, in quanto, oltre all’amministrazione centrale, anche gli enti locali saranno abilitati a procedere al computo della media.[43]

Tutto ciò comporta l’instaurazione di un contraddittorio con i gestori, prevedendo la norma la cessazione, in una data successiva, qualora tale data non risulti proporzionata ai tempi di recupero degli investimenti effettuati da parte del gestore.

In sede di conversione in legge del d.l. n. 269/2003 si è deciso di rendere più “flessibile” il termine di

anticipata cessazione delle concessioni rilasciate senza gara, inserendo nell'articolo 113, un comma 15-ter che consentisse di prorogare il termine al ricorrere di determinate condizioni, seppur "previo accordo, raggiunto caso per caso, con la Commissione europea."[44]

Una prima proroga, di durata non superiore ad un anno, riguarda il caso in cui entro il 31 dicembre 2005 si dia luogo "mediante una o più fusioni, alla costituzione di una nuova società capace di servir un bacino di utenza complessivamente non inferiore a due volte quello originariamente servito dalla società maggiore".

Al medesimo fine, poi, la seconda norma di deroga prevede l'estensione della scadenza fino a due anni qualora, entro il 31 dicembre 2005, un'impresa affidataria "anche a seguito di una o più fusioni, si trovi ad operare in un ambito corrispondente almeno all'intero territorio provinciale ovvero a quello ottimale, laddove previsto dalle norme vigenti."

Non è possibile in alcun modo oltrepassare il termine costituito dal 31 dicembre 2008 non essendo più previsto il cumulo delle proroghe.

Nel comma 15-quater viene riformulato il divieto già previsto nel comma 6°, di partecipare a gare per l'affidamento di servizi pubblici locali per i gestori che si siano avvalsi di affidamenti diretti, a decorrere dal 1 gennaio 2007.

Eccezione a tale principio è costituita dall'ipotesi di una prima gara da espletare al termine dell'affidamento in corso, qualora la gara abbia ad oggetto i servizi "forniti dalle società partecipanti alla gara stessa."

Infine si prevede che attraverso un regolamento governativo, saranno definite le condizioni per la partecipazione alle gare per l'affidamento del servizio e per la scelta del socio privato delle imprese estere o delle imprese italiane che gestiscono all'estero servizi senza averne ottenuto l'affidamento attraverso procedure ad evidenza pubblica.

Per quanto riguarda la legittimità della nuova norma, emerge come essa rappresenti una concreta applicazione della competenza in materia di tutela della concorrenza, ovvero di una delle potestà legislative di carattere esclusivo residue allo Stato dopo la legge costituzionale n. 3 del 2001.

Lo scopo della normativa in questione è quello di fissare il lasso di tempo entro il quale i principi di libera concorrenza dovranno trovare completa applicazione e tutela all'interno del nostro ordinamento.[45]

La disciplina transitoria, finalizzata a coordinare il nuovo regime istituito con quello precedente va considerata indubbiamente opportuna. Infatti appariva necessario che il legislatore individuasse un periodo congruo in cui fosse consentito il mantenimento di affidamenti in atto, benché non più conformi alla nuova normativa.

Diversamente una immediata modifica in senso sfavorevole di tali rapporti di durata avrebbe creato una disparità di trattamento tra posizioni sorte in virtù dell'ordinamento previgente, tutte astrattamente legittime ed i diritti dei gestori che avevano confidato nella durata originaria dell'affidamento del servizio.

## 6. I servizi privi di rilevanza economica

La riforma di cui al d.l. n. 269/2003 non si è limitata a riformulare il solo regime dei servizi di cui all'art 113 T.U.E.L., ma anche quelli disciplinati al successivo articolo 113-bis, precedentemente rubricato "gestione dei servizi privi di rilevanza industriale".

La prima e più importante innovazione, infatti, riguarda proprio la rubrica dell'articolo stesso, che fa riferimento ai servizi "privi di rilevanza economica" restringendo il campo di applicazione dell'articolo 113-bis.

Quanto alla disciplina di tali servizi, il d.l. n. 269/2003 ha apportato poche ma notevoli differenze rispetto al sistema introdotto con l'art. 35 della Legge finanziaria per il 2002.

Con la l. n. 448/2001 si individuavano tre modelli fondamentali di gestione, costituiti da quello dell'esternalizzazione[46], quello della collaborazione[47] e quello dell'intervento diretto[48].

Il d.l. n. 269/2003 ha in primo luogo abrogato il modello gestionale improntato all'esternalizzazione: c'è chi ha sostenuto che l'eliminazione di tale modello pseudo-concessorio troverebbe una conferma nella astratta e generalizzata improduttività di utili dei servizi privi di rilevanza economica.

"Si deve constatare che il modello dell'esternalizzazione (o "outsourcing") non dovrebbe risultare eliminato dalla natura antieconomica di un servizio, che ben potrebbe essere erogato da terzi laddove i capitolati di gara prevedessero una parziale copertura dei costi mediante sovvenzioni dell'ente locale affidante; ovviamente non si vuole proporre l'utilizzazione indiscriminata di un modello, ma soltanto auspicare la sua utilizzazione qualora sussistano ragioni tecniche, economiche e di utilità sociale."**[49]**

Il modello della collaborazione, invece, presuppone l'intenzione dell'ente locale di provvedere alla gestione del servizio privo di rilevanza economica (come ad esempio il servizio culturale) mediante figure organizzatorie in grado di assicurare una fattiva cooperazione tra pubblico e privato. Pertanto, tale modello risulta realizzabile attraverso l'affidamento diretto della gestione del servizio ad una società oppure ad una fondazione o anche ad un'associazione costituita o semplicemente partecipata dall'ente locale insieme a soggetti privati o ad altri soggetti pubblici (art. 113 bis, comma 1, lett. c) e comma 3).

L'articolo 14 del decreto legge n. 269/2003 convertito in legge n. 326/2003, dispone nel nuovo articolo 113 bis comma 1° lett. c), che i servizi privi di rilevanza economica possono essere gestiti anche mediante

affidamento diretto a “società a capitale interamente pubblico a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l’ente o gli enti pubblici che la controllano”, si tratta del c.d. affidamento “in house providing”.

La norma in questione ha trasferito parte del modello collaborativo nell’ambito di quello dell’intervento diretto, mostrando delle incoerenze derivanti da un duplice ordine di motivi.

In primo luogo, perché il regime concorrenziale da garantire nel settore dei servizi privi di rilevanza economica non trova la medesima attenzione prevista per i servizi a rilevanza economica. Tutto ciò si desume dal Libro verde sui servizi d’interesse generale del 21 maggio 2003 laddove si afferma che, fatti salvi i principi di non discriminazione, quelli di libera circolazione delle persone e le norme sugli appalti pubblici “la libertà di fornire servizi, il diritto di stabilimento, le norme sulla concorrenza e sugli aiuti di stato si applicano soltanto alle attività economiche.”

Se è vero che, le innovazioni introdotte dalla l. n. 326/2003 hanno la finalità di migliorare il contesto competitivo nell’ordinamento dei servizi pubblici locali, rendendolo conforme al sistema concorrenziale di matrice comunitaria, non si comprende l’introduzione di tale modifica, in quanto i principi e le norme da tutelare anche nei settori privi di rilevanza economica sarebbero stati salvaguardati attraverso le procedure ad evidenza pubblica per la scelta del socio privato.

Il secondo motivo dell’incoerenza di tale modifica è costituito dal fatto che la possibilità di affidare direttamente i servizi pubblici locali di cui all’articolo 113-bis ad una società per azioni “mista” era rimasta intatta, non essendosi eliminata la disposizione dell’articolo 116[50] T.U.E.L., e che tale opportunità è stata concessa anche per i servizi a rilevanza economica, grazie alla nuova norma contenuta nell’articolo 113, comma 5° lett b), d.lgs n. 267/2000.

Sulla norma dell’articolo 113-bis, tuttavia, si è inserita la pronuncia della Consulta n. 272/2004, con la quale ne è stata decretata l’illegittimità costituzionale alla luce del fatto che il settore dei servizi pubblici privi di rilevanza economica non possa ritenersi influenzato dalla disciplina a tutela della concorrenza.

7. La disciplina dei servizi non economici alla luce della sentenza n. 272/2004 della Corte Costituzionale.

L'intero assetto normativo dei servizi pubblici privi di rilevanza economica risultante dalle disposizione dell'articolo 113-bis del d.lgs. n. 267/2000 è stato radicalmente cancellato nella sentenza n. 272/2004 della Corte Costituzionale.[51]

Le argomentazioni utilizzate dalla Consulta per motivare la pronuncia di incostituzionalità dell'art. 113-bis sono direttamente conseguenti alle considerazioni a sostegno della legittimità dell'intervento dello Stato a tutela della concorrenza nel settore dei servizi pubblici a rilievo economico.

Secondo la Consulta, infatti, la tutela della concorrenza e l'inderogabilità della disciplina da parte delle norme regionali sono richiamate in modo esplicito soltanto all'art. 113 T.U.E.L., per i servizi di rilievo economico. Pertanto l'intervento del legislatore nazionale non può ritenersi giustificato allorché le norme riguardino i servizi privi di rilevanza economica, data l'assenza di un mercato concorrenziale e del fine lucrativo che caratterizza questo particolare ambito.

La disciplina censurata, risultante dalle previsioni dell'articolo 35 della l. 28 dicembre 2001, n. 448, successivamente modificato dall'art. 14, comma 2°, del d.l. n. 269/2003, prevedeva che i servizi privi di rilevanza economica fossero gestiti mediante affidamento diretto a :

a) Istituzione; b) Azienda speciale anche consortile; c) Società per azioni a capitale interamente pubblico con le caratteristiche dell'in house providing.

Erano altresì consentiti:

- l'affidamento diretto dei servizi culturali e del tempo libero anche ad associazioni e fondazioni dagli enti locali costituite o partecipate;

- in generale la gestione in economia quando per le modeste dimensioni del servizio o per le caratteristiche del servizio, non era opportuno procedere all'affidamento esterno.

Appositi contratti di servizio avrebbero dovuto poi regolare i rapporti tra enti locali e soggetti erogatori dei servizi.

Il vuoto normativo creatosi in seguito alla pronuncia di incostituzionalità dell'art 113-bis offre lo spunto per una serie di riflessioni e pone alcuni interrogativi che, anche in questo caso, investono diversi profili, tra cui in particolare la ripartizione della competenza tra Stato e Regioni in materia, le modalità di gestione di tali servizi e i criteri di affidamento degli stessi nelle more della nuova disciplina regionale e locale.

Quanto al primo punto, ovvero la ripartizione delle competenze, è stato evidenziato che la materia trasversale "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni" potrebbe essere in futuro richiamata dal legislatore nazionale per legittimare il proprio intervento collegando, secondo un criterio di

proporzionalità ed adeguatezza, la garanzia di certi livelli di servizi a specifiche forme organizzative ed è stato sottolineato la presenza, nell'art 117 Cost., di altre materie che potrebbero giustificare un intervento legislativo settoriale dello Stato, quali "la promozione e organizzazione di attività culturali" e la "valorizzazione dei beni culturali".

In merito al secondo aspetto, e cioè alle modalità di gestione, è stato rilevato "il tramonto del principio di tipicità delle forme organizzative" dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica presente nell'art. 113 bis e la scomparsa della disposizione relativa "all' obbligo" di disciplinare tramite il contratto di servizio i rapporti tra enti locali e soggetti erogatori dei servizi (rimane ferma la facoltà di stipulare il contratto di servizio).[52]

Con riguardo alle forme organizzative occorre poi ricordare che sono presenti nel nostro ordinamento numerose normative settoriali cui lo stesso art. 113 bis. al comma 1, rinvia[53]; per tutti gli altri servizi, si ritiene che le scelte gestionali degli enti locali possano essere ricondotte a soluzioni consolidate nel tempo, da quelle più usuali a quelle più innovative.

Le formule gestionali suggerite sono: la gestione in economia, l'istituzione, l'azienda speciale, la società di capitali con partecipazione maggioritaria, la concessione, l'associazione, le fondazioni.

Quanto alla modalità di affidamento, in assenza di riferimenti precisi, se da un lato si ritiene che nel caso di istituzioni o aziende speciali può ritenersi praticabile e coerente con la normativa europea l'affidamento diretto, per l'assenza di un regime concorrenziale, per la concessione dovrà valere il principio concorsuale "ormai immanente nell'ordinamento tutte le volte in cui debba effettuarsi la scelta di un operatore privato chiamato a svolgere attività per conto e nell'interesse della P.A."

Per la società in house o per la società mista che si configuri come "organismo di diritto pubblico" sembrano legittimi gli affidamenti diretti sulla base dei principi elaborati dalla Corte di Giustizia[54].

In questa fase di incertezza, in attesa che le regioni provvedano con le proprie leggi a regolare la materia, si apre un notevole spazio al ruolo degli enti locali i quali, con specifici atti e avvalendosi di particolari strumenti, potrebbero indirizzare e regolamentare l'organizzazione e la gestione dei propri servizi.[55]

Tra gli strumenti più adeguati si evidenzia in primo luogo il contratto di servizio finalizzato a formalizzare i rapporti tra l'ente e il soggetto gestore; in secondo luogo le carte dei servizi, destinate a comunicare agli utenti i principi cui l'organizzazione del servizio si ispira, gli impegni dell'amministrazione in relazione agli standard generale e specifici nella fase di erogazione, la qualità delle prestazioni, le garanzie e la tutela offerta al cittadino in caso di violazione dei principi e degli standard fissati.

**Dott. Paolo Petroni**



[1] Lettera n SG (2000) D/108243 del giorno 8 novembre 2000

[2] Legge 8 giugno 1990 n. 142: Ordinamento delle autonomie locali, in GU. 12 giugno 1990 n. 135, poi confluito nel d. lgs. 18 agosto 2000 n. 267: Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, in S.o. n. 162 alla GU. 28 settembre 2000 n. 227.

La lettera e) dell'articolo 22 della legge (poi trasposto nell'art. 113 del T.U.E.L), oggetto delle critiche più specifiche della Commissione CE, prevedeva il possibile affidamento dei servizi a società con capitale misto pubblico privato.

[3] Direttiva del Consiglio n. 92/50/CEE del 18 giugno 1992 (recepita con d. lgs. 17 marzo 1995 n. 157), coordinante le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, successivamente integrata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 97/52/CEE del 13 ottobre 1997 (attuata, quest'ultima, con il d. lgs. 17 marzo 1995 n. 157, come modificato dal d. lgs. 25 febbraio 2000 n.65 ).

Al suo articolo 11, il provvedimento in questione prescrive che "Nell'aggiudicare gli appalti pubblici di servizi le amministrazioni applicano le procedure definite nell'art 1 lett d) [procedure ristrette, ossia quelle in cui possono presentare offerte soltanto i prestatori di servizi invitati dall'amministrazione] lett e) [procedure ristrette, ossia quelle in cui possono presentare offerte soltanto i prestatori di servizi invitati dall'amministrazione] e lett f) [ procedure negoziate, ossia quelle in cui le amministrazioni consultano i prestatori di servizi di loro scelta e negoziano i termini del contratto con uno o più di essi] adottato ai fini della presente direttiva".

I lavori del Parlamento europeo e del Consiglio hanno conosciuto peraltro una nuova meta con la recente direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori, di forniture e servizi; al suo articolo 28, tale direttiva conferma la possibilità di ricorrere a procedure aperte, ristrette e negoziate, introducono inoltre quello che viene definito come "dialogo competitivo". L'ambito di applicazione della direttiva è stato poi ampliato con Regolamento CE n. 1874/2004, ( in GU. CE 29 ottobre 2004 n. 2326), il quale ha abbassato le soglie di applicazione in materia di aggiudicazione degli appalti. Sul punto si veda A.A.V.V, Guida alle nuove direttive appalti, il Sole 24 ore, 2004.

[4] Direttiva del Consiglio n. 93/38/CEE del 14 giugno 1993 (recepita con d. lgs. 17 marzo 1995 n. 158), recante la disciplina delle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché di quelli che operano nel settore delle telecomunicazioni (c.d. settori esclusi); anch'essa è stata successivamente modificata, mediante la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 98/4/CEE del 16 febbraio 1998 (adottata con d. lgs. 17 marzo 1995 n. 158, come modificato dal d.lgs. 25 novembre 1999 n. 525). Anche l'articolo 20 di tale direttiva prescrive l'utilizzazione di procedure aperte, ristrette o negoziate, nel rispetto delle condizioni di concorrenza prescritte dal successivo articolo 21.

Il settore in questione è stato a sua volta recentemente oggetto di una nuova direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, ossia la n. 2004/17/CE del 31 marzo 2004, coordinante le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, anche per tali settori le soglie di applicazione della direttiva sono state abbassate con Regolamento CE n. 1874/2004.

[5] Ricorsi davanti alla Corte Costituzionale avverso l'art. 35 l. 448/01 sono stati presentati dalle Regioni: Toscana (Ricorso n. 12- depositato il 1-03-2002), Emilia Romagna (Ricorso n. 23- depositato il 8-03-2002), Umbria (Ricorso n. 24- depositato il 8-03-2002), Basilicata (Ricorso n. 20- depositato il 6-03-2002), Campania (Ricorso n. 21- depositato il 7-03-2002).

[6] Nota della Commissione Europea C 2329 del 26 giugno 2002

[7] Art 113, comma 4, lett.a, TUEL e nella versione novellata dall'art. 35 l. 448/01

[8] Cfr.  
art. 35, comma 2 l. 448/01

[9] Cfr. art. 35, comma 5 l. 448/01

[10] Cfr. art 113bis T.U.E.L

[11] Cfr. Legge 24 dicembre 2003 n. 350: Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2004), in G.U 27 dicembre 2003 n. 299, S.O n. 196.

Per un primo commento alle innovazioni introdotte, in materia di servizi pubblici, dal provvedimento normativo in questione, si vedano G. LABARILE, Servizi locali, una riforma senza fine, in Guida agli enti locali, il Sole 24 ore, n. 3/2004, 29 ss; C. TESSAROLO, il nuovo ordinamento dei servizi pubblici locali, in [www. Dirittodeiservizipubblici.it](http://www.Dirittodeiservizipubblici.it) , 2004.

[12] Cfr. art. 14, co 1 lett a) d.l 30 settembre 2003 n. 269, che ha modificato la rubrica dell'art. 113 d. lgs. 18 agosto 2000 n. 267.

[13] Con la riforma il legislatore ha sostituito all'art. 113 le parole di "rilevanza industriale" con quelle di "rilevanza economica", inserendo così una locuzione di portata più ampia, al fine di riallineare la normativa interna a quella comunitaria, considerato che il Trattato CE lega il concetto di concorrenza ai servizi economici. In particolare, l'art. 86 del Trattato CE, nel considerare la figura dei servizi d'interesse economico generale, statuisce che "le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale, sono sottoposte alle norme del presente trattato e in particolare al regime di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata".

Dai servizi di interesse economico generale il trattato distingue i servizi c.d d'interesse generale, che si connotano per la loro inerenza all'esercizio di potestà pubbliche e per l'assenza del carattere economico, peculiarità che giustificano la disapplicazione dei principi sulla concorrenza. La Commissione (anche sulla base di alcune decisioni della Corte di Giustizia) ha affermato che la "natura di servizio di carattere generale" può evincersi da alcuni elementi difficilmente conciliabile con le attività gestibili mediante impresa; tali elementi sono riassumibili come segue: a) natura non economica dell'attività; b) mancata ripercussione delle attività oggetto di servizio sugli scambi tra Stati membri; c) finalizzazione delle attività

a funzioni di carattere esclusivamente sociale, da valutarsi anche alla luce delle politiche comunitarie e delle attività che costituiscono prerogative intrinseche dello Stato (Comunicazione della Commissione sui servizi di interesse generale in Europa, 25 settembre 2000, com/2000/0580.

[14] Cfr. M. DUGATO, I servizi pubblici degli enti locali, in *Giornale dir. amm.*, 2/2002, 218 ss.

[15] Cfr. M. ALESIO,

I servizi pubblici locali. Peso della tradizione e nuovo assetto delineato dalla finanziaria 2002, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it).

Nello stesso senso si esprime anche M. ELEFANTI, La riforma e la riorganizzazione dei servizi pubblici locali: contenuti elementi di incertezza e prospettive di cambiamento derivanti dall'articolo 35, legge finanziaria 2002, in ANCI, 2002 ove si è ritenuto che "il carattere industriale è requisito del processo di trasformazione di fattori di input in output mediante una struttura organizzata, contraddistinta da elementi di elevata complessità e da un rilevante impiego di impianti e immobilizzazioni contraddistinti da un più o meno consistente grado di innovazione tecnologico."

[16] Cfr. F. GAVERINI, Servizi pubblici e affidamento "in house": dall'eccezione alla regola in recenti interventi legislative, in *Servizi pubblici e appalti*, 2004, 734.

[17] Si intende fare riferimento, in particolare, all'art. 35, co. 5, l. n. 448/2001 (oggi abrogato), ove si disponeva che in alternativa a quanto previsto dal co. 5 dell'art. 113 del T.U.E.L. (disciplinante appunto, i servizi di rilevanza industriale), "i soggetti competenti [...] possono affidare [...] il servizio idrico integrato a società di capitale partecipate unicamente da enti locali che fanno parte dello stesso ambito territoriale ottimale [...]". Quanto invece al servizio di trasporto collettivo si veda l'art. 113 co. 8, T.U.E.L., a mente del quale "qualora sia economicamente più vantaggioso, è consentito l'affidamento contestuale con gara di una pluralità di servizi pubblici locali diversi da quelli del trasporto collettivo".

[18] Tale scelta può tuttavia risultare limitata dalle opzioni adottate in sede di regolamentazione delle discipline di settore: queste ultime possono introdurre, ai sensi dell'art. 113, comma 5° bis, regole che assicurino concorrenzialità nella gestione dei servizi da esse disciplinati, prevedendo criteri di gradualità nella scelta nella modalità di conferimento del servizio.

[19] Cfr. M. DUGATO, Proprietà e gestione delle reti nei servizi pubblici locali, in Riv. Trim. app., 2003, 522, il quale osserva che nella disciplina degli anni '90 "l'unico aspetto per il quale vi era concreta attenzione era la natura giuridica dei beni strumentali al servizio, poiché da esso dipendevano le vie di capitalizzazione delle società miste che si andavano via via affermando come gli ordinari strumenti di gestione. Infatti la loro riconducibilità al novero dei beni demaniali piuttosto che a quello dei beni patrimoniali disponibili o indisponibili determinava l'impossibilità giuridica di conferirne la proprietà alla società e la conseguente necessità per l'ente locale di far fronte, in denaro o in altro modo, alla capitalizzazione della propria partecipazione".

[20] Nell'ambito dei servizi a rete, a seconda del settore economico di riferimento, occorre distinguere fra servizi che possono essere forniti solo mediante infrastruttura fissa (ad. Esempio la distribuzione del gas o il trasporto su rotaia) e quelli caratterizzati da rete non infrastrutturale (ne sono esempi a livello nazionale il servizio postale e la telefonia mobile). In entrambi i casi, comunque, la diseconomicità di effettuare investimenti per la duplicazione delle reti impone, in un disegno di liberalizzazione, che ne sia consentito l'utilizzo ai nuovi gestori a condizioni eque e non discriminatorie. In tale ottica vanno lette non solo le disposizioni della riforma volte a riservare la proprietà delle reti e degli impianti alla mano pubblica, ma anche e soprattutto quelle previsioni che, in attuazione dell'ultimo alinea del comma 3° del riformato art. 113 T.U.E.L (in base al quale è in ogni caso "garantito l'accesso alle reti a tutti i soggetti legittimati all'erogazione dei relativi servizi") prevedono (comma 9°) che alla scadenza del periodo di affidamento gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali siano assegnati al nuovo affidatario con pagamento di un indennizzo pari al valore dei beni non ancora ammortizzati.

[21] Trattasi di norma imperativa, con la conseguenza che un eventuale trasferimento realizzato in contrasto con il divieto risulterebbe affetto da nullità ai sensi dell'articolo 1418cc.

[22] Cfr. S.VARONE, Servizi pubblici locali e concorrenza, Torino, 2004, 214 ss.

[23] Nel vigore dell'originario impianto delineato dalla l. n. 448/2001 era invece consentito il conferimento dei beni strumentali anche a società partecipate in misura maggioritaria dagli enti locali, disposizione che in dottrina (M. DUGATO, Proprietà e gestione delle reti nei servizi pubblici locali, in Riv. Trim. app., 2003,530) era stata giudicata inidonea a garantire l'effettiva separazione fra proprietà dei beni ed erogazione del servizio: risultava infatti possibile, in assenza di qualsivoglia divieto in tal senso, che i privati coinvolti nella compagine sociale delle società proprietarie delle infrastrutture prendessero parte anche alle gare per l'affidamento del servizio.

[24] Va tuttavia precisato che le eccezioni al principio della gara per l'affidamento del servizio, attualmente introdotte dalla l. 24 novembre 2003, n. 326, fanno della liberalizzazione un obiettivo solo eventuale, condizionato dalla possibile opzione dell'ente locale per una gestione diretta. Non sembra condivisibile l'opinione di M. DUGATO, La disciplina dei servizi pubblici, in Giornale dir. Amm., 2004, 124, per il quale la scelta della separazione non sarebbe ispirata tanto alla soddisfazione del principio di concorrenza, quanto dalla necessità di sottrarre tali beni pubblici ai possibili effetti negativi conseguenti alle cattive gestioni dei servizi.

[25] Va precisato che la medesima norma, circoscrivendo l'ampiezza della deroga al principio generale, consente tanto alle Autorità di regolazione quanto alle discipline di settore di precludere tale ipotesi gestionale.

[26] La norma, nell'imporre l'obbligo di scorporo, si riferisce direttamente all'ente locale quale socio titolare del potere di controllo e non già alla società, che pure, da un punto di vista giuridico, è l'effettiva titolare dei beni. In argomento M. CENTONZE, Le società miste, profili di diritto societario, in Nuove leggi civili comm., 2003, 47.

[27] Tale tipologia di società, titolare della proprietà e possibile conferitaria della gestione di reti, impianti e altre dotazioni strumentale al servizio, dovrà corrispondere al modello di cui all'art. 113 comma 13°: la

partecipazione pubblica sarà pertanto totalitaria ed incedibile.

[28] Sul procedimento di quotazione si veda G. CAIA, La quotazione in borsa delle società a prevalente capitale pubblico locale, in *Servizi pubblici e appalti*, 2003, 333 ss., il quale osserva che la procedura può essere realizzata sia tramite la diretta quotazione in borsa, sia attraverso l'aggregazione (da realizzarsi mediante processi di fusione e scissione) con altra società già quotata, purché, si dia luogo alla nascita di un organismo societario a partecipazione pubblica locale maggioritario. Va aggiunto che la norma prevedeva che a tale regime particolare fossero assoggettate, oltre alle società per azioni quotate in borsa, anche quelle in cui enti locali soci avessero già deliberato, al 1 gennaio 2002, di avviare il procedimento di quotazione, da concludere entro il 31 dicembre 2003.

[29] Art 113 comma 3, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267. La norma prosegue prescrivendo che "è in ogni caso garantito l'accesso alle reti a tutti i soggetti legittimati all'erogazione dei relativi servizi" ed assicurando dunque quel "diritto all'interconnessione" fondamentale per il corretto funzionamento dei settori in cui esiste una separazione societaria o proprietaria tra proprietà delle reti, gestione delle stesse ed erogazione del servizio.

[30] Art. 113 comma 13, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267. In termini simili, si veda il recente Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 11 maggio 2004: Criteri, modalità e condizioni per l'unificazione della proprietà e della gestione della rete elettrica nazionale di trasmissione, in *G.U.* 18 maggio 2004 n. 115.

[31] Negli stessi termini si vedano le conclusioni dell'avvocato generale G. COSMAS sulla causa C-107/98 (Teckal), C. ALBERTI, Appalti in house, concessioni in house ed esternizzazione, in *riv. ital. Dir. pubbl. com.*, 2001, 3-4, 495 ss.; I. SECCO, La compatibilità con il diritto comunitario del modello dell'affidamento diretto dei servizi pubblici, in *Diritto & Diritti*, [www.diritto.it](http://www.diritto.it), 2002.

[32] Legge 11 febbraio 1994 n. 109: legge quadro in materia di lavori pubblici; in *G.U.* 19 febbraio 1994 n. 41



[33] DPR 21 dicembre 1999 n. 554: regolamento di attuazione della l. 11 febbraio 1994 n. 109, Legge quadro in materia di lavori pubblici e successive modificazioni, in G.U. 28 aprile 2000 n. 98.

[34] Art. 88 d.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554

: «

1. I lavori eseguibili in economia sono individuati da ciascuna stazione appaltante, con riguardo alle proprie specifiche competenze e nell'ambito delle seguenti categorie generali

: a) manutenzione o riparazione di opere od impianti quando l'esigenza è rapportata ad eventi imprevedibili e non sia possibile realizzarle con le forme e le procedure previste agli articoli 19 e 20 della legge

; b) manutenzione di opere o di impianti di importo non superiore a 50000 Euro

; c) interventi non programmabili in materia di sicurezza

; d) lavori che non possono essere differiti, dopo l'infruttuoso esperimento delle procedure di gara

; e) lavori necessari per la compilazione di progetti

; f) completamento di opere o impianti a seguito della risoluzione del contratto o in danno dell'appaltatore inadempiente, quando vi è necessità e urgenza di completare i lavori. **2.** I fondi necessari per la realizzazione di lavori in economia possono essere anticipati dalla stazione appaltante con mandati intestati al responsabile del procedimento, con obbligo di rendiconto finale. **3.** Il programma annuale dei lavori è corredato dell'elenco dei lavori da eseguire in economia per i quali è possibile formulare una previsione, ancorché sommaria. **4.** Nel bilancio di previsione sono tenuti distinti gli stanziamenti per gli interventi da eseguire in economia prevedibili, e quelli per gli interventi non preventivabili. Questi ultimi sono stimati sulla base delle risultanze relative agli esercizi finanziari precedenti”

[35] Si ricorda, a tal proposito, che il connotato della tipicità caratterizzava il sistema dei servizi pubblici locali sin dal rd. n. 2578/1925 e rimase presente in tutte le leggi successive, si pensi anche alla più recente legge 8 giugno 1990 n. 142, poi confluita (senza modificazioni) nel d. lgs 18 agosto 2000 n. 267.

[36] Le norme non si applicano ai settori dell'energia elettrica e del gas; si può ricordare come le discipline di settore prevedano l'obbligo dell'affidamento mediante gare. Identica disciplina dovrà applicarsi anche ai trasporti nell'ipotesi in cui questi risulteranno fuori dalla previsione dell'art. 113

Per l'energia elettrica l'esperimento della gara è obbligatorio dopo l'anno 2030, per la distribuzione del gas il periodo transitorio è legato alla possibilità di avere alcune proroghe, per i trasporti, dovendosi applicare l'articolo 113, tutti i servizi debbono andare a gara salvo diversa statuizione.

[37] Per evidenza pubblica s'intende, in genere, il procedimento amministrativo finalizzato a mettere in evidenza il pubblico interesse alla stipulazione del contratto e a scegliere il contraente, nel rispetto del principio di parità di trattamento, nell'ambito del procedimento medesimo.

[38] Cfr. D. CAPOBIANCO, Servizi pubblici locali, una riforma da rivedere, in *Italia Oggi*, 3 settembre 2003.

[39] L'espressione "in house" è utilizzata per la prima volta nel Libro bianco del 1998 nel quale la Commissione Europea, con riferimento al settore degli appalti pubblici specifica il concetto di appalti in house come quelli aggiudicati all'interno di una pubblica amministrazione, ad esempio tra amministrazione centrale e locale o, ancora, tra un'amministrazione e una società da questa interamente controllata. Per indicare l'ipotesi di un'amministrazione che affidi ad un ente dalla stessa controllato la prestazione di servizi, forniture o lavori, si è successivamente utilizzata la più generale espressione "in house providing", che evidenzia un modello di organizzazione in cui la pubblica amministrazione provvede ai propri bisogni mediante lo svolgimento di un'attività interna all'amministrazione stessa, contrapposto al modello di "outsourcing" (o contracting out) in cui, invece, il pubblico si rivolge al privato esternalizzando l'esercizio dell'attività amministrativa o la produzione ed il reperimento delle risorse necessarie al suo svolgimento. La giurisprudenza comunitaria sull'in house providing rappresenta dunque, il tentativo di armonizzare i principi a tutela della concorrenza, presenti nel Trattato CE, con il potere di auto-organizzazione parimenti riconosciuto alle amministrazioni pubbliche degli Stati membri. In assenza di una espressa definizione espressionale normativa, è stata la giurisprudenza comunitaria che, partendo da una puntualizzazione dei concetti di appalto pubblico e di concessione di pubblico servizio, ha ricavato in negativo i confini dell'in house providing. In particolare, mentre nel caso della concessione di pubblico servizio il concessionario si sostituisce all'ente concedente nell'esercizio di compiti propri di quest'ultimo, svolgendo un'attività che è destinata direttamente alla soddisfazione degli interessi della collettività, nell'appalto pubblico, invece, l'appaltatore si limita ad eseguire la prestazione di lavori, servizi o forniture in favore dell'ente pubblico appaltante. Il concessionario, quindi, a differenza dell'appaltatore, si surroga all'ente pubblico concedente nell'esercizio dell'attività spettante a quest'ultimo. Caratteristica di tutte e due le fattispecie è che tanto negli appalti pubblici quanto nelle concessioni di pubblico servizio si riscontra un'estraneità del soggetto appaltatore, ovvero del concessionario, rispetto all'ente appaltante o concedente. Tale relazione intersoggettiva, che dunque è indispensabile per il configurarsi sia dell'appalto che della concessione, manca tutte le volte in cui non si rinviene una terzietà fra ente pubblico e gestore e, di conseguenza, non sussiste fra essi un vero e proprio rapporto contrattuale o concessorio. È proprio la mancanza di una relazione intersoggettiva che elimina l'obbligo di indizione di una gara e comporta, insieme agli altri criteri indicati dalla Corte di Giustizia, il configurarsi di un affidamento in house. In

materia di affidamento "in house" S.v. F. CARINGELLA., Lo strano caso dell'affidamento in house, in il Corriere di merito, 3/2005, 347 ss; G. DI CHIO., L'affidamento diretto dei servizi pubblici locali, in giust. amm. riv. dir. pub., 2004; F. GAVERINI., Servizi pubblici ed affidamento "in house": dall'eccezione alla regola in recenti interventi legislativi, in Servizi pubblici e appalti, 2004, 729 ss.; A. MASSERA., L'in house providing: una questione da definire, in Giornale dir. amm., 8/2004, 849 ss.; C. TESSAROLO., La gestione in house di pubblici servizi, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it) , 2005.; T. TESSARO., Affidamento diretto e compatibilità europea, in Comuni d'Italia, 6/2004, 28 ss.

[40] Cfr.

Corte di giustizia, 18 novembre 1999, causa C- 107/98 (c.d. sentenza Teckal). La sentenza Teckal codifica l'istituto. Nella nota sentenza Teckal s.r.l. la Corte di Giustizia CE ha fornito un contributo decisivo alla definizione di in house providing, delineandone i limiti ed individuando due criteri cumulativi, la cui contemporanea sussistenza consente di sottrarre alle procedure di aggiudicazione previste per gli appalti pubblici tutti quei rapporti intercorrenti tra una pubblica amministrazione ed un ente soggetto all'influenza dominante di quest'ultima. Il giudice a quo, chiamato a pronunciarsi in merito alla legittimità dell'affidamento diretto di un appalto misto di servizi e forniture, eseguito da parte di un ente pubblico in favore di un consorzio cui esso partecipava, aveva chiesto, preliminarmente, quale fra la menzionata direttiva 92/50/CEE (c.d. direttiva servizi) e la direttiva 93/36/CEE (c.d. direttiva forniture) dovesse essere applicata al caso concreto, considerato che il limite di applicazione di 200.000 ECU, fissato per entrambe le normative, risultava comunque superato. Al fine di stabilire se lo svolgimento di una procedura di gara fosse obbligatorio, ai sensi della direttiva 93/36/CEE, occorreva piuttosto stabilire se l'aggiudicazione di qua configurasse, o meno, un appalto pubblico di fornitura in forza di un vero e proprio rapporto di natura contrattuale intercorrente fra l'ente pubblico ed un soggetto terzo. La Corte di Giustizia, dunque, stabiliva che, in tali casi, il Giudice nazionale deve verificare se possa in concreto rilevarsi un incontro di volontà tra soggettività giuridiche distinte. A tal proposito, si legge nella motivazione, ai punti 50 e 51, conformemente all'art. 1 lett a), della direttiva 93/36, basta, in linea di principio, che il contratto sia stato stipulato, da una parte, da un ente locale e, dall'altra da una persona giuridicamente distinta da quest'ultimo. Può avvenire diversamente solo nel caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano. La Corte, pertanto, osserva come la direttiva 93/36/CEE debba essere applicata ogni qual volta un'amministrazione aggiudicatrice decida di stipulare per iscritto, con un ente distinto da essa sul piano formale e autonomo rispetto ad essa sul piano decisionale, un contratto a titolo oneroso avente ad oggetto la fornitura di prodotti, indipendentemente dal fatto che tale ultimo ente sia a sua volta un'amministrazione aggiudicatrice o meno. La normativa europea in tema di appalti pubblici non trova applicazione, invece, quando manchi un vero e proprio rapporto contrattuale tra due soggetti, come nel caso, secondo la terminologia della Corte, di delegazione interorganica o di servizi affidato

eccezionalmente in house. In altri termini, quando un contratto sia stipulato tra una pubblica amministrazione e da una persona giuridica (formalmente) distinta, l'applicazione delle direttive comunitarie può essere esclusa solo quando ricorrano contemporaneamente i due criteri individuati dalla Corte:

1.

l'amministrazione aggiudicatrice deve esercitare sul soggetto aggiudicatario un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi;

2.

il soggetto aggiudicatario deve realizzare la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti pubblici che lo controllano.

L'in house providing, pertanto, assume un fondamento giuridico autonomo rispetto alla clausola di esclusione contenuta nell'art. 6 della direttiva 92/50/CEE. L'amministrazione, infatti, può prescindere dall'applicazione delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, qualunque sia il loro oggetto (servizi, forniture o, anche, lavori), e tanto può fare non in virtù di apposite clausole di esclusione contenute nelle rispettive normative di settore, ma, piuttosto, perché si è in presenza di un modello di organizzazione meramente interno, qualificabile in termini di delegazione interorganica. S. v. GRECO., Nota a Corte di Giust. UE - 18 novembre 1999 ( causa C-107/98), in riv. it. dir. pub. com.,2000, 1393 ss.

La Corte di Giustizia nella pronuncia 11 gennaio 2005 causa C-26/03 ("sentenza Stadt Halle") rinnega l'istituto dell'in house providing. Con tale sentenza la Corte ha fortemente ridimensionato, per non dire rinnegato, l'istituto per come era stato codificato nella originaria sentenza del 1999 (sentenza Teckal) ed interpretato dalla dottrina prevalente. La corte rammenta l'obiettivo principale delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici, vale a dire la libera circolazione dei servizi e l'apertura ad una concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri. Ciò implica l'obbligo di qualsiasi amministrazione aggiudicatrice di applicare le norme comunitarie pertinenti qualora sussistano i presupposti da queste contemplati. L'obbligo di applicare in tal caso le norme comunitarie risulta confermato dal fatto che, all'art. 1 lett.c), della direttiva 92/50, la nozione di prestatore di servizi, ossia di offerente ai fini dell'applicazione di tale direttiva, include anche "enti pubblici che forniscono servizi". Qualsiasi deroga all'applicazione di tale

obbligo va dunque interpretata in senso restrittivo. Pronunciandosi sulla scelta di una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di appalto, la Corte ha così statuito che l'art 11, n.3, della direttiva 92/50, che contempla questo tipo di procedura, deve, in quanto disposizione derogatoria alle norme intese a garantire l'effettività dei diritti conferiti dal Trattato CE nel settore degli appalti pubblici di servizi, essere interpretato restrittivamente, e che l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano la deroga grava su colui che intenda avvalersene. Nell'ottica di una apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile la Corte ha statuito, in riferimento alla direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, che tale direttiva è applicabile qualora un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere, con un'entità giuridicamente distinta, un contratto a titolo oneroso, indipendentemente dal fatto che tale entità sia a sua volta un'amministrazione aggiudicatrice o meno. Un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempire ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza esser obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi. In tal caso, non si può parlare di contratto a titolo oneroso concluso con un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice. Non sussistono dunque i presupposti per applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici. In conformità della giurisprudenza della Corte, non è escluso che possano esistere altre circostanze nelle quali l'appello alla concorrenza non è obbligatorio ancorché la parte contrattuale sia un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice. Ciò si verifica nel caso in cui l'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, eserciti sull'entità distinta in questione un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e tale entità realizzi la parte più importante della propria attività con l'autorità e le autorità pubbliche che la controllano (sentenza Teckal, punto 50). In questo caso, l'entità distinta era interamente detenuta da autorità pubbliche. Per contro, la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi. Occorre rilevare che il rapporto tra un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ed i suoi servizi sottostà a considerazioni ed esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico. Per contro, qualunque investimento di capitale privato di un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente. In secondo luogo, l'attribuzione di un appalto pubblico ad una società mista pubblico-privata senza far appello alla concorrenza pregiudicherebbe l'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata ed il principio della parità di trattamento degli interessati contemplato dalla direttiva 92/50, in particolare nella misura in cui tale procedura offrirebbe ad un'impresa privata presente nel capitale della detta società un vantaggio rispetto agli altri concorrenti. Pertanto, dichiarando che, nell'ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere un contratto a titolo oneroso relativo a servizi rientranti nell'ambito di applicazione *ratione materiae* della direttiva 92/50 con una società da essa giuridicamente distinta, nella quale detta amministrazione detiene una partecipazione insieme con una o più imprese private, le procedure di affidamento degli appalti pubblici previste dalla citata direttiva debbono sempre essere applicate. In sostanza, sulla base di un'interpretazione che restringe il concetto di organo con personalità alle ipotesi di ente distinto ma non sottoposto ad interferenze esterne, si limita l'in

house alle società interamente pubbliche espellendo le società miste. Ne deriva il depotenziamento del giudizio sul controllo analogo, in gran parte insito, pur se no coincidente, con l'azionariato diffuso; così come si supera l'impostazione della dottrina quasi univoca che aveva ritenuto condizione non necessaria, così come non sufficiente, l'azionariato integralmente pubblico al fine di configurare il concetto di controllo analogo. La Corte sottolinea, in definitiva, la necessità di evitare posizioni di vantaggio acquisite in relazione a forme di partenariato pubblico privato, ponendo in risalto l'obbligo della gara per individuare l'esecutore di un appalto, anche quando il socio privato sia stato prescelto a seguito di una procedura ad evidenza pubblica, restando ferma l'esigenza di offrire al mercato la massima trasparenza in ordine all'oggetto dei contratti. Evidente si appalesa il ritardo della Corte, in ordine alla consapevolezza di dover circoscrivere lo spazio degli affidamenti in house, istituto di creazione giurisprudenziale fondato su basi teorico-giuridiche nebulse, ma di immediato successo presso gli operatori in ragione dei facili margini realizzativi concessi.

La sentenza ha voluto porre un freno all'esplosione del fenomeno, escludendo in modo totale l'operatività dell'in house in favore di soggetti affidatari partecipati (anche in via minoritaria) da un privato sulla scorta di una presunta incompatibilità assoluta tra interessi pubblici e privati, che da un lato contraddice la filosofia del partenariato pubblico privato (ancorché incentrata in termini di convergenza di interessi) e che, dall'altro, a dispetto dei passati orientamenti valorizza il ruolo "del pubblico". La Corte ha ammesso gli affidamenti in house solo per i soggetti a totale partecipazione pubblica, perché evidentemente ha ritenuto che in tal caso non si pongono problemi di incisione della concorrenza.

Si prospetta così a livello comunitario una qualificazione dell'in house providing conforme a quella adottata dal legislatore italiano in materia di servizi pubblici locali. La dottrina ha manifestato sorpresa dinanzi ad una pronuncia così massimalista, considerata la prospettiva sempre sostanzialistica della Corte. S.v. C. GUCCIONE., L'affidamento diretto di servizi a società mista (commento a Corte giust. UE- 11 gennaio 2005 causa C- 26/03), in *Giornale dir. amm.*, 3/2005, 271 ss; G. LABARILE., Servizi locali, il rebus degli affidamenti, in *Guida agli enti locali*, il sole24ore, n. 14/2005, 97 ss.

L'autore invece

sostiene che tale decisione della Corte di giustizia europea rimette in discussione i passaggi diretti e le gestioni "in house". Si tratta di una scelta significativa destinata a sciogliere i nodi critici sulla via dell'apertura al mercato. L'autore afferma che "la rilevanza del chiarimento offerto dalla Corte di Giustizia appare più pregnante se si tiene presente che la legislazione italiana in materia di servizi locali prevede espressamente la possibilità dell'affidamento diretto a società a totale capitale pubblico; e non v'è dubbio che la legittimità di tale modello sotto il profilo del quadro di riferimento comunitario risulti rafforzato da questa sentenza." Resta sullo sfondo l'annuncio di prossime nuove decisioni comunitarie, che potrebbero addirittura sfociare in una direttiva - quadro sui servizi di interesse generale. Cfr. F. ROSSI, Gli affidamenti (quasi) in house: la partecipazione pubblica totalitaria come elemento essenziale. Problemi e quesiti, in *Servizi pubblici e appalti*, n. 2/2005, 400 ss.



[41] Si veda M. GALESI, *In house providing: verso una concreta definizione del “controllo analogo”?* (Commento a Consiglio di Stato, Sez V, ord. 22 aprile 2004, n. 2316), in *Urb. e appalti*, n 8/2004.

Ad avviso delle istituzioni comunitarie, per controllo analogo a quello che un'amministrazione aggiudicatrice deve esercitare sul soggetto aggiudicatario, si intende un rapporto equivalente, ai fini degli effetti pratici, ad una relazione di subordinazione gerarchica. Tale situazione si verifica, in particolare, quando sussiste uno stringente controllo gestionale e finanziario dell'ente pubblico sull'ente societario. In tale evenienza, l'affidamento in house è consentito senza ricorrere alle procedure di evidenza pubblica prescritte dalle disposizioni comunitarie, poiché si è in presenza di un fenomeno di delegazione interorganica che esclude le ragioni a tutela della concorrenza, alla base della normativa comunitaria. Le prestazioni qualificate in house, infatti, esulano dalla sfera di applicazione delle direttive perché si tratta di prestazioni fornite dagli stessi servizi interni ad un'autorità pubblica o da servizi che da questa dipendono in via diretta sebbene organicamente distinti. Dato che l'amministrazione aggiudicatrice gode, nei confronti dell'operatore, di un potere di controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi, i compiti che può affidargli saranno trattati come se essi fossero stati semplicemente delegati al suo interno. Ai fini della corretta perimetrazione del requisito del controllo analogo, attenta dottrina ha posto l'accento sull'esigenza di distinguere fra controllo strutturale e controllo sull'attività. Mentre il controllo strutturale, in linea generale, consiste nel potere di nomina della maggioranza dei soggetti che compongono gli organi di amministrazione, direzione o vigilanza del soggetto aggiudicatario, il controllo sull'attività consiste, invece, nella valutazione della conformità dell'attività svolta dall'ente gestore ad un parametro legale. Non deve escludersi la possibilità che il controllo strutturale sia eventualmente cumulato al controllo sull'attività, ma se quest'ultimo non parrebbe costituire condizione sufficiente per ravvisare un'ipotesi di in house providing, il controllo strutturale è, invece, condizione necessaria ed imprescindibile. Il controllo sulla sola attività dell'in house provider, infatti, non integra gli estremi di un'ingerenza pubblica sull'organizzazione imprenditoriale tale da considerare l'aggiudicatario parte integrante dell'amministrazione controllante. In tal caso, insomma, non sembrerebbe potersi qualificare il rapporto fra i due soggetti interessati alla stregua di un legame organizzativo meramente interno all'amministrazione stessa. È necessario un controllo (anche) strutturale, vale a dire un potere di ingerenza nell'organizzazione della produzione del prestatore in house, che tuttavia non può coincidere con il controllo strutturale valido per l'organismo di diritto pubblico. Si può dire che il controllo analogo è un quid di diverso dall'influenza dominante costituente uno dei tre requisiti dell'organismo di diritto pubblico, nella misura che la ricorrenza di uno degli indici di detta influenza non è di per sé idoneo a configurare con certezza controllo analogo

ai fini dell'in house come dimostrato dalla circostanza che l'articolo 113 del TUEL richiede la concorrenza a tale ultimo fine del capitale totalmente pubblico del controllo analogo. Altra dottrina, intervenuta prima della sentenza della Corte di Giustizia dell'11 gennaio 2005, in procedimento C-26/03, nel ribadire che si può esulare dalla normativa comunitaria solo quando il vincolo tra l'ente che bandisce l'appalto e l'amministrazione aggiudicatrice è qualificabile in termini di delega interorganica, specifica che, per compiere la valutazione in ordine alla sussistenza del controllo analogo, si deve constatare la compresenza



di più elementi, quali: a) la dipendenza formale (ad es. proprietà della partecipazione); b) la dipendenza economica (sistema di finanziamento o capitalizzazione); c) la dipendenza amministrativa (sistema di controllo amministrativo). Solo nell'ipotesi in cui tutte queste condizioni siano soddisfatte, allora l'aggiudicatario risulterà effettivamente essere un tutt'uno con l'ente pubblico, una sorta di una sua longa manus e, quindi, le regole stabilite dalle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici non troveranno applicazione. Il modello dell' in house providing implica che la società di gestione sia priva di una propria autonomia imprenditoriale e di capacità decisionali distinte da quelle della pubblica amministrazione, di cui costituisce niente altro che un plesso organizzativo. Oltre che in termini di delegazione interorganica dunque, l'in house providing può essere qualificato, ancora più in radice, in termini di autoproduzione del servizio pubblico attraverso una forma organizzativa che è propria dell'amministrazione stessa. Cfr. F. CARINGELLA, Lo strano caso dell'affidamento in house, in *Il corriere del merito*, 3/2005, 348 ss.

[42] Nella normativa introdotta dall'articolo 35 della legge 28 dicembre 2001 n 448 era concesso un periodo transitorio alle imprese operanti nel settore dei servizi a rilevanza industriale al fine di consentire loro l'adeguamento a tale disciplina.

Tale periodo, disciplinato dai commi 2,3 e 4 dell'articolo 35, non era individuato dalla normativa in questione, ma più specificatamente doveva essere determinato dal regolamento di attuazione di cui al comma 16 dell'articolo 35 medesimo.

Le disposizioni legislative si limitavano da un lato a fissare un periodo "di base" variabile tra un minimo di tre ed un massimo di cinque anni (che doveva essere stabilito dal regolamento di attuazione) incrementabile poi al ricorrere di determinate condizioni fino a 5 anni. La norma in questione ha ben presto incontrato critiche non prive di fondamento, sia da parte della Commissione CE (che ne censurava la durata eccessiva), sia dagli amministratori locali, i quali in assenza del regolamento non erano in grado di determinare l'esatta portata del periodo transitorio e di programmare congruamente l'erogazione dei servizi pubblici locali. Cfr. F. GAVERINI, Servizi pubblici ed affidamento "in house": dall'eccezione alla regola in recenti interventi legislativi, in *Servizi pubblici e appalti*, 2004, 752 ss.

[43] Le norme analizzate sollevano talune perplessità non irrilevanti, sia con riferimento alle modalità di calcolo della "media", sia per quanto riguarda l'ulteriore incremento da determinare caso per caso. Cfr. C. TESSAROLO, Il nuovo ordinamento dei servizi pubblici locali, in [www.dirittoservizipubblici.it](http://www.dirittoservizipubblici.it), 2004: "Alle disposizioni da ultimo menzionate (quelle concernenti la cessazione delle concessioni affidate alle società suddette), stante la loro genericità ed indeterminatezza, pare doversi riconoscere carattere meramente programmatico, per cui, per la loro concreta applicazione, occorrerà che vengano attuate delle discipline di settore, anche regionali"

[44] In prima analisi, la norma non può non sollevare il dubbio sull'atteggiamento che manterrà la Commissione europea, se si pensa che essa ha ritenuto di mettere in mora lo Stato italiano anche per l'eccessiva durata del periodo transitorio disciplinato dai commi 2 3 e 4 dell'articolo 35 l. n. 448/2001. Detti commi prevedevano la possibile proroga del termine di anticipata cessazione al ricorrere di condizioni molto simili, se non identiche, a quelle oggi re-introdotte.

[45] A tal proposito , si veda la sentenza Corte. Cost. n. 272/2004 ove si è sostenuto che "Alle stesse finalità garantistiche della concorrenza appare ispirata anche la disciplina transitoria, che in modo non irragionevole, stabilisce i casi di cessazione delle concessioni già assentite in relazione all'effettuazione di procedure ad evidenza pubblica e al tipo di società affidataria del servizio.

[46] Il modello dell'esternalizzazione si configurava nella disposizione del poi abrogato comma 4° dell'articolo 113-bis T.U.E.L., e faceva riferimento alla possibilità che, in presenza di ragioni tecniche economiche o di utilità sociale, il servizio fosse affidato ad un soggetto terzo rispetto all'amministrazione aggiudicatrice, ovviamente mediante procedure ad evidenza pubblica e secondo le modalità stabilite dalle normative di settore.

[47] Il sistema collaborativo si riferiva a quei casi in cui l'ente locale avesse voluto gestire il servizio avvalendosi dell'apporto di soggetti privati, senza però privarsi della possibilità di intervenire a sua volta nella direzione dell'apparato così costituito. Il modello della collaborazione consente all'ente locale di intervenire direttamente nella gestione concreta del servizio senza per questo dover rinunciare alla possibilità di coinvolgere soggetti privati, ora come meri finanziatori ora come portatori di capacità imprenditoriali e gestionali. Inoltre, attraverso tale modello l'ente locale è in grado di migliorare il livello di efficienza dell'organizzazione del servizio, considerato che l'affidamento ha come destinatari strutture di diritto privato, molto più flessibili e sicuramente più idonee a gestire attività culturali la cui natura è molto spesso anche di tipo economica. Cfr. G. PIPERATA, I modelli di organizzazione dei servizi culturali: novità, false innovazioni e conferme, in [www.aedon.mulino.it](http://www.aedon.mulino.it), n. 1/2002

[48] Il modello dell'intervento diretto infine, racchiude in sé i casi contemplati dalle lettere a) e b) dell'articolo 113-bis, comma 1°, nonché dal comma 2° dell'articolo medesimo. Si tratta dunque, delle gestioni effettuate direttamente dall'ente locale: in particolare il riferimento va alle gestioni in economia

(“quando, per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio , non sia opportuno procedere ad affidamento ai soggetti di cui al comma 1”), nonché a quelle mediante affidamento diretto ad istituzioni o ad aziende speciali anche consortili.

[49] Cfr.

F. GAVERINI, Servizi pubblici ed affidamenti “in house”: dall’eccezione alla regola in recenti interventi legislativi, in *Servizi pubblici e appalti* 2004, 762

[50] Art. 116 d.lgs 18 agosto 2000 n .267: “Gli enti locali possono, per l’esercizio di servizi pubblici di cui all’articolo 113-bis e per la realizzazione delle opere necessarie al corretto svolgimento del servizio nonché per la realizzazione di infrastrutture e d altre opere di interesse pubblico, che non rientrino, ai sensi della vigente legislazione statale e regionale, nelle competenze istituzionali di altri enti, costituire apposite società per azioni senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria anche in deroga ai vincoli derivanti da disposizioni di Legge specifiche. Gli enti interessati provvedono alla scelta dei soci privati e all’eventuale collocazione dei titoli azionari sul mercato con procedure di evidenza pubblica. L’atto costitutivo delle società deve prevedere l’obbligo dell’ente pubblico di nominare uno o più amministratori e sindaci. Nel caso di servizi pubblici locali una quota delle azioni può essere destinata all’azionariato diffuso e resta comunque sul mercato.”

[51] La pronuncia della Corte Costituzionale n. 272/2004 assume una fondamentale importanza, sia sotto il profilo dei principi affermati in tema di riparto di competenza legislativa tra Stato e Regioni, sia per i rilevanti effetti che la decisione medesima spiega sulla disciplina dei servizi pubblici. La decisione muove dal ricorso presentato dalla Regione Toscana nei confronti dell’art. 14, commi 1 e 2, del d.l. 30 settembre 2003, n. 269 (Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell’andamento dei conti pubblici), convertito con modificazioni nella legge 24 novembre 2003, n. 326, con cui veniva censurata la violazione degli artt. 117 e 118 della Costituzione. Le censure contenute nel ricorso si fondavano sulla ritenuta incompetenza statale a disciplinare in modo dettagliato ed autoapplicativo, tanto i servizi pubblici locali di rilevanza economica, quanto quelli privi di rilevanza economica. Al riguardo, la Regione ricorrente negava che la competenza potesse fondarsi sulla “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali” sulla determinazione delle “funzioni fondamentali di Comuni Province e città metropolitane” ed anche sulla “tutela della concorrenza”, di cui all’art. 117, secondo comma, lettera e), poiché nella materia disciplinata dalla norma impugnata si trattava propriamente di un intervento volto alla “promozione della

concorrenza”.

La Consulta ha accolto parzialmente il ricorso, dichiarando l’illegittimità costituzionale del secondo, terzo e quarto periodo dell’articolo 113, comma 7, e dichiarando l’illegittimità costituzionale dell’intero art. 113 bis.

La motivazione della decisione muove da distinte valutazioni in relazione alla disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, di cui all’articolo 113 e a quella dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica, di cui all’articolo 113 bis, sottoposte a distinte censure.

In primo luogo, in riferimento all’art. 113, la Corte esclude che il titolo di legittimazione possa essere individuato, sia nella “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali” ai sensi della lettera m), secondo comma, dell’art. 117 della Costituzione “giacché riguarda precipuamente servizi di rilevanza economica e comunque non attiene alla determinazione dei livelli essenziali”, sia nelle determinazioni delle “funzioni fondamentali di Comuni, Province e città metropolitane” di cui alla lettera p), in quanto “la gestione dei predetti servizi non può certo considerarsi esplicitazione di una funzione propria ed indefettibile dell’ente locale.” La Consulta ritiene che la legittimità della norma statale si possa fondare in forza della competenza riservata in materia di “tutela della concorrenza”, ai sensi dell’art. 117, secondo comma lettera e) della Costituzione, negando la prospettazione della regione ricorrente sul punto.

Viene contestata la tesi proposta dalla regione che distingue tra promozione della concorrenza in “situazioni di non concorrenzialità del mercato per la presenza di diffuse condizioni di monopolio naturale” e disciplina antitrust, distinzione secondo la quale sarebbe da escludersi la competenza statale in materia di servizi pubblici. Sul punto, rigettando tale tesi ed allineandosi alla precedente decisione n. 14/2004, la Consulta ritiene doversi intendere compreso nella materia della tutela della concorrenza, non solo l’aspetto statico “come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto” ma anche quello dinamico “che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali.”

La corte riconosce la legittimità costituzionale delle norme poste dall’art. 113 d. lgs. n. 267/2000, nei limiti in cui “la disciplina stessa contiene un quadro di principi nei confronti di regolazioni settoriali di fonte regionale” chiarendo che il “titolo di legittimazione statale è riferibile solo alle disposizioni di carattere generale che disciplinano le modalità di gestione e l’affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e dall’altro lato che solo le predette disposizioni non possono essere derogate da norme regionali.” La riconosciuta competenza legislativa statale in materia di servizi pubblici sotto il profilo della “tutela della concorrenza” non è illimitata, bensì sussistente nei limiti in cui questa sia ispirata al criterio della proporzionalità e dell’adeguatezza. Sulla base di questo fondamentale principio la Corte accoglie il ricorso in riferimento all’art. 113, comma 7, laddove vengono stabiliti “dettagliatamente e con tecnica autoapplicativa” i criteri in base ai quali la gara debba essere aggiudicata. Tale norma pone in essere una “illegittima compressione dell’autonomia regionale, poiché risulta ingiustificato e non

proporzionato rispetto all'obiettivo della tutela della concorrenza l'intervento legislativo statale.”

In merito all'art. 113 bis, che poneva la disciplina dei servizi pubblici privi di rilevanza economica, al contrario, la Consulta non ritiene potersi invocare il titolo di legittimazione per gli interventi del legislatore statale costituito dalla tutela della concorrenza, dal momento che in riferimento a tali servizi non esisterebbe un mercato concorrenziale.

Richiamando il “Libro Verde sui servizi d'interesse generale” (COM (2003)270) della Commissione Europea, la Consulta evidenzia che le norme sulla concorrenza non trovano applicazione quando non esiste un mercato concorrenziale, ossia nei casi, indicati a mero titolo esemplificativo, di assenza di scopo lucrativo, della mancanza di rischio connesso all'attività, in presenza di finanziamento pubblico della medesima attività.

La Corte afferma che “per i servizi locali, quindi, che, in relazione al soggetto erogatore, ai caratteri ed alle modalità della prestazione, ai destinatari, appaiono privi di rilevanza economica, ci sarà dunque spazio per una specifica ed adeguata disciplina di fonte regionale ed anche locale” e tale disciplina potrà essere difforme da quella posta dall'art. 113 in considerazione della rilevanza sociale del servizio. Cfr. A. POLICE e W. GIULIETTI, Servizi pubblici, servizi sociali e mercato: un difficile equilibrio, in servizi pubblici e appalti, 2004, 831 ss.

Per un commento alla sent. n. 272/2004 della Corte Costituzionale Cfr. E. ZANELLI, Servizi pubblici locali e Corte Costituzionale un passo avanti e due indietro, in Corriere giuridico, 1/2005, 133 ss il quale condivide la sentenza n. 272/2004 della Corte Costituzionale la quale conferma la competenza esclusiva dello Stato, sotto il profilo della tutela della concorrenza, a legiferare sui modelli di gestione dei servizi pubblici locali. L'autore è critico in riferimento al percorso metodologico seguito dalla Consulta per giungere alla decisione, poiché i passaggi del ragionamento della Corte risentono dei vizi di astrattezza, genericità e apoditticità della giurisprudenza, non distinguendo tra le diverse fattispecie dei servizi pubblici locali con esigenze marcatamente differenziate. Infatti con l'approvazione definitiva in Parlamento della legge delega “ambientale”, che esclude dall'ambito dell'art. 14, e quindi del TUEL, lo specifico servizio di trasporto pubblico locale, nonché con la discussione di un progetto di legge unificato per una disciplina ad hoc di tale settore (legge 15 dicembre 2004, n. 308) tali sviluppi verrebbero incontro all'esigenza di una normativa distinta per le varie fattispecie, in particolare quanto alle peculiarità del trasporto pubblico, anche se poi, nel merito dei contenuti della nuova regolamentazione proposta, non sembra si riesca ad uscire da una “gabbia” di luoghi comuni applicati a tutti i servizi pubblici in generale e tendenti ad esaurirsi nel compromesso pubblico-privato, che da solo non favorisce né l'apertura di un mercato concorrenziale né la preparazione a tale passaggio con una realistica visione strutturale e finanziaria.

[52] Cfr. G. SCIULLO, Gestione dei servizi culturali e governo locale dopo la pronuncia n. 272/2004 della

Consulta, in riv. Di arti e diritto on line, 2004.

[53] Si ricordano, a tale proposito, la legge n. 266/91 sul volontariato. Proprio la diffusione e la rilevanza sociale di tale fenomeno sono all'origine della legge 11 agosto 1991, n. 266 (legge quadro sul volontariato), con la quale il legislatore non solo ha riconosciuto il valore sociale e la funzione dell'attività di volontariato considerato come espressione di partecipazione, solidarietà e pluralismo "Art. 1, co° 1, L. n. 266 del 1991", ma ha inteso anche, pur sempre "salvaguardandone l'autonomia", promuoverne lo sviluppo, predisponendo incentivi economici di varia natura dei quali possono fruire le organizzazioni di volontariato regolarmente iscritte nei registri tenuti dalle Regioni. L'art. 2 della legge n. 266/1991 definisce come attività di volontariato "quella prestata in modo personale, spontaneo e gratuito, tramite l'organizzazione di cui il volontariato fa parte, senza fini di lucro anche indiretto ed esclusivamente per fini di solidarietà"; la legge n.381/91 (modificata dalla legge n. 52/96) sulle cooperative sociali. Tali cooperative, pur senza escludere l'ordinario scopo mutualistico, hanno prioritariamente il fine di perseguire l'interesse generale della comunità "alla promozione ed all'integrazione sociale dei cittadini" attraverso la gestione di servizi sociosanitari ed educativi, nonché lo svolgimento di attività economiche finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate (invalidi fisici, psichici e sensoriale; ex degenti di istituto psichiatrico o soggetti in trattamento psichiatrico; tossicodipendenti, alcolisti, minori in situazione di difficoltà familiare; condannati ammessi alle misure alternative alla detenzione; la legge n. 383/2000 in riferimento alle associazioni di promozione sociale, la legge 8 novembre 2000, n. 328 ( Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali). Fra i servizi senza rilevanza economica, un'attenzione particolare va posta in merito ai servizi sociali, che sono definiti come "le attività relative alla predisposizione ed erogazione dei servizi gratuiti e a pagamento o di prestazioni economiche destinate a rimuovere e superare le situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona umana incontra nel corso della sua vita" (articolo 1, legge n. 328/2000). Vi rientrano tutte prestazioni, di qualsiasi natura, erogate per sopperire alle condizioni disagiate dei meno abbienti, gli asili nido, gli interventi a favore degli invalidi civili, dei non vedenti, degli audiolesi. Ai servizi di assistenza alle persone in situazione di bisogno e di difficoltà provvedono prevalentemente gli enti locali in parte mediante l'attività delle proprie strutture in parte mediante imprese private (v., per esempio, la l. n. 328/2000)

I servizi sociali sono compresi dalla Commissione europea nella più ampia categoria dei servizi d'interesse generale, cioè in quelle attività che non realizzano profitti e che non si prefiggono di svolgere un'attività industriale ed economica (Comunicazione 20 settembre 2000). La Commissione Europea ricorda, nel recente "Libro Bianco sui servizi d'interesse generale" che la fornitura, lo sviluppo e la modernizzazione di questi servizi contribuisce pienamente alla realizzazione dell'obiettivo di creare una sinergia proficua tra le politiche economiche, sociali ed occupazionali.

Il settore dei servizi sociali, e dei soggetti che in esso operano, è stato in questi ultimi anni oggetto di profonde riforme legislative che ne hanno mutato le caratteristiche di gestione e prestazione. Le ragioni



delle trasformazioni normative sono molteplici: tra queste, la necessità di rispondere a bisogni ed esigenze progressivamente crescenti, anche in ragione dell'ampliamento di contenuto della stessa nozione di sistema di protezione sociale (il welfare state); la progressiva riduzione delle risorse economiche pubbliche da destinare ad un sistema in progressiva espansione; infine, e nel difficile equilibrio teso a contemperare la progressività inversa tra aumento dei bisogni e disponibilità finanziarie, l'obbligo costituzionale di garantire livelli essenziali delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali ( art. 117, comma 2, lett. m), Cost.) quali veri e propri diritti inviolabili della persona umana (art. 2 Cost.). Sul piano organizzativo, e dei soggetti deputati alla concreta realizzazione e gestione dei servizi, la nuova formulazione dell'art. 118 Cost. ha inciso profondamente sull'individuazione degli enti di governo del settore (Comuni, Province e Regioni, in attuazione del principio di sussidiarietà verticale di cui al primo comma della norma costituzionale), e sul favor legislativo dimostrato nei confronti dell'autonoma iniziativa di soggetti privati che svolgono attività di interesse generale, aventi scopo sociale (art. 118, comma 2, Cost.). Proprio in ragione di questo secondo profilo, l'organizzazione dei servizi sociali, per le forme di integrazione tra la programmazione affidata agli enti pubblici territoriali, e l'azione posta in essere da tutti i soggetti operanti nel settore, ha costituito, e costituisce tutt'ora, uno dei punti di osservazione privilegiati dell'attuazione della sussidiarietà orizzontale. Dal punto di vista soggettivo, si è rilevata la presenza di figure giuridiche eterogenee: in esse è possibile individuare il regime normativo che disciplina il singolo profilo di azione amministrativa compiuta, non è invece possibile ascrivere integralmente la disciplina del soggetto giuridico, alternativamente, ad un regime pubblicistico o privatistico. Il soddisfacimento di interessi generali, ed il costante utilizzo, in misura preponderante, di risorse finanziarie pubbliche, incidono fortemente sul rapporto tra enti territoriali di governo con funzioni di programmazione e regolazione, e soggetti gestori (pubblici o privati): permangono forti poteri di indirizzo e controllo politico che mutano profondamente, talvolta sino a modificare alla radice, l'utilizzazione di figure soggettive di estrazione privatistica (aziende, associazioni, fondazioni). La complessità di un tale regime giuridico (evidentemente "misto") è allo stesso tempo indice del vitalismo sociale che ispira ogni forma di intervento nel settore, e segno di una frammentazione eccessiva, non organica, che talvolta si frapponete a interventi coerenti e precisamente orientati ai bisogni sociali. Cfr. G. BOTTINO, *Forme di gestione e soggetti giuridici nell'organizzazione dei servizi sociali*, in *Servizi pubblici e appalti*, n. 2/2005, 261 ss.

Resta  
in vigore la disciplina del Codice dei Beni culturali e del paesaggio ( d.lgs. n.42/2004) il quale prevede la possibilità, al fine di realizzare efficaci interazioni con partner pubblici e privati, che gli Enti locali gestiscano indirettamente le attività di valorizzazione dei beni culturali, mediante affidamento (diretto) a istituzioni, fondazioni, associazioni, consorzi, società di capitali o altri soggetti, costituiti o partecipati, in misura prevalente dall'ente cui i beni pervengono (articoli 115 e 116 del Dlgs. 42/2004). Si ammette, anche la gestione diretta da parte degli Enti locali, se ritenuta conveniente e opportuna in relazione alle modeste dimensioni o per le caratteristiche dell'attività di valorizzazione (articolo 115 comma 3, lettera a), e comma 6 del Dlgs. 42/2004). Questa disciplina dovrebbe resistere ad eventuali contestazioni di costituzionalità, se riferibile all'ambito della "tutela dei beni culturali" riservato alla legislazione esclusiva dello Stato. Dovrebbe "cedere" alla legislazione regionale se riferibile all'ambito della "valorizzazione dei



beni culturali” riservato alla competenza concorrente Stato-Regioni. Cfr.A. CAROSELLI, La gestione dei servizi culturali, in *Giornale dir. amm.*, 5/2005, 567 ss.

L'autrice

dopo una breve riflessione di carattere generale sul concetto di servizio culturale, si propone di esaminare la nozione all'interno del d. lgs. n. 42/2004, soffermandosi sulle forme organizzative di gestione ivi previste. Con riferimento ai servizi culturali non regolamentati da discipline di settore, l'interprete tenterà di comprendere la natura economica o non economica, onde individuare i modelli gestionali ammessi. Il lavoro si conclude con una riflessione sulla legittimità dell'utilizzo della forma giuridica della fondazione, in particolare del modello "atipico" della fondazione di partecipazione, da tempo diffuso nella prassi nella gestione dei servizi culturali.

Si tratta di una fondazione aperta alla partecipazione di più soggetti, pubblici o privati, allo scopo di ottenere l'incremento del fondo patrimoniale e quindi il sostentamento degli scopi istituzionali durante la vita dell'ente, assicurando la partecipazione alla relativa gestione da parte dei fondatori e dei soggetti che a vario titolo apportano capitali allo stesso. In assenza di discipline settoriali che autorizzino l'utilizzo del modello della fondazione di partecipazione, gli enti locali (al pari di altro operatore di diritto privato) sono autorizzati ad apportare modifiche allo schema organizzativo previsto dal codice civile nei limiti in cui la previsione statutaria non muti la causa sottesa al modello prescelto, conducendo alla creazione di un nuovo tipo di ente. Causa da individuarsi nella destinazione di un patrimonio ad uno scopo. Il giudice amministrativo ha riconosciuto come il modello della fondazione stia subendo delle modifiche, individuando i limiti di "estensibilità" del tipo di istituto previsto dal codice civile, non accettando la ricostruzione secondo la quale, dando valore legittimante all'art. 12 del d.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361 che, nel disciplinare il procedimento di concessione della personalità giuridica agli enti privati privi dello scopo di lucro, cita, accanto alle associazioni e alle fondazioni "le altre istituzioni di carattere privato." La norma è stata invocata dai più come disposizione legittimante la possibilità per gli operatori giuridici di "creare" dei nuovi tipi di enti di diritto privato. Se si accoglie tale ricostruzione, la deviazione dalla norme civilistiche e quindi dal tipo di istituto dalle stesse concepito potrebbe spingersi sino a snaturare la causa, dando legittimamente vita ad un ente nuovo, dai connotati maggiormente associativi. Il giudice amministrativo ha affermato che il modello può essere solo quello dell'associazione o della fondazione, in quanto l'espressione "altre persone giuridiche private", di cui all'art. 1 del d.P.R. n. 361/2000, si riferisce "alla possibilità di riconoscimento dei comitati di cui all'art. 41 cod. civ., ovvero ad opera di normative extracodicistiche."

[54] Cfr. sentenza Teckal., cit.

[55] L'esame della sentenza n. 272 del 2004 consente di trarre alcune conclusioni con riferimento al sistema delle fonti abilitate a definire la disciplina dei servizi pubblici locali. In primo luogo,

l'individuazione ad opera della Corte del titolo di legittimazione dell'intervento statale di cui agli artt. 113 e ss. del d.lgs. n. 267 del 2000, nella tutela della concorrenza di cui all'art. 117, comma 2, lett e), Cost. permette di individuare gli ambiti di disciplina rispettivamente affidati alla potestà legislativa statale e a quella regionale. Sotto questo profilo si deve considerare che la ricostruzione del settore operata dalla Corte introduce una profonda differenziazione del sistema delle fonti abilitate a definire la disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e quelli privi di tale rilevanza. Con riferimento ai primi, il legislatore statale è titolare di un titolo di legittimazione trasversale che gli consente di definire quegli aspetti della disciplina dei servizi pubblici locali, relativi alle modalità di organizzazione degli stessi, collegati alla tutela della concorrenza, intesa in senso ampio, ma con esclusivo riferimento a quei profili di disciplina che appaiono strettamente indispensabili, proporzionati e adeguati al raggiungimento dell'obiettivo di assicurare condizioni concorrenziali uniformi nei mercati di riferimento, in modo da garantire l'unità e la coerenza del sistema. Da qui il riconoscimento alle Regioni, sulla base della competenza legislativa residuale ad esempio attribuita dall'art. 117, comma 4, Cost., di spazi di intervento nella definizione di quei profili di disciplina dei servizi pubblici locali che residuino dall'esercizio della potestà legislativa dello Stato in materia di tutela della concorrenza riferite ad esigenze di carattere unitario, sulla base delle diverse esigenze che emergano in sede regionale.

Per quanto riguarda i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica, esclusa la riconducibilità della disciplina di questi al titolo di legittimazione trasversale tutela della concorrenza, in quanto in riferimento ad essi non esiste un mercato concorrenziale, il ruolo riservato dal nuovo Titolo V della Costituzione al legislatore regionale appare ben più ampio, potendo quest'ultimo individuare le forme di gestione e le modalità di affidamento degli stessi. Peraltro, la predetta esclusione del titolo concernente la tutela della concorrenza non significa che con riferimento a questa tipologia di servizi sia precluso l'intervento del legislatore statale nella definizione di una disciplina degli stessi relativa a profili e contenuti diversi da quelli fatti propri dall'art. 113 bis , relativo alle modalità di gestione e dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla sentenza in esame. Tale possibilità sembra, infatti, implicitamente essere ammessa dalla stessa Corte nella parte in cui esclude la riferibilità della disciplina impugnata alla competenza statale in tema di "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" di cui all'art. 117, comma 2, Cost. lett m), "giacché riguarda precipuamente servizi di rilevanza economica e non attiene alla determinazione dei livelli essenziali". L'analisi del quadro costituzionale, delinea, dunque, con riferimento al settore dei servizi pubblici locali, da sempre definito come non facilmente delimitabile sotto il profilo oggettivo, un sistema articolato e flessibile di ripartizione delle competenze, non definibile nei soli termini tradizionali dell'attribuzione delle competenze per materia e della relativa separazione, ma caratterizzato dalla possibilità di diverse combinazioni, derivanti dalla compresenza di titoli di legittimazione trasversali dello Stato e di competenze proprie delle Regioni. La ricostruzione dei rapporti tra fonti statali e fonti regionali, che si è delineata si riflette inevitabilmente sui criteri di ripartizione della stessa potestà regolamentare di Stato e Regioni, stante il principio del parallelismo, individuato, dall'art. 117, comma 6, Cost., nella parte in cui stabilisce che "I comuni, le Province e le Città metropolitane hanno potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite". Sotto questo profilo, pur in assenza ancora di pronunce della Corte costituzionale, se da un

lato sembra possibile escludere l'esistenza di una riserva di competenza a favore dei regolamenti locali, dall'altro non si è mancato di sottolineare come ciò non significhi dire che la legge regionale e la legge statale "possono fare tutto quello che credono"; il punto chiave è che la legge statale e la legge regionale non possono contenere una disciplina dettagliata che degradi il regolamento locale o a mera normativa di esecuzione o a fonte opzionale facoltativa ed essere talmente pervasive da eliminare del tutto il margine di scelta riconosciuto agli enti locali, soprattutto in riferimento a quei profili di disciplina che da sempre hanno rinviato alla scelta di questi livelli territoriali di governo. Cfr. F. CASALOTTI, Il riparto della potestà legislativa "alla prova" della disciplina dei servizi pubblici locali, in *Le Regioni*, n. 1-2/2005, 262 ss.

La potestà regolamentare degli enti locali è disciplinata dall'art. 117, 6° comma della Costituzione il quale afferma che "i Comuni, le Province e le Città metropolitane hanno potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite". Il potere normativo regolamentare che l'art. 117 Cost. affida agli enti locali riguarda il concreto esercizio di ogni singola funzione amministrativa, da parte di Comuni, Province e Città metropolitane. Sulla potestà regolamentare attribuita agli enti locali Cfr. C. CALVIERI, Gli statuti ed i regolamenti degli enti locali tra riforma del titolo V e prossima revisione costituzionale, in *Pol. Dir.*, 4/2004, 583ss. L'autore sottolinea come la potestà normativa dell'ente locale di cui all'articolo 117,6° comma deve essere letta in combinato disposto con l'art.118,2° comma Cost., ove si conferma che Comuni, Province e Città metropolitane sono innanzitutto titolari di funzioni amministrative proprie. Per quanto riguarda i servizi privi di rilevanza economica, che sono nella disponibilità diretta del singolo ente territoriale, sussiste il mantenimento in capo all'ente locale del potere normativo volto a disciplinare tutto ciò che riguarda gli aspetti gestionali interni.

La disciplina dei servizi pubblici locali, quindi, andrà nuovamente ricostruita ad opera delle fonti regionali e locali. Al riguardo si segnalano due questioni delicate. La prima attiene alla necessità di affrontare la situazione del vuoto normativo che si è creato, la seconda riguarda il rapporto tra fonte regionale e fonti locali.

In riferimento alla prima, sembra da escludersi l'ipotesi che gli enti locali debbano attendere gli interventi del legislatore regionale per poter conoscere lo statuto organizzativo dei servizi pubblici privi di rilevanza economica, giacché questo avrebbe un effetto paralizzante sulla loro attività. Una volta che l'ente locale decide, sulla base di valutazioni complesse, di qualificare un'attività come servizio pubblico, ne deve necessariamente assumere la titolarità. A tale titolarità "è strettamente legata la doverosità del servizio: la responsabilità, quindi, di garantire che il servizio sia effettivamente reso." Questo obbligo dell'ente locale non può rimanere sospeso in attesa di una legge regionale che non potrebbe anche non arrivare mai. Da qui la necessità di chiarire quale debba essere oggi, seguito dell'abrogazione dell'art. 113bis del d. lgs. n. 267/2000, la disciplina applicabile ai servizi pubblici locali privi di rilevanza economica. Si deve escludere la possibilità di estendere, in via analogica, a questi servizi le norme contenute nell'art. 113 del d.lgs. n. 267/2000 perché è chiaro che la diversità tra le due tipologie e di conseguenza la diversità di regolazione sono il frutto di principi ispiratori profondamente e radicalmente disomogenei. Più condivisibile appare il tentativo di ricomporre la disciplina alla luce dei principi generali dell'ordinamento, tenendo presente che la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 113bis non ha coinvolto le altre norme contenute

nel d.lgs. n. 267/2000 riferibili ai servizi privi di rilevanza economica. La seconda questione riguarda il rapporto tra fonti regionali e fonti locali.

Il punto è delicato perché il legislatore regionale dovrà disciplinare i servizi pubblici locali in modo da indicare alcuni principi che garantiscano, una certa omogeneità nella gestione a livello nazionale, senza tuttavia invadere l'autonomia costituzionalmente garantita degli enti locali. Il fatto che la disciplina dei servizi pubblici abbia una penetrante incidenza sull'organizzazione degli enti locali impone, infatti, una particolare attenzione alle regioni che dovranno agire senza comprimere la potestà statutaria e regolamentare di Comuni e Province sancita dagli articoli 114, 2° comma e 117, 6° comma Cost. Cfr. G.MARCHI, I servizi pubblici tra potestà legislativa statale e regionale, in *Giornale dir. amm.*, 1/2005, 32 ss.

<https://www.diritto.it/la-riforma-dei-dei-servizi-pubblici-locali-nella-legge-n-3262003-e-nella-legge-finanziaria-del-2004/>