

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN
Istituzioni e mercati, diritti e tutele

Ciclo XXIX

Settore Concorsuale di afferenza: 12/D1 – Diritto Amministrativo

Settore Scientifico disciplinare: IUS/10 – Diritto Amministrativo

TITOLO TESI

Promozione della concorrenza e poteri regolatori nel settore dei servizi pubblici locali: ruolo delle Authorities e sindacato del giudice amministrativo sugli atti anticoncorrenziali della Pubblica amministrazione.

Presentata da: Dott. Stefano Manfreda

Coordinatore Dottorato

Relatore

Chiar.ma Prof. Marcella Gola

Chiar.mo Prof. Alessandro Lolli

Esame finale anno 2017

*a Sara, Jacopo
Mamma e Papà*

INDICE

I. PROMOZIONE E TUTELA DELLA CONCORRENZA NEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI.

1. I servizi pubblici locali: i principi informativi della materia, le modalità organizzative e di gestione degli stessi.

- 1.1. *I principi che governano i servizi pubblici locali*.....p. 10
- 1.2. *Le modalità organizzative e di gestione dei servizi pubblici locali*.....p. 12
- 1.3. *Le riforme degli anni novanta (segue)*.....p. 14
- 1.4. *Le riforme della prima metà degli anni duemila (segue)*.....p. 16
- 1.5. *Le riforme della seconda metà degli anni duemila*.....p. 25
- 1.6. *Il Referendum abrogativo del giugno 2011 e la disciplina europea de minimis (rinvio)*.....p. 30

2. Concorrenza e s.p.l.: il difficile bilanciamento tra obblighi, principi ed esigenze ugualmente meritevoli di tutela.

- 2.1. *Il concetto di concorrenza nel diritto europeo: principio cardine o regola strumentale?*.....p. 37
- 2.2. *La concorrenza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*.....p. 39
- 2.3. *Il bilanciamento tra valori nel settore dei s.p.l.: la difficile ricerca dell'ottimo paretiano*.....p. 42
- 2.4. *S.p.l. nel diritto europeo e nazionale (rinvio)*.....p. 44
- 2.5. *Il disallineamento tra diritto nazionale ed europeo nel settore dei s.p.l.*.....p. 46

3. I concetti di sieg e s.p.l. nel diritto europeo e nazionale.

- 3.1. *La disciplina nazionale*.....p. 54
- 3.2. *La disciplina europea*.....p. 56

4. Concorrenza, liberalizzazioni, monopòli: la gara “nel” mercato e la gara “per” il mercato.

- 4.1. *La concorrenza nel mercato dei s.p.l.: la tensione tra autorità e libertà*.....p. 63
- 4.2. *La necessità del momento regolatorio nel governo dei s.p.l.*.....p. 66
- 4.3. *Il deficit delle liberalizzazioni: le norme programmatiche e le liberalizzazioni-manifesto*.....p. 70
- 4.4. *La concorrenza per il mercato, la società mista e la gara a doppio oggetto*.....p. 72
- 4.5. *La giurisprudenza europea e nazionale in tema di società miste*.....p. 78
- 4.6. *Le società miste nel Testo Unico delle società partecipate (rinvio)*.....p. 85

5. L'autoproduzione: il mancato ricorso al mercato nelle nuove Direttive europee del 2014, poi recepite nel diritto nazionale con il d.lgs. n. 50/2016.

- 5.1. *La sottrazione alle regole del mercato nell'autoproduzione: eccezione o prerogativa?*.....p. 86
- 5.2. *L'in house providing nelle Direttive del 2014*.....p. 92
- 5.3. *I requisiti strutturali dell'in house providing*.....p. 94

6. La rinnovata stagione dei Testi Unici: il t.u. sulle società partecipate ed il progetto di t.u. sui servizi pubblici locali.

- 6.1. *Il Testo Unico delle società a partecipazione pubblica*.....p. 102
6.2. *Il progetto di Testo Unico sui servizi pubblici locali*.....p.114

7. Le esigenze di riduzione delle partecipazioni locali: le razionalizzazioni e le dismissioni delle partecipate locali.

- 7.1. *Il crescente protagonismo delle autonomie locali nel mercato ed i primi tentativi di contenimento da parte del legislatore statale*..... p. 121
7.2. *La crisi del 2011 e la legislazione d'emergenza per assicurare l'Europa ed i mercati*.....p. 129
7.3. *La nuova procedura di dismissione delle partecipazioni detenute dalle autonomie locali: uno strappo al sistema?*.....p. 132
7.4. *Effetti sulla disciplina civilistica e profili di (il)legittimità costituzionale*.....p. 136
7.5. *Gli orientamenti della giurisprudenza amministrativa e contabile*.....p. 139
7.6. *Il comma 569-bis ed il passaggio assembleare: norma transeunte o espressione di un principio immanente nel sistema?*.....p. 143
7.7. *La dismissione delle c.d. micro-partecipazioni detenute dagli enti locali -profili problematici-: tra necessità di espletare la procedura ad evidenza pubblica e possibile anti-economicità della stessa*p. 146
7.8. *Profili processuali: il riparto di giurisdizione tra G.A. e G.O. in materia di dismissioni: l'altalenante giurisprudenza dei Tribunali Amministrativi Regionali ed i recenti orientamenti del Consiglio di Stato*p. 149
7.9. *Il Testo Unico partecipate sul tema delle dismissioni: problemi irrisolti*.....p. 152

II. CONCORRENZA E MISSIONE D'INTERESSE GENERALE: PRINCIPI RILEVANTI E OPERAZIONI DI BILANCIAMENTO.

1. Nascita, sviluppo e prospettive del modello di regolazione indipendente: il modello generalista e quello settoriale.

- 1.1. *Le Autorità generaliste*..... p. 156
1.2. *Le Autorità settoriali*..... p. 162

2. Le Authorities in una prospettiva comparata europea.

- 2.1. *Le Authorities nel diritto europeo*..... p. 165
2.2. *L'esperienza del Regno Unito*..... p. 177
2.3. *L'esperienza francese*..... p. 184
2.4. *L'esperienza tedesca*.....p. 187

3. Il ruolo di advocacy e quello di public enforcement di AGCM: la relazione annuale 2017.

- 3.1. *L'attività di enforcement*.....p. 194
3.2. *Le indagini conoscitive: il mercato dei rifiuti solidi urbani*.....p. 196
3.3. *Le indagini conoscitive: il trasporto pubblico locale*.....p. 198
3.4. *L'attività di tutela della concorrenza: il mercato della gestione dei rifiuti solidi urbani*.....p. 200

3.5. *L'attività di promozione della concorrenza: le gare per il servizio di distribuzione del gas naturale*.....p. 205

4. Atti e poteri: natura degli atti, poteri impliciti, vigilanza, regolazione e sanzione.

4.1. *Le funzioni amministrative*.....p. 211
4.2. *Le funzioni contenziose*.....p. 226
4.3. *Le funzioni normative*.....p. 228
4.4. *I poteri impliciti*.....p. 232

5. Intensità dei mezzi istruttori, poteri di P.G. e garanzie del procedimento con particolare riguardo ai rapporti di collaborazione tra AGCM e Guardia di Finanza.

5.1. *L'Esercizio dei poteri istruttori da parte di AGCM e le deleghe alla Guardia di Finanza*.....p. 237
5.2. *L'utilizzo dei mezzi istruttori di P.G. in un procedimento "formalmente" amministrativo*.....p. 242
5.3. *Le garanzie procedurali ed i limiti all'utilizzabilità della documentazione di indagine in altri procedimenti giurisdizionali*.....p. 250
5.4. *Le altre forme di collaborazione tra Authorities e Guardia di Finanza*.....p. 255

III. IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SUGLI ATTI ANTI-CONCORRENZIALI DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E NUOVI POTERI CONFERITI ALLE ALTRE AUTHORITIES DAL LEGISLATORE.

1. La speciale legittimazione ad agire in giudizio affidata dal legislatore ad una Autorità amministrativa indipendente: l'utilizzo da parte di AGCM dei poteri speciali ex art. 21-bis della l. n. 287/1990.

1.1. *Il carattere di giurisdizione di diritto soggettivo del sistema di giustizia amministrativa*.....p. 258
1.2. *Le nuove forme di giurisdizione oggettiva nel sistema di giustizia amministrativa*.....p. 261
1.3. *L'art. 21-bis della legge n. 287/1990: la dimensione ontologica del bene concorrenza*.....p. 263
1.4. *La giurisprudenza in tema di speciale legittimazione ad agire in giudizio di AGCM*.....p. 269

2. I nuovi peculiari poteri affidati dal legislatore alle altre autorità amministrative indipendenti: l'utilizzo da parte di ANAC dei poteri speciali ad essa affidati dal Codice dei contratti pubblici ai sensi dell'art. 192 del d.lgs. n. 50/2016.

2.1. *Struttura e profili dell'art. 192 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50: la natura pro-concorrenziale della norma*.....p. 272
2.2. *Il nuovo elenco speciale delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di propri organismi in house istituito presso ANAC e le linee guida per l'esercizio dei nuovi poteri*.....p. 274
2.3. *I correttivi apposti dal Consiglio di Stato, Comm. Spec., parere del 1 febbraio 2017, n. 282, alla bozza di Linee Guida proposte da ANAC, poi recepiti nella pubblicazione ufficiale del 15 febbraio 2017*.....p. 279
2.4. *I nuovi adempimenti richiesti alle stazioni appaltanti dal comma 2, dell'art. 192 per gli affidamenti diretti di contratti aventi ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza*....p. 288

- 2.5. *Il raffronto tra la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house richiesta alla Stazione appaltante dal comma 2, dell'art. 192, ed i precedenti casi in cui il legislatore ha previsto la redazione di apposite relazioni giustificative.....*p. 292
- 2.6. *I possibili contenuti della valutazione di congruità economica alla luce delle coordinate tracciate dal legislatore e dalla giurisprudenza.....*p. 294

IV. Conclusioni.....p. 295

V. Riepilogo tabelle e grafici.....p. 298

- TAB. 1) Quadro sinottico SIG e SIEG;
- TAB. 2) Organismi partecipati distinti per stato e forma giuridica;
- TAB. 3) Organismi partecipati distinti per tipologia di partecipazione;
- TAB. 4) Organismi partecipati distinti per modalità di partecipazione;
- TAB. 5) Organismi partecipati distinti per forma giuridica e tipologia di partecipazione;
- TAB. 6) Distribuzione delle partecipate dalle amministrazioni locali per categorie giuridiche e tipologia di controllo;
- TAB. 7) Organismi partecipati osservati distinti per Regione;
- TAB. 8) Articolazione delle partecipate dalle Amministrazioni Locali per tipologia di attività;
- TAB. 9) Gestione caratteristica e risultati di esercizio degli organismi partecipati osservati;
- TAB. 10) Gestione caratteristica e risultati di esercizio degli organismi partecipati osservati a totale partecipazione pubblica;
- TAB. 11) Confronto con il TPL dei principali paesi europei (valori in euro);
- TAB. 12) Confronto tra tariffe urbane italiane ed europee, 2013 (valori in euro).
- TAB. 13) Pareri adottati da AGCM ai sensi dell'articolo 21-bis per settori di attività economica.

VI. Bibliografia.....p. 305

I. PROMOZIONE E TUTELA DELLA CONCORRENZA NEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI.

1. I SERVIZI PUBBLICI LOCALI: I PRINCIPI INFORMATIVI DELLA MATERIA E LE MODALITÀ ORGANIZZATIVE E DI GESTIONE DEGLI STESSI.

1.1. I principi che governano i servizi pubblici locali.

Da un punto di vista analitico, il tema dei servizi pubblici si scompone in tre momenti logico giuridici: l'assunzione del servizio, la regolazione dello stesso e la sua gestione. Come noto, la scelta circa l'assunzione di un'attività come servizio pubblico è frutto di una decisione politica dei pubblici poteri (per legge o mediante atti amministrativi emanati sulla base di una legge), che discende dalla valutazione dell'interesse pubblico a garantire l'esercizio di un servizio a determinate condizioni, per rispondere a particolari esigenze della popolazione di riferimento e soddisfare così la domanda qualificata di beni e servizi essenziali determinanti per la crescita e lo sviluppo territoriale oltreché dalla valutazione delle capacità o meno del mercato di offrire alla collettività tali beni e servizi in maniera soddisfacente. La valutazione sull'assunzione o meno di un'attività come servizio pubblico appare quindi una scelta non meramente economica, tanto che la capacità del mercato non deve (e non può) essere intesa solo in termini quantitativo/economici, poiché la materia dei servizi pubblici non implica solo questioni relative all'incontro tra domanda e offerta o relative alle comuni dinamiche del mercato ⁽¹⁾, ma implica anche valutazioni di “*pubblico interesse*” accompagnate dalla necessità di predisporre sistemi volti ad instaurare obblighi di pubblico servizio per la salvaguardia dei diritti e degli interessi degli utenti dei servizi al fine di rendere effettivi e concreti i principi fondamentali che governano la materia. Ciò, rende evidente come il settore dei servizi pubblici sia attraversato da tensioni contrastanti, infatti, da un lato si debbono tenere in considerazione i principi che governano normalmente il mercato (tutela e promozione della concorrenza e dunque mercato, liberalizzazioni, privatizzazioni, concorrenza), mentre dall'altro si debbono tenere in considerazione alcuni aspetti peculiari della materia ossia gli interessi pubblici sottesi all'erogazione di questo tipo di servizi, che

⁽¹⁾ Se fosse così, infatti, sarebbe sufficiente instaurare un regime di regolazione del mercato di riferimento per evitare abusi e squilibri lasciando al mercato il compito di soddisfare integralmente la domanda degli utenti; in una situazione soddisfacente e tendenzialmente perfetta, infatti, mal si concilierebbe un intervento dell'imprenditore pubblico, che sarebbe percepito come ingerente.

intersecano bisogni necessari, interessi fondamentali e diritti anche costituzionali dei fruitori degli stessi e che potenzialmente possono entrare in collisione con i primi. Il difficile bilanciamento di tali principi ed interessi è rimesso ai pubblici poteri laddove il mercato da solo non sarebbe in grado di autoregolarsi in maniera tale da rispondere adeguatamente a logiche che non possono essere lasciate alla valutazione di soggetti che per loro natura non sono destinati a perseguire finalità di interesse pubblico. Tale scelta, tale bilanciamento è “*esercizio del potere amministrativo*”, “*ponderazione degli interessi*” e dei “*valori*” in gioco che muoverà per l’una o per l’altra delle soluzioni in funzione della loro “*preponderanza*” e convincerà i pubblici poteri per l’assunzione o meno di un’attività come servizio pubblico, cui conseguirà la necessità di predisporre adeguatamente anche gli altri due momenti logico-giuridici successivi, ossia la regolazione e la gestione.

Infatti, una volta che una determinata attività viene assunta dai pubblici poteri come servizio pubblico, si pone il problema di esercitarne la regolazione, poiché la stessa è funzionale al raggiungimento di una serie di obiettivi e all’attuazione in concreto dei principi giuridici che governano la materia e sopra richiamati. Tali principi sono diversi e aggiuntivi rispetto a quelli sottesi all’esercizio delle comuni attività economiche (che restano private), e si possono ricavare oltre che dagli sforzi della dottrina e della giurisprudenza nazionale ed europea, anche dalla legge 14 novembre 1995, n. 481, che pone alcune norme generali riferite alle autorità di settore (*amplius ultra cap. II*).

I principi cardine che governano la materia dei servizi pubblici locali, in generale, sono i seguenti:

- il *principio di doverosità*: una volta presa la decisione politica di assumere una data attività come servizio pubblico, i pubblici poteri si fanno carico del compito di garantire direttamente o indirettamente alla collettività l’erogazione del servizio secondo criteri qualitativi e quantitativi predeterminati. A tal proposito, i fornitori dei servizi sono sottoposti a obblighi di servizio stabiliti in modo puntuale e verificabile in atti di regolazione o, nel caso dei concessionari, nelle convenzioni che disciplinano la relazione contrattuale;
- il *principio di continuità*: trattandosi di servizi che involgono bisogni e diritti fondamentali, l’erogazione degli stessi non può essere interrotta arbitrariamente (ad es., il codice penale prevede una specifica figura di reato agli artt. 331 e 340 c.p.; l’esercizio del diritto di sciopero è regolamentato in maniera più rigorosa);
- il *principio di parità di trattamento*: tutti gli utenti del servizio devono avere pari diritto ad accedere al servizio e ad ottenere prestazioni di eguale qualità (il principio in esame aiuta a comprendere la differenza con le attività private, nelle quali il fornitore ha diritto di selezionare la clientela, salvo che

l'impresa operi in condizioni di monopolio, nel qual caso il codice civile all'art. 2597 c.c., prevede il c.d. obbligo a contrarre);

- il *principio di universalità*: le prestazioni correlate al servizio pubblico devono essere garantite tendenzialmente a tutti, a prescindere dalla localizzazione, dalla fascia sociale o di reddito (le imprese che gestiscono servizi pubblici non possono operare il c.d. *cream skimming*, offrendo le loro prestazioni solo a favore delle fasce di clienti o delle aree territoriali più profittevoli. In tali casi, il regolatore è tenuto a individuare un nucleo minimo di prestazioni che costituiscono il c.d. servizio universale, il cui costo è ripartito secondo criteri predeterminati tra tutti gli operatori del servizio;

- il *principio di abbordabilità*: il servizio deve essere offerto agli utenti a prezzi accessibili (la regolazione prevede agevolazioni a favore di categorie di utenti svantaggiati). Tale principio si lega anche con quello della regolazione in senso pro-concorrenziale in quanto volta a ridurre al minimo i prezzi di servizio;

- il *principio di economicità*: il gestore del servizio deve essere messo nelle condizioni di svolgere l'attività in modo imprenditoriale con la possibilità di conseguire un margine di utile ragionevole (questo principio vincola il regolatore, nelle ipotesi in cui il servizio è erogato sulla base di tariffe, a definire parametri congrui per la loro determinazione e nel caso in cui i servizi siano strutturalmente in perdita, l'amministrazione deve farsi carico degli oneri con compensazioni e contribuzioni.

Il tema della regolazione sarà trattato al secondo capitolo, cui si rinvia; pertanto si può passare ad esaminare il terzo momento logico-giuridico dell'analisi dei servizi pubblici, ossia l'organizzazione e la gestione.

1.2. Le modalità organizzative e di gestione dei servizi pubblici locali.

Le modalità organizzative e di gestione dei servizi pubblici, in Italia la disciplina sono state per lungo tempo dominate dalla legge 29 marzo 1903, n. 103. Alla l. n. 103/1903, fece seguito il regolamento di esecuzione emanato con r.d. n. 108/1904 e poi il t.u. n. 2578/1925 di riunione e coordinamento della l. n. 103 con il r.d. 30 dicembre 1923, n. 3047 e con il r.d. 4 febbraio 1923, n. 253. Il sistema concettuale sotteso alla legge n. 103/1903, era volto a sottrarre al mercato i servizi pubblici poiché si riteneva che il mercato non fosse preparato ad assorbire la rapida migrazione delle masse sociali verso le città ed il conseguente aumento esponenziale dei bisogni derivati. Il timore era non solo l'incapacità del mercato in senso assoluto quanto l'onerosità degli investimenti necessari ad

erogare i servizi pubblici, che avrebbe comportato, a lungo andare, la monopolizzazione da parte delle imprese maggiori a danno degli utenti finali del servizio. Si riteneva che l'ente comunale, poiché istituzionalmente privo dello scopo di lucro avrebbe potuto garantire maggiore efficienza accompagnata da minori costi di erogazione. Ciò determinò il riconoscimento in capo ai Comuni della possibilità di “municipalizzare” i pubblici servizi attraverso la gestione diretta con organi ordinari dell'amministrazione locale oppure mediante gestione affidata ad aziende municipali ⁽²⁾. Alla gestione diretta in economia l'ente poteva fare ricorso, oltre che nei casi specificamente indicati dall'art. 15, del t.u. n. 2578/1925, anche per i servizi di minore importanza e per quelli non avente carattere prevalentemente industriale, per i quali non si riteneva di procedere con la costituzione dell'azienda speciale.

L'azienda municipalizzata, ispirata al modello delle amministrazioni autonome dello Stato, assunse la struttura dell'impresa-organo, dotata di autonomia gestionale e contabile con obbligo di pareggio di bilancio, ma sfornita di personalità giuridica e strutturalmente collegata agli enti comunali di riferimento, in modo da garantire idonea libertà operativa e mantenimento dell'unitarietà di indirizzo economico amministrativo in capo all'ente locale di riferimento ⁽³⁾. L'assunzione dei pubblici servizi da parte dell'ente locale era deliberata dal Consiglio comunale previa verifica della convenienza tecnica ed economica della municipalizzazione. Gli organi dell'azienda erano la Commissione amministratrice, nominata dal Consiglio comunale, il Presidente e il Direttore amministrativo. Il Consiglio comunale interveniva nell'amministrazione dell'azienda con la predisposizione del regolamento speciale dell'azienda e con il controllo sugli atti e sugli organi aziendali. Tale modello entrò in crisi con l'affermazione dell'ordinamento repubblicano e con il contestuale ampliamento del

⁽²⁾ La bibliografia sul tema è naturalmente vastissima, valga a tal proposito citare senza pretese di completezza, M. S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, 216; A. BARDUSCO, *Azienda municipalizzata*, in *Dig. disc. pubb.*, vol. XIII, Torino, 1967; F. BASSI, *Natura giuridica dell'azienda municipalizzata*, Milano, 1957; P. BIAGI, *I pubblici servizi industriali dei comuni e delle province*, Milano, 1975; A. BOITANI, *Servizi pubblici: struttura dei mercati, regolamentazione e concorrenza*, Quad. n. 19, Dipartimento di Scienze Economiche, Univ. Cattolica, Milano, 1992; G. BOZZI, *Riflessioni sulla disciplina dei servizi pubblici nella legge sull'ordinamento delle autonomie locali*, in *Trib. Amm. Reg.*, 1994, II, 273; U. BORSI, *Le funzioni del Comune italiano*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, II, Milano, 1915, 270; G. BROSIO, *Economia e finanza pubblica*, Roma, 1993; G. CARPANI, *Le aziende degli enti locali, vigilanza e controlli*, Milano, 1992; AA.VV. *I servizi pubblici locali. Liberalizzazione, regolazione e sviluppo industriale*, a cura di M. BIANCO, P. SESTITO, Bologna, 2010; G. CAIA, *la disciplina dei servizi pubblici*, in *Diritto amministrativo*, Bologna, 1993, 736; G. CAIA, *I servizi pubblici locali di rilevanza economica (liberalizzazioni, deregolazione ed adeguamento alla disciplina comunitaria)*, in AA.VV., *Scritti in ricordo di F. PUGLIESE*, a cura di E. FOLLIERI, L. IANNOTTA, Napoli, 2010, 515; L. AMMANATI, A. CABIDDU, P. DE CARLI (a cura di), *Servizi pubblici concorrenza diritti*, Milano, 2001.

⁽³⁾ Per una ricostruzione organica e dettagliata anche sui profili storici cfr. anche F. DELLO SBARBA, *I servizi pubblici locali, modelli di organizzazione e di gestione*, Torino, 2009, 7 e ss.

ricorso all'assunzione in esclusiva di vasti settori di servizi pubblici, che provocò l'aumento del fabbisogno finanziario delle aziende cui conseguirono interventi statali volti a ripianare i *deficit* gestionali. Il processo di “*svuotamento dall'interno*” della municipalizzazione è stato un effetto provocato dalla tendenza centripeta dello Stato a legiferare in materia di servizi pubblici locali, con sottrazione di spazio decisionale ai Comuni e istituzione di altre organizzazioni ⁽⁴⁾. Il monopolio legale delle municipalizzate, poi, era inesorabilmente destinato ad entrare in conflitto con il diritto comunitario e con i suoi principi fondamentali; come noto, successivamente ed in funzione dei principi comunitari in tema si fece strada l'idea che le uniche deroghe ammissibili alle regole della concorrenza avrebbero dovuto essere interpretate in maniera stringente e limitate alle ipotesi fondate sulla natura pubblica dell'interesse perseguito ⁽⁵⁾.

1.3. Le riforme degli anni novanta (segue).

Con la legge 8 giugno 1990, n. 142, si ebbe un primo intervento di ampio respiro sulla disciplina dei servizi pubblici locali. La titolarità del servizio restava in capo all'ente locale ma lo stesso poteva scegliere tra alcuni moduli gestionali tipizzati dall'art. 22 della legge cit., e quindi tra la gestione in economia (per le ipotesi minori, in cui la costituzione di un'azienda risultava inopportuna), la concessione a terzi (quando sussistevano specifiche ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale), oppure con gestione a mezzo di azienda speciale (per l'erogazione di servizi di rilevanza economica e imprenditoriale) ⁽⁶⁾, o ancora, a mezzo di istituzione (per i servizi sociali di

⁽⁴⁾ F. DELLO SBARBA, op. cit., 9.

⁽⁵⁾ Si pensi alla Direttiva 25 giugno 1980, n. 723, sulla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche cui hanno fatto seguito le Direttive n. 50/1992, 37/1993 e 38/1993 per l'eliminazione della discriminazione nell'accesso ai mercati e alla riduzione dei privilegi collegati al regime di concessione.

⁽⁶⁾ La gestione a mezzo di azienda speciale permetteva di erogare un servizio pubblico attraverso un istituto strumentale ossia un ente che esercita funzioni o servizi di pertinenza di un ente diverso, al quale vengono riferiti i risultati dell'esercizio e che assume penetranti poteri di vigilanza e indirizzo sull'ente collegato. L'azienda speciale, a differenza della municipalizzata, assume personalità giuridica e più marcata autonomia imprenditoriale e statutaria e può essere qualificata come un ente pubblico economico seppure sottoposto a rilevanti poteri di indirizzo e vigilanza da parte dell'ente locale (l'ente locale, infatti, approva anche lo Statuto). La potestà regolamentare dell'azienda, consente alla stessa di disciplinare, ancorché in maniera incompleta e circoscritta, autonomamente il funzionamento dei propri organi, lo status giuridico ed economico del personale e i rapporti con l'utenza. Gli organi dell'azienda speciale sono costituiti dal Consiglio di amministrazione, dal Presidente e dal Direttore; gli amministratori sono nominati dal Consiglio comunale. La l. n. 142/1990 stabiliva all'art. 23 comma 4 che l'azienda dovesse informarsi a criteri di efficacia, efficienza ed economicità, con l'obbligo del pareggio di bilancio da perseguire attraverso l'equilibrio dei costi e dei ricavi. L'azienda speciale, in quanto titolare di personalità giuridica può avere la titolarità dei beni facenti parte del proprio capitale di dotazione, a differenza della municipalizzata, e ne ha la piena disponibilità, seppure entro i limiti del comma 6 della

rilevanza economica e imprenditoriale), o per il tramite di società per azioni a prevalente capitale pubblico locale costituite dall'ente titolare del servizio (quando la natura o l'ambito territoriale del servizio avrebbero reso opportuna la partecipazione all'attività di un più ampio numero di soggetti pubblici o privati). Per tale ultima ipotesi, l'art. 12 della legge 23 dicembre 1992, n. 498, affiancò poi l'istituto della società per azioni mista senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria, disponendo per questo tipo di società l'obbligo della procedura ad evidenza pubblica per la scelta, in fase di costituzione, dei soci privati. L'art. 12, comma 3, lett. e), venne poi modificato dall'art. 17, comma 58, della l. 15 maggio 1997, n. 127, che ampliò la categoria delle società miste includendo anche quella a responsabilità limitata con riferimento non solo alle società costituite dall'ente locale per la gestione del servizio, ma anche a società già esistenti a cui l'ente locale avrebbe potuto partecipare acquistando quote di capitale ⁽⁷⁾ (sui problemi che tali scelte determinarono e sulle conseguenze circa la proliferazione eccessiva delle partecipate locali, cfr. par. 7 sotto).

L'art. 25 della l. n. 142/1990, prevedeva poi la possibilità che per la gestione associata di uno o più servizi, i Comuni e le Province avrebbero potuto costituire specifici consorzi secondo le norme previste per le aziende speciali nei limiti della compatibilità con le stesse. I consorzi avrebbero potuto essere costituiti anche per legge nei casi di rilevante interesse pubblico (cc.dd. consorzi obbligatori), per l'esercizio di particolari funzioni e servizi, demandandone l'attuazione alle leggi regionali.

1.4. Le riforme della prima metà degli anni duemila (segue).

Con il d.lgs. n. 267/2000, c.d. TUEL, la disciplina della gestione dei s.p.l. viene trasfusa nell'art. 113 e ss. del TUEL. La norma cit., riprendeva l'elenco delle forme di gestione previste dall'art. 22, della l. n. 142/1990, includendo anche l'ipotesi della società per azioni senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria, disciplinata nel dettaglio dal successivo art. 116, con la

norma cit. Per quanto riguarda l'estensione dell'attività dell'azienda al territorio di altri enti locali, previa intesa con gli stessi, la giurisprudenza richiede il collegamento necessario e legittimante, poiché permane il connotato tipico della stessa ossia la strumentalità rispetto all'ente territoriale ed alla tutela degli interessi dei territori radicati. Per quanto attiene, invece, alla possibilità di trasformazione della stessa in società mista, l'art. 115 del TUEL introduce una procedura semplificata che scaturisce da un atto prodromico unilaterale dell'ente locale. Successivamente l'ente locale può restare unico azionista per due anni durante i quali deve attivarsi ai fini dell'estensione della compagine sociale.

⁽⁷⁾ C. VOLPE, *Le società miste nei servizi pubblici locali: evoluzione o involuzione di un modello?* in *Urbanistica e appalti*, 2003, 714.

previsione esplicita della procedura ad evidenza pubblica per la scelta dei soci privati (*amplius ultra* par. 4 e per gli effetti attuali in punto di proliferazione delle partecipate locali anche par. 7).

Dopo dieci anni dalla sopra richiamata riforma dei servizi pubblici locali, è intervenuto l'art. 35 della l. n. 448/2001 (finanziaria per il 2002), che ha riscritto interamente l'art. 113 del TUEL, aggiungendo l'art. 113-bis al Testo Unico. Le novità introdotte con la riforma del 2001 costituiscono l'esito di una evoluzione sia sulle modalità di gestione che sui processi decisionali ⁽⁸⁾. L'intervento si era reso necessario per introdurre meccanismi di competizione tra operatori, poiché la l. n. 142/1990, sebbene caratterizzata da un'apertura parziale al mercato, lasciava aperti alcuni nodi, tra cui la prassi degli enti locali di scegliere il socio privato di minoranza senza gara, oltre alla mancata definizione degli ambiti di attività ammissibili per le società miste cui conseguiva il forte rischio di ampliamento dei monopoli. Era fallito, quindi, il prototipo della gestione amministrativa dei servizi con forte pregiudizio sulla qualità dei servizi e delle tariffe praticate; nell'affidamento diretto ad azienda speciale o società per azioni mancava una valutazione comparativa tra il modello prescelto ed altre possibili modalità gestionali, insomma, l'assetto descritto non permetteva l'evoluzione in senso imprenditoriale dei gestori né l'apertura al mercato ⁽⁹⁾.

Le prime proposte di riforma degli artt. 22 e 23 della l. 142/90, furono formalizzate nella legge 3 agosto 1999, n. 265, con lo stralcio però delle disposizioni di interesse per la materia. L'art 35 cit., abolisce le forme di gestione previste nell'art. 113 TUEL, prevede una netta distinzione tra “*servizi a rilevanza industriale*” e “*privi di rilevanza industriale*”, la separazione tra proprietà delle reti e tra gestione delle stesse ed erogazione del servizio. La dottrina, con riferimento all'abolizione di gran parte delle forme di gestione previste dalla l. n. 142/90, ha parlato di superamento della tipicità dei modelli di gestione ⁽¹⁰⁾, perlomeno con riferimento ai servizi a rilevanza industriale; tipicità intesa fino ad allora come funzione di garanzia con riferimento alla realizzazione degli interessi pubblici sottesi alle attività di gestione ed erogazione del servizio stesso, atteso che il modulo complesso di azione amministrativa costituito dal servizio pubblico presuppone la presenza di una disciplina legislativa che ne determini l'organizzazione e ne deriva che il servizio può essere organizzato solo attraverso il ricorso ai modelli tipizzati dal legislatore e non anche in forme libere ⁽¹¹⁾. Il concetto di atipicità si sarebbe concretizzato nella sostituzione della previgente analitica elencazione delle forme

⁽⁸⁾ A. VIGNERI, *La liberalizzazione dei servizi pubblici locali*, in *Le Regioni*, n. 5/2002, 1091.

⁽⁹⁾ F. DELLO SBARBA, *op. cit.*, *passim*.

⁽¹⁰⁾ M. DUGATO, *I servizi pubblici degli enti locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 220.

⁽¹¹⁾ G. CAIA, *Organizzazione dei servizi pubblici locali. Figure, regime e caratteristiche*, in *Foro amm.*, 1991, 3167.

gestionali con l'unica previsione che alla gara per la scelta del soggetto erogatore del servizio industriale avrebbero potuto partecipare solo operatori organizzati in forma di società di capitali. Secondo altra dottrina, non vi era stato nessun passaggio da tipicità ad atipicità ma l'individuazione di un nuovo e unico modello tipico, ossia quello societario ⁽¹²⁾⁽¹³⁾.

La riforma del 2001, come anticipato, ha introdotto il principio della separazione tra proprietà delle reti, gestione delle stesse e conduzione del servizio. I beni necessari all'erogazione del servizio sono stati contemplati sotto il profilo positivo del valore economico e non più solo del peso economico, cui consegue l'esigenza di investire risorse nella realizzazione tecnologica delle reti e nella messa in sicurezza delle stesse ⁽¹⁴⁾. Si tratta di interventi onerosi per i quali ai capitali privati occorre prevedere normativamente l'eventuale intervento con capitali pubblici (*project financing* e concorso finanziario privato). Il principio di separazione introdotto dalla legge finanziaria 2002, ha avuto implicazioni più ampie rispetto ai due poli delle dotazioni patrimoniali e del servizio in senso stretto (profilo della titolarità e della regolamentazione degli aspetti operativi). Il tema delle dotazioni patrimoniali è stato trattato sotto l'aspetto relativo alla proprietà delle reti e della gestione delle stesse ⁽¹⁵⁾. Il risvolto principale dell'applicazione di tale principio è la regola in virtù della quale l'attività di erogazione dei servizi pubblici avrebbe dovuto essere tendenzialmente tenuta distinta dalla proprietà e dalla gestione degli impianti necessari. Il principio di separazione tra proprietà delle reti, gestione delle stesse e conduzione del servizio, introdotto solo per i servizi a rilevanza industriale ha avuto sicuramente lo scopo di conformare l'ordinamento alla logica europea di liberalizzazione del settore dei servizi pubblici ⁽¹⁶⁾. Con il principio di separazione, infatti, è stata introdotta la tecnica della segmentazione del processo di produzione del servizio pubblico nei suoi singoli frammenti, ciascuno corrispondente ad una precisa fase fornita di apposita disciplina al fine di rimediare ai fenomeni di monopolio caratteristici del mercato dei servizi pubblici ⁽¹⁷⁾. L'intento di superare gli assetti monopolistici attraverso la frammentazione sarebbe stato in parte disatteso in sede finale di approvazione della riforma, contravvenendo alle raccomandazioni fornite a più riprese da AGCM, ed

⁽¹²⁾ G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005, 299.

⁽¹³⁾ F. DELLO SBARBA, op. cit., *passim*.

⁽¹⁴⁾ M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004.

⁽¹⁵⁾ L'art. 35 della l. n. 448/2002, ha previsto un'apposita disciplina per la titolarità dei beni strumentali all'erogazione del servizio (c.d. regime dominicale), e una specifica regolamentazione dell'attività di gestione dei beni, ritenuta astrattamente autonoma rispetto al profilo proprietario

⁽¹⁶⁾ F. SPIEZIA, P. MONEA, E. IORIO, *I servizi pubblici locali*, Milano, 2004, 99.

⁽¹⁷⁾ G. PIPERATA, op. cit., 262.

il principio di separazione, da regola finalizzata a consentire la presenza di una pluralità di operatori sarebbe divenuto fattore preposto unicamente a legittimare l'affidamento diretto della gestione delle reti e degli impianti ad un numero circoscritto di *players*⁽¹⁸⁾. In ordine alla titolarità delle reti, impianti e altre dotazioni patrimoniali destinate all'esercizio dei servizi pubblici di rilevanza industriale è stata prevista l'impossibilità per gli enti locali di cederne la proprietà (cristallizzando il principio della pubblicità dei beni strumentali alla produzione ed erogazione dei servizi pubblici locali), salvo il caso del conferimento di tali beni a società a maggioranza di capitale degli enti locali non svolgenti attività di erogazione del servizio. In questo modo il legislatore ha palesato il proprio *favor* verso la gestione pubblica delle reti tanto che le disposizioni normative di cui ai commi 2 e 13 dell'art. 35 cit., non possono definirsi realmente pro-concorrenziali. Per le ex municipalizzate già quotate era stata eccezionalmente prevista una deroga e quindi la possibilità di conservare la proprietà delle reti anche se temperata dall'obbligatorietà della concessione di un diritto di uso perpetuo e inalienabile a favore degli enti locali⁽¹⁹⁾. In conseguenza della necessaria separazione tra proprietà delle reti e attività di erogazione del servizio, gli enti locali detentori della maggioranza del capitale sociale delle società per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza industriale, che fossero state anche proprietarie delle reti, impianti e altre dotazioni avrebbero dovuto effettuare entro il 2002 lo scorporo delle stesse con il conferimento della loro proprietà in una società distinta. Laddove la proprietà degli impianti fosse appartenuta all'ente locale, il soggetto gestore ne avrebbe acquistato attraverso il contratto di servizio non il possesso ma la semplice detenzione. Nel caso in cui le reti e gli impianti fossero stati di proprietà di soggetti diversi dagli enti locali questi avrebbero potuto ottenere l'autorizzazione a gestire gli stessi, alla condizione del rispetto degli *standards* qualitativi determinati e della pratica di tariffe non superiori alla media regionale (in tal caso il privato manteneva la proprietà degli impianti e la gestione del servizio in deroga al principio di separazione). Se la gestione delle reti fosse stata separata dall'attività di erogazione del servizio, essa avrebbe potuto essere svolta in regime di affidamento diretto da società di capitali appositamente costituite con la partecipazione maggioritaria

⁽¹⁸⁾ P. ROSSI, op. cit., 87 e V. DOMINICHELLI, *I servizi pubblici locali tra diritto amministrativo e diritto privato*, in *Dir amm.*, 2003, 311.

⁽¹⁹⁾ G. CAIA, *La quotazione in borsa delle società a prevalente capitale pubblico locale*, in *Serv. pubb. appal.*, 2003, 333. Secondo l'autorevole autore, la legge finanziaria per il 2002 autorizzava gli enti territoriali ad avviare un procedimento di dismissione delle partecipazioni di maggioranza detenute nelle società proprietarie dei beni strumentali a condizione che tali società risultassero già quotate in borsa o che gli enti locali soci avessero già deliberato, al 1 gennaio 2002, di avviare la procedura di quotazione in borsa da concludersi entro il 31 dicembre 2003. Conseguentemente la legge finanziaria per il 2002 prevedeva che sulle reti, impianti e altre dotazioni patrimoniali attuali e future dovesse essere costituito un diritto di uso perpetuo ed inalienabile a favore degli enti locali ex art. 1021 c.c.

degli enti locali oppure da imprese idonee, individuate con procedura ad evidenza pubblica. Mentre l'affidamento dell'attività di erogazione doveva sempre avvenire previo espletamento di gare, per l'individuazione del soggetto da investire del ruolo di gestore della rete la gara era posta in alternativa discrezionale con l'eventualità dell'affidamento diretto ad un soggetto di promanazione prevalentemente pubblica, in forte contrasto con il principio di liberalizzazione auspicato a livello europeo ⁽²⁰⁾ ⁽²¹⁾.

Il comma 5, dell'art. 113, come modificato dall'art. 35 cit., aveva introdotto la novità più significativa di tale riforma ossia che il gestore del servizio poteva assumere solo la veste di società di capitali ⁽²²⁾ e poteva essere individuato solo con gara con acquisizione anche della titolarità del servizio gestito, mentre nel pregresso sistema della l. n. 142/90, la titolarità del servizio competeva solo agli enti locali anche nel caso di concessione a terzi. Con la riforma del 2001, il gestore assumeva la titolarità del servizio e per partecipare alle gare doveva possedere la veste organizzativa di società di capitali ⁽²³⁾. La regola generale dell'erogazione dei servizi industriali diventa così quella della concorrenza "per il mercato" fondata sullo svolgimento di gare per la scelta dell'affidatario. In tale contesto assume particolare significato sia il modello di svolgimento delle gare (da bandirsi direttamente dall'ente locale affidante o dalle società pubbliche proprietarie delle reti e degli impianti) sia la predisposizione dei capitolati nei quali devono essere rispettati gli *standards* qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza. Il comma 8, dell'art. 113 del TUEL, prevedeva la possibilità, qualora se ne ravvisasse la convenienza economica, di svolgere procedure di affidamento con un'unica gara per più servizi (eccetto quelli di trasporto). Tra le nuove regole di svolgimento della gara, si prevedeva l'esclusione dalla partecipazione delle società che, in Italia o all'estero, avessero gestito a qualunque titolo s.p.l. in conseguenza di un affidamento diretto o di una procedura non ad evidenza pubblica, nonché dei soggetti affidatari delle reti, riprendendo e sviluppando il divieto per gli affidatari diretti di partecipare alle gare per l'individuazione dell'erogatore del servizio (divieto già previsto dall'art. 14, comma 5, del d.lgs. n. 164/2000).

⁽²⁰⁾ M. DUGATO, *Proprietà e gestione delle reti nei servizi pubblici locali*, in *Riv. Trim. appalti*, 2003, 525.

⁽²¹⁾ F. Dello Sbarba, op. cit., 73 e ss.

⁽²²⁾ C. VOLPE, *Le società miste nei servizi pubblici locali: evoluzione o involuzione di un modello?*, in *Urbanistica e appalti*, n. 6/2003, 722.

⁽²³⁾ C. VOLPE, op. cit., 721, secondo cui l'ente pubblico assolve il ruolo di autorità locale di regolamentazione, indirizzo e vigilanza nel rispetto delle prescrizioni stabilite dall'Autorità nazionale di settore. Nella gestione dei servizi competitivi cioè la funzione pubblica si ritrae e l'ente diventa autorità di regolamentazione. Le società miste se vogliono conseguire l'erogazione del servizio devono operare sul libero mercato.

Strumento ordinario per la regolazione dei rapporti tra l'ente locale e soggetto erogatore diviene il contratto di servizio, avente la funzione di prevedere sia i livelli dei servizi da garantire che gli strumenti di accertamento del rispetto dei livelli medesimi ⁽²⁴⁾. Prima delle novità introdotte dalla finanziaria per il 2002, il contratto di servizio, quale strumento di regolazione dell'attività di gestione dei s.p.l., era già stato previsto dalla legge generale ⁽²⁵⁾ per i soli rapporti tra l'ente locale e l'azienda speciale e, per quanto attiene al settore dei t.p.l., quale strumento di regolazione dei rapporti tra ente territoriale e impresa, dal d.lgs. 19 novembre 1997, n. 492, c.d. decreto Burlando ⁽²⁶⁾.

Il contratto di servizio è uno strumento di regolazione, in quanto si presta ad essere applicato in ogni circostanza ed indipendentemente dalla forma di gestione prescelta che dall'atto amministrativo con cui si realizza l'affidamento ⁽²⁷⁾.

Strutturalmente, il contratto di servizio è un atto negoziale di natura contrattuale ⁽²⁸⁾ accessorio all'atto amministrativo di affidamento fondato sul consenso delle parti con attitudine a conferire trasparenza

⁽²⁴⁾ B. SPADONI, *Il contratto di servizio nella regolazione e nella liberalizzazione dei servizi pubblici locali*, in *dirittodeiservizipubblici.it*, 23 novembre 2004.

⁽²⁵⁾ B. SPADONI, op. cit., secondo cui per quanto attiene alla legge generale, la norma di riferimento era l'art. 23, comma 6, della l. n. 142/1990: tra gli atti fondamentali dell'azienda speciale che dovevano essere sottoposti all'approvazione degli organi dell'ente locale, l'art. 4, comma 5, della l. n. 95/1995 includeva anche il piano programma dell'azienda, il quale comprendeva il contratto di servizio, che, a sua volta, disciplinava i rapporti con l'ente locale, i bilanci economici di previsione pluriennale ed annuale, nonché il bilancio di esercizio; e la l. n. 95/1995 segnava il passaggio dal vecchio al nuovo sistema dei rapporti tra enti locali e soggetti gestori, attraverso il recepimento della logica negoziale in luogo di quella tradizionale basata sulla collocazione della pubblica amministrazione su un piano di oggettiva e ineludibile sovraordinazione

⁽²⁶⁾ F. Dello Sbarba, op. cit., 85 e ss.

⁽²⁷⁾ A. PERICU, op. cit., 454, secondo cui tale contratto avrà contenuti diversi e dovrà essere diversamente redatto e interpretato, a seconda dei diversi risultati dell'applicazione del principio di proporzionalità, in senso forte e in senso debole: diversi saranno gli obblighi di servizio pubblico e l'ammontare degli extra costi, diverso il numero delle imprese selezionate per operare nel mercato rilevante e diverse le modalità delle compensazioni.

⁽²⁸⁾ Il contratto di servizio è un negozio complesso, la cui natura trilatera di strumento volto a definire al contempo diversi ambiti di interesse pubblico e privatistico (i profili organizzativi della gestione, gli interessi privatistici del gestore ed i rapporti con la parte non negoziale, gli utenti), rende comprensibili le incertezze ingeneratesi in dottrina e giurisprudenza circa la qualificazione dello stesso come negozio privatistico (in tal senso A. MOZZATI, *Il contratto di servizio nell'ordinamento comunitario*, in *Econ. Dir.*, 2003, 739) o accordo sostitutivo di provvedimento amministrativo (G. E. BERLINGERIO, *Studi sul pubblico servizio*, Milano, 2003). L'opzione per la soluzione privatistica si è consolidata poiché pur contenendo il contratto disposizioni volte al soddisfacimento dell'interesse pubblico, ciò non è stato ritenuto sufficiente a giustificare la qualificazione in termini pubblicistici dello stesso. La soluzione privatistica sembra più corretta perché se è vero che il contratto di servizio contiene regole del rapporto tra ente e gestore e perciò incide sull'organizzazione ed erogazione del servizio, tuttavia è altrettanto vero che tale negoziazione è esecutiva di provvedimenti adottati in ambito pubblicistico e ripropone alcuni contenuti già definiti unilateralmente dall'ente locale di riferimento (G. PIPERATA, op. cit., 249). Secondo la giurisprudenza amministrativa, il contratto di servizio rappresenta l'ultimo passaggio della fattispecie a formazione progressiva costituita dall'affidamento del s.p.l., fattispecie cui se il momento genetico vedeva prevalere il profilo pubblicistico quello conclusivo vede manifestarsi quale fattore accessorio il profilo privatistico-contrattuale della negoziazione tra soggetto affidante e soggetto affidatario volta a dare concreta

e certezza ai rapporti intercorrenti tra l'ente locale e l'operatore economico. Per quanto attiene ai possibili contenuti tipici del contratto lo stesso deve contenere disposizioni riferite alla definizione dei servizi e del mercato rilevante, alle modalità di gestione, alla qualità dei servizi, ai costi degli obblighi di servizio, agli investimenti, alla durata, ai beni infrastrutturali, alle tariffe, alle modalità di compensazione degli obblighi di servizio ed ai poteri di controllo e sanzione degli enti locali ⁽²⁹⁾. Con la finanziaria del 2002, l'ordinamento per la prima volta dedica una previsione al contratto di servizio tanto che tra gli strumenti di regolazione posti nella disponibilità dell'ente locale, lo stesso assume un ruolo di sicuro protagonista.

La disciplina dettata dall'art. 35, della l. n. 448/2001, aveva lasciato irrisolte molte questioni riguardanti sia le regole nuove che la fase transitoria. Il perfezionamento delle regole nuove era stato affidato ad un emanando regolamento che avrebbe dovuto indicare gli esatti confini tra servizi a rilevanza industriale e privi di rilevanza industriale ⁽³⁰⁾. Con riferimento alle regole del periodo transitorio, al termine dello stesso avrebbero dovuto essere espletate le gare per la riassegnazione dei servizi come previsto dall'art. 35 comma 2 della l. cit. ⁽³¹⁾. Tale assetto poi, era stato criticato aspramente perché si sosteneva non avesse apportato al processo di liberalizzazione del settore il

esecuzione alla scelta amministrativo-organizzativa posta a monte, regolando i rapporti in conformità a quanto stabilito nel provvedimento di assegnazione (Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2004, n. 1543).

⁽²⁹⁾ B. SPADONI, op. cit., secondo cui il contratto di servizio avrebbe dovuto contemplare anche durata dell'affidamento, tipologia del servizio affidato, disciplina degli obblighi reciproci dell'operatore e dell'ente affidante. In occasione della gara devono essere fissati degli obiettivi qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza in relazione ai quali la gara dovrà poi essere aggiudicata. Il contratto deve contenere i medesimi elementi fondamentali in base ai quali la gara viene indetta e poi aggiudicata. Il contratto specifica le concrete configurazioni gestionali compatibili con i termini di aggiudicazione della gara e analogamente nel corso del periodo di affidamento, il contratto aggiornerà a intervalli regolari tali specificazioni in modo da rendere possibile una certa flessibilità dei rapporti negoziali tra i soggetti a condizione che vengano rispettati i termini generali del rapporto riguardo alle compatibilità economiche-finanziarie.

⁽³⁰⁾ A. MANCAZZO, *Confronti tra la nuova e la vecchia disciplina sulle modalità di scelta del socio privato di minoranza nelle società miste*, in *Urbanistica e appalti*, n. 7/2002, 449 e ss.

⁽³¹⁾ Il comma 2 cit., afferma che «nei casi in cui le disposizioni previste per i singoli settori non stabiliscono un congruo periodo di transizione, ai fini dell'attuazione delle disposizioni previste dall'articolo 113 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, come sostituito dal comma 1 del presente articolo, il regolamento di cui al comma 16 del presente articolo indica i termini, comunque non inferiori a tre anni e non superiori a cinque anni, di scadenza o di anticipata cessazione della concessione rilasciata con procedure diverse dall'evidenza pubblica. A valere da tale data si applica il divieto di cui al comma 6 del medesimo articolo 113 del citato testo unico, salvo nei casi in cui si tratti dell'espletamento delle prime gare aventi per oggetto i servizi forniti dalle società partecipanti alla gara stessa. Il regolamento definisce altresì le condizioni per l'ammissione alle gare di imprese estere, o di imprese italiane che abbiano avuto all'estero la gestione del servizio senza ricorrere a procedure di evidenza pubblica, a condizione che, nel primo caso, sia fatto salvo il principio di reciprocità e siano garantiti tempi certi per l'effettiva apertura dei relativi mercati. A far data dal termine di cui al primo periodo, è comunque vietato alle società di capitali in cui la partecipazione pubblica è superiore al 50 per cento, se ancora affidatarie dirette, di partecipare ad attività imprenditoriali al di fuori del proprio territorio».

contributo che il progetto di riforma aveva lasciato intendere ⁽³²⁾. Anche con riferimento alla gestione delle reti e degli impianti la dottrina maggioritaria aveva ritenuto che la riforma fosse stata scarsa e lo stesso principio di *unbundling* tra gestione delle reti e del servizio, in principio pensato come strumento per consentire l'accesso all'attività di erogazione ad una pluralità di soggetti, fosse divenuto il presupposto legittimante l'affidamento diretto della gestione e degli impianti ad un numero limitato di operatori. Il legislatore, secondo una parte della dottrina aveva optato per una riforma che avrebbe determinato la transizione di settori strategici da una situazione di monopolio pubblico ad una di monopolio privato ⁽³³⁾.

Nel frattempo, altro elemento di complicazione era sopravvenuto per effetto della riforma del Titolo V della Costituzione con legge Cost. n. 3/2001, che provocava incertezze e rischi di frammentazione del quadro normativo per i soggetti operanti nel settore. Tali elementi si posero a base dell'esigenza di nuovo intervento nella materia, che fu effettuato con il d.l. n. 269/2003, conv. con la l. n. 326/2003, e con la legge finanziaria per il 2004, che hanno in parte riscritto e integrato gli artt. 113 e 113-bis del TUEL.

Il d.l. n. 269/2003, in primo luogo abolisce la distinzione tra servizi di rilevanza industriale e privi di rilevanza industriale sostituita da quella tra servizi di "*rilevanza economica*" e "*privi di rilevanza economica*".

Il comma 1, dell'art. 113, è stato riscritto ed il nuovo testo individua nella tutela della concorrenza il fulcro delle disposizioni riferite alle modalità di gestione e affidamento dei s.p.l. e sancisce l'inderogabilità delle disposizioni affermando la loro funzione integrativa rispetto alle discipline di settore. E' stata modificata poi la lett. a) del comma 4 della norma cit., laddove le parole «*con la partecipazione maggioritaria degli enti locali anche associati*» riferite ai soggetti appositamente costituiti nella forma di società di capitali cui l'ente locale poteva affidare direttamente la gestione delle reti nel caso in cui la stessa fosse separata dall'attività di erogazione del servizio, sono state sostituite dalle parole «*con la partecipazione totalitaria di capitale pubblico*» ed in calce al comma cit., è stata inserita la previsione del controllo analogo e della preponderanza di attività prestata per l'ente o gli enti controllanti. Il comma 5, completamente rivisto, prevede che l'erogazione del servizio

⁽³²⁾ A. VIGNERI, *La liberalizzazione dei servizi pubblici locali*, in *Le Regioni*, n. 5/2002, 1101, secondo cui vi era una macroscopica differenza tra il testo del progetto di riforma presentato dal Governo e quello approvato, laddove il primo aveva ad obiettivo la privatizzazione ed affidava all'autonomia locale ogni iniziativa di liberalizzazione, mentre il secondo incentivava in termini contraddittori la privatizzazione ed introduceva la concorrenza nella sola forma per il mercato.

⁽³³⁾ M. CAMMELLI, *Enti pubblici, società e istituzioni: modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, in V. CERULLI IRELLI, G. MORBIDELLI (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, Torino, 1994, 321 e ss.

da svolgersi «*nel rispetto della normativa dell'Unione europea*» possa avvenire con il conferimento della titolarità del servizio non più solo a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedura ad evidenza pubblica ma anche attraverso due nuovi tipi societari e cioè alle società a capitale misto in cui il *partner* privato sia scelto con gara rispettosa delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza, ed alle società a capitale totalmente pubblico a condizione che l'ente o gli enti esercitino il controllo analogo e vi sia preponderanza di attività verso gli stessi (amplius ultra par. 4 e 5). Il comma 13, è stato modificato nel senso che gli enti locali possono conferire la proprietà delle reti a società a capitale interamente pubblico e incredibile, salvo ciò non sia vietato dalle normative di settore. Il comma 15-bis, prevede che nelle ipotesi in cui le discipline di settore non prevedono un congruo periodo transizionale le concessioni rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica avrebbero dovuto cessare entro dicembre 2006, salvo le concessioni affidate a società a capitale misto nelle quali il *partner* privato fosse stato selezionato con gara e per le concessioni affidate a società a capitale interamente pubblico a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale esercitassero il controllo analogo assieme alla preponderanza di attività.

La finanziaria del 2004, con la l. n. 350/2003, art. 4 comma 234, sono intervenute ulteriori modifiche e integrazioni; è stato inserito il comma 5-bis, all'art. 113 cit., in virtù del quale le norme di settore per superare assetti monopolistici possono introdurre regole di garanzia della concorrenzialità nella gestione dei servizi disciplinati nel rispetto anche dei criteri di gradualità nella scelta delle modalità di conferimento del servizio, e il comma 5-ter, che regola l'esecuzione dei lavori connessi alla gestione della rete.

Secondo la prevalente dottrina, la riforma del 2003 ha finito in realtà per costituire un mero adattamento della disciplina previgente come se il legislatore dopo oltre dieci anni dalla prima organica revisione della materia avesse deciso di tornare in prossimità del punto di partenza ⁽³⁴⁾.

Le uniche novità sono state individuate nella forma giuridica conferita alle società suscettibili di esercitare l'attività di erogazione del servizio e nelle regole della loro selezione. Il nuovo assetto delle forme organizzative delineato dalla riforma affida alla discrezionalità dell'ente locale la scelta, nell'ambito degli schemi prefissati, del modulo gestionale da adottare in concreto e circoscrive l'obbligo della gara alle sole ipotesi delle società di capitali e della scelta del *partner* privato nelle società miste, senza, peraltro, fissare i principi da osservarsi nel bando di gara, ma nelle residue e

⁽³⁴⁾ E. DI FILIPPO, *Servizi pubblici locali: un percorso con tante nostalgie del passato*, in cisl.it/finanziaria2004.htm.

consistenti ipotesi di assegnazione senza gara non possono dirsi assicurate né la qualità dei contratti di servizio né dei servizi erogati. La riforma, in sostanza si limita a prendere atto della situazione esistente e a conservare i limiti e difetti tendendo a creare situazioni di difformità tra Comuni grandi e piccoli. Esce come centrale l'ipotesi del conferimento della titolarità del servizio a società a capitale interamente pubblico o miste nell'ambito di una possibilità di scelta ormai ridotta alla sola opzione tra modelli societari. Per quanto riguarda la mista, la mancata indicazione della misura necessaria del capitale pubblico accentua la problematicità delle questioni relative alla previsione dell'affidamento senza gara e alla sostituibilità della stessa con quella per la scelta del socio privato.

Per le società miste, anche alla luce degli importanti approdi del diritto europeo ⁽³⁵⁾, la giurisprudenza nazionale è intervenuta sulla questione degli affidamenti diretti con il parere n. 456, del 18 aprile 2007, del Consiglio di Stato, Sez II, il quale ha affermato che non è possibile ricondurre l'affidamento diretto alla mista all'istituto dell'*in house providing* e che la gara per la scelta del socio privato deve definire anche la natura del servizio affidato e il partenariato deve essere limitato nel tempo, con la previsione, alla scadenza, di una nuova gara affinché il socio privato non divenga parte integrante in maniera definitiva del soggetto pubblico. E' legittimo l'affidamento diretto alla mista costituita *ad hoc* nell'ipotesi in cui la gara per la scelta del *partner* privato, che deve essere socio operativo del settore imprenditoriale di riferimento (ossia si deve trattare di imprenditori del settore e non soci finanziari od operativi di altri settori), abbia avuto ad oggetto anche il conferimento del servizio, cd. gara "*a doppio oggetto*". Il modello, dunque, non è applicabile alle società c.d. aperte, aventi cioè vocazione funzionale ampia e variegata tanto che nell'oggetto sociale deve essere contemplato solo il servizio che viene affidato. Il Consiglio di Stato poi, con Sentenza 23 gennaio 2008, n. 156, ha chiarito che per quanto attiene agli affidamenti diretti di s.p.l. in favore dei soggetti proprietari delle reti, ha affermato che ai sensi dell'art. 113, comma 14, del TUEL, gli enti locali possono affidare senza gara la gestione dei s.p.l. ai soggetti proprietari delle reti, impianti e dotazioni patrimoniali necessarie ai fini della gestione, ma trattandosi di deroga al principio della libera concorrenza tale regola è applicabile solo in presenza di fattispecie eccezionalmente caratterizzate dalla necessaria presenza di un complesso stabile di impianti tecnologici di difficoltosa e onerosa realizzazione ⁽³⁶⁾.

⁽³⁵⁾ Cfr. il Libro Verde presentato dalla Commissione il 30 aprile 2004, COM(2004)327, relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni.

⁽³⁶⁾ F. DELLO SBARBA, op. cit., *passim*.

Con la Sentenza 3 marzo 2008, n. 1 l'Ad. Plen. del Consiglio di Stato è tornato sulla questione della non riconducibilità del modello mista alla fattispecie *in house* confermando le argomentazioni del parere sopra cit. (per ogni ulteriore dettaglio sulle società miste si rimanda al par. 4 sotto).

1.5. Le riforme della seconda metà degli anni duemila.

La disamina in senso diacronico e con particolare enfasi sugli aspetti pro-concorrenziali delle riforme (e dei tentativi di riforma poi falliti) susseguitesì nel corso degli ultimi venti anni in materia, e dei loro effetti positivi (o meno) sul sistema della disciplina giuridica dei servizi pubblici locali, a questo punto, non può prescindere dall'esame "*dell'ultima grande riforma dei modelli di gestione dei servizi pubblici locali*" di cui all'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008, conv. in l. n. 133/2008, ancorché poi naufragata per effetto del referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011, non senza prima aver posto lo sguardo sulle norme introdotte in argomento dall'art. 13 del d.l. n. 223/2006, conv. con modif. nella l. n. 248/2006 (c.d. decreto Bersani).

L'art. 13, del d.l. n. 223/2006, afferma che *«allo scopo di evitare alterazioni della concorrenza e del mercato, assicurare la parità degli operatori, le società a capitale interamente pubblico e quelle miste, costituite o partecipate dagli enti pubblici regionali e locali al fine della produzione di beni e servizi strumentali all'attività degli enti medesimi, con l'esclusione dei servizi pubblici locali, nonché, nei casi legislativamente ammessi, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, debbono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non potendo svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in regime di affidamento diretto, né con gara, e non potendo partecipare ad altre società o enti»*. Il decreto Bersani ha inteso porre un freno alla proliferazione delle società regionali o locali, le quali, nell'ultimo periodo antecedente la riforma, si sono ingerite in aree di mercato afferenti a settori diversi da quelli istituzionalmente propri dei servizi pubblici locali ⁽³⁷⁾ (cfr. anche par. 7 sotto).

⁽³⁷⁾ M. CLARICH, *Riparte la riforma dei servizi pubblici locali*, in *Diritto e pratica amministrativa*, n. 1/2006, 5. Il fenomeno preso di mira sono le mini IRI locali, che operano in concorrenza coi privati puri anche in settori deregolamentati. Il decreto Bersani riconduce gli enti territoriali al core business, cioè alla mission di cura degli interessi della collettività locale di riferimento, senza sconfinare in campi impropri. In buona sostanza, la scelta tra acquistare un bene o un servizio strumentale sul mercato (buy) o organizzarselo in proprio (make) resta libera. Ma lo strumento societario è visto solo come alternativo e fungibile a una internalizzazione in senso proprio. Non è invece un mezzo per agire nel mercato libero secondo la logica della ricerca del profitto a tutto campo e senza limiti territoriali e di committenza.

Il legislatore non ha messo in discussione la possibilità per gli enti locali di costituire o partecipare a società totalmente pubbliche o alle miste per gestire s.p.l. ma ha imposto consistenti limitazioni sia sotto il profilo dell'estensione che sotto quello della operatività delle medesime. Tale norma è apparsa però frutto di una tecnica normativa imperfetta che ha posto vari problemi interpretativi, il più consistente dei quali è quello relativo all'inclusione o meno dall'ambito di operatività del divieto posto dalla norma, dei servizi pubblici locali, poi fugato dalla l. di conv. n. 248/2006, che ha escluso le società che hanno ad oggetto s.p.l.

Circa il paventato contrasto tra la norma cit. e l'art. 41 Cost. nella parte in cui dispone che le strumentali possano operare solo con gli enti affidanti, il Consiglio di Stato, Sez. IV, 5 marzo 2008, n. 946, ne ha escluso l'ipotesi atteso che la norma ha il chiaro scopo di preservare il mercato da possibili alterazioni e distorsioni delle regole della concorrenza e ciò, nonostante la Corte di Giustizia abbia escluso che l'attività esterna di un modulo societario misto o interamente pubblico sia elemento autonomamente capace di introdurre fattori destabilizzanti nel libero mercato ⁽³⁸⁾. Le società oggetto del divieto devono procedere alla separazione societaria e alla modifica degli statuti con previsione di oggetti esclusivi.

La Corte costituzionale, infine, con sentenza 1 agosto 2008, n. 326, ha dichiarato l'infondatezza della q.l.c. della norma in esame, nella parte in cui impone limitazioni alle partecipate regionali e locali per lo svolgimento di funzioni amministrative o attività strumentali alle stesse con riferimento all'art. 117 Cost. ⁽³⁹⁾. La coerenza del divieto disposto dall'art. 13 cit., con la normativa comunitaria vigente all'epoca è individuabile dalla lettura del quarto considerando della Direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004, nella parte in cui è affermato che l'Unione europea ha reiteratamente previsto la necessità che gli Stati membri provvedano alla regolamentazione dell'accesso al mercato degli appalti pubblici da parte di organismi di proprietà o partecipati da enti pubblici, evitando distorsioni della concorrenza nei confronti dei soggetti privati. Tali principi saranno poi rinvenibili anche nella legge finanziaria 2008 (l. n. 244/2007), all'art. 3 commi 27 – 29, recanti norme per la dismissione delle partecipate locali che svolgono attività non consentite e non strettamente necessarie al perseguimento delle proprie finalità istituzionali (*amplius ultra par. 7*).

⁽³⁸⁾ CGCE sentenza 11 maggio 2006 (C-340/04).

⁽³⁹⁾ Le disposizioni dell'art. 13 cit., sono state ritenute riconducibili alla competenza esclusiva in materia di ordinamento civile che in materia di concorrenza essendo tese a eliminare le distorsioni della concorrenza.

Nell'analisi della normativa pro-concorrenziale in tema di s.p.l. non può non menzionarsi poi il disegno di legge AS 772/2006 (c.d. disegno Lanzillotta), il quale perseguiva un condivisibile disegno di uniformazione della disciplina all'interno di un più ampio promovimento della concorrenza e dell'efficienza con importanti prese di posizione sulla liberalizzazione dei servizi.

L'obiettivo del progetto di riforma era quello di dotare il settore dei servizi aventi rilevanza economica di un quadro stabile e chiaro di regole. L'art. 1, comma 2, del progetto assegnava un ruolo fondamentale all'ente locale per l'individuazione delle attività di interesse generale, il cui svolgimento fosse stato ritenuto necessario per garantire il soddisfacimento dei bisogni della collettività locale. L'ottica della liberalizzazione era perseguita dalla preferenza per la concorrenza "nel mercato" ed al richiamo alle condizioni di necessità e proporzionalità che dovevano presiedere all'impostazione dei limiti all'autonomia imprenditoriale e della libertà di concorrenza. Il comma 3, dell'art.1 cit., proseguiva affermando che le finalità (dei commi precedenti) avrebbero dovuto essere perseguite prioritariamente con misure di regolazione, nel rispetto dei principi di concorrenza e sussidiarietà orizzontale tanto che gli interventi del regolatore avrebbero potuto imporre all'autonomia delle imprese e alla libertà di concorrenza solo limiti funzionali al perseguimento degli interessi generali. Rispetto al Decreto Bersani, che promuove la concorrenza "nel mercato" escludendo le società promosse dagli enti territoriali, il disegno Lanzillotta "spinge fino in fondo il pedale della concorrenza per il mercato" poiché anche nel settore dei s.p.l. caratterizzato da monopoli naturali, nella scelta tra l'*in house* e la gara "*per il mercato*", il disegno di legge sostiene che la gara deve essere la regola mentre l'affidamento diretto l'eccezione da motivare adeguatamente anche mediante l'ausilio di analisi di mercato, volte a dimostrare l'inadeguatezza dell'offerta privata, da sottoporre alle verifiche delle competenti autorità (AGCM) ⁽⁴⁰⁾, ma anche la temporaneità dell'affidamento atteso che dopo l'opzione per l'attribuzione diretta l'amministrazione è onerata di promuovere, entro un termine congruo, le condizioni per poter bandire una gara ⁽⁴¹⁾. Oltre a ciò, l'art. 2 del progetto disponeva che la regola per i nuovi affidamenti e per il rinnovo di quelli già esistenti dovesse essere individuata nella gara, laddove le altre due forme di affidamento -*in house* e mista- venivano considerate eccezionali e ammissibili solo temporaneamente o solo per alcune fattispecie

⁽⁴⁰⁾ La questione degli oneri motivazionali aggravati per la scelta dell'affidamento diretto ricorre e si ritrova in varie disposizioni normative nazionali succedutesi nel tempo (a fasi alterne scompare e riappare), anche recenti che saranno oggetto di compiuta disamina nel par. 6 di questo capitolo dedicato specificamente all'*in house providing* e nel capitolo III, par. 2 dedicato al nuovo art. 192 del d.lgs. n. 50/2016.

⁽⁴¹⁾ M. CLARICH, *Riparte la riforma dei servizi pubblici locali*, in *Diritto e pratica amministrativa*, n. 1/2006, 5.

di servizio pubblico locale ⁽⁴²⁾. Il progetto insisteva molto anche sulla carta dei servizi resi all'utenza ⁽⁴³⁾ che avrebbe dovuto indicare i livelli minimi garantiti e le modalità di ristoro dell'utenza in caso di inottemperanza ed essere coerente con le intese adottate con le associazioni a tutela del consumatore e con le associazioni imprenditoriali interessate ed onerava il gestore della sua pubblicazione. La permanenza dell'affidamento, inoltre, era subordinata al positivo riscontro periodico dei cittadini consumatori. Il d.d.l. Lanzillotta fu oggetto di commenti critici proprio con riferimento al profilo della tutela della concorrenza. Si eccepiva che la concorrenza non è un principio bensì una regola che deve cedere di fronte alla tutela effettiva dei beni sociali, espressione di valori comuni dell'Unione e strumenti decisivi per la promozione della coesione economico-sociale del territorio e quindi l'ente locale dovrebbe poter tenere per sé la gestione o affidarla ad un soggetto interamente pubblico ogni qual volta lo ritenga necessario ⁽⁴⁴⁾. Il testo presentato dal Governo in data 7 luglio 2006, anche alla luce delle aspre critiche, fu poi oggetto di rilevanti modifiche con l'inserimento addirittura della previsione di possibile ricorso alla gestione in economia anche a mezzo di aziende speciali, comprese quelle costituite in forma consortile. Il testo, dopo l'ipotesi di un suo inserimento nella finanziaria 2008 non vide mai la luce. Il 18 giugno 2008, il Consiglio dei Ministri licenzia il d.l. n. 112. Ai sensi dell'art. 18 del d.l. cit., a partire dal sessantesimo giorno successivo all'entrata in vigore della l. di conv., le società a partecipazione pubblica totale che gestiscono s.p.l. dovranno adottare con propri provvedimenti i criteri e le modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi con riferimento ai principi di cui all'art. 35, comma 3, del d.lgs. n. 165/2001 (meccanismi di selezione concorsuali utilizzati dagli enti pubblici locali). Al d.d.l. di conversione del cit. d.l. viene apportato un emendamento che prevede l'inserimento nel testo finale dell'art. 23-bis, dedicato alla disciplina dei s.p.l. di rilevanza economica. Si tratta di una norma a contenuto ampiamente pro-concorrenziale che ha l'espressa finalità di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, libertà di stabilimento, libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori interessati alla gestione dei SIEG in ambito locale. Il testo pone il principio generale del conferimento della gestione dei servizi a mezzo di procedura ad evidenza pubblica a favore di

⁽⁴²⁾ F. DELLO SBARBA, op. cit., *passim*.

⁽⁴³⁾ La carta dei servizi sarà poi oggetto di un rilevante intervento con l'art. 2, comma 461, della l. n. 244/2007.

⁽⁴⁴⁾ A. LUCARELLI, *Considerazioni (critiche) sul ddl Lanzillotta e il processo di privatizzazione dei servizi pubblici locali in Italia*, in *La Gazzetta degli Enti Locali*, 19 marzo 2007. In tal senso anche R. GIOVAGNOLI, *Gli affidamenti in house tra lacune del codice e recenti interventi legislativi*, in *Giustizia amministrativa online*, n. 11/2007.

imprenditori o società in qualunque forma costituite ⁽⁴⁵⁾, in armonia con i principi generali del Trattato nonché dei contratti pubblici (economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità). Tali disposizioni sono applicabili a tutte le tipologie di s.p.l. ed hanno prevalenza sulle discipline settoriali incompatibili ⁽⁴⁶⁾.

In deroga alle ordinarie modalità di affidamento, per le situazioni caratterizzate da particolari condizioni economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche, che non consentono un efficace ricorso al mercato, l'affidamento può avvenire nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria e l'ente dovrà dare adeguata pubblicità alla scelta e alle relative motivazioni ⁽⁴⁷⁾. La gestione delle reti, ferma restando la titolarità pubblica, può essere affidata a soggetti privati ed è consentito l'affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi quando può esserne dimostrata la vantaggiosità economica.

Le Regioni e gli enti locali, d'intesa con la Conferenza unificata di cui all'art. 8, del d.lgs. n. 281/97, possono definire, nel rispetto delle normative di settore, i bacini di gara per i diversi servizi, al fine di consentire lo sfruttamento delle economie di scala e di scopo e per favorire una maggiore efficienza nell'espletamento dei servizi, oltreché l'integrazione dei servizi a domanda debole nel quadro di quelli più redditizi, garantendo il raggiungimento della dimensione minima efficiente a livello di impianto per più soggetti gestori e la copertura degli obblighi di servizio universale.

I soggetti titolari della gestione dei servizi non affidati con gara e gli affidatari della gestione delle reti, se separata dall'attività di erogazione, non potranno acquisire la gestione di ulteriori servizi in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare. L'art. 23-bis ha abrogato l'art. 113 TUEL relativamente (comma 11) alla parte incompatibile con la nuova disciplina. Il testo si applicava solo ai servizi di rilevanza economica ed affermava il

⁽⁴⁵⁾ Tale scelta appariva necessaria alla luce della giurisprudenza europea (CGUE, sentenza 18 dicembre 2007 (causa C-357/06), che censura il richiamo alle sole società di capitali poiché non conforme con l'art. 26, commi 1 e 2, della Direttiva CE n. 92/50

⁽⁴⁶⁾ F. DELLO SBARBA, op. cit., *passim*.

⁽⁴⁷⁾ L'ente locale deve fornire ad AGCM almeno una relazione sugli esiti dell'indagine di mercato da cui risulti la convenienza dell'affidamento diretto rispetto all'esperimento di una gara e informazioni sulle modalità di pubblicità di tali elementi: le indicazioni soggettive delle imprese interessate, i dati relativi a valore e tipo di servizi, l'atto costitutivo, lo statuto e le informazioni sulle caratteristiche economiche del mercato di riferimento che giustificano l'affidamento *in house*, le principali indicazioni sui concorrenti, sulle forme del finanziamento dell'attività oggetto di affidamento e di quelle connesse (cfr in tal senso AGCM, Deliberazione del 16 ottobre 2008, in agcm.it).

principio generale della gara senza tipizzare i modelli afferenti alle procedure di gara medesime ⁽⁴⁸⁾, la cui scelta era demandata all'ente locale, con il limite dell'osservanza dei principi comunitari (in quel dato periodo temporale le concessioni di servizi non erano ancora sottoposte a procedimentalizzazione delle procedure).

In sostanza, l'art. 23-bis cit., poi modificato dal d.l. n. 135/2009, conv. in l. n. 166/2009, richiama i principi del diritto UE e i requisiti del controllo analogo, ponendo l'affidamento diretto a favore di società di capitale interamente pubblico quale deroga alla regola dell'affidamento ordinario. Debbono sussistere i requisiti comunitari per la gestione *in house* ma vi deve essere anche la prova di situazioni eccezionali (*amplius ultra par. 5 sotto*).

1.6. Il referendum abrogativo del giugno 2011 e la disciplina europea *de minimis*.

Secondo autorevole dottrina, per limitare la gestione domestica attraverso società in mano pubblica si susseguono, tra il 2008 e il 2012, disposizioni introdotte in via d'urgenza che riprendono la giurisprudenza europea e introducono misure anti elusive, tanto che l'ente locale che intende gestire il servizio *in house* ha oneri motivazionali aggravati poiché la regola è la gestione del servizio ad opera di un privato imparzialmente selezionato ⁽⁴⁹⁾. La riforma supera il vaglio di legittimità costituzionale atteso che la sentenza della Corte costituzionale n. 325/2010, dichiara illegittimo l'art. 23-bis, nella sola parte in cui rimette alla potestà regolamentare dello Stato l'assoggettamento dei soggetti affidatari dei s.p.l. al patto di stabilità interno, poiché attinente alla materia di competenza legislativa concorrente ⁽⁵⁰⁾. Il regolamento attuativo del d.l. cit., adottato con d.P.R. n. 168/2010,

⁽⁴⁸⁾ Si pensi che Corte cost. n. 401/2007 aveva da poco ribadito che è precluso alle Regioni disciplinare con proprie leggi le procedure di gara poiché la materia della concorrenza resta riservata al legislatore statale. Con l'art. 23-bis gli enti locali avrebbero, invece, potuto disegnare le procedure di scelta di volta in volta.

⁽⁴⁹⁾ M. MIDIRI, *La promozione della concorrenza nei servizi pubblici locali*, in *Tutela della concorrenza e giurisdizione*, Napoli, 2013, 116 e ss. Secondo l'autorevole autore, attraverso la promozione della concorrenza si mira a valorizzare la capacità dei soggetti economici, rimediare ai casi di *mala gestio* e contrastare la spinta alla *rent extraction* dall'attività delle imprese pubbliche. Tuttavia, considerato l'assetto delle attribuzioni delineato dal Titolo V Cost., il successo di questo disegno richiede però una conforme azione amministrativa degli enti locali e soprattutto dei Comuni, cui spetta di espletare le gare: l'organizzazione dei servizi di ambito comunale - ferme le funzioni di programmazione e coordinamento delle Regioni - è una loro funzione fondamentale. Per assicurare effettività alle norme del 2008-2009 che pongono la gara per il mercato come regola, la riforma affida all'AGCM una funzione consultiva obbligatoria. Non a torto si intravede una valenza regolatoria in questa funzione demandata all'Autorità. Soffrono di questa stretta amministrativa i Comuni che rivendicano la mission dei servizi pubblici locali riconosciuta dall'Unione europea come strumento di coesione sociale e territoriale. Avvertono come una morsa il vaglio di AGCM poiché la stessa non si accontenta di meri preventivi e richiede un vero e proprio invito al mercato.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. Corte cost. sentenze nn. 284 e 237/2009 e n. 267/2006.

all'art. 2, indicava la via della liberalizzazione, fatte salve le attività di spettanza necessaria, come suggerito dal Consiglio di Stato, Sez. atti normativi 24 maggio 2010, n. 2692, nel parere su “*affare 02415/2010*” ove si ribadisce che l'impulso proveniente dall'Unione europea è quello di favorire in prima istanza l'iniziativa privata nell'erogazione dei s.p.l. valorizzando, in caso di inefficacia, gli enti locali, che peraltro procedono ordinariamente allo svolgimento dei servizi loro spettanti tramite affidamento a terzi.

La riforma dell'art. 23-bis, come noto, è stata però successivamente travolta dal referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011. La campagna referendaria riesce a veicolare nel dissenso a tutto l'impianto della riforma le preoccupazioni dei cittadini sull'acqua “*bene comune*”, riesce a raggiungendo il quorum e determinando così l'abrogazione dell'intero impianto della riforma del 2008-2009⁽⁵¹⁾. Pochi mesi dopo il referendum, il nostro Paese riceve una lettera dalla Banca centrale europea⁽⁵²⁾ con la quale la BCE esprime il proprio sostegno al Governo italiano con riserva⁽⁵³⁾.

Il nuovo Governo tecnico guidato da Mario Monti ottempera a quanto richiesto dalle autorità europee con un decreto legge “*di salvezza finanziaria*”, il d.l. n. 138 dell'agosto 2011, conv. in l. n. 148/2011. Tale decreto cerca di bilanciare i vincoli europei con l'esito referendario e l'art. 4 del d.l. cit., pone due norme essenziali: ripropone la normativa pro-concorrenziale dell'art. 23-bis con l'importante eccezione del servizio idrico, assieme alla distribuzione del gas, energia elettrica, trasporto ferroviario regionale e gestione delle farmacie comunali; limita i diritti di esclusiva e domanda agli enti locali di verificare, con il parere dell'AGCM, se sia realizzabile la concorrenza nel mercato⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵¹⁾ M. MIDIRI, op. cit., 120, secondo cui la Corte cost., sentenza n. 24/2011, aveva ben chiarito che essendo la richiesta referendaria atto privo di motivazione, l'intento referendario si desume dalla finalità incorporata nel quesito, ricavabile in base alla sua formulazione e all'incidenza del quadro normativo di riferimento. Pertanto, l'accoglimento del quesito referendario determina l'abrogazione dell'intero art. 23-bis, d.l. n. 112/08, non rilevando l'intento soggettivo del comitato referendario.

⁽⁵²⁾ La lettera della BCE, pubblicata dal Corriere della Sera del 29 settembre 2011, è datata 5 agosto 2011; è indirizzata al Governo italiano e reca la sottoscrizione del Presidente uscente Trichet e dell'attuale Presidente Draghi. Le misure richieste attengono anche alla liberalizzazione dei servizi pubblici locali come misura per accrescere la concorrenza e condizionavano il rinnovo degli interventi di sostegno al mercato dei bond: si legge, infatti, che l'Italia deve perseguire la piena liberalizzazione dei servizi pubblici locali attraverso privatizzazioni su larga scala.

⁽⁵³⁾ Cfr. BCE, comunicato 6 settembre 2012: *conditionality of outright monetary transactions*, in ecb.int.

⁽⁵⁴⁾ M. MIDIRI, op. cit., 123, ripercorre i contenuti dell'art. 4 cit., il quale a detta dell'autore limita i diritti di esclusiva all'ipotesi in cui l'iniziativa economica privata non garantisca un servizio rispondente ai bisogni della comunità locale; l'ente locale individua, previa analisi di mercato, i settori sottratti alla liberalizzazione; evidenzia in una delibera quadro – sottoposta al parere dell'AGCM – i benefici che la comunità locale trarrà mantenendo il regime di esclusiva del servizio; il valore economico del servizio in house non può comunque superare una rigida soglia di valore, non derogabile (900.000 euro annui, poi abbassati a 200.000). Vengono così aggravati i c.d. requisiti *Teckal*.

La Corte costituzionale, tuttavia, seppure la norma escluda il servizio idrico, ritiene la riforma immediatamente ripropositiva della normativa appena abrogata e con sentenza n. 199/2012, dichiara illegittimo, per violazione dell'art. 75 Cost., l'art. 4 del d.l. cit., comprese le modifiche successive adottate con legge di stabilità n. 183/2011, con il d.l. “*salva Italia*” n. 201/2011 e con il d.l. “*per la concorrenza*” n. 1/2012.

La declaratoria di incostituzionalità colpisce anche quella parte dell'art. 4 che promuove la concorrenza nel mercato (comma 1), norma che riprendeva il testo suggerito dal Consiglio di Stato nel parere reso sullo schema di regolamento attuativo dell'art. 23-bis, ossia l'obbligo per l'ente locale di fondare il diritto di esclusiva con la motivata sussistenza di fattori ostativi alla liberalizzazione, da esplicitare nella delibera quadro che illustra l'istruttoria compiuta ed evidenzia, per i settori sottratti alla liberalizzazione, i fallimenti del sistema concorrenziale, suffragato dal principio di sussidiarietà orizzontale ⁽⁵⁵⁾. Nel giudizio della Consulta ha inciso la complessiva valutazione di elusione del vincolo referendario, non solo per la riproposizione di buona parte delle norme del 23-bis, quanto per il sostanziale aggravamento dei vincoli posti agli enti locali per i quali diveniva ancor più remota l'ipotesi di affidamento diretto dei servizi ⁽⁵⁶⁾. La Corte ha trascurato che in sede di preliminare analisi di mercato l'ente locale avrebbe potuto concludere la verifica nel senso di mantenere il regime di esclusiva del servizio senza escludere necessariamente l'*in house*, sussistendone le condizioni. In tal senso, nell'impianto della riforma, il processo di liberalizzazione è comunque subordinato alla

⁽⁵⁵⁾ M. MIDIRI, op. cit., 125, secondo cui l'idea sottostante alla riforma è la ridefinizione dei confini della presenza pubblica secondo il nesso di rigorosa strumentalità al fine pubblico perseguito secondo il tracciato segnato da Cons. Stato, Ad. Plen. n. 17/2011, nella parte in cui afferma che è espressione di principio generale, avente fondamento nell'ordinamento UE, la norma di legge che impone specifico divieto alle amministrazioni pubbliche di costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, o di assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società (art. 3, comma 27 l. n. 244/2007), e ciò, al fine di tutelare la concorrenza e il mercato. L'importanza di sistema di questa conclusione è sottolineata da M. Libertini, liberacontrada.it. Si obietta che il diritto UE serba un atteggiamento di neutralità tra proprietà pubblica o privata delle imprese e impone soltanto che l'impresa pubblica non goda di ingiustificati privilegi; ma è pure vero che la missione d'interesse generale non può diventare strumento per eludere i principi generali

⁽⁵⁶⁾ Secondo la Sentenza n. 199/12 cit., l'art. 4 del d.l. n. 138/2011 non solo limita in via generale l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità, ma la àncora anche al rispetto di una soglia commisurata al valore degli stessi, il superamento della quale determina automaticamente l'esclusione della possibilità di affidamenti diretti. Tale effetto si verifica a prescindere da qualsiasi valutazione dell'ente locale, oltre che della Regione, ed anche in difformità rispetto a quanto previsto dalla normativa comunitaria, che consente, anche se non impone, la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale, allorché l'applicazione delle regole di concorrenza ostacoli, in diritto o in fatto, la speciale missione dell'ente pubblico (art. 106 TFUE), alle sole condizioni del capitale totalmente pubblico della società affidataria, del c.d. controllo analogo.

garanzia dell'universalità ed accessibilità del servizio; nella delibera quadro, l'ente locale avrebbe potuto evidenziare per i settori sottratti alla liberalizzazione i benefici per la comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio ed il parere dell'AGCM, in parte qua, era sì obbligatorio, ma non vincolante. Subito dopo l'intervento di censura da parte della Consulta sull'impianto delineato dall'art. 4 cit., la dottrina si era interrogata su quale fosse il sistema redivivo della disciplina dei servizi pubblici. Si era parlato di sopravvivenza della disciplina *de minimis* posta dai principi e dalle norme UE, meno restrittive rispetto a quelle nazionali che pongono le regole concorrenziali minime per l'affidamento della gestione del servizio ⁽⁵⁷⁾. Autorevole dottrina ⁽⁵⁸⁾ afferma che subito dopo l'esito referendario e l'intervento della Consulta persiste un quadro estremamente frammentato che si identifica con i principi comunitari ed alcune norme rimaste in vigore nell'art. 113 del TUEL, oltre all'art. 3-bis del d.l. n. 138/2011 sulla riorganizzazione dei s.p.l. a rete in ambiti o bacini territoriali ottimali volta a conseguire economie di scala e di differenziazione, non colpito dalla sentenza della Consulta ⁽⁵⁹⁾, oltre all'art. 25, commi 5 e 6 del d.l. n. 1/2012, conv. in l. n. 27/2012, il comma 5-bis dell'art. 114 del TUEL ⁶⁰, nonché le normative di settore concernenti il servizio idrico integrato, il servizio di gestione dei rifiuti urbani e assimilati ed il trasporto pubblico locale. Era poi caduta la norma collegata alla ridefinizione dei bacini territoriali, che ammetteva in via transitoria l'affidamento in house a società sorta dall'integrazione di precedenti gestioni ⁽⁶¹⁾. L'art 3-bis del d.l. n. 138/2011 stabilisce che i s.p.l. a rete di rilevanza economica devono essere organizzati e assegnati per ambiti territoriali ottimali che comprendono una pluralità di comuni. Il legislatore attribuisce alla Regione un ruolo rilevante nella identificazione di tali ambiti territoriali ottimali e nella disciplina dei relativi enti di governo che devono avere il carattere di reali forme

⁽⁵⁷⁾ M. MIDIRI, op. cit., 129, ove si richiamano le due sentenze della Consulta nn. 24/11 e 320/11.

⁽⁵⁸⁾ G. CAIA, *Le nuove discipline dei servizi pubblici*, in *Libro dell'anno Treccani*, 2013, 240.

⁽⁵⁹⁾ L'art. 3-bis del d.l. n. 138/2011, inserito dall'art. 25 del d.l. n. 1/12, conv. dalla l. n. 27/12, consente alle Regioni di individuare bacini territoriali ottimali di dimensione diversa da quella provinciale, motivando la scelta in base a criteri di differenziazione territoriale e socio economica e in base a principi di proporzionalità, adeguatezza ed efficienza rispetto alle caratteristiche del servizio. Gli enti che costituiscono ambiti o bacini acquisiscono un elemento di virtuosità ai fini del patto di stabilità, ai sensi dell'art. 20, comma 2, del d.l. n. 98/2011, conv. dalla l. n. 111/11.

⁽⁶⁰⁾ L'art. 114, comma 5-bis, del TUEL, rende possibile, anche se con limiti, l'impiego delle aziende speciali per la gestione di s.p.l.

⁽⁶¹⁾ Art. 25, d.l. n. 1/12, conv. il l. n. 27/12, ed in particolare il comma 32, che intendeva favorire il passaggio a nuovi aggregati industriali in grado di assicurare nel periodo transitorio maggiore efficienza gestionale in un mercato allargato e di affrontare le future gare d'ambito una volta realizzata la liberalizzazione.

associative tra enti locali ⁽⁶²⁾. Altre norme a carattere pro-concorrenziale posteriori sono l'art. 25 del d.l. n. 1/12 ⁽⁶³⁾ e l'art. 34 del d.l. n. 179/2012. Con la norma in ultimo cit., si è previsto che, per i servizi pubblici di rilevanza economica, per assicurare il rispetto della disciplina europea, l'economicità della gestione, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e universale, indicando le compensazioni economiche previste. Per gli affidamenti per i quali non è prevista una scadenza, gli enti competenti provvedono a inserire nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto un termine di scadenza dell'affidamento, pena la cessazione dello stesso ⁽⁶⁴⁾.

L'affidamento dei s.p.l. a rete di rilevanza economica è disposto unicamente per ambiti, con atti dei relativi enti di governo, mentre restano interamente disciplinati dalle relative leggi di settore il servizio pubblico di distribuzione di gas naturale, di energia elettrica (che è però un servizio nazionale poiché si svolge in base a concessioni ministeriali) e la gestione delle farmacie comunali.

Il legislatore, quindi, successivamente al referendum del 2011, non può imporre (almeno nel breve periodo) soluzioni organizzative e forme di gestione dei s.p.l. a prescindere da qualsiasi valutazione dell'ente locale oltretutto della Regione. Le nuove norme lasciano all'ente locale la scelta tra i tre modelli possibili e consentiti dal diritto europeo: l'affidamento (o concessione) con procedura ad evidenza pubblica; la mista con socio privato industriale scelto con procedura corrispondente (gara a doppio oggetto); la società o azienda *in house*. La scelta della forma di gestione deve essere motivata in maniera “*non meramente enunciativa*” e la scelta deve derivare da un'adeguata ponderazione ⁽⁶⁵⁾. La specifica previsione sulla necessità di definire gli obblighi di servizio pubblico e servizio

⁽⁶²⁾ G. CAIA, op. cit., 241. L'autore ricorda che il modello organizzativo per ATO è stato applicato anche al servizio pubblico di distribuzione del gas naturale, ai sensi dell'art. 46-bis del d.l. n. 59/2007, conv. in l. n. 222/2007, e conseguenti d.m. 19 gennaio 2011, 4 maggio 2011 e 12 novembre 2011.

⁽⁶³⁾ Tale norma prevede che i concessionari e gli affidatari di s.p.l., a seguito di specifica richiesta, sono tenuti a fornire agli enti locali che decidono di bandire la gara per l'affidamento del relativo servizio i dati concernenti le caratteristiche tecniche degli impianti e delle infrastrutture, il loro valore contabile di inizio esercizio, secondo parametri di mercato, le rivalutazioni e gli ammortamenti e ogni altra informazione necessaria per definire i bandi.

⁽⁶⁴⁾ Gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1 ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data, e a quelle da esse controllate ai sensi dell'art. 2359 c.c., cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto; gli affidamenti che non prevedono una data di scadenza, cessano improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante il 31 dicembre 2020.

⁽⁶⁵⁾ G. CAIA, op. cit., 241.

universale con indicazione delle compensazioni economiche, se previste, è finalizzata a garantire che non vi siano oneri impropri e che non si dia luogo ad aiuti di Stato non consentiti ⁽⁶⁶⁾. In base ad essa gli enti interessati approvano le tariffe dei servizi pubblici in misura tale da assicurare l'equilibrio economico-finanziario dell'investimento e della connessa gestione.

In conclusione, e volendo tirare le fila del discorso, la l. 142/1990 rappresenta la prima disciplina generale dedicata ai servizi pubblici locali che guarda al mercato. La disposizione, infatti, conteneva una timida apertura alla concorrenza, prevedendo che il servizio in questione potesse essere gestito da società a capitale misto pubblico-privato. Nel panorama degli strumenti disegnato dal legislatore, l'apertura alla concorrenza sia pure nelle forme della società mista rappresentava, nella formulazione risultante dalle modifiche della l. 127/1997, un'ipotesi tra quelle riconosciute all'ente locale, percorribile qualora “*opportuna in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio la partecipazione di più soggetti pubblici o privati*”. Passi in avanti furono registrati con l'art. 35, della l. n. 448/2002, di modifica degli artt. 113 e 114, del d.lgs. 267/2000, per i servizi avente contenuto industriale, quali la possibilità di gestione separata della rete ed alcuni limiti di operatività in capo alle società affidatarie di un precedente servizio. Un passo indietro si è verificato, invece, con le modifiche di cui al d.l. n. 269/2003, e dalla l. 350/2004, all'art. 113 d.lgs. 267/2000, in particolare al comma 5. La norma, infatti, veniva strutturata nel senso di lasciare libertà all'ente locale di affidare il servizio a privati mediante gara, ovvero affidarlo in via diretta ad una società mista o, infine, affidarlo in via diretta ad un organismo *in house*. Quest'impostazione dava spazio a critiche, non solo per la scelta non concorrenziale operata dal legislatore, ma anche per la compromissione del punto di equilibrio tra azione amministrativa e libera concorrenza, giacché all'ente locale in questo modo si dava la possibilità di mantenere la gestione diretta del servizio nelle forme dell'affidamento *in house* attraverso enti societari spogliandosi in tal modo della responsabilità politica dei risultati del servizio ⁽⁶⁷⁾. Gli effetti di questa impostazione sono stati in parte mitigati dall'esegesi della Corte di Giustizia, a partire dalla sentenza Teckal, che ha ristretto in modo sensibile l'ipotesi di affidamenti *in house*. Un'ulteriore “*lesione*” del principio di concorrenza veniva rinvenuto nella regola dell'affidamento diretto a società mista nella quale la scelta del socio sia pure con gara poteva essere sganciata dalla particolare natura del servizio ed, inoltre, l'affidamento del servizio poteva avere durata

⁽⁶⁶⁾ G. CAIA, op. cit., L'autorevole autore in parte qua richiama anche l'art. 117 del TUEL quale norma di portata generale che mira ad assicurare economicità, efficienza, efficacia nella gestione dei s.p.l.

⁽⁶⁷⁾ F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010, 222.

particolarmente lunga. Le suddette criticità sono state superate come visto *supra* con l'introduzione della gara a "doppio oggetto", che ha consentito di scegliere il socio anche in ragione del servizio erogato, istituendo un rapporto sociale di pari durata rispetto a quello dell'affidamento del servizio. Un limite alla possibile rendita di posizione in capo agli affidatari diretti del servizio è stato introdotto con l'art. 13, del d.l. n. 223/2006, che nella sua versione definitiva, però, non si applica ai servizi pubblici locali. La norma, espressione del timore che i vantaggi maturati al di fuori del mercato concorrenziale possano finire per distorcere il mercato stesso, esclude che le società, a capitale interamente pubblico o misto possano svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, in affidamento diretto o con gara, o che possano partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale. Una vera e propria svolta si era registrata con l'introduzione dell'art. 23-bis, d.l. 112/2008, modificato dall'art. 15, d.l. 135/2009, che affermava in modo perentorio che i servizi pubblici locali di rilevanza economica dovevano essere affidati in via ordinaria attraverso il ricorso al mercato. Ossia attraverso una procedura di evidenza pubblica tesa ad individuare il gestore del servizio ovvero attraverso gara pubblica a doppio oggetto tesa ad individuare il socio privato di società mista. Rispetto a queste due ipotesi ordinarie, il cd. affidamento in house era utilizzabile per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato. A garanzia del suddetto precetto l'ente affidante era onerato di dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per l'espressione di un parere preventivo, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione. La nuova disciplina agiva anche sul piano della limitazione degli ulteriori e potenziali effetti distorsivi del mercato discendenti dall'affidamento diretto. Infatti, il comma 9, del citato art. 23-bis, prevedeva che le società gestori del servizio in virtù di affidamento diretto non potessero acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare. L'impatto della riforma non riscontrava, però, solo un coro di critiche positive, e si affacciavano in dottrina ⁽⁶⁸⁾ rilievi di segno negativo in ordine alla possibile contrarietà dell'impianto stesso della riforma con i precetti

⁽⁶⁸⁾ G. Bassi, La riforma dei servizi pubblici locali, Rimini, 2008, 21

costituzionali e con quelli contenuti nel TUE, nel TFUE e nella Carta europea dei diritti fondamentali. Si metteva l'accento, in particolare, sulla volontà, fin dal piano programmatico, di anteporre ed assolutizzare il principio della concorrenza rispetto a quello del perseguimento delle missioni di servizio pubblico. Per gli sviluppi successivi, il rinvio è ai par. 4), 5) e 6) del presente capitolo.

2. CONCORRENZA E S.P.L.: IL DIFFICILE BILANCIAMENTO TRA OBBLIGHI, PRINCIPI ED ESIGENZE UGUALMENTE MERITEVOLI DI TUTELA.

2.1. Il concetto di concorrenza tra diritto europeo e nazionale: principio cardine o regola strumentale?

Nel precedente paragrafo si è analizzata la normativa in tema di s.p.l. che si è susseguita nel tempo e lo si è fatto dando particolare enfasi alla lettura pro-concorrenziale (o meno) delle varie riforme che si sono succedute e ciò, poiché per avanzare una ipotesi di direzione da intraprendere per le future riforme dei s.p.l., in chiave pro-concorrenziale, non si poteva non dare conto di quanto accaduto sino ad oggi. Sono state poste le basi, insomma, per discutere del tema centrale del presente lavoro, ossia l'introduzione graduale di un adeguato assetto concorrenziale nel sistema dei servizi pubblici. Prima di discutere delle recenti riforme o di quelle che si prospetta possano essere adottate nel futuro prossimo, occorre chiarire cosa si intende quando si parla di "concorrenza". Ciò, poiché il concetto di concorrenza da cui muovere per analizzare il tema della disciplina dei servizi pubblici locali non sembra ancora condiviso in dottrina posto che da una parte si sostiene si tratti di un "principio" da porre sullo stesso piano degli altri principi che governano il diritto dell'economia, mentre dall'altra si sostiene si tratti di una semplice "regola", in quanto tale soggetta ai principi generali, che deve cedere di fronte alla tutela effettiva dei beni sociali, espressione di valori comuni dell'Unione. Se il concetto stesso di concorrenza resta controverso, anche la definizione giuridica della stessa risente delle incertezze dogmatiche sia delle dottrine giuridiche che di quelle economiche; ciò fa sì che la definizione di concorrenza resti mutevole e risenta delle turbolenze generate dalla globalizzazione economica e dalle grandi questioni irrisolte che la stessa porta con sé. Se la definizione di concorrenza resta problematica, anche quella di servizio pubblico resta del pari problematica (*amplius ultra* par. 3).

Le sopra richiamate incertezze si riverberano sugli atti fondamentali delle Istituzioni nazionali ed europee. Infatti, sia la Costituzione che il Trattato sull'Unione europea contengono nozioni disallineate di concorrenza: il modello costituzionale definito dagli artt. 41 e 43, sembra propendere per una nozione di concorrenza più simile a quella di “regola” che non di “principio” posto che la concorrenza non rappresenta una “condizione” da soddisfare ad ogni costo. La Costituzione, tutela la libertà economica soggettiva e prevede la possibilità di una regolazione amministrativa correttiva delle distorsioni del mercato e consente l'esistenza di monopoli pubblici regolati. La tutela dell'interesse pubblico viene perseguita attraverso la “regolazione” o, al più, attraverso la previsione di “monopoli regolati” e la concorrenza non è posta sullo stesso piano degli altri principi fondamentali ma resta sullo sfondo quale “condizione possibile dell'economia”. Il tema non è risolto neppure dalle Istituzioni europee, atteso che la concorrenza è ivi declinata in senso teleologico ossia come una “condizione” da raggiungere tra le imprese appartenenti agli Stati membri al fine di creare il mercato unico europeo, attraverso la piena attuazione delle libertà economiche fondamentali ⁽⁶⁹⁾. Il fine della creazione del mercato unico è perseguito mediante il mezzo della concorrenza quale condizione di equilibrio tra i *players* che si contengono il mercato ⁽⁷⁰⁾. Anche il TUE per come modificato dal Trattato di Lisbona ⁽⁷¹⁾, sembra propendere verso una definizione di concorrenza più come “regola” che come “principio”, posto che sottende l'idea che la concorrenza non possa rappresentare un valore in sé, ma uno strumento (una regola appunto) per il soddisfacimento di finalità sociali ⁽⁷²⁾, al fine di perseguire una “economia sociale di mercato”. In questa (per ora) moderata evoluzione in senso sociale dei Trattati, un ruolo fondamentale è giocato dalle nuove istanze avanzate dai cittadini europei organizzati sotto forma di (inediti) movimenti politici “auto-organizzati” e dalle forti critiche mosse alle Istituzioni, tacciate di perseguire una politica economica “neoliberista” eccessivamente “mercantilista”, che ha portato le Istituzioni ad adottare una posizione intermedia tra “liberismo” e “dirigismo economico”, ossia tra un'impostazione che ritiene debba essere salvaguardata la capacità

⁽⁶⁹⁾ S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Bari, 2011.

⁽⁷⁰⁾ L. TARANTINO, *Promozione della concorrenza e disciplina dei servizi pubblici*, relazione tenuta al 62° Convegno di Studi amministrativi su L'Italia che cambia: dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della Pubblica Amministrazione - Varenna, 22, 23 e 24 settembre 2016, in *astrid-online.it*.

⁽⁷¹⁾ Cfr. in tal senso l'art. 3 par. 3 del TUE, per come modificato dal Trattato di Lisbona, il quale oggi afferma che: «l'Unione instaura un mercato interno e si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico».

⁽⁷²⁾ M. LIBERTINI, *Concorrenza*, in *Enc. dir.*, Annali (III), Milano, 2010.

del mercato di autoregolarsi e quella che assegna al decisore pubblico il compito di influenzare in profondità i fenomeni economici.

Questa evoluzione europea non sembra colta per il momento dal legislatore nazionale, posto che nel diritto nazionale, l'art. 117 Cost. pone la concorrenza quale "*bene meritevole di tutela*" da parte dello Stato, senza specificarne ulteriormente il significato ⁽⁷³⁾, lasciando alla giurisprudenza costituzionale il compito di riempire di significato tale assunto ⁽⁷⁴⁾.

2.2. La concorrenza nella giurisprudenza della Corte costituzionale.

La Consulta assegna allo Stato la tutela della concorrenza in chiave "*macroeconomica*", riservando alle Regioni spazi di manovra in chiave "*microeconomica*", senza che questi ultimi però possano entrare in contrasto con le determinazioni del legislatore statale, e gli riconosce non solo il compito di predisporre un sistema di *public enforcement*, ma anche un ruolo di *advocacy* (che lo stesso domanda poi a sua volta alle competenti autorità amministrative indipendenti cfr. a tal proposito cap. II del presente elaborato) ⁽⁷⁵⁾. Lo Stato, secondo la Consulta, può adottare misure che

⁽⁷³⁾ L. TARANTINO, op. cit.

⁽⁷⁴⁾ La Consulta, già con la sentenza n. 14/2004, ha affermato che: «*proprio l'aver accorpato, nel medesimo titolo di competenza, la moneta, la tutela del risparmio e dei mercati finanziari, il sistema valutario, i sistemi tributario e contabile dello Stato, la perequazione delle risorse finanziarie e, appunto, la tutela della concorrenza, rende palese che quest'ultima costituisce una delle leve della politica economica statale e pertanto non può essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell'accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali*» [sottolineatura aggiunta].

⁽⁷⁵⁾ Secondo Corte cost., sentenza 27 luglio 2004, n. 272 «*La tutela della concorrenza non può essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in una accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali*». E ancora, Corte cost. 21 dicembre 2007, n. 443, nella parte in cui afferma che «*Le norme adottate dallo Stato nell'esercizio della competenza esclusiva in materia di tutela della concorrenza - la quale non può tollerare, per la sua natura, differenziazioni territoriali, che finirebbero per limitare, o addirittura neutralizzare, gli effetti delle norme di garanzia - possono anche porre una disciplina di dettaglio, in quanto le competenze esclusive statali, che si presentano come trasversali, incidono naturalmente, nei limiti della loro specificità e dei contenuti normativi che di esse possano definirsi propri, sulla totalità degli ambiti materiali entro i quali si applicano, mentre, se si ritenessero legittime le norme a tutela della concorrenza - o riguardanti altra materia di potestà legislativa esclusiva - a condizione che le stesse abbiano un carattere generale o di principio, si finirebbe con il confondere il secondo e il comma 3 dell'art. 117 cost., ispirati viceversa ad un diverso criterio sistematico di riparto delle competenze; e ciò tanto più in materie, come la "tutela della concorrenza" o la "tutela dell'ambiente", contrassegnate più che da una omogeneità degli oggetti delle diverse discipline, dalla forza unificante della loro funzionalizzazione finalistica, con i limiti oggettivi di proporzionalità ed adeguatezza, da verificare con rigore*». Anche Corte cost. 4 maggio 2005, n. 175, con riferimento alla possibilità di verifica del rispetto dei parametri di costituzionalità in termini di proporzionalità e adeguatezza da parte del legislatore ordinario afferma che «*Premesso che la materia-funzione "tutela della concorrenza", di cui all'art. 117 comma 2 lett. e) cost., deve essere intesa in senso dinamico e che il carattere*

mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura, eliminando barriere all'entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese. Tra le misure utilizzabili dal legislatore ordinario per promuovere la concorrenza vi sono quelle tese a promuovere la concorrenza “*nel mercato*” e “*per il mercato*”⁽⁷⁶⁾, al fine di assicurare la salvaguardia della concorrenza sia in senso statico, attraverso interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, sia in senso dinamico attraverso misure pubbliche volte a ridurre gli squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali⁽⁷⁷⁾. La

(asseritamente) modesto dal punto di vista finanziario dell'intervento statale non determina di per sè l'estraneità alla suddetta materia, potendo le scelte del legislatore essere censurate, in questa materia, solo quando i loro presupposti siano manifestamente irrazionali e gli strumenti di intervento non siano disposti in una relazione ragionevole e proporzionata rispetto agli obiettivi attesi, la norma censurata rivela pianamente la sua natura di "ragionevole e proporzionato" intervento statale nell'economia volto a promuovere lo sviluppo del mercato attraverso una campagna che diffonda, con il marchio made in Italy, un'immagine dei prodotti italiani associata all'idea di una loro particolare qualità, essendo evidente sia la presenza di un rapporto, che certamente non può ritenersi irragionevole (e, tanto meno, manifestamente irragionevole), tra lo strumento impiegato e l'obiettivo (di sviluppo economico del Paese) che si è prefisso il legislatore statale, sia la sussistenza del requisito dell'adeguatezza, potendo solo lo Stato porre in essere strumenti di politica economica tendenti a svolgere sull'intero mercato nazionale un'azione di promozione e sviluppo, senza che l'auspicata ripercussione sul commercio con l'estero dell'intervento statale volto alla diffusione di un'idea di qualità dei prodotti (in generale) di origine italiana comporti interferenze tra materie, sicché, dovendo l'intervento previsto dalla disposizione impugnata essere inquadrato in una materia-funzione di competenza esclusiva dello Stato, deve escludersi la violazione del precetto di cui all'art. 117 comma 6 cost., per il fatto che il regolamento disciplinante "le indicazioni di origine e l'istituzione ed uso del marchio" sia emanato dal Ministro delle attività produttive (di concerto con altri) senza coinvolgimento delle regioni, dovendosi altresì escludere che la locuzione "supporto formativo" contenuta nel comma 63 implichi un riferimento alla materia della "formazione professionale", riservata alla competenza residuale delle regioni, poiché l'attività prevista dalla norma può definirsi più di informazione che non di vera formazione professionale, essendo rivolta all'efficacia della comunicazione e, quindi, alla diffusione del made in Italy».

⁽⁷⁶⁾ Cfr. in tal senso Corte cost., 20 luglio 2012, n. 200, in *Giur. cost.* 2012, 4, 2910, nella parte in cui afferma che «non è fondata, in riferimento all'art. 117 cost. e al principio di leale collaborazione, la q.l.c. dell'art. 3, comma 1 d.l. 13 agosto 2011 n. 138, conv., con modif., in l. 14 settembre 2011 n. 148, il quale detta principi in tema di regolazione delle attività economiche, ponendo il principio secondo cui l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge. L'intervento statale censurato deve essere inquadrato nel campo delle competenze statali di portata trasversale relative alla tutela della concorrenza e, complessivamente considerata, la disposizione censurata non rivela elementi di incoerenza con il quadro costituzionale, in quanto il principio della liberalizzazione prelude a una razionalizzazione della regolazione, che elimini, da un lato, gli ostacoli al libero esercizio dell'attività economica che si rivelino inutili o sproporzionati e, dall'altro, mantenga le normative necessarie a garantire che le dinamiche economiche non si svolgano in contrasto con l'utilità sociale».

⁽⁷⁷⁾ Cfr. in tal senso Corte Cost., 19 dicembre 2012, n. 299, in *Foro amm.* CDS 2013, 4, 862, nella parte in cui afferma che «non sono fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 31, comma 1, del decreto-legge n. 201 del 2011, promosse, in riferimento all'articolo 117, secondo, terzo, quarto e sesto comma, Cost. e al principio di leale collaborazione, nonché all'articolo 4 della legge costituzionale 31 gennaio 1963, n. 1 (Statuto speciale della Regione Friuli-Venezia Giulia), e all'articolo 14, lettere d) ed e), del regio decreto legislativo 15 maggio 1946, n. 455 (Approvazione dello statuto della Regione siciliana), dalle Regioni Piemonte, Veneto, Sicilia, Lazio, Lombardia, Sardegna, Toscana e Friuli-Venezia Giulia. Infatti le norme in esame non attengono alla materia commercio, di esclusiva competenza regionale, ma a quella della concorrenza, di esclusiva competenza statale, in quanto attuano un principio di liberalizzazione, rimuovendo vincoli e limiti alle modalità di esercizio delle attività economiche: si tratta, dunque, di

convergenza tra la nozione di concorrenza utilizzata dall'art. 117 cost. e quella operante in ambito europeo è assunta dalla giurisprudenza costituzionale come un elemento costante sia prima che dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ⁽⁷⁸⁾. La Corte, tuttavia, non ha ancora avuto occasione di confrontarsi con l'affermata centralità dell'economia sociale di mercato positivizzata dal Trattato di Lisbona.

La Consulta, per chiarire la portata del principio della liberalizzazione delle attività economiche in chiave di advocacy pro-concorrenziale afferma che vi può essere limitazione solo nella tutela di interessi di rango costituzionale o in contrasto con l'utilità sociale ⁽⁷⁹⁾. Un approccio quest'ultimo che merita di essere ulteriormente approfondito per ciò che concerne la materia dei servizi pubblici, al fine di comprendere se possa dirsi raggiunto un punto di equilibrio simile a quello operante a livello europeo, pur non valorizzando espressamente il dettato dell'art. 3, par. 3, TUE. Per il momento, il

misure coerenti con l'obiettivo di promuovere la concorrenza, risultando proporzionate allo scopo di garantire l'assetto concorrenziale nel mercato di riferimento relativo alla distribuzione commerciale»

⁽⁷⁸⁾ Cfr. Corte cost., 19 dicembre 2012, n. 291, in Giur. Cost., 2012, 6, 4558, nella parte in cui afferma che «è costituzionalmente illegittimo l'art. 6 l. reg. Toscana 28 novembre 2011, n. 63. La disposizione censurata - eliminando, nel proprio ambito regionale, i vincoli e i limiti posti dalla disciplina statale relativamente ai regimi di rilascio di autorizzazioni per avere accesso ad un'attività di servizi, e quindi escludendo l'applicabilità, sul territorio della Regione Toscana, della disciplina delle autorizzazioni al commercio su aree pubbliche e delle connesse concessioni di posteggio, come previste dall'art. 16 d.lgs. n. 59 del 2010, sostanzialmente riproduttivo dell'art. 12 della direttiva Ce 12 dicembre 2006, n. 123 - viola il primo comma dell'art. 117 cost., in relazione alla citata direttiva, per inosservanza dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario, nonché, il secondo comma, lett. e), dell'art. 117 cost., poiché, incidendo sull'assetto concorrenziale degli operatori commerciali in modo difforme da quanto previsto dalla normativa statale (attuativa di quella comunitaria), invade la potestà legislativa esclusiva dello Stato nella materia della "tutela della concorrenza", in quanto viene sostanzialmente ad operare in termini anti-concorrenziali, non consentendo lo svolgimento dell'attività commerciale in spazi adeguati agli operatori più qualificati, selezionati attraverso procedure che garantiscano la parità di trattamento, evitino qualsiasi tipo di discriminazione e tutelino la libertà di stabilimento».

⁽⁷⁹⁾ Cfr. Corte cost., 20 marzo 2013, n. 46, in Giur. Cost., 2013, 2, 759, nella parte in cui afferma che «non è fondata, in riferimento agli art. 117, commi 1 e 2, lett. e), e 118 cost., la q.l.c. dell'art. 25, comma 1, lett. a) d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv., con modif., in l. 24 marzo 2012 n. 27, il quale, inserendo nel d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv., con modif., in l. 14 settembre 2011, n. 148, l'art. 3 bis, comma 3, il quale prevede che, a decorrere dal 2013, l'applicazione delle procedure di affidamento ad evidenza pubblica da parte di regioni, province e comuni o degli enti di governo locali o del bacino costituisca elemento di valutazione della "virtuosità" degli stessi enti, ai sensi dell'art. 20, comma 2 d.l. 6 luglio 2011, n. 98, conv., con modif., in l. 15 luglio 2011, n. 111. Premesso che le modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica attengono alla materia "tutela della concorrenza", di competenza esclusiva statale, tenuto conto della sua diretta incidenza sul mercato e "perché strettamente funzionale alla gestione unitaria del servizio", l'intervento normativo statale si prefigge la finalità di operare, attraverso la tutela della concorrenza (liberalizzazione), un contenimento della spesa pubblica, consistente, nella specie, nella previsione dell'affidamento dei servizi pubblici locali al meccanismo delle gare ad evidenza pubblica, individuato come quello che dovrebbe comportare un risparmio dei costi ed una migliore efficienza nella gestione: da qui l'opzione - in coerenza con la normativa comunitaria - di promuovere l'affidamento dei servizi pubblici locali a terzi e/o a società miste pubblico/private e di contenere il fenomeno delle società in house; né sussiste, proprio in considerazione della afferenza della disciplina impugnata alla tutela della concorrenza, il denunciato contrasto con il diritto dell'Unione europea». Nello stesso senso, anche Corte cost., 12 aprile 2013, n. 65, in Foro it., 2013, 6, I, 1762.

rapporto tra concorrenza e diritti fondamentali a livello nazionale sembra declinato solo in chiave “*oppositiva*”, mentre a livello europeo risulta ora declinato in chiave “*pretensiva*”⁽⁸⁰⁾.

I principi sopra enunciati rappresentano il punto di arrivo sul piano giuridico di un lungo percorso. L’idea che lo Stato debba perseguire il fine di assicurare la concorrenza tra gli operatori economici deriva dall’idea che la concorrenza induce gli operatori economici a perseguire indirettamente anche il fine pubblico. L’incontro tra domanda e offerta non condizionato da interventi statuali e spinto dalla ricerca del profitto delle imprese, da un lato, consentirebbe all’imprenditore di sviluppare nuovi processi produttivi in grado di produrre un dato bene a costi inferiori; dall’altro, al consumatore di ottenere quel dato bene ad un prezzo inferiore, così favorendo il progresso economico-sociale e premiando, al contempo, l’interesse dei consociati. La storia (basti pensare alle crisi del 1930 e del 2008) ci ha insegnato che il libero mercato non consente sempre di raggiungere i risultati sopra descritti, sicché lo Stato non può abdicare all’idea di operare scelte che incidono sull’economia⁽⁸¹⁾. Ciò ha favorito il diffondersi di un modello di economia mista che, secondo differenti gradazioni, vede il mercato influenzato oltre che dalle decisioni di imprese e famiglie anche da quelle dello Stato.

2.3. Il bilanciamento tra mercato ed interessi pubblici nel settore dei s.p.l.: la difficile ricerca dell’ottimo paretiano.

Il criterio per valutare l’efficienza del mercato è stato individuato dalle scienze economiche nel cd. “*ottimo paretiano*”, secondo il quale gli interventi efficienti sono quelli che consentono di modificare una data allocazione delle risorse, migliorando la situazione di qualcuno senza peggiorare al contempo quella di un altro. Pertanto, ogni intervento che possa condurre ad un miglioramento paretiano si ritiene vada nella direzione di assicurare l’efficienza del mercato. Accade, però, che il mercato non sempre sia in grado di raggiungere da solo situazioni nelle quali si realizzi l’ottimo paretiano. Ciò può dipendere da diversi fattori⁽⁸²⁾, quali:

a) insufficiente concorrenza, tale da non far ritenere che alcuna impresa possa influenzare il prezzo del prodotto;

⁽⁸⁰⁾ L. TARANTINO, op. cit., *passim*.

⁽⁸¹⁾ G. ROSSI, *Liberismo, diritto dei mercati e crisi economica*, in *Riv. Soc.*, 2013, 749 ss.

⁽⁸²⁾ J. E. STIGLITZ, *Economia del settore pubblico*, Milano, 2015, 56 ss.

- b) esistenza di beni pubblici che il mercato non produce ⁽⁸³⁾;
- c) esternalità negative, ossia quelle azioni di un individuo o di un'impresa che impongono un costo ad altri;
- d) mercati incompleti, nel senso che i mercati privati non offrono in misura sufficiente un bene o un servizio;
- e) carenza di informazioni;
- f) elevata disoccupazione o inflazione.

Nelle ipotesi sopra elencate l'intervento dello Stato viene ammesso per favorire il ristabilimento di una situazione di "ottimo-paretiano", ossia di efficienza del mercato. Ciò nonostante l'intervento pubblico può essere motivato anche da altre due ragioni, ossia la redistribuzione del reddito e la diffusione dei cd. beni meritori. In queste due ipotesi l'intervento pubblico fa sì che vi sia una riduzione dell'efficienza del mercato a favore dell'equità. Non vi è dubbio che la formula utilizzata dall'art. 3 del TUE legittimi l'intervento da parte dello Stato e degli organi dell'Unione europea in ognuno dei casi sopra analizzati, giacché la formula ivi utilizzata individua la situazione concorrenziale non come fine, ma come strumento. Ciò posto, in ordine ai casi nei quali l'intervento dello Stato è auspicabile, va precisato che i fallimenti del mercato non giustificano di per sé la produzione pubblica, a meno che non possano realizzarsi le condizioni per un mercato di concorrenza perfetta ovvero le particolari dimensioni dell'interesse pubblico suggeriscano che la produzione di quel determinato bene o servizio sia affidata allo Stato. Pur in presenza delle cennate condizioni vi possono essere situazioni che rappresentano argomenti contrari rispetto alla produzione pubblica, potendo il settore pubblico risultare inefficiente. La più rilevante inefficienza del mercato che conduce all'intervento pubblico si verifica quando il mercato non è concorrenziale. Ovvero quando l'efficienza economica richiede la presenza di un numero limitato di imprese, in ragione del fatto che il costo medio di produzione diminuisce all'aumentare della quantità prodotta. Esempio tipico è quello dell'erogazione dei servizi pubblici a rete, per i quali la realizzazione degli impianti rappresenta il costo più rilevante, sicché una volta affrontato il costo aggiuntivo legato all'erogazione ad un ulteriore soggetto risulterà irrilevante. Si ha in questo caso un'ipotesi di monopolio naturale

⁽⁸³⁾ Tra i beni pubblici si individuano i beni pubblici puri, che si caratterizzano per il fatto che il godimento dei benefici dei beni pubblici da parte di un individuo addizionale non costa nulla e per il fatto che è impossibile o estremamente difficile impedirne la fruizione a qualcuno.

⁽⁸⁴⁾, che può essere a gestione pubblica, nel qual caso tendenzialmente gli Stati impongono di operare collocando il prezzo del prodotto ad un livello che eguagli il costo medio di produzione, ossia senza profitto. Nel caso in cui il detto monopolio naturale non sia pubblico ⁽⁸⁵⁾, lo Stato in genere eroga una sovvenzione che consenta all'impresa privata di ottenere un profitto ed interviene attraverso forme di regolazione, al fine di impedire al monopolista di avvantaggiarsi della propria posizione ed imporre un prezzo elevato. Qualora la produzione di un bene o di un servizio sia in capo allo Stato, la mancanza dell'obiettivo del profitto può, però, portare al radicarsi di fonti di inefficienza, quali:

- a) tendenziale assenza del rischio di fallimento;
- b) restrizioni nelle politiche del personale;
- c) costo delle procedure utilizzate al fine di evitare la spendita erronea di risorse pubbliche.

Il tentativo di superamento di queste fonti di inefficienza è affidato, com'è noto, a fenomeni di privatizzazione formale ossia di adozione da parte di soggetti pubblici di strumenti e vesti tipicamente privatistiche, che vanno dalla trasformazione in società per azioni delle imprese pubbliche all'adozione della disciplina privatistica per il rapporto di impiego. Ovvero a fenomeni di privatizzazione sostanziale, che comportano il ritiro dello Stato dal mercato. Il consenso raggiunto attorno all'idea che il pubblico debba ritirarsi dall'ambito della produzione di un bene privato, lascia, però, in primo piano la questione fondamentale del ruolo del pubblico nella produzione dei beni pubblici e della possibilità, nonché dei limiti dell'eventuale affidamento della produzione anche di quest'ultimi ad imprese private.

2.4. S.p.l. nel diritto nazionale ed europeo: (rinvio).

Secondo autorevole dottrina, la locuzione servizi pubblici e l'istituto giuridico che esso identifica sono tipici dell'ordinamento italiano ed oggetto di un dibattito non ancora pervenuto a

⁽⁸⁴⁾ I monopoli naturali possono essere anche a produzione multipla, quando il bene o servizio prodotto non è uniforme, come nel caso del servizio postale, dal momento che il costo del recapito della stessa lettera varia a seconda della destinazione. In quest'ipotesi il servizio in pareggio viene in genere assicurato da un sussidio incrociato, ossia l'utente il cui servizio ha un costo inferiore è chiamato a pagare una somma leggermente superiore per coprire una parte del costo più elevato del diverso servizio.

⁽⁸⁵⁾ Non mancano, peraltro, orientamenti teorici (H. Demsetz, G. Stigler), che ritengono che anche nel caso di monopolio naturale a gestione privato lo Stato non dovrebbe intervenire, poiché la perdita associata al prezzo di monopolio sarebbe relativamente piccola

risultati stabili ⁽⁸⁶⁾. Secondo la giurisprudenza nazionale, il servizio pubblico consiste in un'attività, che viene svolta al ricorrere di determinati presupposti di fatto, disciplinata da fonti di rango primario, che è svolta anche a favore di una collettività indeterminata di beneficiari, mira al perseguimento di un interesse pubblico e, infine, consiste in attività produttiva e di rilievo economico ⁽⁸⁷⁾. Per identificare giuridicamente un servizio pubblico, non sarebbe dunque indispensabile a livello soggettivo la natura pubblica del gestore, mentre è necessaria la vigenza di una norma legislativa che, alternativamente, ne preveda l'obbligatoria istituzione e la relativa disciplina oppure che ne rimetta l'istituzione e l'organizzazione all'amministrazione. Oltre alla natura pubblica delle regole che presiedono allo svolgimento delle attività di servizio pubblico e alla doverosità del loro esercizio è necessario, nella prospettiva di un'accezione oggettiva della nozione, che le suddette attività presentino un carattere economico e produttivo e solo eventualmente costituiscano anche esercizio di funzioni amministrative, e che le utilità da esse derivanti siano dirette a vantaggio di una collettività più o meno ampia di utenti, in caso di servizi divisibili, o comunque di terzi beneficiari in caso di servizi indivisibili. Nemmeno la circostanza che per le attività in esame non sia prevista l'erogazione di un servizio da parte dei beneficiari viene ritenuta idonea a inficiare i connotati dell'attività quale attività di pubblico servizio, in quanto la previsione di un corrispettivo, così come di un profitto del gestore del servizio, non è essenziale sul piano della qualificazione giuridica delle attività ⁽⁸⁸⁾. La posizione della giurisprudenza amministrativa nazionale si pone, in parte qua, in armonia con quella europea.

Nel diritto comunitario viene impiegata la più ampia locuzione servizi di interesse generale (SIG) ⁽⁸⁹⁾, mentre i Servizi di interesse economico generale (SIEG) sono attività economiche i cui risultati

⁽⁸⁶⁾ G. CAIA, *Le nuove discipline dei servizi pubblici, Diritto amministrativo dell'economia*, Libro dell'anno del diritto Treccani, 2013, 238 ss.

⁽⁸⁷⁾ Cons. Stato, sez. VI, 12 ottobre 2012, n. 5268.

⁽⁸⁸⁾ G. CAIA, op. cit., 239.

⁽⁸⁹⁾ Nel Libro verde della Commissione europea del 21 maggio 2003 ai paragrafi 16 e 17, si rileva che: «L'espressione "servizi di interesse generale" non è presente nel Trattato, ma è derivata nella prassi comunitaria dall'espressione "servizi di interesse economico generale" che invece è utilizzata nel Trattato. È un'espressione più ampia di "servizi di interesse economico generale" e riguarda sia i servizi di mercato che quelli non di mercato che le autorità pubbliche considerano di interesse generale e assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico [...]». I SIG sono servizi che le autorità pubbliche degli Stati membri considerano di interesse generale e pertanto sono oggetto di specifici obblighi di servizio pubblico (OSP). Il termine riguarda sia le attività economiche che i servizi non economici, i quali ultimi sono sottratti alle norme del Trattato in materia di mercato interno e concorrenza. Gli obblighi di servizio universale (OSU), sono un tipo di OSP con i quali si stabiliscono le condizioni per assicurare che taluni servizi siano messi a disposizione di tutti i consumatori e utenti di uno Stato membro, a prescindere dalla loro localizzazione geografica, a un determinato livello di qualità e, tenendo conto delle circostanze nazionali, ad un prezzo abbordabile. La definizione di OSU specifici

contribuiscono all'interesse pubblico generale e che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento statale o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di qualità, sicurezza, accessibilità economica, parità di trattamento o accesso universale (*amplius ultra* par. 3). All'interno dell'ordinamento europeo la massima spinta verso l'introduzione della libera concorrenza nel settore dei servizi pubblici si è avuta nel corso dell'ultimo decennio del secolo scorso, quando si è data piena attuazione alle disposizioni oggi traslate nell'art. 106 TFUE. Pertanto, esclusi quei servizi di interesse generale sottratti a fenomeni di liberalizzazione e di privatizzazione per i quali come sottolinea il Protocollo n. 26 al Trattato di Lisbona “*le disposizioni dei trattati lasciano impregiudicata la competenza degli Stati membri a fornire, a commissionare e ad organizzare servizi di interesse generale non economico*”, si è avuta in quegli anni un'accelerazione del processo di apertura al mercato. I fattori propulsivi di questo percorso possono essere individuati nell'affermarsi di una tendenza politico-economica di stampo liberista; nella previsione di strumenti di tutela giurisdizionale ed a livello di *Authorities* a favore degli utenti; nell'evoluzione organizzativa e tecnica che ha condotto a poter separare l'aspetto gestionale da quello inerente alla proprietà delle reti. Per una compiuta trattazione delle nozioni di s.p.l. e sieg si rimanda al par. successivo. 3.

2.5. Il disallineamento tra diritto nazionale ed europeo nel settore dei s.p.l.;

Il Trattato di Lisbona agevola una lettura della concorrenza diversa da quella fornita nel passato da dottrina e giurisprudenza. La disciplina dei SIEG non deve tendere solo verso l'attuazione della concorrenza temperata dagli obblighi di servizio pubblico richiamati in apertura al par. 1 *supra* ⁽⁹⁰⁾. Il protocollo n. 26 al Trattato di Lisbona pone enfasi sui valori comuni europei, riconoscendo ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti, pur nella diversità tra i vari servizi di interesse economico generale e nelle differenti esigenze degli utenti che possono discendere da situazioni geografiche, sociali e culturali diverse, nell'alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, parità di trattamento e promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente. Lo scambio tra diritto pubblico e mercato non resta, quindi,

è stabilita a livello europeo come componente essenziale della liberalizzazione del mercato nel settore dei servizi, quali telecomunicazioni, servizi postali e trasporti.

⁽⁹⁰⁾ G. F. CARTEI, *Servizio universale*, in *Enc. dir.*, Annali III, Milano, 2010.

confinato al mero obbligo di servizio pubblico, inteso quale salvaguardia del servizio universale. Da ciò discende che, sebbene non possa parlarsi di un ritorno al passato che giustifichi l'illimitato intervento pubblico da parte dello Stato, si pone l'accento sulla necessità che la disciplina dei servizi di interesse economico generale valorizzi il loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, principio contenuto anche nell'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000. Si tratta di un mutamento non marginale, se letto alla luce della nuova formulazione dell'art. 3 TUE ⁽⁹¹⁾.

Il percorso delineato dal legislatore nella materia e analizzato al par. 1 *supra*, ha mostrato come il nostro ordinamento abbia aperto il settore dei servizi pubblici al mercato con un certo ritardo e, quando lo ha fatto, è quasi andato in controtendenza con le indicazioni provenienti dall'Europa, che ripensavano al mercato concorrenziale non più in senso meramente teleologico, ma piuttosto strumentale.

La Consulta, con la Sentenza n. 325/2010 sopra cit., ha inteso coordinare la nozione nazionale di servizio pubblico locale di rilevanza economica con quella europea di servizio di interesse economico generale. La Corte nell'occasione confrontava le nozioni di servizio pubblico di rilevanza economica e di servizio di interesse economico generale, giungendo alla conclusione che: *«entrambe le suddette nozioni, interna e comunitaria, fanno riferimento infatti ad un servizio che: a) è reso mediante un'attività economica (in forma di impresa pubblica o privata), intesa in senso ampio, come «qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato»; b) fornisce prestazioni considerate necessarie (dirette, cioè, a realizzare anche «fini sociali») nei confronti di una indifferenziata generalità di cittadini, a prescindere dalle loro particolari condizioni ⁽⁹²⁾. Le due nozioni, inoltre, assolvono l'identica funzione di identificare i servizi la cui gestione deve avvenire di regola, al fine di tutelare la concorrenza, mediante affidamento a terzi secondo procedure competitive ad evidenza pubblica»*.

La Corte ricorda che l'ordinamento europeo ammette la gestione diretta nel caso in cui l'applicazione delle regole di concorrenza ostacoli la «speciale missione» dell'ente pubblico. La scelta del legislatore nazionale di vietare l'affidamento diretto, secondo la Consulta ricade nell'ambito di quella sfera di

⁽⁹¹⁾ L. TARANTINO, op. cit., *passim*.

⁽⁹²⁾ Come si esprimono sia la sentenza della Corte di giustizia UE, 18 giugno 1998, C-35/96, Commissione c. Italia, sia le sentenze della stessa Corte 10 gennaio 2006, C-222/04, Ministero dell'economia e delle finanze, e 16 marzo 2004, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, AOK Bundesverband, nonché il Libro verde sui servizi di interesse generale del 21 maggio 2003, al paragrafo 2.3, punto 44), (Corte di giustizia UE, 21 settembre 1999, C-67/96, Albany International BV).

discrezionalità consentita dall'ordinamento europeo. La sfera di autonomia privata e la concorrenza non riceverebbero dall'ordinamento una protezione assoluta e potrebbero subire limitazioni necessarie per il soddisfacimento di interessi costituzionalmente rilevanti nei limiti in cui ciò rappresenti la sola misura in grado di assicurarne la tutela⁽⁹³⁾. Anche per i servizi ancora da immettere nel mercato la rilevanza economica dovrebbe intendersi discendente dal fatto che l'immissione del servizio possa avvenire anche in un mercato meramente potenziale e l'esercizio dell'attività avvenga con metodo economico, ossia possa essere svolta in vista almeno della copertura dei costi⁽⁹⁴⁾.

La procedura di evidenza pubblica quale strumento per assicurare l'apertura dei mercati degli appalti pubblici alla concorrenza sarebbe un mezzo volto ad assicurare il rispetto del principio di non discriminazione delle imprese secondo la nazionalità, di diritto di stabilimento e della libertà di prestazione dei servizi. L'affidamento diretto in house non sarebbe valutato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia alla stregua delle regole di tutela della concorrenza, quali l'art. 106 TFUE, ma degli artt. 18, 49 e 56 TFUE.

La disciplina delle procedure di gara garantirebbe l'imparzialità dell'operare dell'amministrazione ed assicurerebbe il rispetto dei detti principi, ma non rientrerebbe affatto tra le regole della concorrenza. In questo senso l'impostazione fatta propria dal diritto dell'Unione Europea sarebbe di neutralità e indifferenza rispetto alla gestione diretta del servizio o dell'affidamento dello stesso a terzi. L'affidamento in house sarebbe pienamente compatibile con il rispetto delle libertà economiche fondamentali, dal momento che collocandosi fuori dal mercato non vi sarebbe alcun pericolo che vi possa essere una violazione poiché l'amministrazione autoproduce il servizio.

La Corte costituzionale, invece, poi ripresa anche dal legislatore con l'art. 192 del d.lgs. n. 50/2016, l'art. 16 del d.lgs. n. 175/2016, nonché nel progetto di testo unico sui servizi pubblici (*amplius ultra* par. 5 e 6 e cap. III, par. 2 sotto), postula che la gestione del servizio debba avvenire normalmente con gara, tanto che l'affidamento diretto sarebbe consentito solo quando la missione sottesa al servizio non potrebbe, altrimenti, essere perseguita.

⁽⁹³⁾ L. TARANTINO, op. cit., *passim*.

⁽⁹⁴⁾ F. TRIMARCHI BANFI, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, in *Riv. Trim. dir. pubbl. comunit.*, 2012, 723 ss.

Pertanto, il giudice delle leggi finisce per unificare all'interno della categoria delle misure a tutela della concorrenza, oltre alle misure antitrust in senso stretto, sia quelle volte a favorire la concorrenza nel mercato, che quelle volte a favorire la concorrenza per il mercato ⁽⁹⁵⁾.

L'art. 106, par. 2 TFUE, viene letto nel senso che il servizio pubblico non può che essere affidato mediante gara pubblica salvo le limitate deroghe summenzionate.

La regola che impone l'utilizzo della procedura di evidenza pubblica per l'assegnazione del servizio, tuttavia, non sembra una regola "di concorrenza", non potendosi ritenere tale ogni precetto che imponga un confronto competitivo. L'eventuale adesione ad una conclusione di questo tipo comporterebbe una revisione del riparto legislativo tra Stato e Regioni, in materia di modalità di affidamento dei servizi pubblici locali, ma soprattutto imporrebbe una riflessione politica piena in relazione alla maggiore ampiezza che si dovrebbe riconoscere al legislatore nazionale in ordine al limite entro il quale consentire la gestione diretta dei servizi pubblici locali ⁽⁹⁶⁾.

Il legislatore nazionale, insomma, negli ultimi interventi normativi sembra abbia optato per l'adozione di una politica legislativa improntata all'advocacy pro-concorrenziale. Il testo unico partecipate afferma che la costituzione di società pubbliche in materia di SIEG può essere ammessa solo per il caso di autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento, restando altrimenti il fine fondamentale delle suddette società quello della produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi.

Il legislatore delegato valorizza il ruolo degli enti locali senza abbandonare la convinzione che la promozione della concorrenza sia imprescindibile in materia. Tale scelta sembra rimettere ai singoli enti locali valutazioni molto complesse in ordine alla presenza di situazioni contrarie al ricorso al mercato (si pensi alla relazione ex art. 192, comma 2 del d.lgs. n. 50/2016, *amplius ultra* cap. III, par. 2 sotto), che potrebbero non essere adeguatamente dimensionate in relazione alle professionalità a disposizione degli enti locali minori. Il ché apre la possibilità nel caso in cui il compito affidato agli enti locali si riveli troppo gravoso di operare un percorso di nuova centralizzazione, come quando all'indomani dell'introduzione del T.U. 15 ottobre 1925, n. 2578, e il successivo decreto di attuazione

⁽⁹⁵⁾ L. TARANTINO, op. cit., *passim*.

⁽⁹⁶⁾ L. TARANTINO, op. cit., *passim*.

d.P.R. n. 602/1926 emersero la difficoltà da parte dei singoli enti locali di organizzare in modo adeguato la gestione dei servizi tecnicamente più complessi come visto al par. 1 *supra*.

La promozione della concorrenza nel settore dei servizi pubblici è spinta dall'esigenza di valorizzare la capacità dei soggetti economici di soddisfare le esigenze degli utenti secondo un criterio di efficienza paretiana, rimediare ai casi di mala gestione dovute al gap di efficienza nella gestione tra settore pubblico e settore privato, contrastare la cd. rent extraction dall'attività delle imprese pubbliche e le politiche clientelari da parte degli operatori politici ⁽⁹⁷⁾.

I fallimenti del mercato, tuttavia, spingono lo Stato ad evitare l'abbandono di un settore così sensibile quale quello dei servizi pubblici.

La soluzione è da ricercarsi in un punto di equilibrio tra l'efficienza, spinta dalla ricerca del profitto, che può assicurare la gestione privatistica di un servizio ed il corretto soddisfacimento dell'interesse pubblico in capo alle collettività locali. In quest'ottica, da un lato, deve essere ribadita la centralità del ruolo degli enti locali, che rappresenta la chiave per la buona riuscita delle riforme già attuate e da attuare.

Nello stesso tempo, occorre assicurare comunque elevati livelli di tutela dei diritti degli utenti rispetto a servizi che intersecano diritti e bisogni fondamentali.

A tal proposito, come noto, escludere un servizio dal novero dei SIEG comporta il venir meno delle tutele pubblicistiche a favore dell'utente ed in talune condizioni, in caso di fallimento del mercato, sarà comunque lo Stato a dover intervenire, per impedire che l'interruzione del servizio si traduca in una lesione ai diritti fondamentali dei cittadini-utenti.

Circa la proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni essenziali, benché vincolate all'uso pubblico, sussiste il rischio che possano uscire dalla mano pubblica, dal momento che oggi si prevede che possano essere conferite a società a capitale interamente pubblico ma non è previsto il divieto per le stesse di cederle.

La disciplina più recente dei servizi pubblici locali ha notevolmente accentuato il ruolo di soggetto regolatore rivestito dall'ente territoriale ⁽⁹⁸⁾, a fronte dell'avvenuto affievolimento del potere dell'ente medesimo di assumere direttamente la gestione del servizio. La riduzione delle ipotesi di assunzione diretta sarebbe cioè stata compensata con il conferimento di più ampie competenze relativamente alla

⁽⁹⁷⁾ M. MIDIRI, *Servizi pubblici locali e sviluppo economico: la cornice istituzionale, in Servizi pubblici locali e regolazione*, a cura di M. MIDIRI ed S. ANTONIAZZI, Napoli, 2015, 14.

⁽⁹⁸⁾ S. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, spec., 2004, 258 ss.

determinazione del contenuto delle prestazioni da elargire a di maggiori poteri di vigilanza e controllo sulle prestazioni medesime ⁽⁹⁹⁾. Con la l. n. 142/1990, i Comuni avevano prevalentemente il ruolo di produttori del servizio pubblico, mentre nel sistema introdotto dalla legge finanziaria per il 2002, hanno assunto, prioritariamente compiti di indirizzo, vigilanza, regolazione e controllo ⁽¹⁰⁰⁾. L'ente territoriale non è più soggetto gestore, ma regolatore del servizio pubblico locale ⁽¹⁰¹⁾, anche se, ad una attenta analisi, i predetti poteri non possono che rivelarsi tutt'altro che tali da consentire di ritenere che il legislatore nazionale abbia, invero, optato per il conferimento di un ruolo di regolatore forte ai soggetti pubblici territoriali e ciò, sia a causa dell'assenza di una disciplina analitica degli strumenti di regolazione concretamente utilizzabili, sia per l'impossibilità, a livello locale, di esercitare i compiti di regolazione in funzione autonoma e correttiva del mercato di riferimento ⁽¹⁰²⁾, anche in considerazione della difficoltà oggettiva di individuare fenomeni regolativi in senso stretto con riferimento a mercati territorialmente circoscritti per i quali non sarebbe configurabile un mercato rilevante all'interno del quale poter rendere effettiva la concorrenza attraverso l'esercizio del potere di regolazione ⁽¹⁰³⁾, tanto che da tale assunto può derivare la considerazione che solo impropriamente possono essere ricondotti alla logica della regolazione i compiti conferiti agli enti locali ⁽¹⁰⁴⁾. Tali compiti, pertanto, possono essere definiti "quasi regolatori" ⁽¹⁰⁵⁾ e la funzione sottesa, senza esatta definizione di condizioni e modi di esercizio certi, rischierebbe di restare banalizzata. Al fine di rispondere a tale deficit gli enti locali avrebbero in ogni caso vari mezzi idonei a predisporre gli interventi regolativi nel mercato del servizio pubblico di riferimento, quali, la disciplina della gara,

⁽⁹⁹⁾ G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005, 90 e 91.

⁽¹⁰⁰⁾ G. VACIAGO, Intervento in F. KOSTORIS PADOA SCHIOPPA (a cura di), *Le Autorità indipendenti e il buon funzionamento dei mercati*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2002, 229.

⁽¹⁰¹⁾ G. PIPERATA, op. cit., 91-92, secondo cui in tale direzione si muovono alcune disposizioni contenute nella riforma, le quali lasciano intendere che all'ente locale spettano poteri di regolazione sia propri sia esercitabili in via sussidiaria. I primi sono previsti dall'art. 35, comma 14, l. n. 448/2001, il quale definisce i nuovi compiti degli enti locali, nel senso che questi, anche in forma associata, individuano gli standard di qualità delle prestazioni e determinano le modalità di vigilanza e controllo delle aziende esercenti i servizi pubblici, in un quadro di tutela prioritaria degli utenti e dei consumatori. Esistono poi altre disposizioni introdotte dalla riforma che, invece, legittimano un ulteriore intervento regolativo da parte dell'ente locale, ma soltanto in via sostitutiva, nel caso cioè che l'Autorità di settore competente non eserciti i poteri regolatori in prima battuta affidatigli dalla legge.

⁽¹⁰²⁾ G. PIPERATA, op. cit., 93, secondo cui gli interventi di regolazione degli enti locali hanno in concreto più la funzione di programmare in via amministrativa i livelli di offerta dei servizi pubblici, che quella di regolare i mercati di riferimento in modo da assicurare condizioni favorevoli di incontro tra domanda e offerta.

⁽¹⁰³⁾ F. MERUSI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in Id., *Le leggi del mercato*, Bologna, 2002, 59.

⁽¹⁰⁴⁾ F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali. Contendibilità del mercato e impresa pubblica*, Torino, 2004, 123.

⁽¹⁰⁵⁾ B. BOSCHETTI, *La tutela degli utenti. Commento all'art. 35 della legge n. 448/2001*, in A. TRAVI (a cura di), *Le nuove leggi civili commentate*, 2003, 100-113.

l'organizzazione della prestazione e soprattutto la definizione del contratto di servizio ⁽¹⁰⁶⁾. A tal proposito, il ruolo svolto dall'ente territoriale in rapporto alla determinazione del contenuto del contratto di servizio farebbe emergere l'avvenuta trasformazione delle amministrazioni locali da soggetti produttori a regolatori del servizio pubblico ⁽¹⁰⁷⁾. Anche alla luce di tali considerazioni, resta comunque il dato obiettivo che il legislatore nazionale si è riservato il ruolo di "regolatore forte" ⁽¹⁰⁸⁾, soprattutto con riferimento al settore dei SIEG ed ha avocato a sé l'esercizio della funzione pro-competitiva provvedendo ad indicare le linee della relativa regolamentazione disconoscendo agli enti territoriali un ruolo attivo nel processo di liberalizzazione dei servizi pubblici locali ed attribuendo loro competenze effettive solo con riferimento alla tutela degli utenti.

Sul versante della domanda di servizio, invece, è possibile esaminare le competenze riconosciute all'ente territoriale in ordine alla valutazione dei bisogni della collettività e financo estrapolare una definizione di servizio pubblico locale incentrata al soddisfacimento delle esigenze manifestate da un insieme qualificato di soggetti del quale l'ente territoriale sia giuridicamente che politicamente responsabile, funzionale alla realizzazione del benessere socio-economico con conseguente valorizzazione dell'autonomia decisionale degli enti ⁽¹⁰⁹⁾, anche se la limitazione territoriale osta allo sfruttamento dei meccanismi connessi alle economie di scala, specie per quei servizi a maggiore vocazione industriale o che presentano rendimenti crescenti dall'allargamento del mercato di riferimento. Per risolvere questo problema, infatti, la l. n. 142 e con essa la legislazione di settore ha moltiplicato gli strumenti legali per attuare forme di cooperazione tra più enti nella gestione associata dei servizi locali in modo da definire ambiti territoriali più adeguati alla natura industriale dei servizi. Posto che l'attività di servizio pubblico svolta dall'ente locale si pone in funzione di strumentalità rispetto al soddisfacimento delle esigenze della comunità di riferimento occorre capire come valutare le domande degli utenti ⁽¹¹⁰⁾. Il parametro di stima non può essere solo quello economico, ma deve

⁽¹⁰⁶⁾ F. BRUNETTI, F. SCANZANO, *L'Ente pubblico come regolatore. L'evidenza pubblica, il contratto di servizio, le carte dei servizi*, in *Analisi economica e metodo giuridico. I servizi pubblici locali*, Milano, 2003, 167 ss.

⁽¹⁰⁷⁾ A. MOZZATI, *Il contratto di servizio nell'ordinamento comunitario*, in *Econ. Dir. terz.*, 2003, 729; G. NAPOLITANO, *Regolazione e programmazione nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali?*, in *Riv. Giur. Quadr. Pubbl. serv.*, 2002, 25.; A. ROMANO TASSONE, *Il contratto di servizio*, in *Dir. Trasp.*, 1998, 613 ss.

⁽¹⁰⁸⁾ Peraltro, secondo Corte Cost. nn. 29 e 80/2006, le regole dettate dal legislatore in tema di proprietà delle reti, di organizzazione e di erogazione dei s.p.l. costituiscono esercizio della potestà legislativa statale in materia di tutela della concorrenza. La legittimità costituzionale viene ravvisata nell'operatività dei principi di proporzionalità e ragionevolezza rispetto al promuovimento della concorrenza.

⁽¹⁰⁹⁾ A. PERICU, *Imprese e obblighi di servizio pubblico. L'impresa di gestione dei servizi pubblici locali*, Milano, 2001.

⁽¹¹⁰⁾ M. VOLPE, *Domanda di servizi pubblici e preferenze fiscali*, in *Politica ed economia*, 1986, 44 ed anche C. MARCHESE, *La domanda di servizi pubblici locali: una rassegna dei metodi di misurazione*, in *Il nuovo governo locale*, 1989, 21.

essere ispirato al principio di parità di trattamento ed uniformità dell'offerta ⁽¹¹¹⁾. La funzionalità al soddisfacimento di un interesse sociale, di sviluppo economico e civile della collettività di riferimento comporta una valutazione circa la sufficienza del mercato a provvedervi. Ne consegue che non possa esservi servizio pubblico quando l'ente locale così qualifica un certo servizio al solo fine di adottare soluzioni organizzative attraverso cui conseguire una maggiore efficienza economico-patrimoniale. In tali ipotesi, la fattispecie cui fare riferimento costringe però l'ente locale a muoversi sul mercato in piena parità con gli operatori economici. Il servizio pubblico locale è quindi caratterizzato dall'essere fornito alla collettività di riferimento e dalla natura pubblica del soggetto che lo assume come doveroso, definendone previamente i caratteri.

Il diritto europeo impone di guardare ai servizi pubblici nell'ottica di tutte le attività economiche e l'insieme delle disposizioni e dei principi di livello comunitario delineano un quadro normativo generale pro-concorrenziale cui il legislatore nazionale non può prescindere. L'intervento pubblico deve essere improntato al raggiungimento di equilibri concorrenziali efficienti ⁽¹¹²⁾ ed il perseguimento deve essere adeguato alle singole condizioni del mercato. In presenza di monopoli necessari o naturali l'intervento pubblico dovrà assicurare comunque un certo grado di concorrenzialità, mentre nei mercati in cui vi è una sufficiente presenza di operatori l'intervento dovrà limitarsi al mantenimento e al controllo delle condizioni concorrenziali già in atto in modo vincolato al rispetto delle regole di diritto comune e dei principi generali afferenti le libertà economiche. L'ente territoriale in parte qua assumerà il ruolo di garante del mantenimento delle condizioni di concorrenza e di eventuale ripristino; in tal caso la gestione diretta, seppure possibile dovrà essere considerata residuale poiché l'ente dovrà privilegiare la via della regolazione in virtù del fatto che l'ordinamento europeo postula la tendenziale scissione tra attività di gestione e di regolazione. I principi europei vincolano anche l'attività di regolazione dell'ente locale, sia sotto il profilo metodologico della scelta degli strumenti che sotto quello teleologico dell'individuazione dei fini, tanto che gli strumenti della regolazione devono essere caratterizzati dal più basso coefficiente di ingerenza e quindi l'attività di regolazione dell'ente deve tendere a garantire l'efficiente allocazione delle risorse (necessaria stimolazione della concorrenza nel mercato o per il mercato e garanzia di condizioni di parità tra le imprese operanti). A ben vedere, tuttavia, anche se il diritto europeo privilegia la ricerca

⁽¹¹¹⁾ F. CAVAZZUTI, G.G. MOGLIA, *Regolazione, controllo e privatizzazioni nei servizi di pubblica utilità*, in *Economia italiana*, 1994, 4 e ss.

⁽¹¹²⁾ G. CORSO, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Riv. Giur. Quad. serv. Pubb.*, n. 1/1999, 7 e ss.

dell'attuazione della concorrenza nel mercato, occorre ricordare che nel settore dei servizi pubblici locali, la stessa risulta difficilmente perseguibile atteso che ci si trova dinanzi a mercati caratterizzati dalla presenza di monopoli naturali con scarsa possibilità di elusione attraverso il ricorso alla separazione verticale delle attività di produzione, trasmissione e distribuzione del servizio poiché consente di circoscrivere gli effetti del monopolio naturale ai soli segmenti di cui questo è caratteristico. E' per tali ragioni che la concorrenza per il mercato consente di trasferire la competizione dalla fase operativa a quella propositiva del mercato, sostituendo la concorrenza ex post con quella ex ante ⁽¹¹³⁾. La creazione di competizione solo a monte è ammissibile solo nelle ipotesi caratterizzate da assetti che privilegiano e premiano l'efficacia derivante dall'attività di un'unica impresa rispetto a forme di compresenza di più imprese all'interno del singolo mercato. In tali casi, l'ordinamento europeo consente di predisporre forme di concorrenza per il mercato in vista della garanzia di adempimento degli obblighi di servizio pubblico ⁽¹¹⁴⁾.

3. I CONCETTI DI SIEG E S.P.L. NEL DIRITTO EUROPEO E NAZIONALE.

3.1. La disciplina nazionale.

I processi di riforma del diritto comunitario e nazionale in senso pro-concorrenziale e le dinamiche proprie dell'economia di mercato pongono l'interprete dinanzi ad un mutamento di prospettive che investe ormai da un decennio il settore dei servizi di interesse economico generale, per garantire sempre più l'economicità della loro gestione e lo sviluppo delle relazioni tra i soggetti economici. Tali mutamenti si riverberano sul complesso quadro di regole poste a garanzia delle attività necessarie alla loro erogazione e per ridefinire gli ambiti di intervento rimessi al potere pubblico. Ciò determina la duplice esigenza di approfondire la conoscenza degli istituti nazionali rilevanti e le dinamiche proprie di ciascun mercato nazionale che compone un tratto del più ampio e generale mercato comune europeo ⁽¹¹⁵⁾. Nel mezzo sta il diritto comunitario che, incessantemente (e

⁽¹¹³⁾ E. CHADWICK, *Results of different principles of legislation and administration in Europe, of competition for the field, as compared with competition within the field of service*, *Royal Sta., Journal*, n. 381, 1859, concetto poi ripreso da H. DEMSETZ in un articolo dal titolo *Why regulate utilities?*, in *The Journal of Law and Economics*, April, 1968.

⁽¹¹⁴⁾ In tal senso anche AGCM, atto di segnalazione AS-222 del 9 novembre 2001, in Bollettino dell'Autorità, n. 43/2001.

⁽¹¹⁵⁾ G. F. FERRARI, *Servizi pubblici locali e autorità di regolazione in Europa*, Bologna, 2010, 7 e ss.

a volte difficoltosamente) prosegue la propria opera di unificazione e di omologazione delle regolazioni. Ecco che emerge allora la *ratio* dell'esame comparatistico: rendere conoscibili le regole e i meccanismi dei singoli mercati nazionali al fine di attivare sinergie e correzioni consustanziali all'approdo finale del "*mercato unico europeo*" dei servizi di interesse generale. Prima di affrontare nel dettaglio la disciplina pro-concorrenziale nel settore dei SIEG, nella prospettiva comunitaria, occorre chiarire portata e nozione di servizio di interesse economico generale anche nel raffronto con la nozione di servizio pubblico locale ⁽¹¹⁶⁾. Secondo l'impostazione comunitaria ⁽¹¹⁷⁾, "*i servizi di interesse economico generale svolgono una funzione fondamentale in tutti gli Stati membri, i quali, in assenza di normative comunitarie specifiche, dispongono di una grande libertà per quanto riguarda la definizione della natura e portata dei "servizi pubblici" che essi intendono assicurare, in funzione delle loro scelte politiche. Per numerosi servizi di interesse economico generale, le autorità locali sono di norma in una posizione migliore per definire i bisogni dei cittadini*". Nell'ordinamento comunitario non vi è il testuale utilizzo, se non in via marginale, della locuzione "*servizi pubblici*", e ricorrono espressioni quali "*servizi di interesse economico generale*" e "*servizi universali*", ovvero richiami a requisiti e garanzie cui è tenuto il prestatore di tali servizi, oppure ad "*obblighi di servizio pubblico*" ⁽¹¹⁸⁾. L'influenza comunitaria ha inciso sullo stesso contenuto e sulla definizione sostanziale di servizio pubblico, tanto che attenta dottrina si è chiesta se da ciò non dovesse desumersi una nozione ampia di servizio pubblico, comprendente tutte le attività svolte da qualsiasi soggetto, riconducibili ad un ordinamento di settore, sottoposte cioè a controllo, vigilanza o mera autorizzazione da parte di un'amministrazione pubblica ⁽¹¹⁹⁾. Oggi, anche in seguito a importanti pronunce giurisprudenziali interne ⁽¹²⁰⁾, i servizi pubblici non possono essere visti esclusivamente come attività imprenditoriali da regolare alla stregua della sola tutela della concorrenza, anche quando

⁽¹¹⁶⁾ Cfr. G. CORSO, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Rivista quadr. servizi pubblici*, 1999, 8 e ss.

⁽¹¹⁷⁾ Cfr. il documento della Commissione UE del 12 novembre 2002, in materia di servizi di interesse generale e aiuti di Stato, in www.eur-lex.europa.eu.

⁽¹¹⁸⁾ Cfr. F. MODERNE, G. MARCOU, (a cura di), *L'idée de service public dans le droit des États de l'Union Européenne*, Paris, 2001, nonché B. MAMELI, *Servizio pubblico e concessione*, Milano, 1998; A. MASSERA (a cura di), *I servizi pubblici in ambiente europeo*, Pisa, 2004.

⁽¹¹⁹⁾ F. CARINGELLA, *I servizi pubblici*, in *Corso di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2003, 276 e ss.; V. CERULLI IRELLI, *La giurisdizione esclusiva e i servizi pubblici*, in *L'evoluzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, Atti del XLIX Convegno di Varenna, Milano, 2004, 281 e ss.; F. CINTIOLI, *La nuova giurisdizione esclusiva e le controversie risarcitorie*, in V. CAIANELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2004, 238-249. In giurisprudenza, Cons. Stato, Ad. Gen., 12 marzo 1998, n. 30/98, in *Foro it.*, 1998, III, 350 e ss. con nota di A. ROMANO; cfr. però Cass. civ., Sez. Un., 12 novembre 2001, n. 14032, in *Giust. civ. Mass.* 2001, 1910.

⁽¹²⁰⁾ Cfr. Corte cost. 6 luglio 2004, n. 204, *Ragiusan* 2004, 248, 48 e Corte cost. 27 luglio 2004, n. 272, in *Foro it.* 2005, I, 2648.

sono servizi di rilevanza economica; in altre parole la concorrenza vale anche per i servizi pubblici ma non esaurisce, di per sé, la relativa disciplina. Quindi, se i servizi pubblici non possono essere visti solo come attività imprenditoriali da regolare alla stregua della tutela della concorrenza, possono e debbono essere contraddistinti da elementi ulteriori rispetto ai programmi e controlli amministrativi nei confronti delle normali attività economiche. Tali elementi si sostanziano in un ruolo istitutivo e/o organizzativo del servizio pubblico da parte della pubblica amministrazione (ancorché la gestione possa essere sempre di più opera di privati incaricati) al fine di assicurare la presenza ed il risultato a vantaggio della collettività, e ciò anche con riguardo ai principi comunitari, per i quali i più recenti atti che provengono dalle istituzioni europee lasciano comprendere che l'erogazione dei servizi di interesse economico generale non si risolve solo nello svolgimento di un'attività economica da regolare, ma nell'espletamento di un'attività per la quale le pubbliche amministrazioni, e prima il legislatore, possono provvedere affinché sia condotta in base a principi e condizioni che consentano di assolvere i compiti cui l'attività stessa è finalizzata, ed inoltre, che tale attività di servizio pubblico può essere organizzata con il settore privato o affidata a imprese pubbliche o private ⁽¹²¹⁾. Sembra chiaro quindi che, anche in base al diritto europeo, il servizio pubblico o di interesse economico generale non è qualsivoglia attività economica di prestazione di servizi, ma è quella rispetto alla quale la pubblica amministrazione svolge un ruolo di istituzione e/o organizzazione, fermo restando che il servizio ben può essere gestito da soggetti privati. In ogni caso, una eventuale liberalizzazione “*spinta*” di determinate attività di prestazione di servizi determinerebbe una fuoriuscita dal contesto dei servizi pubblici verso programmi pubblici o autorizzazioni in funzione di controllo o a regolazioni in ordinamenti di settore ⁽¹²²⁾.

3.2. La disciplina europea

Nell'ordinamento europeo non v'è una definizione di servizio pubblico di rilevanza economica, e la locuzione SIEG è definita sotto il profilo finalistico. Le norme richiamano la specifica missione affidata alla loro erogazione (art. 106, par. 2 TFUE), il ruolo degli stessi nella promozione della coesione sociale e territoriale (art. 14 TFUE), l'esigenza di perseguire un alto livello di qualità,

⁽¹²¹⁾ G. CAIA, *I servizi pubblici nell'attuale momento ordinamentale*, in *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, Napoli, MMVII, 150 e ss.

⁽¹²²⁾ G. CAIA, *op. cit.*, secondo cui si verterà in tal caso in servizi di pubblica utilità e non più in servizi pubblici, 153 e ss.

sicurezza e accessibilità economica, l'accesso universale e i diritti degli utenti (art. 1 Protocollo n. 26 al TFUE). Inoltre, secondo la CGUE, i SIEG, in base all'ordinamento comunitario, possiedono un carattere specifico rispetto a quello di altre attività della vita economica, in quanto si riferiscono a servizi di natura economica, che in virtù di un criterio di interesse generale, gli Stati membri o la Comunità assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico che si risolvono in prestazioni che un'impresa, ove considerasse il proprio interesse commerciale, non si assumerebbe o non assumerebbe nella stessa misura o alle stesse condizioni ⁽¹²³⁾. Secondo una parte della dottrina, non sarebbe coesistente alla nozione di SIEG che i servizi che ne formano oggetto siano immediatamente rivolti agli utenti, ma sarebbe sufficiente che la loro prestazione risponda finalisticamente a bisogni collettivi della società (cittadini, gruppi sociali, imprese), e pertanto sembra più coerente ritenere che la nozione comunitaria di SIEG non solo racchiuda in sé, senza peraltro esaurirsi in essa, la nozione interna di servizio pubblico, ma ricomprenda anche le attività sottoposte a programmi pubblici o autorizzazioni in funzioni di controllo o a regolazioni in ordinamenti di settore, come nel caso dei servizi di pubblica utilità, di cui alla legge 14 novembre 1995, n. 481 ⁽¹²⁴⁾. Attorno ai servizi di interesse generale si discute, in ogni caso, sia a livello nazionale che transnazionale, sin dalla nascita delle Istituzioni europee. Si manifesta, costante, la tensione tra l'aspirazione tutta europea all'affermazione di sistemi autenticamente concorrenziali e la volontà degli Stati membri di salvaguardare spazi di influenza nel proprio mercato interno, per garantire l'erogazione di servizi di qualità a prezzi contenuti. I servizi di interesse generale designano attività soggette ad obblighi specifici di servizio pubblico proprio perché considerate di interesse generale da parte delle autorità pubbliche. Sotto questa voce si ritrovano sia attività di servizio non economico (sicurezza, protezione sociale, scuola, giustizia) che attività di servizio cosiddette di interesse economico generale. I servizi di interesse economico generale, quindi, sono una specie del *genus* servizi di interesse generale; si tratta di servizi resi nell'ambito di un mercato concorrenziale nel quale operano sia soggetti privati che pubblici. Per la loro struttura si pongono a cavaliere tra le attività economiche da gestire secondo i canoni dell'efficienza e nell'ambito di un contesto competitivo, e le attività non economiche da gestire in funzione dell'interesse generale ed in vista di obiettivi di coesione sociale o territoriale e di equità redistributiva. Nel caso in cui l'attività non venga presa in considerazione da alcuna disciplina normativa ovvero nelle ipotesi in cui la disciplina non miri a renderne diverso l'esercizio in vista di

⁽¹²³⁾ CGUE, 10 dicembre 1991, in causa C-179/90, *Merci convenzionali Porto di Genova*, in *Foro it.*, 1992, IV, 489.

⁽¹²⁴⁾ M. CALCAGNILE, *Monopolio e privativa di fronte alla tutela della concorrenza*, in *Giustamm.it*, 2015, par. 3.

interessi generali, ma sia diretta a far sì che tale esercizio non si svolga in contrasto con le esigenze di interesse generale, non si può parlare di SIEG (es. la tutela dell'ambiente, della salute, dell'incolumità pubblica). A partire dalla seconda metà degli anni ottanta, alcuni settori che tradizionalmente forniscono servizi di interesse economico generale, sotto la spinta comunitaria si sono progressivamente aperti alla concorrenza; gli esempi più evidenti si rinvengono nei settori dei trasporti, dell'energia, delle telecomunicazioni, dei servizi postali. L'Unione europea promuove i c.d. “*servizi universali*”, che discendono da una liberalizzazione graduale, accompagnata da misure di tutela dell'interesse generale volte a garantire l'accesso a servizi in equilibrio tra qualità e prezzo, indipendentemente dalla situazione economica, sociale o geografica di ciascun utente. L'organizzazione di questi servizi è sostanzialmente rimessa agli Stati membri e quindi varia in base alle tradizioni culturali, alla storia ed alla conformazione geografica di ciascuno Stato membro e in relazione allo sviluppo delle tecnologie. Come si desume agevolmente da quanto sopra riferito, il riconoscimento dei servizi di interesse generale nel mercato comune è complesso, attese le diverse modalità di gestione dei servizi a seconda delle tradizioni degli Stati membri. Ciò posto, l'UE ha considerato per lungo tempo i SIEG solo da un punto di vista normativo, riconoscendo che la fornitura degli stessi poteva discostarsi anche di molto dalle regole di libera concorrenza. Il precipitato di tale evoluzione che ha interessato ed interessa il settore in senso generale, si ritrova oggi nel Trattato di Lisbona, e segnatamente nel protocollo sui servizi di interesse generale aggiunto ai Trattati istitutivi, che innova la materia e fornisce alcune precisazioni sulla protezione dei SIEG a livello europeo. Esso riconosce il ruolo e il potere discrezionale delle autorità nazionali nella gestione dei SIEG, la diversità degli stessi a seconda delle zone geografiche e delle diverse culture, l'alto livello di qualità, la parità di trattamento degli utenti e l'accesso universale ai SIEG ⁽¹²⁵⁾. I servizi di interesse generale di natura non economica e, più genericamente, i servizi che non incidono sugli scambi intracomunitari, non sono invece soggetti a norme europee in materia di concorrenza ed aiuti di Stato. I servizi di interesse economico generale, che pure sono espressamente menzionati nel Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea sia all'art. 106 par. 2 che all'art. 14, non ricevono alcuna espressa definizione né nelle richiamate disposizioni né in alcun atto di diritto derivato e l'individuazione del significato del termine servizio di interesse economico generale è stata per lungo tempo affidata alle pronunce della

⁽¹²⁵⁾ Il trattato di Lisbona ha creato inoltre una nuova base giuridica che consente alle istituzioni europee di adottare regolamenti relativi alla gestione dei SIEG. Infatti, l'articolo 14 del TFUE specifica che il Consiglio e il Parlamento possono stabilire i principi e le condizioni concernenti l'esecuzione e il finanziamento dei SIEG.

Corte di Giustizia ⁽¹²⁶⁾. Secondo autorevole dottrina, peraltro, la norma di cui al par. 2 dell'art. 106 TFUE rappresenta oggi lo strumento naturale di contemperamento tra tutela della concorrenza ed erogazione dei servizi di interesse economico generale ⁽¹²⁷⁾. A partire dalla seconda metà degli anni novanta, la Commissione europea ha prestato sempre maggiore attenzione al settore ed ha adottato una Comunicazione sui Servizi di interesse generale nel 1996, integrata e modificata nel 2001 ⁽¹²⁸⁾. Successivamente il tema è stato ripreso nel Libro Verde sui Servizi di interesse generale del 2003 ⁽¹²⁹⁾ e nel successivo Libro Bianco del 2004 ⁽¹³⁰⁾. Emerge un concetto di servizi di interesse economico generale riconducibile a servizi di natura economica che la pubblica autorità identifica essere di particolare importanza per i cittadini (criterio dell'interesse generale) e che con ogni probabilità non sarebbero realizzati o al più sarebbero realizzati a condizioni diverse, se non ci fosse l'intervento pubblico. È proprio questa la motivazione per la quale gli Stati membri e l'Unione Europea assoggettano tali attività a specifici obblighi di servizio pubblico. Quanto ai principi comunitari, in materia di SIEG trovano attuazione, in quanto direttamente applicabili negli ordinamenti degli Stati membri, i principi comunitari in tema di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, seppur con le limitazioni derivanti dal rispetto degli obblighi di pubblico servizio. Ciò posto, in un approccio comparatistico occorre necessariamente individuare un filo conduttore da cui muovere nell'analisi e nel raffronto dei singoli sistemi di servizi presenti negli ordinamenti statuali presi a riferimento. Il profilo di gran lunga più importante e delicato nell'organizzazione, gestione ed erogazione di un servizio è sicuramente *“il profilo economico”* e quindi del *“finanziamento”* del servizio, atteso che la domanda di servizi *“sempre più includenti ed efficienti”* genera un aumento costante dei costi di mantenimento e di erogazione e quindi - nel medio periodo - problemi di sostenibilità economica (ulteriormente esacerbata quando i finanziamenti sono esclusivamente pubblici e come accaduto di recente, la crisi dei debiti sovrani non permette ulteriori esposizioni e

⁽¹²⁶⁾ Cfr. a tal proposito, Corte di giustizia UE, 18 giugno 1998, C-35/96, Commissione c. Italia e Commissione europea, comunicazione del 26 settembre 1996 e del 19 gennaio 2001, in tema di servizi di interesse generale, in www.curia.europa.eu.

⁽¹²⁷⁾ D. GALLO, *L'art. 106 § 2 TFUE quale deroga antitrust atipica*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico della concorrenza*, Napoli, 2013, 118.

⁽¹²⁸⁾ In www.eur-lex.europa.eu, *I servizi di interesse generale in Europa, Documento della Commissione europea n. 2001/C 17/04*.

⁽¹²⁹⁾ In www.eur-lex.europa.eu, *Libro verde della Commissione delle Comunità europee*, Bruxelles, 21 maggio 2003, Documento n. COM (2003) 270 definitivo.

⁽¹³⁰⁾ In www.eur-lex.europa.eu, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Consiglio delle Regioni, Libro bianco sui servizi di interesse generale*, Bruxelles, 12 maggio 2004, Documento n. COM (2004) 374 definitivo.

dilazioni temporali da parte dei singoli Stati membri). I singoli Paesi comunitari, pur consapevoli di ciò, faticano a trovare un equilibrio tra apertura del mercato e introduzione dei principi di economicità e salvaguardia delle finalità sociali cui è sottesa l'erogazione dei servizi ⁽¹³¹⁾. Ad aggravare ulteriormente il quadro appena delineato, v'è la tendenza ad ampliare sempre più il catalogo dei servizi per mezzo del criterio della produzione di ricchezza (anche solo potenziale) ⁽¹³²⁾. E' innegabile che le Istituzioni comunitarie abbiano dato nuova linfa alla spinta pro-concorrenziale volta a scardinare i sistemi ancora fortemente chiusi presenti soprattutto a livello di servizi locali minori, e lo abbiano fatto attraverso graduali forme di incentivazione all'apertura dei mercati (incluse privatizzazioni e liberalizzazioni). Ciò nonostante, ci si interroga ancora sull'effettiva efficacia del binomio privatizzazioni-liberalizzazioni, tanto che, a livello comparato non è ancora possibile individuare con sicurezza i modelli di maggior successo, soprattutto se la chiave di volta viene ricercata nell'essenziale prospettiva della soddisfazione dei bisogni dei cittadini-utenti (i servizi incidono sui diritti di cittadinanza e sui diritti primari, per cui richiedono l'interessamento dei pubblici poteri a garanzia di tutela delle fasce c.d. deboli della popolazione ⁽¹³³⁾). L'ordinamento comunitario cerca di bilanciare l'approccio efficientista e "market oriented" con lo sviluppo della dottrina del "servizio universale". A sua volta, però, l'intromissione dei pubblici poteri nelle regole di mercato, sbilancia le reciprocità tra domanda e offerta, e determina reazioni a catena anche di orientamento negativo. La tematica dei servizi pubblici, inoltre, è legata a doppio filo con il principio di sussidiarietà, specialmente nel settore dei servizi pubblici locali, e comporta l'affidamento di una parte rilevante delle regolazioni ai livelli di governo inferiore (con incremento della conflittualità soprattutto in quei Paesi dove il federalismo appare ancora confuso e non ben delineato - come più volte sottolineato, ad esempio, dall'AGCM per il caso italiano – e dove persiste una forte stratificazione tra livelli e competenze, come accade anche per gli ordinamenti spagnolo e tedesco) e delicati problemi di riparto delle competenze tra livelli di governo. Ruolo cardine nel settore dei SIEG è oggi assunto dalle varie Autorità amministrative indipendenti, fiorite nei singoli ordinamenti dei paesi comunitari, seppur con divergenze e differenze anche notevoli per ruolo, autorevolezza, indipendenza e cogenza delle decisioni (di esse si darà conto nei paragrafi dedicati all'analisi dei singoli Stati membri). Dal punto di vista dei soggetti regolati, invece, il profilo essenziale e di maggior

⁽¹³¹⁾ L. CUOCOLO, *I servizi pubblici negli ordinamenti europei*, in *Mercato, concorrenza e politiche sociali*, 2007-2.

⁽¹³²⁾ Cfr. *ex multis*, CGCE, 25 ottobre 2001, C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, in www.curia.europa.eu.

⁽¹³³⁾ C. E. BRUNO e S. MANFREDA, *Diritti inviolabili della persona e globalizzazione economica dei mercati*, in *I diritti della personalità*, S. RUSCICA (a cura di), Padova, Cedam, 2013, 899 e ss.

rilievo concreto riguarda “*l’accesso alle reti*”. La maggior parte dei servizi pubblici necessita infatti di una rete infrastrutturale, che comporta problemi di potenziale duplicazione delle risorse e di garanzie di libero accesso alle reti esistenti, atteso che le stesse sono state per lungo tempo in mano pubblica e (soprattutto) in regime di monopolio. Tutti gli ordinamenti degli Stati membri dettano discipline articolate volte a garantire alle imprese “*new-comers*” la possibilità di accedere alle reti a condizioni non discriminatorie, laddove la duplicazione non sia economicamente vantaggiosa.

Il protocollo n. 26 del TFUE, come anticipato, è dedicato ai SIG, ma non ne definisce il concetto. La Commissione ne ha chiarito quest'ultimo nella sua disciplina di qualità, in cui spiega che si tratta di servizi che le autorità pubbliche degli Stati membri a livello nazionale, regionale o locale considerano di interesse generale e pertanto sono oggetto di specifici obblighi di servizio pubblico (OSP). Il termine riguarda sia le attività economiche che i servizi non economici. Questi ultimi non sono soggetti a una normativa UE specifica né alle norme del trattato in materia di mercato interno e concorrenza. Alcuni aspetti dell'organizzazione di questi servizi possono tuttavia essere oggetto di altre norme generali del trattato, quali il principio di non discriminazione.

Il concetto di SIEG, come anticipato, è utilizzato negli articoli 14 e 106, paragrafo 2, del TFUE e nel protocollo n. 26 allegato al TFUE; tuttavia non viene definito né nel TFUE né nel diritto derivato. Nella sua disciplina di qualità, la Commissione ha spiegato che i SIEG sono attività economiche i cui risultati contribuiscono all'interesse pubblico generale che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento statale (o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di qualità, sicurezza, accessibilità economica, parità di trattamento o accesso universale). Al fornitore incombe un OSP sulla base di un incarico e di un criterio di interesse generale che assicura che il servizio sia fornito a condizioni che gli consentano di assolvere i propri compiti.

La Corte ha stabilito che i servizi di interesse economico generale sono servizi che presentano caratteri specifici rispetto alle altre attività economiche ⁽¹³⁴⁾.

Il concetto può essere applicato a diverse situazioni e condizioni, che variano secondo gli Stati membri, e il diritto dell'UE non crea alcun obbligo di designare formalmente un compito o un servizio di interesse economico generale, fatta eccezione per i casi in cui tale obbligo è previsto dalla legislazione dell'Unione (ad esempio, nei casi dei servizi universali dei settori delle poste e delle

⁽¹³⁴⁾ Causa C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova*, Raccolta 1991, pag. I-5889, punto 27; causa C-242/95, *GT-Link A/S*, Raccolta 1997, pag. I-4449, punto 53 e causa C-266/96, *Corsica ferries France SA*, Raccolta 1998, pag. I-3949, punto 45.

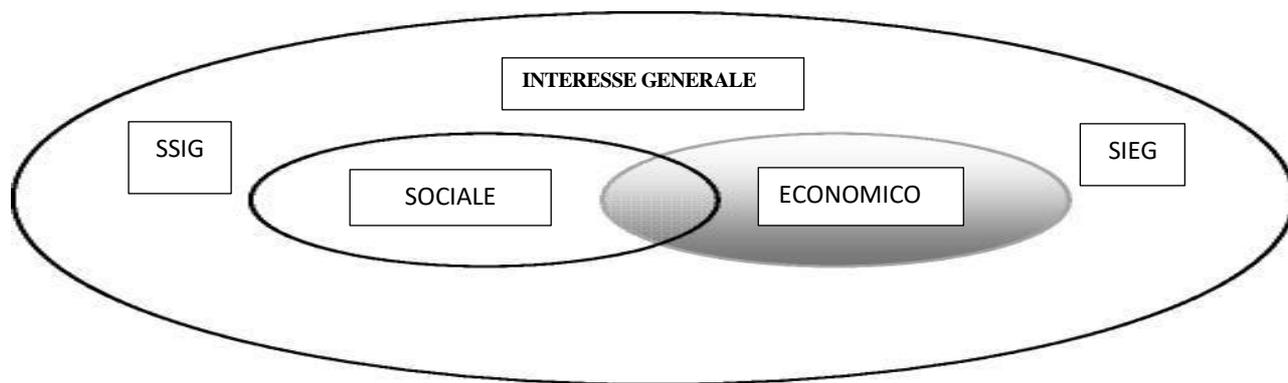
telecomunicazioni). Se il contenuto di un SIEG, vale a dire gli obblighi di servizio pubblico, è chiaramente identificato, non è necessario che il servizio in questione sia denominato "SIEG". Lo stesso vale per la nozione di servizi sociali d'interesse generale (SSIG) di carattere economico.

Il concetto di SSIG non è definito nel TFUE né nel diritto derivato. La comunicazione "Attuazione del programma comunitario di Lisbona: i servizi sociali d'interesse generale nell'Unione europea" (COM(2006) 177 final, 26 aprile 2006), ha individuato, oltre ai servizi sanitari propriamente detti, due gruppi principali di SSIG:

- i regimi obbligatori previsti dalla legge e i regimi complementari di protezione sociale, con vari tipi di organizzazioni (mutue o regimi professionali), che coprono i rischi fondamentali dell'esistenza, quali quelli connessi alla salute, alla vecchiaia, agli infortuni sul lavoro, alla disoccupazione, al pensionamento e alla disabilità;
- gli altri servizi essenziali prestati direttamente al cittadino. Questi servizi, che svolgono un ruolo preventivo e di coesione sociale, forniscono un aiuto personalizzato per facilitare l'inclusione nella società e garantire il godimento dei diritti fondamentali. In primo luogo, essi offrono assistenza ai cittadini confrontati a difficoltà personali o a momenti di crisi (ad esempio indebitamento, disoccupazione, tossicodipendenza, disgregazione del nucleo familiare). In secondo luogo, essi comprendono attività miranti a garantire che gli interessati possano essere completamente reinseriti nella società (riqualificazione e formazione linguistica per gli immigrati) e in particolare nel mercato del lavoro (formazione e reinserimento professionale). Questi servizi completano e sostengono il ruolo delle famiglie nelle cure destinate in particolare ai giovanissimi e agli anziani. In terzo luogo, rientrano nell'ambito di questi servizi le attività che favoriscono l'integrazione delle persone con esigenze a lungo termine a motivo di una disabilità o di un problema sanitario. In quarto luogo, sono compresi anche gli alloggi popolari, che permettono alle persone socialmente svantaggiate o meno avvantaggiate di ottenere un alloggio. Alcuni servizi possono ovviamente comprendere tutte e quattro le dimensioni.
- Anche la disciplina di qualità della Commissione utilizza tale descrizione come riferimento.
- Inoltre, la comunicazione "I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo" ha posto in evidenza gli obiettivi e i principi organizzativi che caratterizzano i SSIG.
- Le due comunicazioni chiariscono che i SSIG possono avere un carattere economico o non economico a seconda dell'attività svolta. In effetti, il fatto che un'attività si configuri come "sociale"

non è di per sé sufficiente per essere esclusa dalla qualificazione di "attività economica" ai sensi della giurisprudenza della Corte. I SSIG di carattere economico sono SIEG.

le autorità pubbliche degli Stati membri, a livello nazionale, regionale o locale, a seconda della ripartizione delle competenze prevista dal diritto nazionale, dispongono di un ampio margine di manovra riguardo alla definizione di quelli che considerano servizi d'interesse economico generale (135). Gli unici limiti sono quelli imposti dal diritto dell'Unione europea e l'errore manifesto di valutazione.



4. CONCORRENZA, LIBERALIZZAZIONI, MONOPOLI: LA GARA “NEL” MERCATO E LA GARA “PER” IL MERCATO.

4.1. Le liberalizzazioni nel settore dei s.p.l.: la tensione tra autorità e libertà.

Con il termine liberalizzazione, ci si riferisce normalmente ad un concetto di politica economica e non ad un termine giuridico o meglio, ad un processo il cui equilibrio è in continua evoluzione ⁽¹³⁶⁾. E' difficile attribuire al concetto un significato univoco, trattandosi di nozione

⁽¹³⁵⁾ Causa T-17/02, *Fred Olsen*, Raccolta 2005, pag. II-2031, punto 216, causa T289/03, *BUPA e altri/Commissione*, Raccolta 2008, pag. II-81, punti da 166 a 169 e causa C-309/04, *TV2*, Raccolta 2008, pag. II-2935, punti 113 e segg..

⁽¹³⁶⁾ M. LUCIANI, *Liberalizzazioni. Il quadro costituzionale nella prospettiva della giurisprudenza*, in E. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Studi in tema di liberalizzazioni*, 11 ss.

ampia ed elastica che include misure tra loro anche molto diverse ⁽¹³⁷⁾. Gli strumenti giuridici per perseguire l'apertura dei mercati alla concorrenza risentono, infatti, di influenze politiche, sociali ed economiche. Il valore sotteso è la libertà di mercato come postulato della crescita economica ⁽¹³⁸⁾, mentre la disciplina amministrativa sarebbe fattore impeditivo della stessa ⁽¹³⁹⁾, da ridurre e limitare, tanto che le liberalizzazioni dovrebbero essere dettate da norme abrogatrici di norme preesistenti, che espungono disposizioni limitatrici della libertà economica; di conseguenza, ciò che viene messo in discussione dalle politiche di liberalizzazione è il rapporto tra autorità e libertà; il limite alla libertà economica è considerato espressione di autorità e la liberalizzazione è un arretramento dell'autorità ⁽¹⁴⁰⁾. La piena *deregulation* non è però del tutto perseguibile per il legislatore e la dialettica tra autorità e libertà (che esprime la tensione tra le ragioni della libertà e quelle dell'autorità), non è solo politica ma anche giuridica, nella misura in cui interseca il fondamento costituzionale dell'organizzazione sociale ⁽¹⁴¹⁾. I servizi pubblici locali di rilevanza economica non rispondono né alla stregua del diritto nazionale né alla stregua del diritto europeo, ad un paradigma puramente economico e rappresentano il principale aspetto di estrinsecazione dell'autonomia politica, e non solo amministrativa, degli enti locali, che viene riconosciuta loro dalla Costituzione repubblicana e dai Trattati (artt. 14 e 106 TFUE e Protocollo n. 26 allo stesso TFUE). A livello europeo, il tema delle liberalizzazioni è trattato, infatti, dall'art. 106, comma 2, del TFUE, per come interpretato dalla Commissione europea e dalla Corte di Giustizia ⁽¹⁴²⁾.

In considerazione dell'importanza di tali servizi nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo decisivo nella promozione della coesione sociale e territoriale, è riconosciuta ampia discrezionalità agli Stati membri in ordine alla individuazione dei servizi che intendono assumere come SIEG, con l'unico limite sindacabile dalle istituzioni europee del c.d. errore manifesto. Ove un determinato servizio sia legittimamente assunto le autorità pubbliche sono sostanzialmente libere di

⁽¹³⁷⁾ S. CASSESE, Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private, in Riv. trim. dir. pubb., 2000, 389 ss.

⁽¹³⁸⁾ M. LIBERTINI, voce Concorrenza, in *Enc. dir., Annali*, vol. III, Milano, 2010, 191.

⁽¹³⁹⁾ R. GIOVAGNOLI, *Liberalizzazioni, semplificazioni ed effettività della tutela*, in giustamm.it; cfr. anche M. D'ALBERTI, *Il diritto amministrativo fra imperativi economici e interessi pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, 51 ss.

⁽¹⁴⁰⁾ M. RAMAJOLI, *Liberalizzazioni, una lettura giuridica*, in *Liberalizzare o regolamentare: il diritto amministrativo di fronte alla crisi*, Milano, 2013, 3 ss.

⁽¹⁴¹⁾ U. POTOTSHING, *I pubblici servizi*, Padova, 1964, 643 ss. Nel diritto dell'economia lo schema cit., è ben rappresentato nell'enunciato dell'art. 41 Cost., nel rapporto tra libertà economica privata e limitazioni derivanti dall'utilità sociale. Oggi anche nell'art. 3, comma 3, TUE, nella parte in cui si prefigura un'economia sociale di mercato.

⁽¹⁴²⁾ G. AMATO, *Il gusto della libertà. L'Italia e l'Antitrust*, Roma-Bari, 1998, 79 ss.

scegliere non solo come organizzarlo, ma anche come gestirlo: concorrenza nel mercato, gara per il mercato, società mista, mancato ricorso al mercato con autoproduzione (*amplius ultra par.*).

Fino all'introduzione dell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008, la disciplina generale dei s.p.l. recata dall'art. 113 TUEL, corrispondeva sostanzialmente al modello europeo (cfr. par. precedente), perché gli enti locali erano liberi di scegliere la forma di gestione. Con la norma sopra richiamata invece il conferimento della gestione doveva avvenire in via ordinaria a favore di imprenditori e società private scelti con gara oppure a favore di società miste con partecipazione minima del privato pari al 40% del capitale (senza che ciò fosse imposto dal diritto europeo), o eccezionalmente con affidamento diretto a società in house con motivazione rafforzata (*amplius ultra par. 6*). La Consulta con la sentenza n. 325/2010 aveva chiarito che la disciplina del 23-bis, seppure non si poneva in contrasto con il diritto europeo, neppure però ne costituiva applicazione necessitata. Si trattava di una disciplina volta a perseguire al massimo grado la concorrenza per il mercato cui fece seguito, dopo il referendum del 2011, la disciplina dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011 ancor più restrittiva e volta a perseguire in via prioritaria la concorrenza nel mercato, seppur difficilissima da realizzare per i servizi a rete. Dopo la sentenza della Corte cost. n. 199 del 20 luglio 2012, è stata restituita agli enti locali la fondamentale facoltà di decidere non solo come organizzare, ma anche come gestire i servizi di rilevanza economica. Questo non significa che la liberalizzazione sia esclusa *ab imis* ma solo che spetta agli stessi di valutare in piena conformità all'ordinamento europeo e agli artt. 41, 43 e 114 Cost., se ed in quale misura l'apertura alla concorrenza di tali servizi osti, in linea di principio o di fatto, alla specifica missione loro affidata, che è pur sempre quella politica e non solo economica di rappresentare le proprie comunità, curarne gli interessi e promuoverne lo sviluppo (cfr. però il capitolo III, par. 2 relativo al nuovo art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 ed i nuovi problemi che emergono in punto di autonomia decisionale degli enti locali in tema).

Chiarito che autonomia di scelta, seppur condizionata nuovamente dal legislatore con la recentissima disposizione di cui all'art. 192 del d.lgs. n. 50/2016 e dal TU partecipate (ma in precedenza anche dal testo del progetto di riforma dei servizi pubblici locali), non significa disinteresse per il tema della tutela della concorrenza e delle liberalizzazioni, occorre chiarire cosa si intende per liberalizzazioni nel settore dei s.p.l. e che possibilità di successo può avere tale strumento.

La liberalizzazione nel settore dei s.p.l. delinea il passaggio da regimi di monopolio naturale o legale a regimi caratterizzati da sussistenza di pluralità di operatori economici pubblici e privati per l'instaurazione di un mercato concorrenziale. La concorrenza non è il fine ultimo delle politiche di

liberalizzazione ma strumento di perseguimento della libertà di esercizio economico privata e del contemporaneo benessere dei consumatori-utenti alla fruizione di migliori servizi a prezzi inferiori (cfr. però il cap. II, par. 2, sulla liberalizzazione dei servizi in Inghilterra –c.d. deregulation– ed i problemi generati nel settore dei t.p.l. e financo nel servizio idrico integrato e la tendenziale volontà di re-regulation, sia da parte dell’utenza dei servizi che da una larga parte della dottrina giuridica inglese).

4.2. La necessità del momento regolatorio nel governo dei s.p.l.

E’ noto come la piena liberalizzazione, in un mercato teorico tendenzialmente perfetto non necessita di alcuna regolazione e determina un assetto di concorrenza perfetta e integrale con contesa “nel” mercato. I *players* hanno tutti parità di armi, pari informazioni e sono lasciati liberi di contendersi il mercato e così pure gli utenti detengono ogni tipo di informazione e sono liberi di scegliere tra i vari operatori. In questo assetto immaginario le risorse sono tendenzialmente infinite e non esistono monopoli. Nel mercato reale, specie in quello dei servizi pubblici, le risorse sono, invece, limitate, sussistono monopoli naturali o di fatto e gli operatori e gli utenti detengono conoscenze e informazioni asimmetriche. In un mercato siffatto se gli operatori sono lasciati completamente liberi di sfidarsi, si generano posizioni monopolistiche, inefficienze, aumento dei prezzi a fronte di investimenti minimi o negativi, disequaglianze ed espulsione dal mercato di operatori che in un mercato opportunamente regolato potrebbero essere competitivi. Gli obiettivi della liberalizzazione devono essere perseguiti attraverso la “*regolazione*”, ossia con un sistema di disposizioni giuspubblicistiche tendenti alla tutela dei *new comers* ed alla *consumer protection*. Nel mercato reale la componente regolatoria è necessaria ed ineliminabile al fine di tutelare la concorrenza e quindi il mercato stesso, sia in senso soggettivo (tutela dei concorrenti) che oggettivo (tutela del mercato e quindi dell’utenza).

Relativamente alla tutela della concorrenza in senso soggettivo, le misure di regolazione pro-concorrenziale si pongono in contrasto con il regime di uguaglianza formale di tutti gli operatori economici che sarebbe instaurato perseguendo la piena liberalizzazione. La regolazione, in tal senso, deve essere asimmetrica ossia deve disciplinare in maniera differente i soggetti dotati di un

significativo potere di mercato rispetto ai nuovi entranti, limitando gradualmente il potere di mercato degli operatori dominanti ⁽¹⁴³⁾.

Si comprende come la regolazione sia attività estremamente difficoltosa da svolgere poiché il soggetto regolatore deve esercitare il proprio imperio con azioni connotate da proporzionalità, ragionevolezza ed equilibrio, evitando al contempo di eccedere o desistere dal porre freni e limitazioni agli operatori dominanti ⁽¹⁴⁴⁾.

Per quanto attiene alla tutela in senso oggettivo, la liberalizzazione dei SIEG deve sempre essere accompagnata da misure di tutela dell'interesse generale, in ossequio al perseguimento dei principi di universalità, economicità, efficienza, efficacia, l'accesso di ciascuno, indipendentemente dalla situazione economica, sociale o geografica, ad un servizio di qualità specificata ad un prezzo abbordabile ⁽¹⁴⁵⁾. La regolazione detta quindi anche una disciplina per assicurare il servizio universale, quale contrappeso della liberalizzazione ⁽¹⁴⁶⁾, e non è un'attività transeunte atteso che il mercato, come può ben desumersi dagli enormi fallimenti che ciclicamente si verificano nell'economia e nella finanza, non è un'entità razionale che tende ad un assetto virtuoso, ma permanente e necessaria sia per la regolazione in senso pro-concorrenziale che per quella volta a perseguire il benessere sociale in un contesto concorrenziale. La liberalizzazione instaura un regime di libertà economica e di uguaglianza formale ma i benefici sono ipotetici e differiti nel tempo, mai scontati. In tal senso, non potendosi aspettare che i presunti benefici si realizzino è l'utilità sociale a definire i confini della libertà economica ⁽¹⁴⁷⁾.

Le coordinate sopra tracciate, se calate nel settore dei s.p.l. di rilevanza economica, divengono ancora più problematiche, come emerso anche dalla disamina in senso diacronico delle norme e delle riforme che si sono susseguite nel settore (cfr. in tal senso par 1 *supra*). All'inizio degli anni novanta, anche

⁽¹⁴³⁾ M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, relazione al Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Torino, 27-29 ottobre 2011, in associazionedeicostituzionalisti.it, 52. La concorrenza ha una complessa relazione con la libertà economica perché per un verso ne costituisce un profilo, nel senso che ogni singolo operatore ha interesse a entrare in un mercato, per l'altro ne costituisce un limite, nel senso che si contrappone all'interesse a escludere gli altri competitori vantato da chi su quel mercato è un *incumbent*.

⁽¹⁴⁴⁾ Cfr. in tal senso Cons. Stato, Sez. VI, 14 giugno 2006, n. 3501, secondo cui sono ritenute illegittime le misure che creano una asimmetria ai danni di taluni operatori incisi nella loro libertà di azione, non giustificata sul piano della ragionevolezza e della proporzionalità, dal presupposto di comportamenti abusivi, scorretti o anche solo sintomatici di una distorsione speculativa del funzionamento del mercato.

⁽¹⁴⁵⁾ Comm. Eu. Libro verde sui servizi di interesse generale, 21 maggio 2003, COM(2003), 270 definitivo, par. 5.

⁽¹⁴⁶⁾ M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 80 ss.

⁽¹⁴⁷⁾ M. RAMAJOLI, *op. cit.*, *passim*.

per via dell'istituzione di AGCM e nell'ottica di perseguimento della liberalizzazione secondo il modello europeo dei grandi servizi a rete, si era impressa una spinta liberalizzatrice che si è poi successivamente attenuata anche alla luce di errori, incertezze e ripensamenti del legislatore. Tale spinta liberalizzatrice, complici anche le difficoltà strutturali del comparto, ha finito per focalizzarsi più sulla "privatizzazione" che sulla "liberalizzazione". La struttura, come noto, è connotata da monopoli naturali e infrastrutture non immediatamente duplicabili che limitano le possibilità di scelta di apertura dei servizi "nel mercato". La scelta dunque si ripiega su di un simulacro di concorrenza caratterizzato dalla gara "per il mercato", peraltro in alternativa all'affidamento diretto a una società mista con socio privato operativo scelto con gara a doppio oggetto e quindi alla scelta di un operatore che eserciterà il servizio in regime di monopolio legale. Le misure ascrivibili alla tutela della concorrenza sarebbero, oltre a quelle che aprono l'accesso ai mercati precedentemente chiusi (c.d. concorrenza nel mercato, ossia l'eliminazione di diritti speciali o esclusivi concessi alle imprese), anche le misure che prescrivono la gara per l'aggiudicazione dei contratti pubblici e per l'affidamento dei servizi pubblici e, in collegamento con queste, le disposizioni riguardanti le modalità di gestione dei servizi (concorrenza per il mercato). La concorrenza per il mercato ossia per il monopolio è stata definita però anche una concorrenza parassitaria o fasulla, poiché non è altro se non un simulacro volto a ovviare all'assenza di concorrenza all'interno del mercato ⁽¹⁴⁸⁾.

La concorrenza per il mercato non è l'unica opzione possibile nel settore dei s.p.l., ed in tal senso, l'AGCM, in una segnalazione del 1999, aveva precisato che il legislatore, ogni qual volta ciò fosse stato possibile per caratteristiche territoriali, economiche e geomorfologiche, avrebbe dovuto seguire la concorrenza nel mercato, consentendo l'ingresso di una pluralità di operatori disposti a offrire il servizio in condizioni competitive, previa una semplice autorizzazione amministrativa ⁽¹⁴⁹⁾. La direzione indicata da AGCM era assunta dal legislatore ben dodici anni dopo, con l'art. 4 comma 1 del d.l. n. 138/2011, che poneva la liberalizzazione come primo tentativo da effettuarsi nella parte in cui affermava che gli enti locali, nel rispetto dei principi di concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi, verificano la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica liberalizzando tutte le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità e accessibilità del servizio e limitando, negli altri casi,

⁽¹⁴⁸⁾ F. MERUSI, La regolazione dei servizi di interesse economico generale nei mercati (parzialmente) liberalizzati: una introduzione, in E. Bruti Liberati e F. Donati (a cura di), La regolazione dei servizi di interesse economico generale, Torino, 2010, 1 ss.

¹⁴⁹ AGCM, segnalazione AS 182, 21 ottobre 1999 e AS 222, 8 novembre 2001, in agcm.it

l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità ⁽¹⁵⁰⁾. Secondo la norma cit., se l'ente locale decideva di sottrarre alla liberalizzazione un dato settore, l'individuazione del gestore unico doveva avvenire con una gara per il mercato, limitando a ipotesi eccezionali gli affidamenti *in house* e comunque cercando di favorire l'effettuazione delle aste competitive, sia con la premialità finanziaria, sia come elemento di valutazione all'interno del nuovo patto di stabilità interno. Per il legislatore la scelta per la privatizzazione (concorrenza per il mercato), ha continuato a rimanere dominante rispetto all'avvio di un serio processo di liberalizzazione ⁽¹⁵¹⁾. La complessiva impostazione data dal legislatore al tema dei servizi pubblici locali di rilievo economico, elude la dimensione di utilità sociale caratteristica di quei servizi e così facendo espone la politica di liberalizzazione a svariate forme di resistenza, come avvenuto sino ad oggi con le riforme (o meglio con i tentativi di riforma che si sono susseguiti prima e dopo il referendum del 2011). La liberalizzazione, oltre ad assicurare la libertà formale degli operatori economici, deve comportare anche il soddisfacimento dell'interesse generale della collettività e non è affatto scontato che ciò accada. Il vero problema è l'individuazione dei motivi imperativi di interesse generale e del modo e del grado del loro bilanciamento con la libertà economica. In tal senso, in generale è noto come liberalizzare una attività significa affrancarla dai poteri amministrativi di conformazione e controllo cui non si accompagna alcun tipo di regolazione, dominando l'idea di equilibrio dell'ordine spontaneo del mercato, tanto che in questo tipo di liberalizzazione si pone la dialettica tra libertà economica e utilità sociale sotto forma di dilemma. Nella materia dei servizi pubblici locali, tale forma di liberalizzazione priva di regolazione è del tutto improponibile e deve essere rigettata. Il rinvio fatto dalla disciplina europea ai motivi imperativi d'interesse generale comporta per il legislatore interno che intenda liberalizzare, un'attenta riflessione sulla sacrificabilità o meno delle esigenze di utilità sociale che presiedono alle limitazioni esistenti. In tal senso, i principi sottesi all'esercizio dei servizi pubblici, sia europei che nazionali, unitamente

⁽¹⁵⁰⁾ Per un commento a tale norma, cfr. G. PIPERATA, *La disciplina dei servizi pubblici locali negli ultimi interventi legislativi di stabilità economica*, in *Giorn. dir. amm.* 2012, 28 ss.

⁽¹⁵¹⁾ M. RAMAJOLI, op. cit., 12., secondo cui il legislatore ha addirittura dimostrato di volersi disinteressare del tutto di tale processo di selezione, arrivando a demandare alle Regioni il problema della razionalizzazione delle gestioni esistenti con l'art. 25 del d.l. n. 1/2012, ai sensi del quale le Regioni organizzano lo svolgimento dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica "in ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio. In tal senso, il fallimento del processo di razionalizzazione dimensionale dei servizi locali è già stato dimostrato dall'esperienza della l. 5 gennaio 1994, n. 36 in materia di servizio idrico integrato.

al soddisfacimento dell'interesse generale della collettività, fa emergere che il legislatore non detiene in parte qua uno spazio di discrezionalità assoluta poiché la valutazione deve essere conforme agli stessi ed agli interessi perseguiti.

4.3. Il deficit delle liberalizzazioni: le norme programmatiche e le liberalizzazioni manifesto.

Le esperienze di liberalizzazione del passato dimostrano quanto sia difficile effettuare tale valutazione e ponderazione, tanto che si può affermare come nel campo delle liberalizzazioni, il rapporto tra interesse privato e interesse generale si presenti come un rebus ⁽¹⁵²⁾.

Le caratteristiche che più colpiscono della produzione legislativa recente in tema di liberalizzazioni sono la reiterazione/riproposizione dello stesso disegno di liberalizzazione in testi normativi che si susseguono l'un l'altro a cadenze ravvicinate e la formulazione programmatica ed enfatica delle disposizioni normative, che assumono la valenza di “*liberalizzazioni-manifesto*” ⁽¹⁵³⁾. L'art. 3 del d.l. n. 138/2011, che ha inaugurato la nuova stagione delle liberalizzazioni, dopo aver stabilito la soppressione delle disposizioni normative statali incompatibili con il principio della liberalizzazione delle attività economiche ed elencato una serie di principi, beni e àmbiti che possono giustificare eccezioni in materia, contiene una nutrita tipologia di restrizioni che dovrebbero essere coinvolte dall'effetto abrogativo/liberalizzatore, ma non riportano alcun elemento che consenta di identificare le specifiche restrizioni da limitare.

Il successivo art. 34, comma 2, del d.l. n. 201/2011, emblema delle norme manifesto, stabilisce che *«la disciplina delle attività economiche è improntata al principio di libertà di accesso, di organizzazione e di svolgimento, fatte salve le esigenze imperative di interesse generale, costituzionalmente rilevanti e compatibili con l'ordinamento comunitario, che possono giustificare l'introduzione di previ atti amministrativi di assenso o autorizzazione o di controllo, nel rispetto del principio di proporzionalità»* ed elenca poi alcune tipologie di restrizioni vigenti dichiarandone l'abrogazione: si tratta però di previsione fortemente generica, inidonea a individuare in modo

⁽¹⁵²⁾ M. RAMAJOLI, op. cit., 17.

⁽¹⁵³⁾ Si pensi al d.d.l. costituzionale n. 4144, che mirava a introdurre nel testo dell'art. 41 Cost. la formula secondo cui è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge, ed al successivo art. 3 del d.l. n. 138/2011 secondo cui Comuni, Province, Regioni e Stato avrebbero dovuto adeguare i rispettivi ordinamenti al principio secondo cui l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge, in attesa della revisione dell'art. 41 Cost.

puntuale le disposizioni da eliminare. Inoltre, si sovrappone con le previsioni del d.l. n. 138/2011. Stessa cosa accade con l'art. 1, comma 1, del d.l. n. 1/2012.

Si tratta di norme a carattere enfatico, programmatico e ad indicazione vuota, incapaci di incidere sulla normativa di settore (compito demandato ai successivi quanto incerti regolamenti governativi). La stessa Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi su tali norme (in parte confermandole e in parte censurandole) ha affermato che si tratta di disposizioni che non introducono regole ma previsioni di principio che richiedono ulteriori sviluppi normativi sia da parte del legislatore nazionale che regionale nel rispettivo ambito di competenza ⁽¹⁵⁴⁾. La Consulta ha avallato l'impostazione normativa delle liberalizzazioni programmatiche, atteso che l'unica censura ha riguardato i possibili effetti sull'autonomia legislativa regionale derivanti dall'enorme grado di discrezionalità demandato ai provvedimenti di attuazione governativi ed al loro impatto sulle prerogative regionali. In realtà tale tecnica normativa non sembra affatto risolutiva e fa emergere ancora il dilemma tra utilità sociale e libertà economica, che non sembra però poter essere sciolto con una semplice manifestazione di volontà del legislatore.

In conclusione, si può affermare che il più vistoso deficit delle politiche di liberalizzazione, al netto dei dubbi sullo strumento delle norme-manifesto con delega alla regolamentazione governativa successiva e incerta, è certamente la difficoltà di realizzare gli obiettivi che il legislatore si prefissa attraverso le disposizioni generali. Peraltro, sui SIEG pesa notevolmente anche la gradualità e la prudenza con cui agiscono le istituzioni europee atteso che gli assetti di mercato, per loro natura tendenti alla formazione di monopoli, mal tollerano ritardi e rinvii. Nel settore dei s.p.l., poi, la liberalizzazione nel mercato è tuttora più teorica che reale e le difficoltà paiono enormi e difficilmente sormontabili. Il surrogato della gara per il mercato è appunto un simulacro di concorrenza, non soddisfa appieno neppure nella ipotesi del frazionamento e sino ad oggi non ha dimostrato di affrontare il vero nodo del settore, ossia l'efficienza intesa sia in senso soggettivo (soggetto che eroga il servizio) che oggettivo (erogazione, accessibilità, qualità e soddisfazione dell'utenza).

⁽¹⁵⁴⁾ Corte cost. Sentenza 20 luglio 2012, n. 200.

4.4. La concorrenza per il mercato, le società miste e la c.d. gara a doppio oggetto.

Per quanto riguarda la gara “per” il mercato, un ruolo da sicuro protagonista è assunto dalle c.d. società miste e dalla relativa gara per l’affidamento del servizio (c.d. gara a doppio oggetto), che impegna dottrina e giurisprudenza, sia nazionale che europea da lungo tempo.

Nella gestione dei servizi pubblici locali la scelta del modulo organizzativo della società mista rappresenta un momento di importante affermazione dell’utilizzo di strumenti societari nell’ambito del governo locale. Se, infatti, il fenomeno delle società miste ha caratterizzato in modo sporadico l’attività delle pubbliche amministrazioni sin dagli anni ottanta del secolo scorso, è proprio nel settore dei servizi pubblici locali che esso trova particolare terreno “fertile” di sviluppo, in forza del fatto che risponde con maggiore flessibilità alle esigenze di efficienza ed efficacia dell’azione amministrativa, rispetto ai “classici” strumenti di diritto pubblico di cui dispongono gli Enti Locali e, soprattutto, permette la realizzazione di collaborazioni con soggetti privati capaci di apportare alla pubblica amministrazione risorse economiche e competenze tecniche.

I fenomeni di collaborazione tra soggetti pubblici e privati hanno da diverso tempo attratto l’attenzione delle istituzioni comunitarie. Le ragioni di tale interesse derivano principalmente dall’estensione che il fenomeno ha avuto in molti Stati membri, dove si è assistito (come nel nostro ordinamento) alla nascita di strutture societarie partecipate da soggetti pubblici e privati per la realizzazione di attività le più varie.

La Commissione europea ha in più occasioni incentivato l’utilizzo di tali strumenti di collaborazione, infatti, anche nel periodo recente è stata sottolineata la valenza positiva della collaborazione pubblico-privata. Tra i vari documenti si ricorda, ad esempio, una Comunicazione della Commissione del 19 novembre 2009, concernente «*la mobilitazione degli investimenti pubblici e privati per la ripresa e i cambiamenti strutturali a lungo termine: sviluppare i partenariati pubblico-privato*». Nel documento la Commissione mette in luce i vantaggi che le *partnership* tra pubblico e privato possono portare in via generale all’economia dei Paesi membri. L’efficacia dei modelli è in particolare posta in correlazione con la riduzione delle spese per le infrastrutture, attraverso lo sfruttamento dell’efficienza e del potenziale di innovazione di un settore privato competitivo per ridurre i costi o per raggiungere un migliore rapporto qualità/prezzo; il riparto dei costi del finanziamento delle infrastrutture di utilità pubblica; il miglioramento della condivisione dei rischi tra settore pubblico e privato; l’implementazione di sostenibilità, innovazione, ricerca e sviluppo per ottenere i risultati

necessari a trovare nuove soluzioni alle sfide socioeconomiche; l'affidamento al settore privato un ruolo centrale nell'elaborazione e nell'attuazione di strategie a lungo termine per i principali programmi industriali, commerciali e infrastrutturali (così, in particolare, il punto 2 della Comunicazione). A tali indubbi vantaggi derivanti da una *partnership* stabile tra pubblico e privato, corrispondono però altrettanti problemi. In particolare, è stata posta in rilievo la necessità di inserire tali moduli organizzativi all'interno dei vincoli connessi al rispetto dei principi comunitari di concorrenza e libero mercato. La complessità di inquadramento dello strumento deriva peraltro dalla variabilità con la quale lo stesso si adatta a differenti situazioni e contesti.

Non è, infatti, possibile parlare di un solo tipo di partenariato ma piuttosto di una figura complessa e flessibile rispetto alle finalità perseguite. In questa valutazione generale sui partenariati l'attenzione, in questa sede, si concentra in particolar modo su una tipologia specifica, quella del partenariato pubblico-privato "*istituzionalizzato*", entro la quale è ascrivibile il modello della società mista quale forma per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

La figura del partenariato pubblico-privato istituzionalizzato è stato oggetto di alcune precisazioni puntuali da parte delle istituzioni comunitarie. Tappa primaria può essere individuata nel Libro Verde del 2004 «*sulle partnership di tipo pubblico-privato*», che certamente rappresenta un momento importante nella identificazione degli elementi fondanti i modelli di collaborazione conformi al diritto comunitario e che segna un profondo cambiamento anche rispetto all'applicazione di istituti connessi nell'ordinamento interno.

All'interno di questo testo di indirizzo, la Commissione dà una definizione specifica di partenariato, individuato come «*una cooperazione tra le autorità pubbliche ed il mondo delle imprese che mira a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio*». Tale definizione viene subito arricchita da alcuni primi elementi caratterizzanti che si delineano nel senso della stabilità della collaborazione e nella partecipazione attiva dei soggetti privati e pubblici alla realizzazione della *partnership*. La Commissione evidenzia che in carenza di una specifica disciplina comunitaria in tema di partenariati si debbono in ogni caso ritenere applicabili al fenomeno i principi del Trattato in materia di libertà di stabilimento e di prestazione di servizi nello spazio comunitario (in particolare gli artt. 43 e 49 del TCE oggi 49 e 56 TFUE), peraltro sottolineando che le norme relative al mercato interno, comprese le norme ed i principi in materia di appalti pubblici e di concessioni, sono applicate a qualsiasi attività a carattere economico, cioè a qualsiasi attività consistente nell'offrire servizi, beni o lavori sul

mercato, anche se questi servizi, beni o lavori mirano a garantire un “servizio pubblico” così come è definito da uno Stato membro.

Il Libro Verde individua differenti forme di partenariato a seconda che lo stesso si presenti quale forma di collaborazione basata solo su legami di tipo convenzionale (in questo caso si parla di Partenariato pubblico privato puro), ovvero implichi una cooperazione più intensa tra il soggetto pubblico ed il soggetto privato che si concretizza nella costituzione di un soggetto autonomo e distinto partecipato congiuntamente (Partenariato pubblico-privato istituzionalizzato). Quest’ultimo tipo di partenariato è quello a cui possono essere ascritte le società miste.

La positività della cooperazione tra soggetto pubblico e soggetto privato è rinvenuta in particolar modo nella possibilità per l’Ente di conservare un livello di controllo pubblico relativamente elevato sullo svolgimento delle operazioni, che può adattare nel tempo in funzione delle circostanze, attraverso la propria presenza nella partecipazione azionaria e in seno agli organi decisionali dell’impresa comune e di sviluppare un’esperienza propria riguardo alla fornitura del servizio in questione, pur ricorrendo al sostegno di un *partner* privato.

La creazione di un PPP istituzionalizzato (e, quindi, di una società mista) può avvenire sia attraverso la costruzione di un’entità detenuta congiuntamente dal settore pubblico e dal settore privato, sia tramite l’ingresso di un socio privato in una società pubblica già esistente. Resta in ogni caso evidente che la creazione di un soggetto autonomo dotato di personalità giuridica propria debba avvenire nel rispetto delle regole comunitarie dell’evidenza pubblica, *«quando tale operazione è accompagnata dall’attribuzione di incarichi tramite un atto che può essere definito appalto pubblico o concessione»* (cfr. pag. 57 del Libro Verde del 2004). Ciò posto, la Commissione non sembra però escludere in radice l’ammissibilità della costituzione di società miste con *partner* privato scelto con gara, per lo svolgimento di compiti configurabili come appalti o concessioni in favore o nell’interesse di soci pubblici che siano organismi aggiudicatori. Viene precisato, tuttavia, che una siffatta operazione *«non solleva generalmente problemi riguardo al diritto comunitario»* soltanto qualora la costituzione della società mista *«costituisca una modalità d’esecuzione dell’incarico affidato nel quadro di un contratto ad un partner privato»*. Quindi, il solo modello di società mista conforme al diritto comunitario sembra essere quello in cui il *partner* privato venga selezionato quale “socio imprenditore”, ossia quale socio incaricato della materiale esecuzione delle attività oggetto della società stessa, “nel quadro del funzionamento” di quest’ultima.

La valutazione positiva circa la compatibilità comunitaria dell'utilizzo di tale modello viene peraltro ulteriormente subordinata nel Libro verde, al rispetto dei seguenti specifici vincoli: il bando di gara per la selezione del socio privato deve individuare in modo preciso le prestazioni al medesimo richieste; le condizioni relative alla costituzione della società mista con il *partner* pubblico devono essere chiaramente stabilite dal medesimo bando di gara; la durata della società mista deve coincidere con la durata dell'affidamento dell'incarico al socio privato; il socio privato, nel corso della durata della società, non deve ottenere l'assegnazione senza gara di compiti aggiuntivi, non menzionati dall'originario bando.

Sempre secondo il Libro verde, in una società mista così delineata la partecipazione del socio pubblico ha, eminentemente, lo scopo di consentire allo stesso, «*attraverso la propria presenza nella partecipazione azionaria in seno agli organi decisionali*», di «*conservare un livello di controllo relativamente elevato sullo svolgimento delle operazioni*», eventualmente anche adattandolo nel tempo in funzione delle circostanze. Al contrario, non sono considerati sufficienti, sotto il profilo del rispetto delle regole comunitarie dell'evidenza pubblica, soluzioni organizzative che presuppongono la costituzione di società miste a carattere tendenzialmente stabile, con compiti assegnati in modo non sufficientemente chiaro e preciso e tale da sfuggire a qualsiasi quadro contrattuale, sicché, in concreto, gli incarichi risultino attribuiti per una durata illimitata. In simili casi, infatti, la posizione privilegiata della società, e dunque del *partner* privato che vi partecipa, rischiano di pregiudicare le condizioni di concorrenza sul settore delle attività oggetto della società stessa, consentendo, nella sostanza, al socio privato, ancorché scelto con gara, di beneficiare indirettamente di un'indebita rendita di posizione.

Contravviene alle regole comunitarie dell'evidenza pubblica la costituzione, da parte di organismi aggiudicatori, di società miste nelle quali il socio privato sia stato individuato (ancorché con gara) una volta per tutte, sulla base di valutazioni meramente attinenti al suo apporto di capitali e di esperienza, ed aventi ad oggetto, in modo stabile e tendenzialmente illimitato nel tempo, l'esecuzione di attività non specificamente definite, configurabili quali appalti o concessioni accordati dai soci pubblici. È invece compatibile con il rispetto delle predette regole comunitarie la costituzione, da parte degli organismi aggiudicatori, di società miste quali entità serventi e strumentali all'esecuzione di specifici contratti di appalto o di concessione conclusi con *partner* privati scelti con gara, ossia quali (peculiari) modalità esecutive di tali contratti, motivate dall'interesse dei soci pubblici di governare o, comunque, di controllare l'esecuzione dell'incarico oggetto dell'appalto o della

concessione anche dall'interno, attraverso la partecipazione agli organi della società mista (nonché - si può aggiungere - dall'interesse di concorrere pro quota alla distribuzione degli utili d'impresa). Il Libro Verde sembra lasciar intendere, cioè, che solo così circoscritta e delimitata la partecipazione del privato alla società mista rispetta i principi di concorrenza e di parità di trattamento, sicché il privato medesimo non viene a trovarsi, in conseguenza di tale partecipazione, in alcuna posizione di indebito vantaggio.

Una risposta ai numerosi dubbi interpretativi ancora presenti sul tema delle modalità di costituzione e gestione del partenariato pubblico-privato istituzionalizzato arriva dalla Comunicazione interpretativa della Commissione del 2008 *«sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati»*. Il testo ha una valenza centrale nella definizione del modello e cerca di delineare in modo chiaro i contorni dell'istituto senza però spingersi oltre la chiarificazione degli aspetti più prettamente connessi alla tutela della concorrenza. In primo luogo viene subito messo in evidenza il limite del partenariato pubblico-privato istituzionalizzato, che si concentra non su ogni forma di collaborazione tra pubblico e privato ma solo su quelle forme di partenariato in cui *«l'apporto privato alle attività del PPPI consiste, a parte il conferimento di capitali o altri beni, nella partecipazione attiva all'esecuzione dei compiti assegnati all'entità a capitale misto e/o nella gestione di tale entità. Al contrario, il semplice conferimento di fondi da parte di un investitore privato ad un'impresa pubblica non costituisce un PPPI. Di conseguenza, la presente comunicazione non contempla quest'ultima situazione»*. Viene poi ulteriormente chiarito che a prescindere che il partenariato pubblico-privato istituzionalizzato derivi dalla costituzione di una nuova impresa ovvero dalla partecipazione di un *partner* privato ad un'impresa pubblica già esistente che esegue appalti pubblici o concessioni ottenuti in passato nell'ambito di una relazione "*interna*", permane univoca la regola per cui le amministrazioni aggiudicatrici non possono ricorrere a manovre dirette a celare l'aggiudicazione di appalti pubblici di servizi a società ad economia mista.

Viene altresì posto in evidenza che la selezione del socio privato nella costituzione della società mista deve passare per una valutazione che comprenda non solo la mera qualità di socio ma anche la corretta attitudine dello stesso allo svolgimento del servizio che sarà affidato all'entità a capitale misto. In questo senso una doppia procedura (la prima per la selezione del *partner* privato, e la seconda per l'aggiudicazione dell'appalto pubblico o della concessione all'entità a capitale misto) pare ad avviso della stessa Commissione come difficilmente praticabile. Essa infatti comporterebbe un aggravio

procedimentale capace di minare il reale uso del modulo organizzativo, rendendolo un modello di tipo residuale. In quest'ottica risulta più rispondente una procedura nella quale *«il partner privato è selezionato nell'ambito di una procedura trasparente e concorrenziale, che ha per oggetto sia l'appalto pubblico o la concessione da aggiudicare all'entità a capitale misto, sia il contributo operativo del partner privato all'esecuzione di tali prestazioni e/o il suo contributo amministrativo alla gestione dell'entità a capitale misto. La selezione del partner privato è accompagnata dalla costituzione di partenariato pubblico-privato istituzionalizzato e dall'aggiudicazione dell'appalto pubblico o della concessione all'entità a capitale misto»* (così la Comunicazione cit., al punto 2.2.). L'impostazione così data al partenariato pubblico-privato istituzionalizzato, comporta una strutturazione del progetto di partenariato fondata da subito sull'individuazione di tutti gli elementi connotanti il progetto di collaborazione, in quanto la selezione dei soggetti privati dovrà necessariamente passare per una valutazione comparativa che tenga conto dello sviluppo di un progetto tecnico ed economico volto a realizzare una specifica “mission” a cui la società mista è rivolta. Ecco dunque la necessità di definire nei documenti di gara l'oggetto specifico dell'affidamento nonché gli specifici compiti richiesti al socio privato.

L'intera procedura di gara dovrà infatti consentire ai privati interessati di comprendere in modo completo in che termini si svolgerà l'attività sociale e in base a quali criteri saranno valutati i singoli apporti gestionali. La specificazione, già in sede di gara, del preciso “oggetto” alla base del partenariato permette, nell'ottica comunitaria, di evitare la creazione di situazioni di vantaggio per i soggetti privati associati al *partner* pubblico derivanti dall'eventuale assegnazione di attività ulteriori non oggetto dell'originaria procedura di gara. Si deve peraltro notare che a compensazione di tale previsione la Comunicazione apre alla possibilità che l'autorità aggiudicatrice preveda in sede di gara meccanismi di flessibilità che consentano un adattamento delle prestazioni del socio privato sensibili ad un'eventuale mutazione delle esigenze sociali. Così individuata, l'entità a capitale misto è altresì libera di partecipare ad ulteriori gare di appalto, tenendo sempre in considerazione lo specifico oggetto della società. Emerge pertanto dalla Comunicazione che il modello della società mista possa sussistere come modello conforme al diritto comunitario solo qualora la partecipazione del socio privato sia definita all'interno di uno specifico quadro regolatorio rispetto al quale siano determinati l'oggetto e la durata del partenariato; gli specifici compiti operativi attribuiti; le modalità di selezione e fuoriuscita dal rapporto sociale; i termini dell'attribuzione di ulteriori compiti connessi all'oggetto sociale. Con tale strutturazione la società mista supera i possibili contrasti con l'ordinamento

comunitario in quanto non risulta più la beneficiaria di un affidamento diretto del servizio o dell'attività, ma realizza una modalità organizzativa attraverso la quale gli enti locali che vi partecipano controllano l'affidamento disposto con procedure ad evidenza pubblica in favore di un socio privato industriale all'interno del soggetto partecipato. La previsione di un affidamento del servizio temporaneo permette la configurazione del socio privato come socio "a tempo" con la possibilità alla scadenza dello stesso di poter procedere ad una nuova gara che potrà riguardare tanto la scelta di un nuovo socio privato quanto la possibilità di una rivalutazione della convenienza del modello organizzativo (potendo il soggetto pubblico optare anche per il passaggio a diverse forme di esternalizzazione). La connessione dell'attività in capo al socio privato configura il partenariato istituzionalizzato come una sorta di rapporto sociale connotato da una separazione di ruoli tra socio pubblico e socio privato: il primo chiamato a svolgere un ruolo di controllo mentre il secondo a svolgere operativamente l'attività. Questo è forse il punto di maggior "debolezza" del modello, non fornendo le istituzioni europee una precisa qualificazione (e quantificazione) del riparto delle attività da svolgere nel soggetto partecipato. La problematica, dovuta primariamente ad un'attenzione comunitaria tutta rivolta alla tutela della concorrenza, si riverbera inevitabilmente nei sistemi interni agli Stati membri producendo differenti letture e difficoltà di coordinamento.

4.5. La giurisprudenza europea e nazionale in tema di società miste.

Nel percorso ricostruttivo dell'istituto non è peraltro mancato un contributo importante offerto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale è intervenuta con alcune importanti decisioni in tema. La sentenza della Corte di Giustizia, 15 ottobre 2009, C-196/08 (c.d. sentenza *Acoset*) è certamente quella che maggiormente ha contribuito a definire i contorni del partenariato pubblico-privato istituzionalizzato, ponendosi su di un astratto filo di continuità con quanto già proposto dalla Commissione nella comunicazione del 2008.

Infatti, Corte di Giustizia CE 15 ottobre 2009, in causa C-196/08 (*Acoset*) ha statuito che, «nelle società miste in senso proprio, il socio privato svolge «prestazioni specifiche», che devono costituire oggetto dell'offerta nella gara per l'individuazione del socio stesso ed in conseguenza della quale offerta viene affidata al socio la «attività operativa» del servizio pubblico e pertanto «la gestione di quest'ultimo»; a quest'ultimo riguardo, nella pronuncia si parla di «gara d'appalto finalizzata all'individuazione del socio privato cui affidare la gestione integrale del servizio» e si conclude

affermando che «*gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE non ostano all'affidamento diretto di un servizio pubblico che preveda l'esecuzione preventiva di determinati lavori, come quello di cui trattasi nella causa principale, a una società a capitale misto, pubblico e privato, costituita specificamente al fine della fornitura di detto servizio e con oggetto sociale esclusivo, nella quale il socio privato sia selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica, previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell'offerta in considerazione delle prestazioni da fornire, a condizione che detta procedura di gara rispetti i principi di libera concorrenza, di trasparenza e di parità di trattamento imposti dal Trattato per le concessioni*».

Pertanto, la sentenza conferma e definisce con maggiore precisione modalità di gara necessarie per dare vita ad un partenariato pubblico-privato istituzionalizzato conforme ai principi comunitari di parità di trattamento e non discriminazione ⁽¹⁵⁵⁾. Merita sottolineare come il giudice europeo, nell'affrontare la tematica dei partenariati, si concentri in modo specifico sulle questioni relative ai termini di affidamento di appalti e concessioni. La valenza della *partnership* è, infatti, affrontata quasi esclusivamente in termini di “*tutela della concorrenza*” piuttosto che di differenziazione del modello organizzativo. In particolare, si evidenzia come, affinché si possa assegnare una concessione senza gara concorrenziale a una società mista pubblico-privato costituita specificamente a tale scopo, devono essere soddisfatti tutti i seguenti criteri: il socio privato dev'essere selezionato mediante una procedura trasparente, con pubblicazione anticipata del contratto previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e amministrativi e delle caratteristiche dell'offerta in considerazione dello specifico servizio da fornire; la società mista pubblico-privato deve mantenere lo stesso oggetto sociale durante l'intera durata della concessione; qualsiasi modifica sostanziale dell'oggetto sociale o del compito affidato comporterebbe, secondo la Corte, l'obbligo di indire una nuova procedura di gara concorrenziale.

E' ormai indubbio che la scelta di un soggetto pubblico di costituire una società mista per l'esercizio di un'attività a carattere economico che ricada nella configurazione di appalto o concessione pubblica, non possa prescindere da una selezione strutturata attraverso procedure che permettano di garantire la trasparenza e il libero accesso a tutti i soggetti privati che agiscono nel mercato. In questi termini, la dimensione competitiva deve porsi a livello di concorrenza effettiva che permetta di finalizzare

⁽¹⁵⁵⁾ Corte di giustizia europea, Sez. III, 15 ottobre 2009, n. C-196/08 (Acoset).

appieno lo sviluppo di un mercato coerente e competitivo. E' chiaro, infatti, che oggi con il termine procedure ad evidenza pubblica si debba intendere un complesso procedimento valutativo volto non solo alla tutela dell'interesse pubblico ma anche (e soprattutto) a garantire la libertà di circolazione e la concorrenza rispetto a tutti gli operatori del mercato.

L'evidenza pubblica, così intesa, è dunque procedimento imprescindibile qualora si voglia costituire una società partecipata anche da soggetti privati al fine di assegnare alla stessa un'attività esercitata in esclusiva. In questi casi, peraltro, si pongono in luce profili peculiari dovuti alla necessità di contemperare due differenti valutazioni: la prima relativa alla scelta del *partner* privato, la seconda relativa all'affidamento del servizio. Preso atto di un primario momento concorrenziale, si erano evidenziate in passato differenti posizioni sui termini in cui tale confronto potesse essere sviluppato. Ci si chiedeva in sostanza se fosse sufficiente una procedura ad evidenza pubblica che si risolvesse in un unico momento competitivo, quello riservato alla ricerca del partner privato, essendo il relativo affidamento del servizio diretta conseguenza della scelta del modulo di società mista. Una prima soluzione che propendeva per la sola scelta del socio con gara, appoggiata anche in giurisprudenza, pareva conforme alle disposizioni previste dalle normative di settore ed in particolare all'art. 113 del TUEL, che in materia di servizi pubblici locali a rilevanza economica prevedeva la costituzione di società miste a seguito di gare ad evidenza pubblica per l'affidamento diretto del servizio.

Lo scenario è però radicalmente mutato grazie soprattutto all'intervento delle indicazioni espresse in sede comunitaria che, come si è già avuto modo di vedere, hanno impostato diversamente i termini di utilizzo della società mista.

In particolare, la già citata Corte di Giustizia CE 15 ottobre 2009, in causa C-196/08 (Acoset) ha statuito che, nelle società miste in senso proprio, il socio privato svolge «*prestazioni specifiche*», che devono costituire oggetto dell'offerta nella gara per l'individuazione del socio stesso ed in conseguenza della quale offerta viene affidata al socio la «*attività operativa*» del servizio pubblico e pertanto «*la gestione di quest'ultimo*».

A tal proposito, infatti, nella sentenza cit., si parla di «*gara d'appalto finalizzata all'individuazione del socio privato cui affidare la gestione integrale del servizio*»; inoltre, si afferma espressamente che «*gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE non ostano all'affidamento diretto di un servizio pubblico che preveda l'esecuzione preventiva di determinati lavori, come quello di cui trattasi nella causa principale, a una società a capitale misto, pubblico e privato, costituita specificamente al fine della fornitura di detto servizio e con oggetto sociale esclusivo, nella quale il socio privato sia selezionato*

mediante una procedura ad evidenza pubblica, previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell'offerta in considerazione delle prestazioni da fornire, a condizione che detta procedura di gara rispetti i principi di libera concorrenza, di trasparenza e di parità di trattamento imposti dal Trattato per le concessioni»

Allo stesso modo la giurisprudenza amministrativa nazionale, era giunta a configurare un modello di società mista con socio operativo conforme ai principi di libertà e tutela della concorrenza di derivazione comunitaria. Il richiamo è al parere del Consiglio di Stato, sez. II, 18 aprile 2007 n. 456, ed alla successiva Adunanza Plenaria del 3 marzo 2008, n.1. Dal parere cit., emerge come il Consiglio di Stato ritenga compatibile con i principi comunitari il modello di società mista soltanto qualora l'affidamento dell'attività al socio privato possa configurarsi come un affidamento di attività operative che derivi da una procedura di gara complessiva. In altri termini, la selezione di un socio quale socio di lavoro (e non mero socio finanziario), fa ritenere al Collegio sufficiente un'unica procedura di gara qualora essa abbia avuto ad oggetto anche le caratteristiche tecniche relative allo svolgimento del servizio e non solo la qualifica di mero socio. Così facendo, viene posto un freno all'opposto orientamento, che si era già configurato a seguito di alcune pronunce giurisprudenziali, in base al quale non si ritenevano sovrapponibili in un'unica procedura le due finalità (selezione del socio ed affidamento del servizio), richiedendo dunque un complesso *iter* distinto in due fasi di evidenza pubblica. D'altronde, una differente soluzione avrebbe finito per rendere l'utilizzo del modello della società mista più gravoso rispetto all'opzione verso una totale esternalizzazione del servizio, sancendone in parte un limite intrinseco. Il modello presentato nel parere viene fatto proprio anche dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato cit., che, ribadendo quando già affermato in sede consultiva, riafferma la sostanziale conformità della gara per la scelta del *partner* privato quando questa abbia avuto oggetto, al tempo stesso, l'attribuzione dei compiti operativi e la qualità di socio. Si può pertanto ritenere che, al fine di garantire il rispetto dei principi comunitari in tema di concorrenza e libero accesso degli operatori di mercato, la sottrazione dalle procedure competitive previste dall'ordinamento comunitario sia situazione derogatoria e limitata a situazioni peculiari come nel caso dell'autoproduzione da parte dei soggetti pubblici (*in house providing*, cfr. in tal senso par. 5 sotto). Nel caso della società mista non essendo riscontrabile tale situazione peculiare l'affidamento deve necessariamente passare per una gara che abbia riguardo sia della natura di socio, con il limite temporale della durata dell'affidamento, sia dell'affidamento del servizio.

Su questo aspetto la Corte di giustizia valorizza lo strumento di una “*gara unica*” per la selezione del socio privato e l’affidamento del servizio non condividendo opzioni che prevedano inutili duplicazioni dei momenti di competizione e confronto. La decisione sancisce in via definitiva l’affermazione della c.d. “*gara a doppio oggetto*” definendo dunque un’unica procedura articolata fondata su una valutazione complessa che abbia riguardo dei criteri di scelta del socio (della sua solidità economica e dei requisiti sociali) ma altresì della sua competenza a svolgere “*operativamente*” il servizio nei termini individuati proprio in sede di gara. Un socio privato che sarà dunque il soggetto in grado di meglio rispondere alle esigenze di servizio sottese alla costituzione del soggetto partecipato e che dovrà garantire tale qualifica per tutto il periodo di affidamento (tempo che necessariamente sarà definito entro termini precisi).

La procedura competitiva dovrà dunque specificare in modo preciso l’attività che il socio privato dovrà svolgere e la stessa sarà in parte sostanziale coincidente con l’oggetto della società mista. Uno degli elementi che certamente caratterizza maggiormente il modulo organizzativo della società mista è certamente rappresentato dal ruolo che all’interno del soggetto costituito debbono assumere il socio pubblico ed il socio privato. Infatti, la società costruita sull’impianto del partenariato pubblico-privato istituzionalizzato può apparire uno strumento creato non tanto per “*fare insieme*” ma piuttosto per “*fare e basta*”, nel senso di attribuire l’attività operativa solo al socio privato in una sorta di sub-affidamento. Non va però dimenticato che la regolazione dell’attività svolta dal socio privato della mista è ricondotta all’interno della regolazione sociale, tanto più che l’operatività del socio privato sarà disciplinata con forme tipiche dei legami tra soci nelle società di capitali.

Sulla base di tale rilevanza, la giurisprudenza amministrativa ⁽¹⁵⁶⁾ si è recente espressa rilevando come, superata la fase dell’evidenza pubblica, i rapporti tra il socio privato e la società mista sono regolati e definiti in via esclusiva dagli strumenti del diritto societario, non assumendo rilevanza esterna con il committente pubblico. In questo senso, la ripartizione dei compiti e gli obblighi connessi sono espressione dei rapporti endo-societari ma la società mista - quale soggetto giuridico distinto - rimarrà il soggetto che dovrà relazionarsi con l’amministrazione affidante.

In relazione al ruolo del socio pubblico, la scelta di costituire un soggetto societario a cui poi affidare l’attività permette infatti di sviluppare fenomeni di “*decision making*” alternativi a quelli strutturabili qualora si decida di esternalizzare totalmente l’attività. Il controllo pubblico interno alla società

⁽¹⁵⁶⁾ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 28 febbraio 2013, in Foro amm. CdS, 2013, pp. 429

permette, infatti, all'Ente pubblico di sviluppare forme di direzione e vigilanza sull'attività che non sarebbero forse attuabili anche con una ottimale strutturazione del contratto di servizio. Gli strumenti forniti dal diritto privato consentono la configurazione di rapporti di interazione che presentano aspetti di maggiore flessibilità ed adattabilità alle esigenze di molte attività, specie con rilievo economico e strutturato in maniera tipicamente imprenditoriale. La cooperazione diretta in un soggetto giuridico di diritto comune permette altresì al pubblico di sviluppare un'esperienza propria riguardo alla fornitura del servizio in questione, pur ricorrendo al sostegno di un *partner* privato. In questo senso, non è irrilevante la formazione *in itinere* che può accumularsi in capo agli amministratori pubblici quando questi partecipino direttamente alla vita della società; formazione che certamente può consentire di meglio comprendere le esigenze del servizio anche da un punto di vista più strettamente manageriale.

Ed infatti, il più volte citato parere del Consiglio di Stato afferma che *«la peculiarità rispetto alle ordinarie procedure di affidamento sembra allora rinvenirsi, in questo caso, non tanto nell'assenza di una procedura di evidenza pubblica (che, come si è detto, esiste e opera uno specifico riferimento all'attività da svolgere) quanto nel tipo di controllo dell'amministrazione appaltante sul privato esecutore: non più l'ordinario "controllo esterno" dell'amministrazione, secondo i canoni usuali della vigilanza del committente, ma un più pregnante "controllo interno" del socio pubblico, laddove esso si giustifichi in ragione di particolari esigenze di interesse pubblico (che nell'ordinamento italiano sono comunque individuate dalla legge). Alla stregua di quanto esposto, sembra allora ammissibile il ricorso alla figura della società mista (quantomeno) nel caso in cui essa non costituisca, in sostanza, la beneficiaria di un "affidamento diretto", ma la modalità organizzativa con la quale l'amministrazione controlla l'affidamento disposto, con gara, al "socio operativo" della società. Nella fattispecie, come si ricava dagli ulteriori chiarimenti forniti alla Sezione nella richiesta di riesame, la procedura di selezione non ha mirato soltanto alla scelta di un socio privato, ma ha anche delineato in modo chiaro i compiti che il socio privato è chiamato a svolgere e il ruolo di controllore del socio pubblico rispetto alle attività "operative" del socio privato»* ⁽¹⁵⁷⁾.

Per comprendere pienamente le potenzialità per le parti di una *partnership* così intensa è fondamentale chiedersi quali siano i limiti dell'apporto fornito dal socio privato. In una prima fase di vita del modello di società mista, con particolare riferimento alla disciplina dei servizi pubblici locali,

⁽¹⁵⁷⁾ Cons. Stato, Sez. II, 18 aprile 2007, n. 456.

era stata sostenuta in dottrina la presenza di una duplicità di modelli connessi alla partecipazione maggioritaria o minoritaria della p.a. alla società. Solo a questa seconda tipologia, regolata in modo specifico dal d.P.R. n. 533/1996 si riconnetteva una peculiare funzione imprenditoriale del socio privato il quale apportava un vero e proprio *know-how* gestionale al servizio. La tesi era peraltro avvalorata dalla presenza, solo per le miste minoritarie, di una specifica disciplina ad evidenza pubblica per la scelta del socio.

In più occasioni si è avuto modo di sottolineare che l'apporto industriale del socio privato alla "mission" societaria rappresenta invece il vero momento di caratterizzazione del modello di partenariato pubblico-privato istituzionalizzato individuato in sede comunitaria. Dunque, ad oggi, paiono superate le questioni relative all'*an* dell'attività del socio privato non potendosi più avvalorare ipotesi di partenariato istituzionalizzato solo ed esclusivamente a carattere finanziario ⁽¹⁵⁸⁾. Più complessa è invece la definizione del *quantum* dell'attività operativa che deve essere affidata al socio privato. Sul punto si sono registrate diverse posizioni con letture più flessibili ed altre più restrittive del modello.

Analogamente, Cons. Stato, sez. II, 18 aprile 2007, n. 456, ha ricostruito il ruolo del socio privato come quello di intero gestore del servizio. Nella pronuncia cit., si parla di «*affidamento con procedura di evidenza pubblica dell'attività "operativa" della società mista al partner privato, tramite la stessa gara volta alla individuazione di quest'ultimo*» e di «*servizio "operativo" [che] viene affidato direttamente in appalto, per tutto il suo valore, al socio "industriale" che opera sotto il controllo del "socio pubblico"*». Da non dimenticare poi che – sempre secondo il Consiglio di Stato – si deve prevedere, nel caso di società mista e per il socio privato di essa, «*un rinnovo della procedura di selezione "alla scadenza del periodo di affidamento" [in tal senso, soccorre già una lettura del comma 5, lett. b), dell'art. 113 t.u.e.l. in stretta connessione con il successivo comma 12], evitando così che il socio divenga "socio stabile" della società mista, possibilmente prevedendo che sin dagli atti di gara per la selezione del socio privato siano chiarite le modalità per l'uscita del socio stesso*».

⁽¹⁵⁸⁾ In tal senso cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 20 aprile 2012 n. 2348 : «*In altri termini, come ritenuto dall'Adunanza Plenaria secondo il diritto comunitario, il criterio guida nella utilizzazione della società mista è quello della salvaguardia della libera concorrenza, che risulta garantita solo se il capitale pubblico interviene senza sottrarre all'imprenditoria privata le utilità che questa potrebbe trarre da un affidamento del medesimo appalto al di fuori dello schema societario, in esito al semplice esperimento della gara per la scelta del contraente. [...] Ne consegue che la conformità allo schema ora delineato impone che al socio privato sia affidata – non un qualunque compito operativo, purché precisamente determinato – bensì ogni attività necessaria all'esecuzione dell'appalto che sia suscettibile di rendere una utilità economica».*

(con liquidazione della sua posizione), per il caso in cui all'esito della successiva gara egli risulti non più aggiudicatario».

In sintesi, si può dire che la giurisprudenza nazionale ricostruisce la società mista come modulo organizzativo avente il solo scopo di coordinare l'espletamento di un servizio pubblico, che sarà però espletato dal socio privato appositamente scelto con gara *ad hoc* e per questo legittimo destinatario di una subconcessione dell'attività operativa.

Infatti, anche la più recente giurisprudenza sembra ormai ritenere che il socio privato nella società mista sia il gestore integrale del servizio. In tal senso, Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2016, n. 1028, afferma che *«la gara per la scelta del socio privato della società affidataria [sia stata] espletata nel rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza, ha anche ribadito che i criteri di scelta del socio privato si riferiscano non solo al capitale da quest'ultimo conferito, ma anche alle capacità tecniche di tale socio e alle caratteristiche della sua offerta in considerazione delle prestazioni specifiche da fornire, in guisa da potersi inferire che la scelta del concessionario risulti indirettamente da quella del socio medesimo (cfr. anche Cons. Stato, sez. II, parere 18 aprile 2007, n. 456; cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 2015, n. 992)».*

4.6. Le società miste nel Testo Unico delle società partecipate.

Dalla disamina della giurisprudenza europea e nazionale, emerge che la selezione del *partner* privato deve, dunque, seguire le regole generali di trasparenza previste in sede europea per la scelta degli operatori economici privati in caso di affidamento di appalti da parte di soggetti pubblici (in linea generale applicabile anche alle concessioni). Tale soluzione risulta oggi confermata dalla disciplina dettata in materia dalle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE formalmente recepite nell'ordinamento italiano con il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 recante *«Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture»*, nonché dal d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 recante *«testo unico in materia di società a partecipazione pubblica»*.

Infatti, l'art. 17 del cit. testo unico stabilisce che la gara per la scelta del socio privato *«ha ad oggetto, al contempo, la sottoscrizione o l'acquisto della partecipazione societaria da parte del socio privato*

e l'affidamento del contratto di appalto o di concessione oggetto esclusivo dell'attività della società mista» (così comma 1 art. cit.).

Pertanto, dalla disposizione ora riportata si ricava che il socio privato si configura come gestore integrale del servizio pubblico, con esclusione di ogni ruolo operativo in capo alla società mista in quanto tale; sicché, le clausole degli atti di selezione del socio privato che volessero limitare il ruolo di esso prevedendo la necessità che sia comunque la società mista con la propria organizzazione aziendale a svolgere una parte del servizio, si esporrebbero a censure o comunque si porrebbero in contrasto con il modello di società mista che si è ormai delineato nel nostro ordinamento. Infine, il comma 3 dell'art. 17 cit., prevede che *«la durata della partecipazione privata alla società, aggiudicata ai sensi del comma 1 del presente articolo, non può essere superiore alla durata dell'appalto o della concessione. Lo statuto prevede meccanismi idonei a determinare lo scioglimento del rapporto societario in caso di risoluzione del contratto di servizio».*

5. L'AUTOPRODUZIONE: IL MANCATO RICORSO AL MERCATO NELLE NUOVE DIRETTIVE EUROPEE DEL 2014, POI RECEPITE NEL DIRITTO NAZIONALE CON IL D.LGS. N. 50/2016;

5.1. La sottrazione alle regole del mercato nell'autoproduzione: eccezione o prerogativa?

L'in house providing è un istituto di origine pretoria ⁽¹⁵⁹⁾ che nel tempo si è profondamente trasformato sia a livello europeo che a livello nazionale e identifica il fenomeno di "autoproduzione"

⁽¹⁵⁹⁾ Il termine è utilizzato per la prima volta nel Libro bianco sugli appalti del 1998, ma l'istituto è notoriamente ricondotto alle coordinate tracciate dalla famosa Sentenza CGCE del 18 novembre 1999, causa C-107/98, Teckal – Comune di Viano (RE) – AGAC Reggio Emilia. La questione riguardava l'affidamento diretto, da parte del Comune di Viano, della gestione del servizio di riscaldamento di alcuni edifici comunali, nonché della fornitura dei combustibili necessari, in favore di un consorzio costituito da diversi comuni per la gestione dei servizi di energia e ambiente. La Teckal S.r.l. (società operante nel medesimo settore) impugnava la delibera di affidamento per il mancato esperimento delle procedure di aggiudicazione a evidenza pubblica previste dalla normativa comunitaria sugli appalti. Nell'ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia, il giudice a quo domandava, appunto, se tale normativa fosse applicabile nel caso in cui un ente locale avesse affidato direttamente la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi a un consorzio a cui esso partecipi. Al quesito la Corte ha risposto che la normativa comunitaria sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture è applicabile ove l'Amministrazione intenda stipulare un contratto a titolo oneroso (avente a oggetto la fornitura di prodotti) con un ente giuridicamente distinto da essa, indipendentemente dal fatto che quest'ultimo sia a sua volta un'Amministrazione o meno. La normativa europea in tema di contratti pubblici, infatti, non trova applicazione quando manchi un rapporto contrattuale, in senso stretto, tra due soggetti. Per affermare tale inesistenza, la Corte sancisce che il giudice nazionale deve verificare se via sia o meno un incontro di volontà tra

di beni, servizi o lavori da parte della pubblica amministrazione, ossia l'acquisizione di un bene senza ricorrere al mercato ⁽¹⁶⁰⁾ ⁽¹⁶¹⁾.

E' quindi l'autoproduzione che esclude la necessita di ricorrere al mercato e con essa di applicare la disciplina della *par condicio* degli operatori economici e dunque la gara per la scelta del soggetto con il quale entrare in relazione economica. In ragione di tale esclusione, e quindi del "sacrificio" dei benefici che la scienza economica riconduce all'attuazione delle regole della concorrenza sia per i players che per gli utenti, l'opzione per l'*in house providing* non è del tutto libera non tanto nel momento valutativo sull'an, quanto sul quomodo della sua realizzazione ossia relativamente alla struttura che deve avere l'organismo costituito o prescelto per l'autoproduzione che non può essere libera o seguire semplicemente le regole del diritto societario ma che, invece, deve soggiacere al rispetto di determinati requisiti che ne giustificano l'esenzione. Tali requisiti sono mutati nel tempo sia a livello europeo che nazionale, tuttavia, anche dopo il consolidarsi della figura nelle Direttive del 2014, permane un disallineamento tra in house europeo e nazionale. Nell'ordinamento italiano, infatti, le direttive sono recepite nel nuovo codice degli appalti ed in parte nel Testo unico delle società partecipate, ma risultano introdotte alcune norme che mirano a disincentivarne il ricorso per la produzione di beni e servizi (cfr. in tal senso cap. III, par. 2). La volontà del legislatore nazionale di predisporre un sistema disincentivante pone la necessità per l'interprete di domandarsi se la figura dell'*in house* sia realmente un modulo organizzativo "neutro" (come sembra emergere dal diritto europeo) oppure uno strumento che in qualche modo perturba gli assetti del mercato ledendone "le

l'Amministrazione e una persona da essa giuridicamente distinta, salvo il "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.

⁽¹⁶⁰⁾ La Corte di Giustizia europea, in tal senso, ha giocato un ruolo decisivo nel tracciare natura, requisiti e contorni dell'istituto attraverso diverse sentenze paradigmatiche che sono state poste alla base della positivizzazione dell'istituto poi avvenuta con le Direttive del 2014, recepite nell'ordinamento italiano con il d.lgs. n. 50/2016 e con il d.lgs. n. 175/2016. Le sentenze più importanti della CGCE sull'*in house providing*, successive alla Teckal, sono le seguenti:

- CGCE, 7 dicembre 2000, procedimento C-324/98, Teleaustria;
- Padania Acque (21 luglio 2005, procedimento C-231/03);
- Parking Brixen (13 ottobre 2005, procedimento C-458/03);
- Stadt Halle (11 gennaio 2005, procedimento C-26/03);
- Anav c. Comune di Bari (6 aprile 2006, procedimento C-410/04);
- Carbotermo-Alisei (11 maggio 2006, procedimento C-340/04);
- 10 novembre 2005, causa C-29/04, Commissione/Austria;
- 11 maggio 2006 (C-340/04 – Comune di Busto Arsizio/Agesp s.p.a.);
- 17 luglio 2008, causa C-371/05 (Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica italiana).

⁽¹⁶¹⁾ Cfr. in tal senso l'art. 19 della legge delega 7 agosto 2015 n. 124, il d.lgs. 19 agosto 2016 n. 175, artt. 2, 4, 12; il d.lgs. n. 50/2016, agli artt. 5 e 192.

ragioni” a discapito della concorrenza e dei suoi benefici. Ci si deve chiedere cioè se abbia senso parlare di mercato, concorrenza e di *in house* come di situazioni poste sullo stesso piano ovvero se, invece, l'*in house* si collochi “totalmente” fuori dal mercato. In tale ultimo senso, la scelta per l'autoproduzione non potrebbe mai perturbare il mercato poiché l'amministrazione che opta per autoprodurre “si sottrarrebbe” *tout court* al mercato, non essendovi allora alcuna esigenza di applicare le regole che governano il regime dell'acquisizione di beni o servizi o la produzione degli stessi nel mercato.

Ci si deve chiedere se il modulo *in house* sia compatibile con gli obiettivi storicamente perseguiti dall'Europa, della realizzazione di un mercato comune caratterizzato da un regime di tipo “*liberista*”, teso a favorire “*la libera iniziativa privata e basato su regole volte a tutelare la concorrenzialità fra imprese, senza alcuna discriminazione tra settore pubblico e settore privato*”. La compatibilità esiste, atteso che il *favor* per l'apertura dei mercati alla libera concorrenza non comporta una totale chiusura dell'ordinamento europeo verso l'intervento diretto in economia da parte degli enti pubblici. Anzi, il diritto europeo dell'Unione ammette che l'amministrazione pubblica disponga di un ambito di libertà tale da permetterle di organizzare la propria struttura e la produzione di beni e servizi per la collettività nel modo che essa ritenga meglio rispondente alle necessità della medesima collettività. Inoltre, l'esigenza di produrre servizi e beni d'interesse generale emerge anche dall'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che inquadra l'accesso ai servizi generali come mezzo per acquisire la coesione territoriale e sociale.

Pertanto, alla stregua del diritto dell'Unione il contrasto tra l'interesse all'apertura dei mercati, da un lato, e i valori sociali e le prerogative delle autonomie sociali dall'altro, può risolversi anche con il sacrificio del primo e, conseguentemente, con la sottrazione al libero mercato della produzione di alcuni beni e servizi, laddove la gestione pubblica e diretta del servizio sia giustificata alla luce di ragioni obiettive di tutela dell'interesse generale. Del resto, anche la giurisprudenza europea ha più volte affermato che eventuali clausole restrittive della concorrenza devono essere ammesse se risultano necessarie per consentire lo svolgimento del servizio di interesse generale da parte dell'impresa incaricata.

Per quanto attiene ai limiti dell'*in house*, il T.U. partecipate definisce la società *in house* come società sottoposta a «*controllo analogo*» (art. 2 lett. o) che può esser costituita solo per soddisfare esigenze strettamente necessarie alle finalità istituzionali (art. 4 comma 1), per la realizzazione di servizi di interesse generale, opere pubbliche, autoproduzione di beni e servizi strumentali (art. 4, comma 4),

quali attività ad «oggetto esclusivo» della società *in house* (art. 4 comma 4), che deve agire «*in via prevalente*» per l'ente partecipante.

Si tratta dunque di una figura connotata da pubblicità, esclusività, eccezionalità, autonomia, indipendenza dal mercato e dalla concorrenza, il cui fondamento starebbe nel cd. principio di auto-organizzazione amministrativa, che, a sua volta, trova corrispondenza nel più generale principio comunitario di autonomia istituzionale.

È evidente che, se la relazione *in house* comporta l'esclusione dall'applicazione delle direttive, l'*in house* non può considerarsi un principio, ma costituisce, invece, espressione del principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche di cui è specifico corollario il principio dell'autoproduzione. Il rapporto tra principio di libera amministrazione e principio di concorrenza va rivisitato. Si tratta, in particolare, della concezione dell'*in house* come “deroga alla regola della concorrenza”, che trova ancora affermazione in parte della giurisprudenza del Consiglio di Stato, secondo cui l'*in house* rappresenta “un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, le quali richiedono che l'affidamento degli appalti pubblici avvenga mediante gara”, oltre che in quella della Corte costituzionale, secondo cui “i casi di affidamento *in house*, quale modello organizzativo succedaneo della (vietata) gestione diretta da parte dell'ente pubblico, debbono ritenersi eccezionali e tassativamente previsti”. Dal che è conseguita la ritenuta possibilità del legislatore italiano, in sede di recepimento, di adottare una disciplina che preveda regole concorrenziali più ampie rispetto a quelle richieste dal diritto europeo.

Una volta che si tratta dell'adempimento dei propri compiti di interesse pubblico, alla pubblica amministrazione va consentito di procedere in autoproduzione di beni e servizi; il che rappresenta diretta conseguenza del principio di libera amministrazione. L'*in house*, quindi, non è un'eccezione all'evidenza pubblica ma si pone a monte della stessa come conseguenza della scelta dell'amministrazione di non ricorrere al mercato; scelta che rientra nell'autonomia del soggetto pubblico (garantita anche dall'art. 5 della Cost.) e che, come ogni manifestazione di discrezionalità, è sottoposta al vaglio di legittimità del giudice (nella specie, amministrativo).

Non può non prendersi atto della fine dell'eccezionalità dell'affidamento *in house*. Il che non sempre è tenuto presente dal legislatore nazionale, il quale ha manifestato una chiara preferenza per l'esternalizzazione sulla base di ragioni (tutte interne) di disfunzioni e “*mala gestio*” conseguenti al ricorso all'*in house*. Ne è esempio — in tema di servizi pubblici locali di rilevanza economica — tutta la normativa che ha preceduto l'art. 34, commi da 20 a 27, del d.l. n. 179/2012, convertito, con

modificazioni, dalla l. n. 221/2012. Inoltre, sempre nella stessa materia, da una parte sono state equiparate le diverse forme di affidamento, dall'altra si è incentivato l'affidamento previa evidenza pubblica. Nella diversa visione dell'*in house* da parte dell'ordinamento europeo e di quello nazionale non si può che propendere per la prima. Così come non convince la previsione, da parte del legislatore nazionale, delle limitazioni al ricorso all'*in house* (nella materia degli appalti pubblici e delle concessioni) rispetto a quanto disciplinato dalle nuove Direttive.

La fine del carattere derogatorio dell'*in house* e l'equiodinazione dei modelli di affidamento e di gestione non possono non comportare, conseguentemente, “*il pieno sdoganamento*” dell'*in house* nell'ordinamento italiano; il quale, anche per motivi legati a peculiari situazioni interne, ha inteso tutelare la concorrenza e il mercato a discapito dell'*in house*.

È innegabile che il legislatore nazionale debba tenere conto delle peculiari situazioni interne, ma così come l'applicazione delle direttive europee deve essere uniforme, allo stesso modo lo deve essere il campo delle esenzioni dalle stesse. E l'*in house*, in quanto esenzione, una volta definito non più dalla giurisprudenza della Corte di giustizia ma dalle direttive, con normativa dettagliata e di per sé autosufficiente, non può che avere gli stessi connotati negli ordinamenti degli Stati membri. I due principi di cui si è detto, di libera amministrazione delle autorità pubbliche e di tutela della concorrenza, nonché la sussidiarietà del secondo rispetto al primo, conferiscono all'*in house* pari dignità rispetto alla gara.

Nell'espletamento di compiti di interesse pubblico le amministrazioni devono perseguire e garantire la qualità, l'efficienza, l'economicità dell'appalto o del servizio; in sostanza la virtuosità per l'amministrazione, la collettività e gli utenti dei servizi. Quale sia la modalità migliore dell'affidamento, se *in house* o previa gara, è scelta che compete all'amministrazione affidante e non è detto che la gara sia opzione di per sé migliore rispetto all'affidamento *in house*, potendo verificarsi il contrario (ad esempio in caso di fallimento del mercato o di particolare virtuosità della gestione *in house*). E allora, ancora più a monte della verifica della sussistenza dei requisiti per procedere a un affidamento *in house*, diventa cruciale la scelta della modalità di affidamento, le ragioni fondanti e le motivazioni addotte; scelta che si manifesta in provvedimenti amministrativi sottoposti al vaglio di legittimità del giudice nazionale e della Corte di giustizia.

Per quanto riguarda la Direttiva concessioni, l'art. 2 della Direttiva 2014/23/UE prescrive che le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o

la prestazione dei (...) servizi, sulla base del diritto nazionale e dell'Unione (cfr. anche l'art. 4, sui “servizi di interesse economico generale”).

L'art. 354, TFUE, conformemente al generale modello dell'economia sociale di mercato, presuppone il regime della proprietà pubblica o privata di ciascuna impresa, a cui, dunque, si applicherebbero le regole ed i principi sulla concorrenza (e, quindi, anche gli artt. 101 e ss., TFUE). L'art. 17, riconosce la facoltà di gestire un servizio attraverso un affidamento in house; la Direttiva sembra recepire la meno rigorosa giurisprudenza europea delineata dopo il 2007 e non sembra porre alcun vincolo alla scelta operata dall'ente affidante, anche se ad un'attenta lettura non è proprio così.

Un primo limite può essere rinvenuto negli artt. 34 e 37, TFUE, che impongono agli Stati membri di organizzare i “monopoli”, in modo da evitare le restrizioni quantitative alla libera circolazione ex artt. 26, 28 e ss. e 33 e ss. TFUE.

Tali norme devono essere raccordate con l'art. 17 che limita la connessa scelta dell'amministrazione se un affidamento in house costituisce un “monopolio” per un servizio della cui gestione sia incaricata un'impresa titolare di una simile posizione nella produzione di taluni beni. Altra ipotesi è quella in cui attraverso l'in house si vada a configurare un assetto oligopolistico riferito ad un particolare settore del mercato: anche in tale caso, il diritto europeo pone alcuni limiti che circoscrivono la discrezionalità della scelta amministrativa.

La competizione concorrenziale, presupposta dagli artt. 101, c. 1, lett. a), b) e c) e 102, c. 2 e ss., TFUE, postula sempre una pluralità di operatori economici ed esprime il favor dell'amministrazione per la concorrenza verso il mercato, atteso che la concorrenza è sempre associata alla garanzia di pluralità, anche ai sensi degli artt. 28 e ss., 49 e ss. e 56 e ss., TFUE.

Anche per l'oligopolio la disciplina dell'art. 17, Dir. 2014/23/UE deve essere coordinata con quella europea sugli aiuti di Stato e per i servizi di interesse economico generale.

Considerando che l'organismo affidatario in house è un'impresa ai sensi degli artt. 107 e ss., TFUE, occorre comprendere se la partecipazione pubblica diretta a costituire il medesimo affidatario possa rilevare come un “aiuto di Stato”. Il modello dell'in house non elimina la distinzione soggettiva tra l'“amministrazione aggiudicatrice” e la società affidataria e il rischio che ciò sia qualificato alla stregua di un “aiuto” ex art. 107, TFUE.

Una pubblica amministrazione sembra poter ricorrere all'in house providing per le sole ipotesi compatibili con la stessa disposizione, letta assieme all'art. 106, TFUE, dal cui combinato disposto si evince che la partecipazione finanziaria pubblica, in una società in house, può essere legittima e non

richiede la previa notifica alla Commissione, ex art. 107, per le ipotesi consentite dalla prima norma ovvero nei limiti indicati dall'art. 106, qualora la società svolga un “servizio di interesse economico generale”. Soprattutto per gli affidamenti concessori il conseguente bilanciamento rischia di oscillare tra il forte rigore delle modalità dell'individuazione del contraente ed altre previsioni normative imprecise e generali, che, per le amministrazioni nazionali, non facilitano l'applicazione della normativa. Una simile riflessione si lega all'ampia discrezionalità, loro attribuita tramite il citato art. 30, c. 1, che potrebbe incrementare i rischi legati ad una non uniforme attuazione delle norme cit., i quali, del resto, già discenderebbero dalle divergenti regole nazionali sui contratti dei soggetti pubblici.

Un'altra analoga osservazione deriva dalle disposizioni sull'in house di cui all'art. 17, che sembrano attenuare il rigore delle prime pronunce giurisprudenziali europee conformemente ai principi degli artt. 49 e ss. e 56 e ss., TFUE, adottate per la definizione dell'affidamento in house.

L'armonizzazione delle norme giuridiche perseguita dalla Dir. 2014/23/UE complessivamente risulta solo parziale e richiede che la Corte di giustizia continui la propria importante e puntuale opera pretoria per salvaguardare l'armonizzazione dei principi sottesi alla disciplina dei contratti pubblici.

5.2. L'in house providing nelle Direttive del 2014.

Le Istituzioni europee hanno positivizzato le coordinate tracciate dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia nelle nuove direttive del 2014 sugli appalti e le concessioni poi trasposte nel nuovo codice dei contratti pubblici e nel Testo unico delle società a partecipazione pubblica. Il Consiglio di Stato chiarisce che «*il legislatore europeo ha introdotto per la prima volta una dettagliata disciplina in materia con diritto scritto destinata a regolare la concorrenza nei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*»⁽¹⁶²⁾. Le nuove direttive non parlano mai di *in house* ma regolano il fenomeno con riguardo agli appalti e alle concessioni tra enti nell'ambito del settore pubblico, o agli appalti tra amministrazioni aggiudicatrici (per i settori speciali), aggiudicati a una «*persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato*», escludendoli dall'ambito di applicazione delle direttive. Il riferimento normativo è all'art. 12 della direttiva appalti (Direttiva 2014/24/UE), all'art. 28 della Direttiva settori speciali (Direttiva n. 2014/25/UE) e all'art. 17 della direttiva concessioni (Direttiva n. 2014/23/UE);

⁽¹⁶²⁾ Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168.

tutte norme di identico tenore. Le Direttive disciplinano anche la cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici, anche se tale ipotesi resta fuori dall'*in house*, poiché non prevede la costituzione di organismi distinti rispetto alle amministrazioni interessate all'appalto o alla concessione. I requisiti dell'*in house* sono tratteggiati dall'art. 12, paragrafo 1, della Direttiva n. 2014/24/UE, dall'art. 28, paragrafo 1, della Direttiva n. 2014/25/UE e dall'art. 17, paragrafo 1, della Direttiva n. 2014/23/UE. All'individuazione di una relazione *in house* consegue, come effetto, l'esclusione dall'applicazione delle direttive appalti e concessioni. In tema di appalti pubblici e concessioni i principi fondamentali sono quelli della libertà per i soggetti pubblici di organizzare (auto-organizzare) come meglio ritengono le prestazioni dei servizi di rispettivo interesse, attraverso l'autoproduzione, la cooperazione e l'esternalizzazione ed il principio di tutela della concorrenza, che ha come finalità la piena apertura dei mercati. I due principi hanno pari dignità, ma il secondo resta sussidiario al primo. Come visto al par. 4 supra, il Libro Verde sui partenariati pubblico-privati aveva chiarito che il dibattito sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni *“si colloca a valle della scelta economica ed organizzativa effettuata da un ente locale o nazionale, e non può essere interpretato come un dibattito mirante a esprimere un apprezzamento generale riguardo la scelta se esternalizzare o meno la gestione dei servizi pubblici; tale scelta compete infatti esclusivamente alle autorità pubbliche. Infatti, il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni non si esprime riguardo l'opzione degli Stati membri se garantire un servizio pubblico attraverso i propri stessi servizi o se affidarli invece ad un terzo”*.

Le nuove direttive si pongono in continuità con tali affermazioni, infatti, il considerando n. 5 della Direttiva settori ordinari n. 2014/24/UE, afferma che *«è opportuno rammentare che nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva»*. Nello stesso senso sono i considerando n. 7 della Direttiva settori speciali n. 2015/25/UE, e n. 5 della direttiva concessioni n. 2014/23/UE ⁽¹⁶³⁾. Oggi si può affermare che sussiste equiordinazione dei tre modelli: autoproduzione (*in house*), cooperazione

⁽¹⁶³⁾ Secondo l'art. 2, paragrafo 1, della Direttiva concessioni *«la presente direttiva riconosce il principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione. Tali autorità sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici. Dette autorità possono decidere di espletare i loro compiti d'interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli a operatori economici esterni»*.

tra amministrazioni ed esternalizzazione (*gare*) e che non è più possibile, almeno nel diritto comunitario, qualificare l'*in house* in termini di eccezione e deroga alla disciplina ordinaria. In realtà, è la verifica della sussistenza dei requisiti dell'*in house* che va effettuata in modo rigoroso e non estensivo, dato che si tratta di eccezione all'applicazione delle Direttive, e quindi della normativa in esse contenuta ⁽¹⁶⁴⁾.

5.3. Segue: i requisiti strutturali dell'*in house providing*.

L'attuale organismo *in house* ha un oggetto sociale esclusivo ed opera in prevalenza a favore dell'ente controllante e sotto controllo analogo, cui consegue la facoltà di ricorrere all'affidamento diretto. Il requisito della destinazione prevalente è disciplinato dall'art. 12, par. I, lett. b) della Direttiva appalti ed è ripreso nell'art. 4, comma 4, del d.lgs. n. 175/2016 e nell'art. 5 del d.lgs. n. 50/2016. La norma comunitaria fornisce una precisa quantificazione, prevedendo che oltre l'ottanta per cento delle attività della persona giuridica controllata siano effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione controllante ⁽¹⁶⁵⁾.

Quanto al controllo analogo, non si reputano soddisfacenti i meri strumenti civilistici a disposizione del socio di maggioranza e la giurisprudenza chiarisce che il controllo si sostanzia in una relazione di subordinazione gerarchica che determina uno stringente controllo gestionale e finanziario dell'ente

⁽¹⁶⁴⁾ Secondo Corte di giustizia UE (sez. V, 8 maggio 2014, causa C-15/13) «conformemente alla giurisprudenza della Corte, l'obiettivo principale delle norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici è l'apertura ad una concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri nei settori d'esecuzione di lavori, di fornitura di prodotti e di prestazione di servizi, il che implica l'obbligo di qualsiasi amministrazione aggiudicatrice di applicare le norme pertinenti del diritto dell'Unione qualora sussistano i presupposti da questo contemplati (v., in tal senso, sentenza Stadt Halle e RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, punto 44). Qualsiasi deroga all'applicazione di tale obbligo va dunque interpretata restrittivamente (v. sentenza Stadt Halle e RPL Lochau, EU:C:2005:5, punto 46)». Corte di giustizia C-480/06 ha affermato che un'autorità pubblica può adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti senza fare ricorso ad entità esterne e che tale modalità non contrasta con la tutela della concorrenza poiché nessuna impresa viene posta in una situazione di privilegio rispetto alle altre". Il T.A.R. Veneto, sez. I, 25 agosto 2015, n. 949, afferma che «tra le tre modalità di affidamento (*gara, gara a doppio oggetto per la costituzione di una società mista e affidamento in house*), sussisterebbe un favor per l'affidamento in house qualora non vengano svolte (da parte dell'ente pubblico affidante) le necessarie considerazioni di natura tecnico-economica per le quali l'affidamento a mezzo di procedura selettiva sarebbe preferibile a quello in house (allo stato in atto); tenuto conto che, nella specie, la società affidataria in house offriva, in favore delle amministrazioni locali proprietarie della stessa, una gestione dei servizi locali particolarmente virtuosa dal punto di vista economico».

⁽¹⁶⁵⁾ Il par. 5 dell'art. 12 stabilisce che «per determinare la percentuale delle attività si prende in considerazione il fatturato totale medio, o una idonea misura alternativa basata sull'attività, quali i costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice in questione nei campi dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto».

pubblico sull'ente societario. In tal senso, è interessante e illuminante quanto stabilito dall'art. 192, del d.lgs. n. 50/2016, in punto di necessaria creazione di un elenco delle s.a. che si avvalgono di organismi *in house* e dei requisiti che devono sussistere in tali rapporti e relazioni di delegazione interorganica per ottenere l'iscrizione nell'elenco detenuto da dall'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), oggi disciplinata con le Linee Guida ANAC n. 7 (*amplius ultra* cap. III, par. 2 sotto).

Il controllo deve essere stringente e vertere sia sulle decisioni organizzative che sulle strategie industriali, che non possono porsi in contrasto con l'interesse degli enti pubblici azionisti.

Le Direttive, in tema di controllo analogo, precisano che tale condizione risulta soddisfatta qualora l'amministrazione aggiudicatrice (o anche l'ente aggiudicatore per le concessioni) eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative dell'affidatario *in house* e risolvono anche i dubbi in tema di cosiddetto controllo analogo indiretto, in quanto si prevede che il controllo possa essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice (c.d. *in house* a cascata). Si pensi, ad esempio, alle *holding* di partecipazioni, che si interpongono fra l'amministrazione aggiudicatrice e la società beneficiaria *in house*, o alle società consortili, dove gli enti pubblici esercitano il controllo della società consortile non direttamente ma attraverso le società consorziate, che, a loro volta, sono controllate da tali enti.

Una precisazione delle nuove Direttive riguarda il concetto di “*prevalenza*” dell'attività. La condizione viene ritenuta soddisfatta qualora oltre l'ottanta per cento delle attività del soggetto affidatario *in house* siano effettuate nello svolgimento dei compiti ad esso affidati dal soggetto controllante direttamente o anche indirettamente, ossia da parte di altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione controllante. Viene poi indicato cosa debba considerarsi al fine della determinazione dell'ottanta per cento: prevedendolo nel fatturato totale medio, o in un'idonea misura alternativa basata sull'attività, quali i costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice in questione nei campi dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto o della concessione (cfr. in tal senso anche la relazione accompagnatrice alle Linee Guida ANAC n. 7, per l'iscrizione nell'elenco ex art. 192 d.lgs. n. 50/2016, *amplius ultra* cap. III, par. 2). In mancanza del triennio (a causa di recente costituzione o inizio dell'attività, oppure per riorganizzazione dell'attività, con riguardo al soggetto controllato o all'amministrazione aggiudicatrice) o di pertinenza del fatturato e dei costi, è sufficiente dimostrare, sulla base di proiezioni dell'attività, la credibilità della misura dell'attività (ultimo paragrafo dell'art. 12 della

direttiva appalti n. 2014/24/UE, dell'art. 28 della direttiva settori speciali n. 2014/25/UE e dell'art. 17 della direttiva concessioni n. 2014/23/UE).

Novità di rilievo è quella in tema del requisito della totale partecipazione pubblica, che è sempre richiesta, ma una relazione *in house* viene egualmente configurata anche in presenza di forme di partecipazione diretta di capitali privati, a condizione che non comportino controllo o potere di veto, attraverso le quali non può essere esercitata alcuna influenza determinante sul soggetto affidatario, siano prescritte dalle disposizioni legislative nazionali e quindi siano previste dalla legge e che la stessa sia conforme ai trattati. È chiaro che l'unico elemento determinante è la partecipazione privata diretta al capitale della persona giuridica controllata, mentre la partecipazione di capitali privati nell'amministrazione aggiudicatrice controllante o nelle amministrazioni aggiudicatrici controllanti non preclude l'aggiudicazione diretta (ossia senza applicare le procedure previste dalle direttive) di appalti pubblici alla persona giuridica controllata, poiché tali partecipazioni non incidono negativamente sulla concorrenza tra operatori economici privati (in tal senso, espressamente, il punto 32 dei “*considerando*” della direttiva n. 2014/24/UE e il punto 46 dei “*considerando*” della direttiva n. 2014/23/UE).

Quanto previsto in tema di affidamento a un soggetto *in house* vale anche per escludere l'applicazione delle Direttive agli appalti o alle concessioni aggiudicati dal soggetto *in house*, che è a sua volta amministrazione aggiudicatrice, alla propria amministrazione controllante o ad altro soggetto giuridico controllato da quest'ultima, sempreché nell'aggiudicataria non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati di cui si è detto al paragrafo precedente, il che è disposto dall'art. 12, paragrafo 2, della direttiva appalti (n. 2014/24/UE), dall'art. 28, paragrafo 2, della direttiva settori speciali (n. 2014/25/UE) e dall'art. 17, paragrafo 2, della direttiva concessioni (n. 2014/23/UE).

Si tratta di due fattispecie diverse, la prima è l'*in house* verticale capovolto e riguarda unicamente due soggetti che si trovano in relazione di *in house* (il soggetto controllato, essendo a sua volta amministrazione aggiudicatrice, affida al soggetto controllante e si verifica una sorta di bidirezionalità dell'*in house*), mentre la seconda costituisce il cosiddetto *in house orizzontale* e implica l'esistenza di tre soggetti e di un rapporto triangolare. Un soggetto A) aggiudica un appalto o una concessione a un soggetto B), e sia A) che B) sono controllati da un altro soggetto C). Ossia non vi è alcuna relazione diretta tra A) e B), ma entrambi sono in relazione di *in house* con il soggetto C), che controlla sia A) che B). Una recente decisione della Corte di giustizia si è interessata del

fenomeno dell'*in house* orizzontale, inteso come la situazione in cui l'amministrazione o le amministrazioni aggiudicatrici esercitano un controllo analogo su due operatori economici distinti di cui uno affida un appalto all'altro, oltre che del controllo limitato ad alcune delle attività della società controllata⁽¹⁶⁶⁾. L'art. 12, paragrafo 3, della Direttiva appalti (n. 2014/24/UE), l'art. 28, paragrafo 3, della Direttiva settori speciali (n. 2014/25/UE), e l'art. 17, paragrafo 3, della Direttiva concessioni (n. 2014/23/UE), chiariscono anche le modalità attraverso cui le amministrazioni pubbliche in possesso di partecipazioni di minoranza possono esercitare egualmente il controllo analogo, codificando l'*in house* frazionato o pluripartecipato. Ossia consentendo che un'amministrazione aggiudicatrice, la quale non eserciti di per sé su una persona giuridica di diritto privato o pubblico un controllo ai sensi del paragrafo 1, possa lo stesso affidare direttamente un appalto a tale persona giuridica⁽¹⁶⁷⁾.

⁽¹⁶⁶⁾ Cfr. Corte di giustizia, sez. V, 8 maggio 2014 (causa C-15/13), secondo cui «l'articolo 1, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, deve essere interpretato nel senso che un contratto avente ad oggetto la fornitura di prodotti, concluso tra, da un lato, un'Università che è un'amministrazione aggiudicatrice ed è controllata nel settore delle sue acquisizioni di prodotti e servizi da uno Stato federale tedesco e, dall'altro, un'impresa di diritto privato detenuta dallo Stato federale e dagli Stati federali tedeschi, compreso detto Stato federale, costituisce un appalto pubblico ai sensi della medesima disposizione e, pertanto, deve essere assoggettato alle norme di aggiudicazione di appalti pubblici previste da detta direttiva». La controversia conseguiva all'affidamento diretto di un appalto di forniture da parte di un'Università della Città di Amburgo (Stato federale e amministrazione aggiudicatrice) a una società tedesca. La Corte di giustizia, come di solito, viene investita del problema della legittimità di siffatto affidamento diretto a seguito della contestazione innanzi al giudice tedesco da parte di un operatore del settore. Nella specie, tra l'Università tedesca e la società non vi era alcun rapporto di controllo in quanto la prima non aveva partecipazioni nella seconda. Tuttavia, la Città di Amburgo, Stato federale tedesco, controllava, assieme alla Repubblica federale di Germania e ad altri Länder tedeschi, sia la società che l'Università. In tal modo sia la società che l'Università erano controllate dalla stessa amministrazione aggiudicatrice, la Città di Amburgo. La questione viene rimessa alla Corte da parte del giudice di appello tedesco che, configurando nella specie la possibilità di un *in house* orizzontale, prefigura la legittimità dell'affidamento diretto; che viene invece escluso dalla Corte di giustizia sulla base di due considerazioni. La prima, consistente nella circostanza che l'affidamento è disposto da un'amministrazione aggiudicatrice (l'Università della Città di Amburgo) a favore di una società nella quale l'Università non detiene alcuna partecipazione nel capitale e non ha alcun rappresentante legale negli organi direttivi della stessa. La seconda, fondata sulla circostanza che il controllo esercitato dalla Città di Amburgo sull'Università si estende solo a una parte dell'attività di quest'ultima, ossia solo in materia di acquisizioni e non anche ai settori dell'istruzione e della ricerca, nell'ambito dei quali l'Università dispone di ampia autonomia. Cosicché in una situazione di controllo parziale non è configurabile il controllo analogo, venendo meno la possibilità di determinare (tutti) gli obiettivi strategici e (tutte) le decisioni significative del soggetto controllato. Pertanto, considerato che l'oggetto dell'affidamento dell'Università alla società riguarda l'attività di istruzione svolta dall'Università stessa, sulla quale attività non è ipotizzabile alcun controllo analogo da parte della Città di Amburgo, e data l'inconfigurabilità di un *in house* parziale, nella specie l'affidamento senza gara viene ritenuto illegittimo siccome in violazione delle regole di concorrenza. La decisione della Corte di giustizia avalla così l'*in house* orizzontale, ma richiede che il controllo, per configurarsi analogo, debba essere totale e non limitato solo ad alcune delle attività svolte dal soggetto controllato.

⁽¹⁶⁷⁾ Le condizioni richieste, tutte da soddisfare, sono: a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita congiuntamente con altre amministrazioni aggiudicatrici un controllo sulla persona giuridica affidataria analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi; b) oltre l'80% delle attività dell'affidataria sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dalle amministrazioni aggiudicatrici controllanti direttamente o indirettamente da altre persone giuridiche

Il problema centrale dell'in house è dato dall'accertamento del requisito del controllo analogo. Siffatto requisito, secondo consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, risulta soddisfatto dalla previsione di meccanismi che consentano all'affidante di influenzare in modo determinante gli obiettivi strategici e le decisioni significative dell'affidatario e, contestualmente, dal divieto per quest'ultimo di acquisire una vocazione commerciale che renda precario il controllo da parte dell'ente pubblico. Secondo AGCM, la possibilità che la società affidataria, secondo lo statuto, possa svolgere numerose attività *“lascia presumere l'esistenza di una (anche potenziale) vocazione commerciale basata sul rischio di impresa, suscettibile di condizionare le scelte strategiche della società stessa, distogliendola dalla cura primaria dell'interesse pubblico di riferimento”*.

La Corte di giustizia ritiene che spetti al giudice nazionale verificare in concreto l'esistenza del requisito del controllo analogo, così come di quello congiunto. E ciò a seguito di una verifica delle disposizioni degli statuti del soggetto controllato, degli eventuali patti parasociali e dei poteri attribuiti agli organi sociali, così che la nozione di controllo analogo — come anche di controllo congiunto, richiesto ai fini del cosiddetto in house frazionato o pluripartecipato — si cala all'interno della fattispecie civilistica del controllo societario e spesso va al di là della stessa, in quanto i singoli meccanismi previsti dal codice civile per assicurare il controllo societario possono non essere sufficienti al fine della configurazione del controllo analogo.

Dal che consegue l'esigenza di definire i contenuti minimi specifici del requisito del controllo analogo; ciò proprio per avere certezze e non basarsi sulle valutazioni del caso singolo rimesse, di volta in volta, all'accertamento e alla valutazione del giudice e, ancora prima, dei soggetti affidante e

controllate dalle amministrazioni aggiudicatrici di cui trattasi; c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata. Si tratta delle condizioni richieste al paragrafo 1 per la configurazione di una relazione in house, con la peculiarità che il controllo non è più personale ed esclusivo ma congiunto (ossia assieme agli altri soggetti partecipanti nel capitale del soggetto affidatario). E in che consista il controllo congiunto prescritto dalla lett. a) viene a sua volta definito dalle direttive. Le amministrazioni aggiudicatrici esercitano il controllo in modo congiunto con le altre qualora siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) gli organi decisionali dell'organismo controllato devono essere composti da rappresentanti di tutti i soci pubblici partecipanti, ovvero, da soggetti che possono rappresentare più o tutti i soci pubblici partecipanti. Ossia ogni soggetto pubblico partecipante deve essere comunque rappresentato negli organi decisionali del soggetto affidatario; b) i soci pubblici devono essere in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative dell'organismo controllato; c) l'organismo controllato non deve perseguire interessi contrari a quelli di tutti i soci pubblici partecipanti. Anche qui l'individuazione di tutte le condizioni richieste per la sussistenza del controllo congiunto, soprattutto con riguardo alla lett. b), passa attraverso l'indagine empirica delle disposizioni dello statuto della società affidataria.

affidatario. Come richiamato sopra, le nuove direttive consentono l'affidamento *in house* anche in presenza di una partecipazione privata minoritaria ⁽¹⁶⁸⁾.

Una volta consentita la partecipazione privata nelle società *in house*, seppure a specifiche condizioni, scolora la differenza tra società *in house* e società miste. Ai fini dell'affidamento a società mista, come si è visto al par. 4 supra, si è ormai assestata l'esigenza della cosiddetta gara a doppio oggetto, ossia

⁽¹⁶⁸⁾ Interessante in tal senso il caso Cineca. Il Consiglio di Stato, con il parere 30 gennaio 2015, n. 298 (affare n. 18/2013) aveva affermato che è ammissibile l'affidamento "in house" di prestazioni di servizio nel campo dell'informatica per il sistema universitario, della ricerca e scolastico, da parte del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca in via diretta al CINECA Consorzio Interuniversitario. Ai fini dell'ammissibilità dell'affidamento cd. "in house" (e quindi ai fini dell'esclusione dei contratti tra soggetti pubblici dall'applicazione della direttiva), l'art. 12, par. 1, della direttiva 2014/24 richiede che l'amministrazione aggiudicatrice svolga sull'altro ente pubblico "un controllo analogo a quello che esercita sui propri dipartimenti/servizi"; che più dell'80% delle prestazioni dell'altro ente pubblico siano effettuate a favore dell'amministrazione aggiudicatrice o di un altro ente pubblico controllato dalla prima; che l'altro ente pubblico che riceve l'affidamento dall'amministrazione aggiudicatrice non sia controllato da capitale privato, a meno che non si tratti di partecipazione di controllo o di blocco secondo le disposizioni nazionali; e che in ogni caso tale partecipazione non determini influenza dominante". Quanto affermato dalla sez. II del Consiglio di Stato non ha trovato concorde la sez. VI, che, con sentenza 26 maggio 2015, n. 2660, ha ritenuto l'illegittimità dell'affidamento diretto e senza gara al Cineca da parte di un'Università a causa della mancanza dei requisiti della partecipazione pubblica totalitaria (partecipando al Consorzio anche Università private che non possono essere qualificate comunque come enti pubblici per il solo fatto di svolgere attività di interesse pubblico) e dell'esercizio dell'attività prevalentemente a favore di soggetti consorziati (svolgendo il consorzio, direttamente o tramite società controllate, una parte rilevante della propria attività a favore di soggetti non consorziati, pubblici e privati, sia in Italia che all'estero). La sez. VI ha escluso l'applicabilità immediata delle previsioni di cui alla direttiva n. 2014/24/UE, sulla base delle seguenti considerazioni: a.a) la nuova direttiva, nonostante il suo contenuto in alcune parti dettagliato, non può ritenersi self-executing dato che è ancora in corso il termine previsto per la sua attuazione da parte dello Stato; a.b) la rilevanza giuridica della direttiva anche prima che sia scaduto il termine per il suo recepimento si traduce semplicemente, in nome del principio di leale collaborazione, in un dovere di standstill, ovvero nel dovere per il legislatore di astenersi dall'adottare, nel periodo intercorrente tra la pubblicazione della direttiva nella GUUE e il termine assegnato per il suo recepimento, qualsiasi misura che possa compromettere il conseguimento del risultato prescritto (C. giust. 18 dicembre 1997, C-129/96, Inter-Environnement Vallonie) e per il giudice di astenersi da qualsiasi forma di interpretazione o di applicazione del diritto nazionale da cui possa derivare, dopo la scadenza del termine di attuazione, la messa in pericolo del risultato voluto dalla direttiva (C. giust. UE, 15 aprile 2008, C-268/08, Impact); b) l'in house aperto ai privati previsto dal citato art. 12 della nuova direttiva rappresenta non un obbligo ma una facoltà della quale il legislatore nazionale potrebbe legittimamente anche decidere di non avvalersi, scegliendo di attuare un livello di tutela della concorrenza ancor più elevato rispetto a quello prescritto a livello comunitario; c) carenza dell'ulteriore condizione richiesta dal citato art. 12, secondo cui le "forme di partecipazione di capitali privati" devono essere "prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati"; non essendo la partecipazione al Cineca di soggetti privati oggetto di esplicita prescrizione legislativa; d) mancanza di strumenti idonei ad assicurare l'esercizio da parte dell'Università affidante, anche in forma congiunta con altri enti consorziati, di poteri di controllo analogo; e) insussistenza del requisito dell'attività prevalentemente svolta a favore di soggetti consorziati, in quanto lo svolgimento di attività imprenditoriale verso l'esterno attribuisce al Cineca una vocazione commerciale che impedisce di considerarlo alla stregua di un soggetto *in house*, ovvero di un mero organo delle amministrazioni consorziate. Va osservato che nello statuto del Cineca era prevista la possibilità di "acquisire partecipazioni in società di capitali o altri consorzi". Sulla questione è poi intervenuto il legislatore che ha cercato di risolvere "le problematiche Cineca" in coerenza con le affermazioni contenute nella citata sentenza del Consiglio di Stato n. 2660/2015, recependo anticipatamente alcuni contenuti dell'art. 12 della direttiva appalti n. 2014/24/UE (in particolare, paragrafo 3, comma 1) e richiedendo, ove necessario, l'adeguamento dello statuto.

avente a oggetto al tempo stesso la qualità di socio e l'attribuzione allo stesso dei compiti operativi connessi alla gestione dello specifico servizio che dovrà essere svolto dalla società ⁽¹⁶⁹⁾.

Una volta che la nuova normativa europea consente l'affidamento diretto *in house* anche qualora vi sia una partecipazione privata nell'affidatario, si è in presenza di una società mista atipica in cui, premessa la necessità della gara per la scelta del socio privato col quale concludere il contratto di società, non è più richiesta la gara a doppio oggetto, né una gara specifica, per l'affidamento dell'appalto o della concessione. Se non fosse così, quanto consentito dalle nuove Direttive si rileverebbe del tutto inutile. Per cui va esclusa la completa assimilazione del soggetto *in house* a partecipazione privata alla società mista.

In mancanza di diverse norme e/o deroghe espresse, vale la previsione generale dell'applicabilità, anche alle società pubbliche, della disciplina civilistica in ambito di società di capitali. Le società *in house*, in particolare, non dovrebbero costituire un modello societario diverso dai tipi di società commerciale regolate dal codice civile.

Ai sensi dell'art. 3-bis, del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla l. 14 settembre 2011, n. 148, *«le società affidatarie in house sono tenute all'acquisto di beni e servizi secondo le disposizioni di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni. Le medesime società adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nonché i vincoli assunzionali e di contenimento delle politiche retributive stabiliti dall'ente locale controllante ai sensi dell'articolo 18, comma 2-bis, del decreto-legge n. 112 del 2008»*.

Per quanto riguarda, invece, le società strumentali, esse svolgono attività nei confronti della pubblica amministrazione che ne beneficia e conseguentemente paga il prezzo della prestazione (appalti pubblici di servizi e di forniture), a differenza di quelle che erogano servizi alla collettività, ossia agli

¹⁶⁹ La Commissione europea, già con la comunicazione interpretativa in data 5 febbraio 2008 "sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)", aveva ritenuto che, per costituire un PPPI in modo conforme ai principi del diritto comunitario evitando nel contempo i problemi connessi ad una duplice procedura, si potesse utilizzare il metodo seguente: il partner privato è selezionato nell'ambito di una procedura trasparente e concorrenziale, che ha per oggetto sia l'appalto pubblico o la concessione da aggiudicare all'entità a capitale misto, sia il contributo operativo del partner privato all'esecuzione di tali prestazioni e/o il suo contributo amministrativo alla gestione dell'entità a capitale misto. La selezione del partner privato è accompagnata dalla costituzione del PPPI e dall'aggiudicazione dell'appalto pubblico o della concessione all'entità a capitale misto. Il modello è stato riconosciuto dalla Corte di Giustizia UE, sez. III, 15 ottobre 2009, procedimento C-196/08, Acoset s.p.a., in adesione alla comunicazione interpretativa della Commissione europea.

utenti, al fine di soddisfare bisogni generali; utenti che per il servizio pagano una tariffa (servizi pubblici).

Per esse è prevista l'esclusività dell'oggetto sociale a favore delle amministrazioni pubbliche che vi partecipano, infatti, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, devono operare con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale ⁽¹⁷⁰⁾.

Siffatto limite, dal quale sono escluse le società statali, viene imposto al dichiarato “*fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale*”. Ciò comporta, conseguentemente, che le società strumentali degli enti locali e delle Regioni per essere *in house* devono possedere solo due dei tre requisiti prescritti: il controllo analogo e la totale partecipazione pubblica; non essendo possibile la configurabilità del terzo, ossia la prevalenza dell'attività, essendo già richiesto per legge qualcosa che assorbe la prevalenza, quale l'esclusività. Dette società diventano “*ad oggetto sociale esclusivo*” (comma 2 del citato art. 13), di qui l'ulteriore peculiarità propria delle società strumentali *in house*; dovendo, l'attività da svolgere a favore dell'ente o degli enti controllanti, essere esclusiva, non è possibile effettuare attività a favore o assieme ad amministrazioni diverse. È evidente a questo punto il contrasto tra la normativa interna e quella delle nuove Direttive, nella parte in cui richiedono soltanto che oltre l'ottanta per cento (e non il cento per cento) delle attività del soggetto affidatario *in house* siano effettuate nello svolgimento dei compiti ad esso affidati dal soggetto controllante ⁽¹⁷¹⁾.

⁽¹⁷⁰⁾ Cfr. l'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla l. 4 agosto 2006, n. 248.

⁽¹⁷¹⁾ Secondo il Consiglio di Stato (sez. III, 7 maggio 2015, n. 2291), l'*in house* non sarebbe più consentito negli appalti strumentali, ossia al di fuori dei servizi pubblici. Ciò in quanto «l'art. 4, comma 7, del d.l. 95/2012, convertito nella legge 135/2012, sembra univoco nell'individuare le procedure concorrenziali come modalità necessaria di acquisizione dei beni e servizi strumentali, mentre, alla stregua della stessa norma, l'affidamento diretto ha carattere spiccatamente derogatorio; d'altra parte, la volontà del legislatore è stata quella di limitare il ricorso alle società pubbliche, tra l'altro escludendolo nel settore dell'acquisizione di beni e servizi strumentali, che non è stato tipologicamente considerato tra le eccezioni. Secondo il Consiglio di Stato: a) il tenore del comma 7 è “univoco nell'individuare le procedure concorrenziali come modalità necessaria di acquisizione dei beni e servizi strumentali”; b) “l'*in house* providing, così come costruito dalla giurisprudenza comunitaria, sembra rappresentare, prima che un modello di organizzazione dell'amministrazione, un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, le quali richiedono che l'affidamento degli appalti pubblici avvenga mediante la gara”; c) “l'esistenza di una sua disciplina normativa a livello comunitario (oggi contenuta nell'art. 12 della direttiva 24/2014/UE, ...) consente tale forma di affidamento, ma non obbliga i legislatori nazionali a disciplinarla, né impedisce loro di limitarla o escluderla in determinati ambiti”; d) “La circostanza che un affidamento in

6. LA RINNOVATA STAGIONE DEI TESTI UNICI: IL T.U. SULLE SOCIETÀ PARTECIPATE ED IL PROGETTO DI T.U. SUI SERVIZI PUBBLICI LOCALI.

6.1. Il testo unico delle società a partecipazione pubblica.

Il d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 reca il «*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*», in attuazione della delega contenuta negli artt. 16 e 18 della legge (Madia) 7 agosto 2015, n. 124, che ha previsto numerosi interventi per il riordino delle Amministrazioni pubbliche. Il t.u. si muove del tutto in linea con i principi espressi dall'art. 41 Cost: accanto all'attività economica privata, che è espressione di libertà, si può avere un'attività economica pubblica, non però senza limiti, ma – in definitiva – in coerenza con il criterio di sussidiarietà orizzontale⁽¹⁷²⁾.

La nuova disciplina definisce e regola la “partecipazione pubblica” come «*la titolarità di rapporti comportanti la qualità di socio in società o la titolarità di strumenti finanziari che attribuiscono diritti amministrativi*» (art. 2, lett. f) ed in specifico la “partecipazione indiretta” come «*la partecipazione in società detenuta da un'amministrazione pubblica per il tramite di società o di altri organismi soggetti a controllo da parte della medesima amministrazione pubblica*» (art. cit., lett. g).

house non contrasti con le direttive comunitarie non vuol dire che sia contraria all'ordinamento UE una norma nazionale che limiti ulteriormente il ricorso all'affidamento diretto. Con ciò, si torna alla preclusione degli affidamenti diretti stabilita dall'art. 4, comma 7, in questione, con scelta dichiaratamente pro-concorrenziale che non può certamente ritenersi irragionevole». La soluzione seguita non appare conforme non solo circa il vero significato del carattere eccezionale e derogatorio dell'in house, ma anche con l'interpretazione letterale dell'art. 4, comma 8, primo periodo, del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla l. 7 agosto 2012, n. 135, secondo cui “*a decorrere dal 1° gennaio 2014 l'affidamento diretto può avvenire solo a favore di società a capitale interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione in house*”. La circostanza per cui la Corte costituzionale, con sentenza 23 luglio 2013, n. 229, ha dichiarato, tra l'altro, l'illegittimità costituzionale del detto comma 8, nella parte in cui si applica alle Regioni ad autonomia ordinaria, non rileva. La dichiarazione di incostituzionalità è motivata sulla base di ragioni di competenza legislativa, oltre che di salvaguardia del principio di autonomia organizzativa (delle Regioni) che è proprio quello che consente l'affidamento in house. Inoltre, la normativa e la giurisprudenza europea in tema di in house non possono non applicarsi anche alle Regioni.

⁽¹⁷²⁾ I parametri della predetta posizione mediana o di equilibrio si rinvengono anzitutto nei trattati europei e sono, ad esempio, esplicitati nella direttiva 2014/23/UE: - le autorità nazionali, regionali e locali possono decidere di espletare i loro compiti di interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse (anche in cooperazione con altre amministrazioni) o conferendoli a operatori economici esterni; - il diritto europeo fa salvi i regimi di proprietà esistenti negli Stati membri e non richiede la privatizzazione delle imprese pubbliche; - le amministrazioni trattano gli operatori economici (pubblici o privati) su un piano di parità (cfr. art. 2 e 3 direttiva citt.).

Il t.u. non si applica però ai casi di «partecipazione di amministrazioni pubbliche a enti associativi diversi dalle società e a fondazioni» (art. 1, co. 4, lett. b) ⁽¹⁷³⁾. Neppure si applica alle c.d. “società legali” o “società legificate”, la cui costituzione o configurazione sia disposta o basata sulla legge speciale e non su di un contratto di società; a queste ipotesi vuole riferirsi il t.u. nella parte in cui dispone che restano ferme «*le specifiche disposizioni, contenute in leggi o regolamenti governativi o ministeriali, che disciplinano società a partecipazione pubblica di diritto singolare costituite per l'esercizio della gestione di servizi di interesse generale o di interesse economico generale o per il perseguimento di una specifica missione di pubblico interesse*» (art. 1, co. 4, lett. a) ⁽¹⁷⁴⁾.

Conformemente all'esigenza di non incontrare forme di responsabilità illimitata per i soggetti pubblici partecipanti, i tipi di società in cui è ammessa la partecipazione pubblica sono «*esclusivamente*» le s.p.a. e le s.r.l., anche in forma cooperativa o con scopo consortile (cfr. art. 2615 *ter c.c.*).

Si tratta di un testo unico prevalentemente di “coordinamento” normativo, posto che la normativa pregressa era assai sparsa e frammentata, tanto che l'emanando d.lgs. aveva il «*fine prioritario di assicurare la chiarezza della disciplina*» e «*la semplificazione normativa*» (art. 18, co. 1, l. n. 124/2015).

La normativa ora riordinata è peraltro relativamente recente, come si ricava anche dall'art. 28 del t.u., che elenca le norme abrogate: la più risalente nel tempo, tra dette norme, è solo dell'anno 2000. Sono relativamente recenti anche le altre norme dettate su questa materia, non abrogate dall'odierno t.u. ma che, con esso, dovranno essere applicate in correlazione; infatti, pure queste altre norme sono

⁽¹⁷³⁾ Con la l. 6.6.2016, n. 106 è stata attribuita delega al Governo per la riforma del terzo settore (inteso – art. 1, l. cit. – come il complesso degli enti aventi natura giuridica privata costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale e che promuovono e realizzano attività di interesse generale) ed è dunque attesa la revisione della «*disciplina del titolo II del libro primo del c.c. così come della disciplina speciale e delle altre disposizioni vigenti relative agli enti del terzo settore*». Nei conseguenti d.lgs. potrebbe essere stabilita anche una disciplina dei casi di partecipazione delle Amministrazioni pubbliche a siffatte figure soggettive.

⁽¹⁷⁴⁾ La giurisprudenza ha bene evidenziato che nonostante la veste di società di capitali, vi possono essere casi di figure aventi natura di ente pubblico (cfr. Cass. civ., S.U., 22.1.2015, n. 1159 e 13.11.2015, n. 23306 (entrambe con ulteriori richiami). Si possono richiamare i casi della RAI-Radiotelevisione italiana s.p.a. di cui alla l. 28.12.2015, n. 220 e della CDP-Cassa depositi e prestiti s.p.a. di cui all'art. 5 del d.l. 30.9.2003, n. 269 conv. in l. 24.11.2003, n. 326, In dottrina G. Gruner, *Enti pubblici a struttura di spa. Contributo allo studio delle società “legali” in mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino, 2009; Ibba, C., *Società legali e società legificate*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1993, 1 ss.; Renna, M., *Le società per azioni in mano pubblica: il caso delle spa derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici e aziende autonome statali*, Torino, 1997.

state emanate quasi interamente a partire dal 1990 (ma molte tra esse furono già riordinate nel t.u.e.l., d.lgs. 18.8.2000, n. 267: artt. 112-120).

Le norme sulle società a partecipazione pubblica erano state determinate in conseguenza di quattro principali fattori: - l'esigenza che la natura ed il regime privato delle società partecipate da Amministrazioni pubbliche non fossero la causa di elusione di norme o di regole a tutela dell'interesse pubblico; - la trasformazione di molti enti pubblici in società, con la correlata soppressione di apparati amministrativi propri della situazione precedente; - l'indirizzo politico finalizzato ad una privatizzazione sostanziale attraverso dismissioni delle partecipazioni pubbliche; - l'esigenza di una riduzione della spesa nelle (e per le) società partecipate dalle Amministrazioni pubbliche anche in ragione dei risultati economici negativi o comunque deludenti di varie società.

Il riordino della disciplina delle partecipazioni societarie delle Amministrazioni pubbliche, ora stabilito in modo organico dalla legge delega e dal t.u., era stato anticipato dall'art. 23 del d.l. 24 aprile 2014, n. 66 conv. in l. 23 giugno 2014, n. 89, ma relativamente alle sole partecipate dalle amministrazioni locali. La disposizione è stata attuata dal Commissario straordinario per la *spending review* con il «*Programma di razionalizzazione delle partecipate locali*» (7.8.2014)⁽¹⁷⁵⁾ che, di per sé, ha avuto solo la portata di un documento di studio, ma importante presupposto di misure legislative future. L'esigenza di riordino venne estesa con il ricordato art. 1, co. 611 e ss. dalla l. n. 190/2014, con prevista più ampia applicazione alle Regioni, Province autonome, Enti locali, Camere di commercio, Università, Istituti di istruzione universitaria pubblici e Autorità portuali, tenuti ad un processo di razionalizzazione delle società e partecipazioni societarie direttamente o indirettamente possedute⁽¹⁷⁶⁾. Nell'odierno t.u., i programmi di razionalizzazione devono invece essere avviati da tutte le Amministrazioni pubbliche, loro consorzi e associazioni «*per qualsiasi fine istituiti*», gli Enti pubblici economici e le Autorità portuali (art. 2, co.1, lett. a); le Amministrazioni pubbliche, come ormai consolidato nel nostro ordinamento, sono quelle elencate nell'art. 1, co. 2 del d.lgs. 30.3.2001, n. 165.

⁽¹⁷⁵⁾ Cfr. G. CAIA, *Le novità introdotte dal d.l. n. 66 del 2014*, in *Il libro dell'anno del diritto 2015*, 252 ss.

⁽¹⁷⁶⁾ La non fondatezza delle questioni di legittimità costituzionale, promosse con ricorso regionale, è stata dichiarata da C. cost., 16.6.2016, n. 144, anzitutto per la ravvisata circostanza che i piani di razionalizzazione previsti sono disciplinati con una disposizione di principio «*che lascia ampio margine di manovra all'autonomia regionale e dunque è espressione di "coordinamento della finanza pubblica"*». I criteri direttivi per la razionalizzazione sono stati ritenuti conformi a Cost. perché rispondono alla «*finalità di evitare abusi del "tipo" societario*», con la conseguente tutela della concorrenza e la finalità di risparmio di spesa.

Il riordino stabilito con il t.u. riguarda non solo siffatti programmi di razionalizzazione (revisione) delle esistenti società partecipate, ma anche: - il regime giuridico di esse; - le finalità perseguibili mediante l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche; - gli atti deliberativi dell'Amministrazione partecipante per l'acquisto, la gestione e l'alienazione di partecipazioni; - i controlli e il monitoraggio sulle partecipate.

Si può dunque rilevare che il riordino permette di ritenere superati molti equivoci sul complesso e controverso fenomeno delle partecipazioni delle amministrazioni pubbliche. Nel contempo, non si può sottacere che questo intervento risponde ad un indirizzo politico di riduzione dell'iniziativa economica pubblica, perché essa non viene negata e neppure aprioristicamente limitata ma riceve varie prescrizioni condizionanti, seppure giustificate dalle distonie che si erano registrate finora (eccessivo numero delle partecipate, gestioni non rispettose del criterio di economicità, elusione di garanzie e regole a tutela dell'interesse pubblico ⁽¹⁷⁷⁾).

Come si è anticipato, la spinta principale all'emanazione di un t.u. sulle partecipazioni pubbliche è stata rappresentata dall'esigenza di disporre di un quadro di riferimento univoco che eliminasse le criticità, da molti riscontrate ⁽¹⁷⁸⁾. A queste criticità aveva iniziato a sovvenire – negli scorsi anni – una normativa valutata però disorganica e dettata per «perseguire finalità di volta in volta imposte da esigenze contingenti», senza «*un disegno coerente di lungo periodo*» ⁽¹⁷⁹⁾.

Il t.u., in conformità alla legge delega, è basato sulla distinzione tra tipi di società in relazione all'attività svolta, alla misura e qualità della partecipazione e al relativo carattere diretto o indiretto.

⁽¹⁷⁷⁾ Gli obiettivi che il t.u. persegue sono ricavabili dalla “*analisi di impatto della regolamentazione*” allegata allo schema di d.lgs. per le procedure di approvazione. In tale sede si dichiara che le nuove norme sono finalizzate nel “breve periodo” a limitare la costituzione di nuove società pubbliche; rendere trasparenti i bilanci delle società in controllo pubblico; ridurre il numero di società pubbliche; impedire il proliferare di società non necessarie. Nel “medio periodo” a ridurre le aree di intervento delle società pubbliche; eliminare o limitare le società pubbliche non in equilibrio economico; ridefinire il sistema di gestione del personale delle società a controllo pubblico; garantire che l'attività delle società a partecipazione pubblica sia maggiormente efficiente. Nel “lungo periodo” a: miglioramento dei servizi erogati a cittadini e imprese; maggiore credibilità e trasparenza della pubblica amministrazione; favorire il migliore utilizzo delle risorse pubbliche, mediante l'efficiente allocazione delle stesse e la rimozione delle fonti di spreco. Si tratta di una schematizzazione probabilmente prolissa e ripetitiva, che però dimostra come l'eccessivo numero delle attuali partecipate pubbliche e la loro gestione, spesso non pienamente rispondete ad economicità, rappresentavano e rappresentano una criticità seria nell'ambito dei generali problemi della Pubblica Amministrazione, criticità che aveva richiamato anche l'attenzione delle istituzioni europee.

⁽¹⁷⁸⁾ Significativi i rapporti annuali della Corte dei Conti sez. autonomie su “Gli organismi partecipati dagli enti territoriali”. La Relazione 2015 è stata adottata con deliberazione n. 24/SEZAUT/2015/FGR (Pres. Squitieri, R., Rell. De Girolamo, A., Corsetti, A.)

⁽¹⁷⁹⁾ Così il parere Cons. St., comm. spec., 21.4.2016, n. 968, Pres. Frattini, Est. Bellomo, F., Lopilato, V., ove puntuali e ricostruttivi commenti allo schema di d.lgs. e circa la materia considerata

Si tratta di un criterio che riprende una consolidata e convincente giurisprudenza costituzionale. Ci si riferisce, in particolare, alle sentenze 1 agosto 2008, n. 326⁽¹⁸⁰⁾ e 4 maggio 2009, n. 148⁽¹⁸¹⁾, ove si è posto l'accento, quale elemento centrale di inquadramento, sull'oggetto sociale delle partecipate dalle Amministrazioni pubbliche e di conseguenza sulla distinzione tra "attività amministrativa in forma privatistica" e "attività d'impresa di enti pubblici": «L'una e l'altra possono essere svolte attraverso società di capitali, ma le condizioni di svolgimento sono diverse. Nel primo caso vi è attività amministrativa, di natura finale o strumentale, posta in essere da società di capitali che operano per conto di una pubblica amministrazione. Nel secondo caso, vi è erogazione di servizi rivolta al pubblico (consumatori o utenti), in regime di concorrenza» (cfr. sent. 326 cit.)⁽¹⁸²⁾.

Le due sfere di attività devono essere separate per evitare che un soggetto che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività di impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto Amministrazione pubblica. La libertà di iniziativa economica delle Amministrazioni pubbliche non è negata ma esse devono esercitarla distintamente dalle proprie funzioni amministrative, rimediando ad una frequente commistione distorsiva della concorrenza.

Da tutto ciò la possibilità (e opportunità) che il legislatore stabilisca alcune regole particolari per le società partecipate dalle Amministrazioni pubbliche, profili per i quali deve sussistere una uniformità a livello nazionale; pertanto, il t.u. riprendendo e razionalizzando precedenti disposizioni, ha, da un lato, prescritto che le società *in house* hanno come oggetto sociale esclusivo le attività per le quali sono state costituite o partecipate (art. 4, co. 4). Sotto altro profilo, è fatto divieto alle c.d. società strumentali (aventi per oggetto l'autoproduzione di beni o servizi per l'ente o gli enti pubblici partecipanti nel rispetto del diritto europeo sui contratti pubblici) di costituire nuove società e di acquisire nuove partecipazioni in società (art. cit., co. 5).

Oltre ed in conseguenza alla distinzione tra tipi di società, che si riflette sul loro regime giuridico, vi è un ulteriore profilo – ora stabilito dal t.u. – relativo alle finalità (pubbliche) perseguibili mediante

⁽¹⁸⁰⁾ Pres. Bile, F., Red. Cassese, S. Per un commento, v. R. URSI, *La Corte costituzionale traccia i confini dell'art. 13 del decreto Bersani*, in *Giornale dir. amm.*, 2009, 11.

⁽¹⁸¹⁾ Pres. Amirante, F., Red. Tesauro, G. Per un commento v. G. BOTTINO, *Le amministrazioni pubbliche e la costituzione, o la partecipazione, di società a capitale pubblico: la legittimità costituzionale dei limiti previsti nell'odierna legislazione statale*, in *Giur. Cost.*, 2009, 1606 ss.

⁽¹⁸²⁾ La distinzione tra società che svolgono attività amministrative e società di capitali che svolgono vera e propria attività economica è stata ripresa dal legislatore, ad esempio nell'art. 29 della l. 7.8.1990, n. 241 in materia di procedimenti amministrativi; ivi si stabilisce che le disposizioni della legge «si applicano, altresì, alle società con totale o prevalente capitale pubblico, limitatamente all'esercizio delle funzioni amministrative».

l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche; anche questo profilo è stato ricostruito dalla sopra citata giurisprudenza costituzionale. Nella sent. n. 148 del 2009, giudicando della costituzionalità dell'art. 3, co. 27 ss. della l. 24 dicembre 2007, n. 244, si richiama la relazione al relativo disegno di legge e si sottolinea che pur essendo la creazione di società per lo svolgimento di compiti di rilevanza pubblica uno strumento utilissimo per perseguire maggiore efficienza a vantaggio della collettività, occorre evitare forme di abuso che sottraggono l'agire amministrativo ai canoni della trasparenza e del controllo da parte degli enti pubblici e della stessa opinione pubblica nonché occorre tutelare la concorrenza e il mercato. Per queste ragioni sono possibili (e opportune) norme dirette ad evitare che le Amministrazioni pubbliche «svolgano attività economica al di fuori dei casi nei quali ciò è imprescindibile per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, ovvero per la produzione di servizi di interesse generale», norme miranti a realizzare dette finalità «con modalità non irragionevoli» e cioè senza «carattere di genericità» ma esclusivamente nei casi «nei quali non sussista una relazione necessaria tra società, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche, e perseguimento delle finalità istituzionali» (sent. ult. cit.). Per queste ragioni, il t.u. identifica le attività rispetto alle quali le Amministrazioni pubbliche possono, direttamente o indirettamente, costituire società ed acquisire o mantenere partecipazioni in società. Tale identificazione è tassativa («esclusivamente per lo svolgimento delle attività sotto indicate» art. 4, co. 2).

Prima di richiamare l'identificazione contenuta nel t.u., conviene ricordare che questa impostazione, già anticipata con il cit. art. 3 della l. n. 244/2007, era stata riassunta e ricostruita in maniera veramente completa da Cons. St., A.P., 3 giugno 2011, n. 10. Non è ammessa la costituzione e il mantenimento da parte delle Amministrazioni pubbliche di società commerciali con scopo lucrativo in cui campo di attività esuli dall'ambito delle rispettive finalità istituzionali né risulti comunque coperto da disposizioni normative di specie (secondo il modello delle c.d. "società di diritto singolare")⁽¹⁸³⁾.

⁽¹⁸³⁾ Infatti, sempre secondo quanto segnalato dall'A.P. del Cons. St. si deve tenere conto delle seguenti coordinate fondamentali: a) l'attività di impresa è consentita agli enti pubblici solo in virtù di espressa previsione; b) l'ente pubblico che non ha fini di lucro non può svolgere attività di impresa, salve espressa deroghe normative; c) la possibilità di costituzione di società in mano pubblica, operanti sul mercato, è ordinariamente prevista da espressa disposizioni legislative; non di rado è la legge a prevedere direttamente la creazione di una società a partecipazione pubblica; d) la costituzione di società per il perseguimento dei fini istituzionali propri dell'ente pubblico è generalmente ammissibile se ricorrono i presupposti dell'*in house* (partecipazione totalitaria pubblica, esclusione dell'apertura al capitale privato, controllo analogo, attività esclusivamente o prevalentemente dedicata al socio pubblico), e salvi specifici limiti legislativi.

«Un conto è, dunque, la costituzione di una società in house, da parte di un ente pubblico senza fine di lucro, che è in sé un modulo organizzativo neutrale, che rientra nell'autonomia organizzativa dell'ente, con il limite intrinseco che ogni forma organizzativa è sempre e necessariamente strumentale al perseguimento dei fini istituzionali dell'ente medesimo, e salvi specifici limiti legislativi. Un altro conto è la costituzione, da parte di un ente pubblico, di una società commerciale che non operi con l'ente socio, ma operi sul mercato, in concorrenza con operatori privati, e accettando commesse sia da enti pubblici che da privati. La società commerciale facente capo ad un ente pubblico, operante sul mercato in concorrenza con operatori privati, necessita di previsione legislativa espressa, e non può ritenersi consentita in termini generali, quanto meno nel caso in cui l'ente pubblico non ha fini di lucro».

Nel t.u., riveste importanza centrale la norma dell'art. 1, co. 3: *«Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato».* Si tratta di un'affermazione non scontata perché la sempre più ampia presenza di società partecipate da Amministrazioni pubbliche e l'eterogeneità dei loro oggetti, così come il relativo collegamento finalistico con gli interessi pubblici, poteva far dubitare, qualcuno, che il regime giuridico fosse sempre quello dettato dal c.c. Con minore incisività ed anche con minore risalto, una previgente disposizione, inserita in un d.l. recante misure urgenti per la *spending review*, aveva già stabilito che *«Le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salve deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali»* (art. 4, co. 13 del d.l. 6 luglio 2012, n. 95 conv. in l. 7 agosto 2012, n. 135). Viene pertanto ribadita una ricostruzione che era già propria della giurisprudenza e della dottrina, le quali non avevano mancato di sottolineare che la partecipazione pubblica, anche integrale, non muta la natura della società partecipata e che da un atto di autonomia privata (e cioè dalla costituzione o partecipazione a società secondo le modalità previste nel c.c.) non può sorgere un ente pubblico o organo, in senso proprio, dell'ente pubblico, se non interviene la legge ad operare tale qualificazione ⁽¹⁸⁴⁾.

⁽¹⁸⁴⁾ Cfr., tra le molte, Cass. civ., S.U., 4.1.1993, n. 3 e Cass. civ., S.U., 15.4.2005, n. 7799. In dottrina si deve ancora oggi rinviare a G. GALGANO, (da ultimo in) F. GALGANO, e R. GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, II ed., tomo I, Padova, 2004, 449 ss.; MS GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, III ed., Milano 1993, 232; F. ROVERSI MONACO, *Brevi note in tema di società per azioni «pubblica»*, in *Cons. Stato*, 1972, II, 950 ss. (*«la società a partecipazione pubblica è, salvo eventuali deviazioni da valutarsi caso per caso, integralmente disciplinata dal diritto privato: è, quindi, ente privato*

La volontà di determinare una identità di disciplina privatistica, nonostante la partecipazione pubblica, rende conto dell'esigenza che le deroghe (ossia regole particolari integrative) si concretino solamente in alcuni aspetti di specialità rispetto alle previsioni codicistiche e non diano luogo ad una disciplina eccessivamente derogatoria o peggio del tutto speciale ed atipica rispetto al paradigma del contratto di società, perché altrimenti ci si troverebbe di fronte ad un ente pubblico o apparato dell'organizzazione amministrativa in senso stretto.

La disciplina del t.u. è tendenzialmente completa perché riguarda i profili della «costituzione» di società nonché dello «*acquisto*», «*mantenimento*» e «*gestione*» delle partecipazioni (art. 1, co. 1), pertanto, viene superato l'equivoco che aveva contraddistinto il fenomeno delle partecipazioni pubbliche e cioè la tendenza a mantenerle anche nel caso di forti perdite gestionali o di superamento della reale rispondenza all'interesse pubblico, in ragione dell'intervenuto mutamento delle situazioni di fatto.

Il t.u. prevede le misure della «*revisione straordinaria delle partecipazioni*» detenute, direttamente o indirettamente, alla data di entrata in vigore del t.u. (art. 24) in continuità e sviluppo delle previsioni dell'art. 1, co. 611 della l. 23 dicembre 2014, n. 190, ma anche la doverosità di una «*razionalizzazione periodica delle partecipazioni*», attraverso una verifica annuale (art. 20). Revisione e razionalizzazione saranno poste in essere con la prefigurazione ed i conseguenti atti di fusione o soppressione, anche mediante messa in liquidazione o cessione, delle partecipazioni, nelle ipotesi in cui si tratti di: - partecipazioni pubbliche riguardanti attività o settori per i quali il t.u. non le ammette; - società partecipate prive di una vera azienda (nel significato dell'art. 2555 c.c.), perché prive di dipendenti o con un numero di amministratori superiore; - partecipazioni duplicative; - partecipazioni in società con fatturato esiguo (non superiore a un milione di euro); - partecipazioni in società con risultati negativi per quattro dei cinque esercizi precedenti (salvo che svolgano servizi di interesse generale). A queste ipotesi, che delineano casi stringenti, il t.u. ne aggiunge due ulteriori rimesse a valutazioni più discrezionali: - necessità di contenimento dei costi di funzionamento; - necessità di aggregazione di società (cfr. art. 20, co. 2).

Le disposizioni del t.u. non si applicano alle società quotate in mercati regolamentati art. 1, co. 5) e neppure – per un periodo transitorio – a quelle per le quali sia stata deliberata la quotazione (art. 26,

... soltanto una serie di deviazioni dallo schema societario privatistico che siano tali da concretare una disciplina in senso pubblicistico sostanzialmente difforme da quella dettata dal codice civile permetterebbe di affermare la natura pubblica di una società per azioni»).

co. 4). Si tratta del consolidamento di una linea già seguita dal legislatore in numerose occasioni, a partire dal 2006. Tuttavia, per il futuro non sarà più valida l'equiparazione tra società propriamente quotate e società che emettono strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati (art. 2, lett. p). L'esonero per una società quotate è evidentemente giustificato dalla circostanza che esse operano pienamente sul mercato e sono sottoposte anche per quanto attiene ai poteri degli azionisti pubblici alla speciale disciplina del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 recante il t.u. delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria ed al relativo ordinamento sezionele.

Anteriormente al t.u. ed alla recente legislazione che esso coordina, si era consolidata l'opinione che gli enti pubblici fossero legittimati a costituire società di capitali e/o ad assumere partecipazioni sulla base della generale capacità di diritto privato loro riconosciuta dall'ordinamento, nel rispetto dei seguenti limiti: a) corrispondenza allo scopo istituzionale perseguito dall'ente e conseguente permanenza dell'operato delle società nell'ambito funzionale di quello; b) esclusione di ogni elusione di divieti normativi sulle attribuzioni dell'ente ovvero di norme precettive poste a garanzia di un corretto uso delle risorse pubbliche; c) impossibilità per l'ente di spogliarsi, in tutto o in parte, di compiti istituzionali implicanti l'esercizio di pubbliche funzioni.

Dunque, si assisteva ad una ammissibilità alquanto ampia delle partecipazioni societarie.

Oggi, il t.u. restringe non poco i casi in cui è ammessa l'acquisizione e il mantenimento di partecipazioni pubbliche. Si dovrà anzitutto trattare – anche per le partecipazioni di minoranza – di attività di produzione di beni e servizi «strettamente necessarie» per il perseguimento delle «finalità istituzionali» delle Amministrazioni (art. 4, co. 1), da intendere come specularità con le «rispettive competenze» (art. 2, lett. h). Inoltre, fermo restando questo limite generale, si dovrà trattare di partecipazioni (dirette o indirette) «esclusivamente» per lo svolgimento di una serie di attività puntualmente elencate nell'art. 4, co. 2: servizi di interesse generale (lett. a); società pubbliche di progetto di cui all'art. 193 del d.lgs. 18.4.2016, n. 50 (lett. b); società di partenariato pubblico-privato di cui all'art. 180 del d.lgs. cit. (lett. c); società *in house* strumentali (lett. d); servizi di committenza (lett. e); società di valorizzazione del patrimonio immobiliare pubblico (co. 3).

Il ristretto perimetro in cui le partecipazioni pubbliche sono ammissibili dopo il t.u., spiega le numerose eccezioni stabilite. È stata fatta salva la possibilità di partecipare a società: in attuazione di alcuni regolamenti europei (art. 4, co. 6) e per la gestione di fondi europei per conto dello Stato e delle regioni (art. 26, co. 2); per la gestione dei quartieri fieristici e l'organizzazione di manifestazioni fieristiche (art. 4, co. 7); per la realizzazione e gestione di impianti di trasporto a fune per la mobilità

turistico-sportiva in aree montane (art. e co. citt.); per spin off e start up universitari e degli enti di ricerca (art. cit., co. 8); per forme di sperimentazione gestionale in campo sanitario in applicazione dell'art. 9 bis del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 (art. 26, co. 6); per l'attuazione di patti territoriali e contratti d'area per lo sviluppo locale, in attuazione della delibera Cipe 21.3.1997 fino al completamento dei relativi progetti (art. cit., co. 7) ed inoltre per tutte le società elencate nell'all. A del t.u., tra le quali compaiono molte società statali e le c.d. società finanziarie regionali originariamente costituite in applicazione dell'art. 10 della l. 16.5.1970, n. 281 (art. cit., co. 2).

Inoltre, è prevista un'ampia possibilità di sottrarre determinate società pubbliche dall'applicazione del t.u., seppure a condizioni e procedure particolarmente garantistiche: «*Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze o dell'organo di vertice dell'amministrazione partecipante, motivato con riferimento alla misura e qualità della partecipazione pubblica, agli interessi pubblici a essa connessi e al tipo di attività svolta, riconducibile alle finalità di cui al comma 1, anche al fine di agevolarne la quotazione ai sensi dell'articolo 18, può essere deliberata l'esclusione totale o parziale dell'applicazione delle disposizioni del presente articolo a singole società a partecipazione pubblica. Il decreto è trasmesso alle Camere ai fini della comunicazione alle commissioni parlamentari competenti*» (art. 4, co. 9).

Il t.u. fornisce indicazioni precise su due figure che avevano sollecitato dottrina e giurisprudenza a ricostruzioni non agevoli, vuoi in ragione della assoluta particolarità di una società *in house* rispetto all'Amministrazione pubblica, vuoi in ragione della perdurante assenza di una disciplina normativa europea sul partenariato pubblico privato ⁽¹⁸⁵⁾.

Le “società” sottoposte a controllo analogo dell'Amministrazione pubblica partecipante sono solo una tra le figure che possono essere utilizzate per il modello *in house providing* (cui può rispondere anche un ente pubblico o un'azienda speciale); peraltro, la società rappresenta la figura cui il modello è applicabile con maggior complessità. Da ciò è derivata un'ampia giurisprudenza comunitaria e nazionale, i cui apporti sono stati ripresi nelle direttive 2014/23/UE (art. 17), 2014/21/UE (art. 12),

⁽¹⁸⁵⁾ In dottrina cfr. N. AICARDI, *Le società miste*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI, R. DE NICOTLIS, R. GAROFOLI, vol. I, Milano, 2008, 231 ss.; R. DE NICOTLIS, L. CAMERIERO, *Le società pubbliche in house e miste*, Milano, 2008; F. DI CRISTINA, *Il partenariato pubblico privato quale “archetipo generale”*, in *Giornale dir. amm.*, 2016, 482 ss.; R. GAROFOLI, *L'affidamento diretto a società in house e a società a capitale misto: ricognizione degli indirizzi sul tappeto*, in *www.giustamm.it*, 2007; M.A. SANDULLI, F. APERIO BELLA, *L'evoluzione dell'in house providing*, in *Libro dell'anno del diritto 2016*, Roma, 2016, 228 ss.; G. VELTRI, *L'in house nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Giornale dir. amm.*, 2016, 488 ss.; C. VOLPE, *L'affidamento «in house»: situazione attuale e proposte per una disciplina specifica*, in *www.giustamm.it*, 2014.

2014/25/UE (art. 28) e nel nostro d.lgs. n. 50/2016 (spec. artt. 5 e 192). Ora il t.u. indica con esplicitazione e chiarezza (art. 16) quando ricorrono i requisiti del capitale interamente pubblico (con tassativa eccezione di ammissibilità di capitale privato comunque non determinante) e dell'esercizio sulla società del "controllo analogo", con svolgimento della parte più importante dell'attività con l'Amministrazione o le Amministrazioni di riferimento. Il t.u. precisa solo per le società *in house* che esse sono tenute all'acquisto di lavori, beni e servizi secondo la disciplina di cui al d.lgs. n. 150/2016 (art. cit., co. 7). Le società miste sono disciplinate nell'art. 17 del t.u., attraverso disposizioni che colmano una vera e propria lacuna normativa, posto che la legislazione italiana non ne aveva trattato se non con norme ormai superate ed inadeguate al sopravvenuto diritto comunitario (d.P.R. 16 novembre 1996, n. 533) ⁽¹⁸⁶⁾.

Sembra di poter rilevare – anche se non esplicitato dal t.u. – che il ruolo del socio privato scelto con procedura di gara a doppio oggetto sia quello del gestore integrale del servizio e non semplicemente di una fase o più fasi del servizio, secondo quanto – del resto – già indicato da convincenti pronunce amministrative ⁽¹⁸⁷⁾.

Per il resto il t.u. indica dettagliatamente le percentuali di partecipazione pubblica e privata nella società mista (art. cit., co. 1); i presupposti e i criteri della gara per la scelta del socio privato (co. 2); la caratteristica della posizione del socio privato *ad tempus* (co. 3); i diritti ed obblighi reciproci dei soci (co. 4 e 5); gli aspetti e relativi limiti per i quali alle società miste si applica il codice dei contratti pubblici (co. 7).

Come si è detto, il t.u. afferma la primarietà della disciplina rinvenibile nel c.c. anche per le società a partecipazione pubblica. Ovviamente, questo non può essere sufficiente per garantire la corrispondenza al modello civilistico e per ciò le Amministrazioni dovranno, anzitutto, comprendere a pieno che l'acquisizione e la gestione di una partecipazione in società impongono il rispetto del criterio di economicità, del tendenziale conseguimento di utili, del divieto di accollo di oneri impropri. Per parte sua, e nonostante il carattere di normale legge ordinaria del t.u., il futuro legislatore non dovrà aggiungere altre deroghe alla disciplina civilistica. Infatti, quella della società non è l'unica figura che può essere messa in campo come struttura operativa per il conseguimento dei fini pubblici; si può anzi dire che in tutti i casi in cui non si pongano esigenze di un azionariato

⁽¹⁸⁶⁾ Cfr. G. CAIA, L. NANNI, N. LUGARESI, *Regolamento recante norme sulla costituzione di società miste in materia di servizi degli enti territoriali*, in *NLCC*, 1997, 586 ss.

⁽¹⁸⁷⁾ Cons. St., sez. II, 18.4.2008, n. 456 (Pres. Barberio Corsetti, L., Est. Carbone, L.).

composito (in particolare, misto), il modello dell'ente pubblico o dell'azienda speciale o della istituzione (anche in forma consortile o associativa) possono essere più efficacemente predisposti e utilizzati.

Un ruolo decisivo nell'attuazione del t.u. potrà essere svolto dalla struttura per il controllo ed il monitoraggio presso il MEF (art. 15) soprattutto in punto di adozione di "orientamenti e indicazioni" e di promozione delle "migliori pratiche". Queste indicazioni non dovranno tuttavia tradursi in appesantimenti, perché la regolarità gestionale può anche passare da semplificazioni, come dimostrato dall'art. 6, co. 1 del t.u. che ha sostituito all'obbligo di separazione societaria (che provoca numerosità) l'obbligo di seguire sistemi di contabilità separata per le società a partecipazione pubblica che svolgono contestualmente attività in monopolio e attività in concorrenza.

Molto importanti sono gli oneri di motivazione analitica e cioè non meramente enunciativa (come invece si è verificato ed è stato ed accettato in questi ultimi decenni), che devono essere seguiti dalle Amministrazioni per la costituzione e l'acquisto di partecipazioni (art. 5). Le deliberazioni sui momenti fondamentali delle vicende societarie sono attribuite ad organi non esecutivi (artt. 7; 8, co. 1; 9, co.5; 10, co. 11; 18), ma la generalità delle decisioni sulla gestione delle partecipazioni pubbliche è attribuita all'organo esecutivo competente nei vari ordinamenti degli enti (art. 9); anche questo è un confine che dovrà essere seguito senza timore.

Non è del tutto chiara la disciplina dei limiti per l'assunzione di cariche in società perché sembra esservi contraddizione tra i co. 1 e 14 dell'art. 11, quanto all'applicabilità del d.lgs. 8 aprile 2013, n. 39. La puntualizzazione sulla responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi delle società partecipate, contenuta nel t.u., risulta del tutto in linea con la giurisprudenza della Corte di Cassazione e fornisce un'indicazione, in diretta attuazione dell'art. 103, co. 2 Cost., che presenta un'incisiva formulazione di una massima giurisprudenziale: *«I componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house. È devoluta alla Corte dei conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale di cui al comma 2. // Costituisce danno erariale il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere*

di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione» (art. 12)⁽¹⁸⁸⁾.

Importante conferma di carattere di impresa della società ancorché a partecipazione pubblica si rinviene nell'art. 14 del t.u., a mente del quale: *«Le società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi»* (co. 1).

Significative anche le disposizioni sui limiti al reclutamento del personale (art. 19) e sui ripiani dei risultati negativi nelle società pubbliche (art. 21), profili che rappresentavano – in effetti – aspetti tra i più critici delle distonie registrabili in questo genere di società.

In generale, si ripete che solo il rigoroso rispetto di quanto previsto nel c.c. permetterà di non rendere necessari ulteriori interventi per correggere e scongiurare un enfatico utilizzo dello strumento societario da parte delle Amministrazioni pubbliche e dunque bene ha fatto il t.u. ad operare continui richiami a disposizioni del c.c. ed a proporre un'applicazione rigorosa (come ad es. nel caso della nozione di controllo ex art. 2359 c.c., che è del tutto diversa da quella di “controllo analogo”, che può essere anche congiunto).

Alquanto enfatica, anche se talora si è esorbitato da moderazione e reale merito, la disciplina (art. 11) sul numero degli amministratori (è previsto «di norma» un amministratore unico), sui compensi massimi attribuibili, sul divieto di cumulo di funzioni e deleghe gestionali.

6.2. Il progetto di t.u. sui s.p.l.

La l. (Madia) 7 agosto 2015, n. 124 ha previsto (art. 19) l'emanazione di un decreto legislativo recante t.u. in materia di «servizi pubblici locali di interesse economico generale».

La bozza di t.u. elaborato presenta un testo di n. 38 artt. che copre alcuni aspetti generali della materia, per la cui emanazione si attende una decisione politica in merito alla sottoposizione o meno del servizio idrico integrato alla disciplina generale applicabile agli altri servizi pubblici locali.

⁽¹⁸⁸⁾ Resta comunque in vigore l'art. 16 bis del d.l. 31.12.2007, n. 248, conv. in l. 28.2.2008, n. 31 (*«Per le società con azioni quotate in mercati regolamentati, con partecipazione anche indiretta dello Stato o di altre amministrazioni o di enti pubblici, inferiore al 50 per cento, nonché per le loro controllate, la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti è regolata dalle norme del diritto civile e le relative controversie sono devolute esclusivamente alla giurisdizione del giudice ordinario. Le disposizioni di cui al primo periodo non si applicano ai giudizi in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto»*).

L'alternativa ed il dibattito sul punto discendono dalla precisazione contenuta nei principi e criteri direttivi della l. delega n. 124/2015, che recita nel senso di un «particolare riferimento» alle forme di gestione «operanti nei servizi idrici» «tenendo conto dell'esito del referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011» (art 19, lett. c) ⁽¹⁸⁹⁾, per il quale è stato già approvato da un ramo del Parlamento uno specifico disegno di legge ⁽¹⁹⁰⁾.

Rimane indiscutibile che l'entrata in vigore del t.u. sui servizi pubblici locali non dovrebbe essere però vanificata. Infatti, mentre la disciplina europea è ormai completa ⁽¹⁹¹⁾, quella interna ha subito, senza voler partire dalla riforma repubblicana delle autonomie locali (l. 8 giugno 1990, n. 142) e per limitarsi agli ultimi quindici anni, almeno sei riforme stralcio di impostazione talora contraddittoria, senza peraltro aver mai compiutamente risolto la questione del rapporto tra discipline generali e discipline di settore per i servizi pubblici locali.

Il riordino della disciplina in materia concerne i servizi pubblici *locali* e dunque quelli che riguardano i Comuni, le Città metropolitane e le Province (*rectius* i nuovi Enti di area vasta).

L'intima correlazione tra dimensione interna e dimensione comunitaria (molto legata alla concorrenza) delle prestazioni di utilità ai cittadini rende conto di una specifica qualificazione definitoria che già emerge dalla legge-delega per il nuovo t.u. Nell'art. 19, lett. a) si precisa che l'individuazione delle attività (servizi) di interesse generale riguarda (può riguardare solo) quelli il cui svolgimento è «*necessario*» al fine di assicurare la soddisfazione dei bisogni degli appartenenti alle comunità locali ⁽¹⁹²⁾. L'innegabile restrizione al potere degli enti locali di organizzare servizi pubblici risulta evidentemente discendere da una concezione forte della «sussidiarietà orizzontale» di cui all'art. 118, Cost., e dalla considerazione che il principio europeo di concorrenza richieda più ampi spazi per la «*concorrenza nel mercato*» e non si possa limitare alla «*concorrenza per il mercato*»

⁽¹⁸⁹⁾ Sul reale significato del quesito referendario, v. C. cost., 26.1.2011, n. 24 (Pres. De Siervo, U., Rel. Gallo. F.).

Le alternative di contenuto per il t.u. sono richiamate negli interventi del relatore di maggioranza G. PAGLIARI, e del Ministro M. MADIA, quali risultano dal Res. somm. n. 426 del 4.10.2016 della I Comm. permanente Senato-XVII legisl. nell'ambito della formulazione dei pareri parlamentari sullo schema di t.u.

⁽¹⁹⁰⁾ D.d.l. n. 2343-AS (già 2212-AC) approvato dalla Camera il 20.4.2016, di iniziativa dei deputati Mariani e altri recante «*Principi per la tutela, il governo e la gestione pubblica dell'acqua*».

⁽¹⁹¹⁾ Ci si riferisce alle chiare indicazioni dell'art. 14 TUF e relativo protocollo 26 allegato al TFUE e TUE; alla direttiva 2014/23/UE del 26.2.2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione; alla direttiva 2006/123/CE sui servizi nel mercato interno, mentre – a livello nazionale – non sono affatto sufficienti le previsioni di recepimento di cui al Codice dei contratti pubblici d.l.gs. 18.4.2016, n. 50 e di cui al d.lgs. 26.3.2010, n. 59 sui servizi (non pubblici) nel mercato interno.

⁽¹⁹²⁾ Il requisito della «necessarietà» compare anche nella corrispondente definizione offerta dall'art. 2, lett. h) del d.lgs. 19.8.2016, n. 175, recante il t.u. in materia di società a partecipazione pubblica.

(nell'attribuzione delle concessioni di servizio pubblico), come – del resto – è stato autorevolmente chiarito in sede consultiva ⁽¹⁹³⁾. Nella disciplina previgente (art. 112, t.u.e.l.), con più ampio spettro di possibile assunzione e conseguente organizzazione, si stabiliva – invece – che: «*Gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali*». In tale sede, la mancanza del riferimento alla “necessarietà” permetteva ovviamente (ed ha permesso) più ampie possibilità di organizzazione di attività varie alla stregua di servizi pubblici.

La nuova disciplina potrà, tuttavia, essere molto utile anche per i legislatori regionali e per lo stesso legislatore statale, a proposito dei servizi nazionali: da sempre le disposizioni sulla gestione dei servizi pubblici locali rappresentano il paradigma delle forme organizzative dei servizi pubblici in genere ⁽¹⁹⁴⁾.

Pur nella prospettiva di un futuro perimetro più ristretto dei servizi (assumibili come) pubblici locali e cioè come attività organizzate dalla conformazione organizzativa degli enti locali che ne scelgono la relativa forma di gestione, vi sarà comunque un'ampia presenza di siffatti servizi, perché vari tra essi sono addirittura obbligatori per legge che ne attribuisce la competenza agli enti locali (es. servizio di gestione dei rifiuti urbani ed assimilati, servizi idrici integrati; cfr. d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152), senza che le Amministrazioni attributarie abbiano la possibilità di disporre liberalizzazioni.

⁽¹⁹³⁾ Cfr. Cons. St., sez. cons. atti normativi, 11.6.2012, n. 2805 (Pres. Cossu, L., Rel. Chieppa, R.): «*Si ricorda che nei mercati non ancora completamente liberalizzati, non potendo operare tutti i soggetti interessati, la pubblica amministrazione si limita a rispettare la c.d. “concorrenza per il mercato” e cioè deve scegliere l'imprenditore (o, a volte, gli imprenditori) cui affidare la erogazione di quel determinato servizio mediante procedure competitive di selezione ad evidenza pubblica, in modo da assicurare l'individuazione dell'operatore più idoneo ad effettuare gli investimenti necessari e offrire il servizio migliore al minore costo. // La gara non è un bene in sé, è uno strumento, da utilizzare in modo corretto, che garantisce solo la concorrenza per il mercato, non la concorrenza nel mercato. La “concorrenza nel mercato” consente, invece, agli imprenditori del settore di operare contemporaneamente nel mercato rilevante ad armi pari, riuscendo a soddisfare le esigenze della comunità amministrata. In un regime completamente liberalizzato e, quindi, di piena concorrenza, l'accesso al mercato dovrebbe essere libero o, al più, caratterizzato dal previo rilascio di autorizzazioni (vincolate) all'esercizio della relativa attività economica – qualora sia necessario che gli operatori presentino determinati requisiti – in base a criteri oggettivi, trasparenti e non discriminatori. // La liberalizzazione del settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica» può dunque costituire «un passaggio fondamentale nell'ambito delle misure per la concorrenza».*

⁽¹⁹⁴⁾ Il rilievo ordinamentale dei servizi pubblici locali e la necessità di rispettare, nelle loro discipline, le coordinate del sistema amministrativo, sono illustrati nell'importante parere Cons. St., comm. spec. 6.4.2016, n. 1075 (Pres. Frattini, F., Rell., Tarantino, L.M. e Lageder, B.).

Il fondamento della disciplina statale in materia di servizi pubblici locali di interesse economico generale è rappresentato dalle esigenze di *“tutela e promozione della concorrenza”*, di *“tutela dell’ambiente”*, di determinazione dei *“livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale”* e dalla inerenza a *“funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città Metropolitane”* ai sensi dell’art. 117, co. 2 Cost. La disciplina statale dettata con il t.u. costituirà *“principi di riforma economico-sociale della Repubblica”* in relazione alle competenze delle Regioni speciali e delle Province autonome quali risultanti dai relativi Statuti differenziati.

Le disposizioni del t.u. si applicheranno a tutti i servizi pubblici locali di interesse economico generale. Salve le disposizioni in materia di *“modalità di affidamento”*, che prevarranno sulle normative di settore, e salve le abrogazioni espresse stabilite dal t.u., rimarranno però disciplinati dalle rispettive normative di settore: il servizio idrico integrato e il servizio di gestione integrata dei rifiuti di cui al d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152, e successive modificazioni; il trasporto pubblico locale, di cui al d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422 e successive modificazioni; il servizio farmaceutico, di cui alla l. 2 aprile 1968, n. 475. Invece, per il servizio di distribuzione di gas di cui al d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164 e successive modificazioni e per il servizio di distribuzione di energia elettrica di cui al d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79 ed alla l. 23 agosto 2004, n. 239, rimarranno ferme anche le norme sulle modalità di affidamento della gestione del servizio quali stabilite dalle disposizioni speciali; ciò appare coerente con la circostanza che questi ultimi servizi pubblici non possono essere più considerati propriamente locali, essendo ormai disciplinati e regolati dalle fonti cit. come fasi della filiera dei mercati interni (nazionali) del gas naturale e dell’energia elettrica.

La l. n. 124/2015 ed il conseguente t.u. muovono dall’esatto significato del carattere pubblico di un servizio, che è tale perché *“destinato al pubblico”* e non per la natura del gestore. Il t.u. rimarca particolarmente la centralità del cittadino nel *visum* delle decisioni di organizzazione e produzione dei servizi di cui trattasi *«anche favorendo forme di partecipazione attiva»*. Pertanto, l’assunzione, la regolazione e la gestione di questi servizi devono essere *«ispirate a principi di efficienza nella soddisfazione dei bisogni dei cittadini, produzione di servizi quantitativamente e qualitativamente adeguati, applicazione di tariffe orientate ai costi standard, promozione di investimenti in innovazione tecnologica»*. Inoltre e conseguentemente agli utenti dei servizi pubblici locali sono assicurati l’accessibilità, la continuità, la non discriminazione e i migliori livelli di qualità e sicurezza.

In relazione a quanto sopra, anche considerando la tutela della concorrenza, la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi (che devono essere garantite) gli oneri aggiuntivi derivanti dagli obblighi di servizio pubblico potranno essere compensati ma nella misura strettamente necessaria a consentire il perseguimento da parte del prestatore del servizio della specifica missione ad esso affidata e nel rispetto della disciplina europea sugli aiuti di Stato.

La nuova disciplina esplicita e chiarisce ciò che era stato anticipato dall'art. 34, co.20-26 (già 13-18) del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 conv. in l. 17 dicembre 2012, n. 221, e dunque la necessità di una approfondita ponderazione tra le varie soluzioni possibili prima della scelta della forma di gestione del servizio pubblico locale. Si tratta di un profilo che la giurisprudenza amministrativa aveva, da tempo, sottolineato e che, purtroppo, era stato – nella pratica – spesso disatteso o risolto in maniera meramente enunciativa: la scelta dell'Amministrazione di organizzare il servizio pubblico mediante un determinato modello (forma di gestione) tra gli altri possibili «deve essere rivestita da particolari cautele e deve derivare da una adeguata ponderazione di tutti gli interessi coinvolti da tale scelta; segnatamente deve evidenziare la convenienza economica per le finanze dell'ente locale» di una soluzione rispetto alle altre possibili. *«In particolare occorrerà redigere una relazione che confronti i risultati economici prevedibilmente derivanti dalle varie possibili forme di gestione tenendosi conto della qualità del servizio erogato e del diverso grado di efficienza nello svolgimento attraverso l'uno e l'altro strumento, mediante un calcolo dettagliato dei costi e benefici di ciascuno di essi»* ⁽¹⁹⁵⁾.

Preliminare alla scelta di assumere un servizio pubblico cui segue la scelta della forma di gestione è tuttavia la verifica che le attività non siano già fornite e non possano essere fornite da imprese operanti secondo le normali regole di mercato, in modo soddisfacente e a condizioni coerenti con il pubblico interesse come definito dall'Amministrazione in termini di prezzo, caratteristiche obiettive di qualità e sicurezza, continuità e accesso al servizio. In sostanza, il servizio pubblico non deve essere assunto ed organizzato dagli enti locali se le prestazioni sono già disponibili sul mercato con possibile (prevedibile) soddisfazione dell'utente.

La disciplina dei servizi pubblici locali e relative forme di gestione si intreccia con quella delle società a partecipazione pubblica locale. Ed infatti, la l. n. 124/2015 ha previsto consecutivamente (artt. 18 e 19) l'emanazione dei t.u. nelle due indicate materie.

⁽¹⁹⁵⁾ Cons. St., sez. VI, 12.3.1990, n. 374.

Le forme di gestione sono tradizionalmente classificabili in due grandi categorie: le c.d. forma di gestione diretta e le concessioni a terzi ⁽¹⁹⁶⁾; questi due distinti istituti sono posti dal diritto europeo su un piano di parità: le Autorità possono avvalersi «*delle proprie risorse*», anche cooperando con altre Amministrazioni oppure possono conferire i servizi «*a operatori economici esterni*»; il diritto europeo «*non richiede la privatizzazione di imprese pubbliche che forniscano servizi al pubblico*» ma gli operatori economici devono essere trattati «*su un piano di parità e in modo non discriminatorio*», attraverso procedure di aggiudicazione trasparenti e proporzionali (artt. 2 e 3, dir. 2014/23/UE).

La l. n. 124/2015 e i conseguenti t.u. riprendono ovviamente i modelli di gestione quali disegnati dal diritto europeo, cui anche la nostra Corte cost. ha fatto più volte riferimento ⁽¹⁹⁷⁾.

La figura della “società in house” è ora disciplinata nell’art. 5 del d.lgs. n. 50/2016, c.d. codice dei contratti pubblici, e nel t.u. n. 175/2016 (art. 16) che delinea, per la prima volta, anche i caratteri della “società a partecipazione mista pubblico-privata” (art. 17). L’aggiudicazione dei contratti di concessione rinviene la propria disciplina basilare nella direttiva 2014/23/UE del 26.2.2014 e nel d.lgs. n. 50/2016. L’azienda speciale, che è parallela ed omologa alla società *in house*, resta ancora disciplinata dall’art. 114 del t.u.e.l. n. 267/2000 e dai co. 550 ss. della l. 27 dicembre 2013, n. 147 come modificati dall’art. 27 del t.u. n. 75/2016. Nella ragionevole prospettiva di una prossima emanazione del t.u. sui servizi pubblici locali di interesse economico generale e considerando il relativo carattere di t.u. di coordinamento per un riordino della disciplina senza innovazioni sostanziali, appaiono centrali i principi che la giurisprudenza ha affermato, soprattutto perché – attraverso tali principi – sono stati delineati i caratteri del sistema normativo in materia e ricostruiti i profili degli istituti ivi disciplinati.

Al riguardo, risulta particolarmente importante una recente pronuncia del giudice amministrativo che riassume vari principi e vincoli di sostanza che debbono essere seguiti dagli enti locali, sull’organizzazione dei servizi pubblici locali. Il TAR Lombardia, sez. III, 3 ottobre 2016, n. 1781, ha rilevato che i servizi pubblici locali di rilevanza economica possono essere gestiti

⁽¹⁹⁶⁾ G. SEVERINI, *L'affidamento dei servizi pubblici locali: caratteri e procedure*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2003, 173 ss.; M. CALCAGNILE, *Regime di proprietà degli impianti e delle reti e vincolo di destinazione a servizio pubblico*, in *Le proprietà pubbliche: tutela, valorizzazione e gestione*, a cura di F.G. COCA - A.F. DI SCIASCIO, Napoli, 2016, 233 ss.

⁽¹⁹⁷⁾ Per una sintesi dei richiami e riferimenti v. C. cost., 16.7.2014, n. 199. La prima decisione comunitaria rilevante per ricostruire i caratteri delle forme di gestione dei servizi pubblici è ovviamente rappresentata da C. Giust. CE, 18.11.1999, in causa C-107/98, *Teckal s.r.l.*

indifferentemente mediante il mercato (ossia individuando all'esito di una gara ad evidenza pubblica il soggetto affidatario) ovvero attraverso il c.d. partenariato pubblico - privato (ossia per mezzo di una società mista e quindi con una gara a doppio oggetto per la scelta del socio o poi per la gestione del servizio), ovvero, ancora, attraverso l'affidamento diretto, *in house*, senza previa gara, ad un soggetto che solo formalmente è diverso dall'ente, ma che ne costituisce sostanzialmente un diretto strumento operativo, ricorrendo in capo a quest'ultimo i requisiti della totale partecipazione pubblica, del controllo (sulla società affidataria) analogo (a quello che l'ente affidante esercita sui propri servizi) e della realizzazione, da parte della società affidataria, della parte più importante della sua attività con l'ente o gli enti che la controllano. Per la scelta tra i vari possibili modelli è necessaria la redazione di un'apposita relazione che dia conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma dell'affidamento prescelta e che definisca i contenuti specifici degli obblighi del servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste, attraverso un processo d'individuazione del modello più efficiente ed economico alla luce di una valutazione comparativa di tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti. L'interesse economico generale di un servizio pubblico non può derivare da opzioni politiche e neppure dalla qualificazione nominalistica del legislatore interno, perché la caratteristica di attività economica o meno deve essere considerata in relazione all'ordinamento europeo. Nel calcolo delle tariffe di questi servizi pubblici, proprio per il carattere che li contraddistingue, non si può decampare dalla adeguatezza della remunerazione del capitale investito in coerenza, però, con le prevalenti condizioni di mercato. Gli affidamenti non conformi alla stessa normativa vigente alla data della loro assegnazione non possono proseguire, ma devono essere resi conformi ai modelli di gestione quali previsti dal t.u., secondo le procedure ivi stabilite. Nelle ipotesi di aggregazione tra due o più gestori, titolari di distinti affidamenti, la società risultante dall'aggregazione proseguirà in tutti gli anteriori rapporti e ciò in conformità ai principi generali (cfr. art. 2504 bis c.c.).

7. LE ESIGENZE DI RIDUZIONE DELLE PARTECIPAZIONI LOCALI: LE RAZIONALIZZAZIONI E LE DISMISSIONI DELLE PARTECIPATE LOCALI.

7.1. Il crescente protagonismo delle autonomie locali nel mercato ed i primi tentativi di contenimento da parte del legislatore statale.

Il legislatore, mediante alcuni interventi normativi ⁽¹⁹⁸⁾, nei fatti, ha agevolato la costituzione e partecipazione degli enti locali a società di capitali per lo svolgimento (non solo) di servizi di interesse generale ma anche di attività commerciali che poco hanno a che vedere con la *mission* di tali enti. L'effetto che ne è derivato è stato quello di un marcato interventismo delle autonomie locali nell'economia con risultati molte volte non positivi se non addirittura deleteri per la tutela della concorrenza e per le stesse casse delle amministrazioni locali, chiamate a ripianare le perdite derivanti dalla partecipazione a tali società.

Il legislatore nazionale, nonostante le difficoltà di intervento derivanti dal rispetto delle prerogative costituzionali delle autonomie locali, è più volte intervenuto per porre freno alla proliferazione delle società partecipate locali. Lo ha fatto dapprima con l'art. 13, del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, conv. dalla l. 4 agosto 2006, n. 248 ⁽¹⁹⁹⁾ e, successivamente, mediante la legge 24 dicembre 2007, n. 244

⁽¹⁹⁸⁾ Per quanto attiene alle società per azioni a prevalente capitale pubblico locale costituite dall'ente titolare del servizio (quando la natura o l'ambito territoriale del servizio avessero reso opportuna la partecipazione all'attività di un più ampio numero di soggetti pubblici o privati), l'art. 12 della l. 23 dicembre 1992, n. 498 affiancò l'istituto della società per azioni mista senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria, disponendo per questo tipo di società l'obbligo della procedura ad evidenza pubblica per la scelta, in fase di costituzione, dei soci privati. L'art. 12, comma 3, lett. e) venne poi modificato dall'art. 17, comma 58, della l. 15 maggio 1997, n. 127, che ampliò la categoria delle società miste includendo anche quella a responsabilità limitata con riferimento non solo alle società costituite dall'ente locale per la gestione del servizio, ma anche a società già esistenti a cui l'ente locale avrebbe potuto partecipare acquistando quote di capitale.

⁽¹⁹⁹⁾ La norma così recitava: *«al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, dei servizi di committenza o delle centrali di committenza apprestati a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare [esclusivamente] con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale. Le società che svolgono l'attività di intermediazione finanziaria prevista dal testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, sono escluse dal divieto di partecipazione ad altre società o enti // 2. Le società di cui al comma 1 sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1. // Al fine di assicurare l'effettività delle precedenti disposizioni, le società di cui al comma 1 cessano entro quarantadue mesi dalla data di entrata in vigore del presente*

(finanziaria 2007) ⁽²⁰⁰⁾. Numerosi sono stati gli interventi del legislatore anche successivi alle norme cit., diretti a contenere il fenomeno della proliferazione delle partecipate locali. La tecnica utilizzata dal legislatore è stata quella di introdurre divieti (di costituzione di società) o obblighi (di dismissione delle partecipazioni o di privatizzazione) per limitare tale possibilità. Tuttavia, anche le prescrizioni di cui all'art. 3, commi 27-29 cit., non sono riuscite a sortire gli effetti auspicati dal legislatore, per via di una formulazione infelice della norma e della rigorosa interpretazione fornita dal giudice amministrativo che ne ha delimitato la portata alle sole società strumentali ⁽²⁰¹⁾, cosicché nel periodo 2008-2016 le partecipate locali sono addirittura aumentate ⁽²⁰²⁾.

decreto le attività non consentite. A tale fine possono cedere, nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, le attività non consentite a terzi ovvero scorporarle, anche costituendo una separata società [da collocare sul mercato, secondo le procedure del decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 1994, n. 474, entro ulteriori diciotto mesi]. I contratti relativi alle attività non cedute o scorporate ai sensi del periodo precedente perdono efficacia alla scadenza del termine indicato nel primo periodo del presente comma // 4. I contratti conclusi, dopo la data di entrata in vigore del presente decreto, in violazione delle prescrizioni dei commi 1 e 2 sono nulli. Restano validi, fatte salve le prescrizioni di cui al comma 3, i contratti conclusi dopo la data di entrata in vigore del presente decreto, ma in esito a procedure di aggiudicazione bandite prima della predetta data».

²⁰⁰ L'art. 3, comma 27 della l. 24 dicembre 2007, n. 244, afferma che «al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società». La norma pone una deroga per i SIG, infatti, è affermato che «è sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza». Il successivo comma 29, afferma che «entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, cedono a terzi le società e le partecipazioni vietate ai sensi del comma 27». Secondo la giurisprudenza, «l'art. 3, comma 27, l. n. 244 del 2007 è indice di un evidente disfavore del legislatore nei confronti della costituzione e del mantenimento da parte delle amministrazioni pubbliche (ivi comprese le Università) di società commerciali con scopo lucrativo, il cui campo di attività esuli dall'ambito delle relative finalità istituzionali, né risulti comunque coperto da disposizioni normative di specie (secondo il modello delle c.d. società di diritto singolare)» (Cons. Stato, Ad. plen., 3 giugno 2010, n. 11).

²⁰¹ La giurisprudenza amministrativa ha chiarito che «l'art. 3, comma 27, l. n. 244/2007, trova applicazione alle c.d. società strumentali e non anche a quelle che svolgono servizi pubblici» (Cons. Stato, sez. V, 4 agosto 2010, n. 5241). Secondo il Commissario Straordinario per la revisione della spesa, nel Programma di razionalizzazione delle partecipate locali, c.d. Piano Cottarelli, del 7 agosto 2014, 17, «si (sarebbe dovuto) estendere il divieto almeno ai servizi pubblici privi di rilevanza economica, ammettendo una partecipazione indiretta solo nel caso in cui la controllata di secondo livello ha un forte legame gestionale con la partecipata diretta che dovrebbe essere motivata dall'ente partecipante, motivazione da sottoporre al vaglio di un ente esterno (di nuovo AGCM o Corte dei Conti)».

²⁰² In tal senso il Commissario Straordinario per la revisione della spesa, nel Programma cit., a pag. 12 affermava che «al momento, il citato comma (27 della l. n. 244/2007 ndr) non appare adeguatamente efficace, visto il numero di partecipate esistenti e l'assenza di evidenza che tale provvedimento, quasi sette anni dopo la sua introduzione, abbia portato ad un mutamento significativo dei comportamenti (da gennaio 2008 sono state costituite almeno 1264 nuove partecipate (il 16 per cento di quelle tuttora esistenti). Un problema è che, pur in presenza di incentivi (per esempio l'aggiornamento del patto di stabilità o la nomina di nuovi amministratori) che spingono verso la creazione di partecipate, la valutazione delle condizioni di cui al comma 27 è lasciata interamente alla amministrazione partecipante (è sufficiente una "delibera motivata" dell'organo competente)».

Con riferimento a tali affermazioni, si possono osservare i dati di seguito riportati in apposite tabelle grafiche distinte per stato e forma giuridica e per tipologia di partecipazione:

Organismi partecipati distinti per stato e forma giuridica ⁽²⁰³⁾

Forma giuridica	Attivi	In liquidazione	Cessati	Totale	
				n.	%
Società per azioni	1.628	217	18	1.863	25,94
Società a responsabilità limitata	1.833	273	48	2.154	30,00
Società consortile	609	87	10	706	9,83
Società cooperativa	187	4	1	192	2,67
Consorzio	775	84	10	869	12,10
Fondazione	559	10	3	572	7,97
Istituzione	134	5	4	143	1,99
Azienda speciale	214	11	1	226	3,15
Altre forme*	425	26	5	456	6,35
TOTALE	6.364	717	100	7.181	100,00

Organismi partecipati distinti per tipologia di partecipazione

Tipologia di partecipazione	Società	Altro*	Totale
Totalmente pubblica con unico partecipante/socio	998	528	1.526
Totalmente pubblica con più partecipanti/soci	698	418	1.116
Mista a prevalenza pubblica	1.727	932	2.659
A partecipazione paritaria 50% pubblica 50% privata	43	39	82
Mista a prevalenza privata	1.449	349	1.798
TOTALE	4.915	2.266	7.181

Organismi partecipati distinti per modalità di partecipazione

Tipologia di partecipazione	Modalità di partecipazione			Totale
	Diretta	Indiretta	Entrambe *	
Totalmente pubblica con unico partecipante/socio	58	18	6	82
Totalmente pubblica con più partecipanti/soci	983	630	185	1.798
Mista a prevalenza pubblica	2.199	190	270	2.659
A partecipazione paritaria 50% pubblica 50% privata	981	66	69	1.116
Mista a prevalenza privata	1.339	186	1	1.526
TOTALE	5.560	1.090	531	7.181

Fonte: Corte dei conti, banca dati SIQUEL – rilevazione dell'8 luglio 2016

* La modalità "Entrambe" indica gli organismi partecipati direttamente e indirettamente dagli Enti territoriali, anche a mezzo holding.

Organismi partecipati distinti per forma giuridica e tipologia di partecipazione

⁽²⁰³⁾ Fonte: Relazione annuale Corte dei conti, banca dati SIQUEL – rilevazione dell'8 luglio 2016, in corteconti.it

Tipologia di partecipazione	Tipologia di partecipazione						
	Totalmente pubblica			Mista prevalenza pubblica	Paritaria pubblica privata	Mista prevalenza privata	Totale
	Unico socio o partecipante	Più soci o partecipanti	Totale				
Società per azioni	297	299	596	744	15	508	1.863
Società a responsabilità limitata	689	295	984	611	23	536	2.154
Società consortile	12	93	105	326	5	270	706
Società cooperativa		11	11	46		135	192
Consorzio	9	231	240	519	13	97	869
Fondazione	113	74	187	170	21	194	572
Istituzione	135	5	140	3			143
Azienda speciale	181	16	197	29			226
Altre forme*	90	92	182	211	5	58	456
TOTALE	1.526	1.116	2.642	2.659	82	1.798	7.181

Fonte: Corte dei conti, banca dati SIQUEL – rilevazione dell'8 luglio 2016

Distribuzione delle partecipate dalle amministrazioni locali per categorie giuridiche e tipologia di controllo

Forma giuridica/tipo di controllo	Dirette*	Indirette	Totale	% sul totale
Società a responsabilità limitata	1.835	712	2.547	33%
Società per azioni	1.625	368	1.993	26%
Consorzio	874	71	945	12%
Società consortile	789	135	924	12%
Associazioni e Fondazioni	542	8	550	7%
Società cooperativa	183	50	233	3%
Altro	197	32	229	3%
Azienda speciale e di Ente Locale	155	0	155	2%
Azienda servizi alla persona-asp	47	0	47	1%
Ente pubblico economico	40	0	40	1%
Istituzioni	36	0	36	0%
Ente di diritto pubblico	24	0	24	0%
Società in accomandita per azioni	2	1	3	0%
Totale	6.349	1.377	7.726	100%

*Includono le imprese a partecipazione mista, cioè partecipate sia direttamente che indirettamente Fonte: Banca dati MEF- Anno 2012

I dati attuali (2016) possono essere confrontati con omologhe tabelle risalenti al 2012, tratte dalla Relazione del Commissario alla spesa pubblica incaricato dal Governo, dalle quali emerge che negli

ultimi anni, anche per via dell'introduzione delle norme in commento e dei piani di razionalizzazione, il numero complessivo delle partecipazioni sembra in lieve diminuzione, ma il numero totale è ancora oggi molto elevato. Nel sistema SIQUEL, all'8 luglio 2016, risultano censiti n. 7.181 organismi, di cui 6.364 in attività (la restante parte è costituita da enti cessati o in liquidazione).

Al riguardo, si precisa che sono considerati "In liquidazione" sia gli organismi in stato di liquidazione volontaria sia quelli sottoposti ad una delle procedure concorsuali, dal 2014 alla data di osservazione. Parimenti si considerano "Cessati" gli organismi che non sono più attivi dal 2014 alla data di rilevazione. La maggior parte degli organismi censiti è organizzata in forma di società (n. 4.915), in grande prevalenza partecipate dagli Enti territoriali in misura totalitaria o maggioritaria. Come già si rileva da quest'ultima tabella, prevalgono gli organismi partecipati dagli Enti territoriali in misura totalitaria o maggioritaria (5.301 su 7.181, pari al 74% circa del totale) e, tra i primi, oltre la metà è rappresentata da soggetti con unico socio partecipante (1.526 a fronte dei 1.116 partecipati da più soci pubblici). Se poi si considera che quasi il 65% degli organismi partecipati in misura totalitaria o maggioritaria è costituita da società (3.423 su 5.301) è facile dedurre che lo strumento societario viene frequentemente utilizzato dagli Enti territoriali come un'unità organizzativa dello stesso ente e, comunque, al servizio di enti pubblici. Di seguito l'andamento per Regione:

Organismi partecipati osservati* distinti per Regione

OO.PP. con sede legale nella Regione	Numero organismi	% sul totale
Valle d'Aosta	63	1,49
Piemonte	377	8,94
Lombardia	897	21,27
Liguria	149	3,53
Totale Nord Ovest	1.486	35,24
Trentino-Alto Adige	316	7,49
Veneto	448	10,62
Friuli-Venezia Giulia	105	2,49
Emilia-Romagna	462	10,96
Totale Nord Est	1.331	31,56
Toscana	512	12,14
Umbria	63	1,49
Marche	177	4,20
Lazio	115	2,73
Totale Centro	867	20,56
Abruzzo	64	1,52
Molise	18	0,43
Campania	106	2,51
Puglia	136	3,23
Basilicata	10	0,24

Calabria	33	0,78
Totale Sud	367	8,70
Sicilia	76	1,80
Sardegna	90	2,13
Totale Isole	166	3,94
Totale	4.217	100,00

Fonte: Corte dei conti, banca dati SIQUEL – rilevazione dell'8 luglio 2016

Articolazione delle partecipate dalle Amministrazioni Locali per tipologia di attività*

Totale delle Società	Attività strumentali	Servizio Pubblico privo di rilevanza economic	"SPL a rete" (Acqua, Gas, Energia, Rifiuti, TPL)	Altro	Totale
Attività professionali, scientifiche e tecniche				550	550
Banche e Attività finanziarie				153	153
Commercio al dettaglio				56	56
Commercio all'ingrosso				56	56
Consorzio bacino Imbrifero		23			23
Costruzione e gestione di strade e autostrade		57			57
Edilizia Pubblica		121			121
Energia			269		269
Farmacia comunale				182	182
GAS			108		108
Gestione terme e fonti				46	46
Gestioni Immobili	229				229
Illuminazione		5			5
Informatica	194				194
Infrastrutture		193			193
Ingegneria civile		32			32
Magazzinaggio e attività di supporto ai trasporti				112	112
Multiservizi		145			145
Multiutility			315		315
Parcheggi				41	41
Patrimoniali	77				77
Patrimonio naturale		81			81
Ricerca scientifica e sviluppo		396			396
Rifiuti			444		444
Servizi a domanda individuale – persone (1)		1.434			1.434
Servizi Amministrativi	444				444
Servizio a domanda individuale – imprese (2)		791			791
Servizio Idrico Integrato			387		387
Settore Industriale				251	251
Sicurezza	14				14
Società Finanziarie Regionali	16				16
Società di Trasformazione Urbana	13				13

TPL			281		281
Turismo				143	143
Verde Pubblico		6			6
Non classificabili				61	61
Totale complessivo	987	3.284	1.804	1.651	7.726
Composizione percentuale sul totale	12,8%	42,5%	23,3%	21,4%	100,0%

* Elaborazione su Banca dati MEF- Anno 2012

(1) Incluso: assistenza sanitaria/sociale, attività artistiche/sportive/intrattenimento, attività dei servizi di alloggio e di ristorazione, attività di organizzazioni associative, formazione/istruzione/biblioteche, mercato ittico, mattatoi, agroalimentari, rete museale, servizi cimiteriali, servizi sociali /sanitari o alla persona, asilo nido, altri servizi a domanda individuale - persone

(2) Incluso: fiere, gruppi di azione locale, organizzazione convegni, eventi culturali, polo/parco tecnologico, servizi di supporto alle imprese, servizi portuali, società gestione patto territoriale, sviluppo locale, altri servizi a domanda individuale - imprese

Gestione caratteristica e risultati di esercizio degli organismi partecipati osservati*

OO.PP. con sede legale nella Regione	Valore della produzione	Costo della produzione	Costo del personale	Utile Netto	Perdite	Numero organismi partecipati
Valle d'Aosta	729.738.551	618.014.195	159.626.646	49.542.298	28.066.533	63
Piemonte	5.249.889.631	4.990.378.874	1.064.572.114	345.631.033	88.341.484	377
Lombardia	15.144.741.042	14.367.531.101	2.704.076.343	608.814.457	240.908.301	897
Liguria	3.830.147.530	3.689.398.216	433.976.743	124.451.597	28.076.511	149
Trentino-Alto Adige	4.892.536.926	4.527.235.940	571.065.564	367.758.014	29.219.580	316
Veneto	5.133.962.015	4.835.685.937	1.115.012.217	220.678.718	150.488.611	448
Friuli-Venezia Giulia	1.280.163.045	1.165.523.066	330.513.683	99.558.169	67.478.497	105
Emilia-Romagna	6.875.795.975	6.460.305.826	1.377.072.377	392.960.845	37.275.229	462
Toscana	4.097.399.379	3.802.579.994	917.496.485	216.964.099	127.178.727	512
Umbria	878.761.329	888.250.338	122.567.559	12.281.277	5.902.583	63
Marche	1.241.796.351	1.153.905.248	247.194.610	85.050.826	19.458.643	177
Lazio	2.570.883.861	2.131.505.305	552.838.938	242.094.274	29.735.409	115
Abruzzo	406.336.080	395.738.011	109.720.800	18.577.083	7.040.471	64
Molise	24.121.124	29.539.750	11.611.663	107.888	4.245.403	18
Campania	1.000.066.610	980.373.706	482.815.857	34.607.881	48.382.159	106
Puglia	745.517.496	720.935.141	308.581.693	17.480.734	12.374.526	136
Basilicata	81.424.523	78.284.638	19.517.572	79.884	41.627	10
Calabria	115.888.229	122.551.049	59.036.422	1.812.562	4.014.430	33
Sicilia	318.181.016	329.810.355	141.841.486	2.857.521	20.017.057	76
Sardegna	930.455.076	875.879.048	341.162.538	55.046.954	14.359.899	90
Totale	55.547.805.789	52.163.425.738	11.070.301.310	2.896.356.114	962.605.680	4.217

Fonte: Corte dei conti, banca dati SIQUEL – rilevazione dell'8 luglio 2016; importi in euro

Gestione caratteristica e risultati di esercizio degli organismi partecipati osservati* a totale partecipazione pubblica

OO.PP. con sede legale nella Regione	Valore della produzione	Costo della produzione	Costo del personale	Utile Netto	Perdite	Numero organismi partecipati
Valle d'Aosta	165.963.907	195.527.676	68.259.821	5.167.333	21.557.725	10
Piemonte	978.784.787	955.834.171	385.963.585	35.167.925	8.176.454	100
Lombardia	5.042.809.183	4.876.773.061	1.165.146.009	137.354.380	99.072.730	421
Liguria	697.142.584	678.091.287	277.111.967	22.372.893	7.659.709	60

Trentino-Alto Adige	1.545.329.287	1.460.486.410	219.857.037	74.641.977	3.137.272	80
Veneto	1.024.785.848	1.015.525.396	309.769.528	25.649.921	28.921.529	165
Friuli-Venezia Giulia	247.633.221	231.421.329	80.397.968	6.657.863	1.895.508	22
Emilia-Romagna	1.469.100.474	1.435.560.473	270.152.658	42.485.108	7.830.232	158
Toscana	847.205.877	828.334.131	224.144.048	22.805.920	22.890.725	173
Umbria	145.611.559	166.295.992	44.776.256	4.899.507	1.297.043	18
Marche	269.786.655	258.312.212	55.642.752	15.134.152	6.778.374	69
Lazio	927.278.232	781.034.781	240.312.279	82.448.642	18.710.753	52
Abruzzo	124.092.277	120.480.756	36.632.767	2.615.051	1.960.608	25
Molise	19.461.728	23.843.785	9.753.988	62.251	3.509.260	10
Campania	750.621.264	743.504.617	399.564.328	15.350.182	33.390.556	54
Puglia	536.411.267	515.993.774	222.241.005	14.472.266	9.414.362	58
Basilicata	799.061	784.500	613.702	495		2
Calabria	40.363.196	41.798.820	24.929.696	1.281.795	471.169	8
Sicilia	113.298.523	112.342.577	54.494.457	915.513	1.890.779	37
Sardegna	445.114.906	437.696.649	220.196.370	28.933.646	8.552.533	53
Totale	15.391.593.836	14.879.642.397	4.309.960.221	538.416.820	287.117.321	1.575

Fonte: Corte dei conti, banca dati SIQUEL – rilevazione dell'8 luglio 2016; importi in euro

Si rilevano valori medi di incidenza del costo del personale sul costo della produzione più elevati negli organismi a totale partecipazione pubblica (31,48%), laddove il dato complessivo medio evidenzia una percentuale ridotta al 23,06%. Tali risultati assumono particolare valenza in Campania, Basilicata, Calabria e Sardegna, dove l'incidenza del costo del personale nelle partecipazioni totalitarie supera il 50% del costo della produzione. In alcuni casi, la forbice tra le partecipazioni totalitarie e l'insieme degli organismi partecipati osservati si presenta notevolmente più ampia rispetto al dato medio nazionale (pari al 8,42%): tra questi, il Piemonte, la Liguria, l'Umbria, il Molise, la Basilicata, la Calabria, la Sicilia e la Sardegna.

Tale fenomeno può essere sintomatico della scarsa efficacia delle politiche di contenimento del costo del lavoro e dei vincoli assunzionali nei confronti delle società partecipate pubbliche al 100%. Sotto altro profilo, il peso determinante del costo del lavoro sull'intero costo della produzione, quale fattore produttivo capace di condizionare il rendimento degli altri fattori, può trovare spiegazione nel più intenso impiego di forza lavoro nei servizi pubblici di interesse generale, ove il numero degli addetti risulta essere consistente, come emerge dalla tabella 24. Pertanto, la prevalenza del fattore produttivo umano rispetto all'apporto tecnologico non consente di inferire che tali organismi interamente pubblici siano funzionali a mere esigenze di carattere occupazionale piuttosto che allo svolgimento di servizi essenziali per le comunità territoriali. Tale assunto trova parziale conferma nell'esame dei dati che riguardano i costi e il valore della produzione per unità di personale. In generale, emerge che il valore della produzione pro unità, realizzato mediante l'impiego di tutti i

fattori della produzione (con relativo costo), copre di poco il costo della produzione pro unità, realizzando così un margine operativo lordo minimo, sintomatico di una gestione economica poco efficiente. In alcuni casi, i dati evidenziati dimostrano che il costo unitario della produzione è maggiore del valore unitario della produzione. Si fa riferimento, per gli organismi a totale partecipazione pubblica, alle Regioni Valle d'Aosta, Umbria, Molise e Calabria e, per il complesso degli organismi, ad Umbria, Molise, Calabria e Sicilia. In questi casi, ad eccezione della Valle d'Aosta in cui il fattore lavoro è predominante (per l'elevato costo unitario soprattutto nelle partecipate totalitarie), la differenza tra i due valori non sembra dipendere tanto dal costo del personale quanto dalla limitata redditività degli altri fattori della produzione. Infine, l'analisi fa emergere una diversa entità del costo di ogni unità di personale per Regione di appartenenza e ciò potrebbe essere determinato dall'impiego di qualifiche professionali e di forme contrattuali diversificate da Regione a Regione.

7.2. La crisi del 2011 e la legislazione d'emergenza per assicurare l'Europa ed i mercati.

Come noto, l'Italia nell'estate del 2011, in piena tempesta politico-finanziaria, pochi mesi dopo il referendum del giugno 2011, ricevette una lettera dalla Banca centrale europea ⁽²⁰⁴⁾ con la quale la BCE esprimeva il proprio sostegno al Governo italiano “con condizionalità” ⁽²⁰⁵⁾. Pochi mesi dopo, il nuovo Governo tecnico guidato da Mario Monti ottempera a quanto richiesto dalle autorità europee con vari decreti d'urgenza. Tra i frenetici interventi normativi susseguitisi in quella convulsa fase della vita del nostro Paese, si possono richiamare (nella fase precedente) gli interventi di cui al

⁽²⁰⁴⁾ La lettera della BCE, pubblicata dal Corriere della Sera del 29 settembre 2011, è datata 5 agosto 2011; è indirizzata al Governo italiano e reca la sottoscrizione del Presidente uscente Trichet e dell'attuale Presidente Draghi. Le misure richieste attengono anche alla liberalizzazione dei servizi pubblici locali come misura per accrescere la concorrenza e condizionavano il rinnovo degli interventi di sostegno al mercato dei bond: si legge, infatti, che l'Italia deve perseguire la piena liberalizzazione dei servizi pubblici locali attraverso privatizzazioni su larga scala.

⁽²⁰⁵⁾ Cfr. BCE, comunicato 6 settembre 2012: *conditionality of outright monetary transactions*, in ecb.int.

comma 32, dell'art. 14, del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, conv. da l. 30 luglio 2010, n. 122 ⁽²⁰⁶⁾; i commi 1,2,3,3-sexies dell'art. 4 del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, conv. dalla l. 7 agosto 2012, n. 135 ⁽²⁰⁷⁾;

⁽²⁰⁶⁾ La norma così recitava: «fermo quanto previsto dall'art. 3, commi 27, 28 e 29, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, i comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti non possono costituire società'. Entro il 31 dicembre 2012 i comuni mettono in liquidazione le società già costituite alla data di entrata in vigore del presente decreto, ovvero ne cedono le partecipazioni. Le disposizioni di cui al secondo periodo non si applicano ai comuni con popolazione fino a 30.000 abitanti nel caso in cui le società già costituite: //a) abbiano, al 31 dicembre 2012, il bilancio in utile negli ultimi tre esercizi; // b) non abbiano subito, nei precedenti esercizi, riduzioni di capitale conseguenti a perdite di bilancio; // c) non abbiano subito, nei precedenti esercizi, perdite di bilancio in conseguenza delle quali il comune sia stato gravato dell'obbligo di procedere al ripiano delle perdite medesime. // Le disposizioni di cui al secondo periodo non si applicano ai comuni con popolazione fino a 30.000 abitanti nel caso in cui le società già costituite abbiano avuto il bilancio in utile negli ultimi tre esercizi. La disposizione di cui al presente comma non si applica alle società, con partecipazione paritaria ovvero con partecipazione proporzionale al numero degli abitanti, costituite da più comuni la cui popolazione complessiva superi i 30.000 abitanti; i comuni con popolazione compresa tra 30.000 e 50.000 abitanti possono detenere la partecipazione di una sola società; entro il 31 dicembre 2011 i predetti comuni mettono in liquidazione le altre società già costituite. [Con decreto del Ministro per i rapporti con le regioni e per la coesione territoriale, di concerto con i Ministri dell'economia e delle finanze e per le riforme per il federalismo, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sono determinate le modalità attuative del presente comma nonché ulteriori ipotesi di esclusione dal relativo ambito di applicazione».

⁽²⁰⁷⁾ Le norme così recitavano: «nei confronti delle società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, che abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento dell'intero fatturato, si procede, alternativamente (1): // a) allo scioglimento della società entro il 31 dicembre 2013. Gli atti e le operazioni posti in essere in favore delle pubbliche amministrazioni di cui al presente comma in seguito allo scioglimento della società sono esenti da imposizione fiscale, fatta salva l'applicazione dell'imposta sul valore aggiunto, e assoggettati in misura fissa alle imposte di registro, ipotecarie e catastali (2); // b) all'alienazione, con procedure di evidenza pubblica, delle partecipazioni detenute alla data di entrata in vigore del presente decreto entro il 31 dicembre 2013 ed alla contestuale assegnazione del servizio per cinque anni, non rinnovabili, a decorrere dal 1° luglio 2014. Il bando di gara considera, tra gli elementi rilevanti di valutazione dell'offerta, l'adozione di strumenti di tutela dei livelli di occupazione. L'alienazione deve riguardare l'intera partecipazione della pubblica amministrazione controllante. // Ove l'amministrazione non proceda secondo quanto stabilito ai sensi del comma 1, a decorrere dal 1° luglio 2014 le predette società non possono comunque ricevere affidamenti diretti di servizi, né possono fruire del rinnovo di affidamenti di cui sono titolari. I servizi già prestati dalle società, ove non vengano prodotti nell'ambito dell'amministrazione, devono essere acquisiti nel rispetto della normativa comunitaria e nazionale // Le disposizioni di cui al comma 1 del presente articolo non si applicano alle società che svolgono servizi di interesse generale, anche aventi rilevanza economica, alle società che svolgono prevalentemente compiti di centrali di committenza ai sensi dell'articolo 33 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché alle società di cui all'articolo 23-quinquies, commi 7 e 8, del presente decreto, e alle società finanziarie partecipate dalle regioni, ovvero a quelle che gestiscono banche dati strategiche per il conseguimento di obiettivi economico-finanziari, individuate, in relazione alle esigenze di tutela della riservatezza e della sicurezza dei dati, nonché all'esigenza di assicurare l'efficacia dei controlli sulla erogazione degli aiuti comunitari del settore agricolo, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, da adottare su proposta del Ministro o dei Ministri aventi poteri di indirizzo e vigilanza, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri. Le medesime disposizioni non si applicano qualora, per le peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto, anche territoriale, di riferimento non sia possibile per l'amministrazione pubblica controllante un efficace e utile ricorso al mercato. In tal caso, l'amministrazione, in tempo utile per rispettare i termini di cui al comma 1, predispone un'analisi del mercato e trasmette una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per l'acquisizione del parere vincolante, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della relazione. Il parere dell'Autorità è comunicato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri. Le disposizioni del presente articolo non si applicano altresì alle società costituite al fine della realizzazione dell'evento di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 30 agosto 2007, richiamato dall'articolo 3, comma

i commi da 1 a 7 dell'art. 9 del citato d.l. 95/2012 conv. dalla l. 135/2012 ⁽²⁰⁸⁾; il d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. in l. n. 14 settembre 2011, n. 148.

Le sopra richiamate tecniche legislative di introdurre divieti (di costituzione di società) o obblighi (di dismissione delle partecipazioni o di privatizzazione) per limitare tale possibilità sono state abbandonate con la legge 27 dicembre 2013, n. 147 (c.d. stabilità 2014), che ha abrogato gran parte delle pregresse disposizioni volte a impedire la costituzione e/o la partecipazione degli enti locali a tali società ⁽²⁰⁹⁾.

1, lettera a), del decreto-legge 15 maggio 2012, n. 59, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 2012, n. 100. Entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto le pubbliche amministrazioni di cui al comma 1 possono predisporre appositi piani di ristrutturazione e razionalizzazione delle società controllate. Detti piani sono approvati previo parere favorevole del Commissario straordinario per la razionalizzazione della spesa per acquisto di beni e servizi di cui all' articolo 2 del decreto-legge 7 maggio 2012, n. 52, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 luglio 2012, n. 94, e prevedono l'individuazione delle attività connesse esclusivamente all'esercizio di funzioni amministrative di cui all' articolo 118 della Costituzione, che possono essere riorganizzate e accorpate attraverso società che rispondono ai requisiti della legislazione comunitaria in materia di in house providing. I termini di cui al comma 1 sono prorogati per il tempo strettamente necessario per l'attuazione del piano di ristrutturazione e razionalizzazione con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, adottato su proposta del Commissario straordinario per la razionalizzazione della spesa per acquisto di beni e servizi».

⁽²⁰⁸⁾ Le norme così recitavano: «al fine di assicurare il coordinamento e il conseguimento degli obiettivi di finanza pubblica, il contenimento della spesa e il migliore svolgimento delle funzioni amministrative, le regioni, le province e i comuni sopprimono o accorpano o, in ogni caso, assicurano la riduzione dei relativi oneri finanziari in misura non inferiore al 20 per cento, enti, agenzie e organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica che, alla data di entrata in vigore del presente decreto, esercitano, anche in via strumentale, funzioni fondamentali di cui all'articolo 117, comma secondo, lettera p), della Costituzione o funzioni amministrative spettanti a comuni, province, e città metropolitane ai sensi dell'articolo 118, della Costituzione. // Le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano alle aziende speciali, agli enti ed alle istituzioni che gestiscono servizi socio-assistenziali, educativi e culturali. // Entro tre mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, al fine di dare attuazione al comma 1, con accordo sancito in sede di Conferenza unificata ai sensi dell'articolo 9 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, si provvede alla complessiva ricognizione degli enti, delle agenzie e degli organismi, comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica di cui al comma 1. // Al fine di dare attuazione al comma 2, in sede di Conferenza unificata si provvede mediante intesa ai sensi dell'articolo 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131, e sulla base del principio di leale collaborazione, all'individuazione dei criteri e della tempistica per l'attuazione del presente articolo e alla definizione delle modalità di monitoraggio. // Se, decorsi nove mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, le regioni, le province e i comuni non hanno dato attuazione a quanto disposto dal comma 1, gli enti, le agenzie e gli organismi indicati al medesimo comma 1 sono soppressi. Sono nulli gli atti successivamente adottati dai medesimi. // Ai fini del coordinamento della finanza pubblica, le regioni si adeguano ai principi di cui al comma 1 relativamente agli enti, agenzie ed organismi comunque denominati e di qualsiasi natura, che svolgono, ai sensi dell'articolo 118, della Costituzione, funzioni amministrative conferite alle medesime regioni».

[6. E' fatto divieto agli enti locali di istituire enti, agenzie e organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica, che esercitino una o più funzioni fondamentali e funzioni amministrative loro conferite ai sensi dell'articolo 118, della Costituzione.] (9)

[7. Resta fermo quanto disposto dall'articolo 14, comma 32, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, e successive modificazioni.

²⁰⁹ Per un riepilogo delle norme abrogate si veda C. Tessarolo, La riduzione delle società partecipate da enti locali, in dirittodeiservizipubblici.it, 24 marzo 2015. In particolare, si evidenzia che la l. 147/2013 ha abrogato le seguenti norme:

Tra le norme della stabilità 2014, l'art. 1 comma 569, ha rafforzato l'onere in precedenza stabilito dal comma 27 della l. n. 244/2007 ⁽²¹⁰⁾.

7.3. La nuova procedura di dismissione delle partecipazioni detenute dalle autonomie locali: uno strappo al sistema

Come anticipato, con l'art. 1 comma 569 cit., si pone un termine di dodici mesi per effettuare la cessione delle partecipazioni non assentite, prevedendo un vero e proprio automatismo caducante;

a) con il comma 561 dell'art. 1 della l. 147/2013 è stato abrogato il comma 32 dell'art. 14 del d.l. 78/2010 conv. da l. 122/2010. A seguito di tale abrogazione sono venute meno le disposizioni che vietavano ai comuni fino a 30 mila abitanti la costituzione di nuove società e il mantenimento, salvo alcune espresse deroghe, delle partecipazioni in società già costituite, nonché la possibilità per i comuni con popolazione tra i 30 mila e i 50 mila abitanti di mantenere più di una partecipazione; // b) con il comma 562 dell'art. 1, l. cit. sono stati abrogati i commi 1,2,3,3-sexies dell'art. 4 del d.l. 95/2012 conv. dalla l. 135/2012. A seguito di tale abrogazione sono venute meno le disposizioni che imponevano lo scioglimento o la privatizzazione delle società strumentali (che avevano realizzato nel 2011 un fatturato superiore al 90% per i servizi forniti agli enti controllanti) e che escludevano dallo scioglimento o dalla privatizzazione le predette società solamente se ricorrevano le "particolari caratteristiche" indicate nel comma 3-bis o se venivano predisposti appositi piani di ristrutturazione e razionalizzazione ai sensi del comma 3-sexies, in entrambi i casi previo parere vincolante, rispettivamente, dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e del Commissario straordinario per la razionalizzazione della spesa per l'acquisto di beni e servizi; // c) con il medesimo comma 562 sono stati, inoltre, abrogati i commi da 1 a 7 dell'art. 9 del citato d.l. 95/2012 conv. dalla l. 135/2012. A seguito di tale abrogazione sono venute meno le disposizioni, peraltro, già in parte superate in virtù della sentenza della Corte costituzionale n. 296/2013, che imponevano (anche) agli enti locali la soppressione, l'accorpamento o la riduzione dei relativi oneri finanziari in misura non inferiore al 20% di enti, agenzie e organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica e che stabilivano il divieto (anche) per gli enti locali di costituirne di nuovi. Nell'abrogare le disposizioni che vietavano o limitavano la possibilità per le amministrazioni pubbliche locali di avvalersi di società a partecipazione di maggioranza, diretta o indiretta (o di aziende speciali e istituzioni) per gestire servizi pubblici e strumentali, la l. 147/2013 ha, però, imposto alle stesse società, a decorrere dal 2014, di concorrere "alla realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica, perseguendo la sana gestione dei servizi secondo criteri di economicità ed efficienza" (comma 553, art. 1). La legge di stabilità del 2014 ha introdotto una nuova ipotesi di soppressione delle società partecipate (e delle aziende speciali e delle istituzioni) fondata, però, non più, com'era nelle ipotesi contemplate dalle disposizioni abrogate, su criteri meramente soggettivi, ma su un criterio oggettivo. Ai sensi del comma 555 dell'art. 1 della l. 147/2014 devono, infatti, essere poste in liquidazione, a decorrere dall'esercizio 2017, le società partecipate di cui al comma 554 (e le aziende speciali e le istituzioni), diverse da quelle che esercitano servizi pubblici locali, che abbiano conseguito un risultato negativo per quattro dei cinque anni precedenti. La norma aveva l'evidente scopo di eliminare le società partecipate da pubbliche amministrazioni locali strutturalmente deficitarie e che costituiscono un peso per la finanza pubblica.

Le società in questione – tra le quali, giova ribadirlo, non sono comprese le società che esercitano servizi pubblici locali –, che si trovano nella condizione suddetta, devono essere poste in liquidazione entro sei mesi dalla data di approvazione del bilancio o rendiconto relativo all'ultimo esercizio. In caso di mancato avvio, entro il predetto termine, della procedura di liquidazione, i successivi atti di gestione sono nulli e la loro adozione comporta responsabilità erariale dei soci

²¹⁰ La norma così recita: «il termine di trentasei mesi fissato dal comma 29 dell'articolo 3 della legge 24 dicembre 2007, n. 244, e' prorogato di dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, decorsi i quali la partecipazione non alienata mediante procedura di evidenza pubblica cessa ad ogni effetto; entro dodici mesi successivi alla cessazione la società' liquida in denaro il valore della quota del socio cessato in base ai criteri stabiliti all'articolo 2437-ter, secondo comma, del codice civile».

infatti, si afferma che le partecipazioni “vietate” non alienate entro tale termine cessano ad ogni effetto e la società, entro i dodici mesi successivi alla cessazione della partecipazione deve liquidare in denaro il valore della quota del socio cessato in base ai criteri stabiliti dall’art. 2437-ter, comma secondo, cod. civ.

Posto che la norma impone la dismissione automatica delle partecipazioni “vietate”, si è posto il problema di circoscriverne la portata proprio con riferimento a tale aspetto. Occorre a tal proposito evidenziare che l’art. 3, comma 27, della legge n. 244/2007, individua due tipologie di partecipazioni societarie: quelle vietate dalla legge che, di conseguenza, devono essere dismesse ai sensi del successivo comma 29 e quelle che, viceversa, possono essere mantenute perché non vietate, tra le quali si annoverano le partecipazioni in società che erogano servizi di interesse economico generale. La dismissione delle partecipazioni non vietate, non è dunque disciplinata dall’art. 3, commi 27 - 29 della legge cit., e di conseguenza neppure dall’art. 1, comma 569, della legge n. 147/2013. Ciò emerge con evidenza dalla lettura dell’incipit della norma (per la quale «il termine di trentasei mesi fissato dal comma 29 dell’art. 3 della legge 24 dicembre 2007, n. 244 è prorogato...»).

Il comma 569 della legge cit., è applicativo delle sole previsioni dell’art. 3, commi 27 e ss. della legge n. 244/2007, e può riguardare quindi unicamente l’alienazione delle partecipazioni vietate per legge. Il comma 569 cit., proroga («di dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge») il termine per le alienazioni delle partecipazioni di cui all’art. 3, comma 29 della legge n. 244/2007, e stabilisce che, decorso tale nuovo termine, la partecipazione non alienata mediante procedura ad evidenza pubblica cessa ad ogni effetto ed entro dodici mesi (...) la società liquida in denaro il valore della quota ex art. 2437-ter, secondo comma, del codice civile.

Pertanto, sembra che solo con riguardo all’alienazione delle partecipazioni vietate ai sensi del comma 27, sia possibile per gli enti pubblici invocare l’applicazione del comma 569 della legge n. 147/2013, atteso che tale comma è testualmente qualificato come attuativo della disciplina relativa alla dismissione delle partecipazioni che il legislatore qualifica come vietate ex art. 3, comma 27, della legge n. 244/2007.

Tale interpretazione è peraltro suffragata dalla parallela vigenza di altre norme che disciplinano l’alienazione delle partecipazioni assentite, come l’art. 1 comma 568-bis, lett. b) della legge n. 147/2013, oppure l’art. 1, commi 611 e 612 della legge 23 dicembre 2014, n. 190, che dimostrano come la disciplina di cui all’art. 3, commi da 27 a 29 della legge n. 244/2007, e quindi di cui al comma 569 della legge n. 147/2013, non abbia portata generale e non sia pertanto applicabile *tout court* alle

dismissioni delle partecipate locali, bensì unicamente alle ipotesi di stretta interpretazione e cioè per l'alienazione delle partecipazioni non strettamente necessarie per il perseguimento delle finalità istituzionali degli enti locali.

Secondo la giurisprudenza della Corte dei Conti (Deliberazione FVG/ _158_ /2015/PAR Sezione di controllo della regione Friuli Venezia Giulia), il rinvio all'art.2437-ter cod. civ., consente una forma di liquidazione del socio pubblico che intende dismettere la sua partecipazione, ulteriore rispetto ai presupposti del recesso tipizzati dall'art.2437 cod. civ. (quali: la modifica della clausola dell'oggetto sociale, quando consente un cambiamento significativo dell'attività della società; la trasformazione della società; il trasferimento della sede sociale all'estero; la revoca dello stato di liquidazione; l'eliminazione di una o più cause di recesso previste dal successivo comma ovvero dallo statuto; la modifica dei criteri di determinazione del valore dell'azione in caso di recesso; le modificazioni dello statuto concernenti i diritti di voto o di partecipazione). Sebbene tale forma di liquidazione delle quote di partecipazione dell'ente pubblico non possa essere completamente assimilato al recesso codicistico, ragioni di ordine sistematico inducono a propendere per una lettura più ampia della norma, individuando in essa un'ipotesi di recesso *extra ordinem* e *sui generis* conseguente alla mancata dismissione delle partecipazioni in esame entro il termine legale. Ciò appare del resto confermato anche dalla lettura fornita da altre Sezioni di controllo della Corte dei conti. Il riferimento, va in particolare alla deliberazione della Sezione regionale di controllo per le Marche n.SRCMAR/25/2014/PAR, la quale afferma che “la questione relativa alla qualificazione di siffatta fattispecie che, invero, attesa la peculiarità della disciplina non appare prima facie riconducibile a istituti tipici del diritto societario in coerenza, del resto, con la tendenza del legislatore a ritagliare in favore delle società a partecipazione pubblica regimi differenziati e speciali che vanno ad affiancare il corpus delle norme di diritto comune ordinariamente applicabili alle stesse. Valorizzando tale carattere di specialità, che indubbiamente connota anche la disposizione di cui all'art. 1 comma 569, Legge di stabilità 2014, ritiene, in particolare, il Collegio che non si appalesi pertinente il richiamo *tout court* all'istituto del recesso cui pure il legislatore fa rinvio evocando – in maniera indifferenziata senza scriminare tra società per azioni e società a responsabilità limitata – il disposto di cui all'art. 2437 ter comma 2 c.c. Meritevoli di apprezzamento e condivisibili risultano, sotto tale profilo, le riflessioni di alcuni commentatori che, muovendo dal portato letterale della disposizione in parola, hanno evidenziato come non possa annettersi valore dirimente al citato richiamo normativo poiché lo stesso attiene unicamente alla individuazione dei criteri per la liquidazione della partecipazione del

socio cessato e non assurge, dunque, a più generale criterio qualificatorio. D'altro canto, a sostegno di siffatta ricostruzione, giova evidenziare come l'iter procedimentale tratteggiato dalla legge 147/2013 – nel prevedere meccanismi preclusivi che ex lege inibiscono la prosecuzione del rapporto societario – costituisca uno strumento assolutamente peculiare e non risulti sovrapponibile alla distinta, e ben più articolata, sequenza prevista dal codice civile in materia di recesso (cfr. artt. 2437, 2437-bis, 2437-ter, 2437-quater, 2437-quinquies)".

Con tale previsione, quindi, si è introdotta una forma di liquidazione peculiare rispetto ai presupposti stabiliti nel codice civile per il recesso, introducendo ex lege una ipotesi speciale valida solo per le società partecipate da enti pubblici. Pur condividendo, di massima, la non sovrapponibilità acritica all'intera sequenza procedimentale indicata negli articoli 2437-2437quinquies cod. civ., per una più analitica disamina non appare incoerente la riconducibilità sistematica della norma di cui al co.569 dell'art.1 della L.147/2013 (che rinvia all'art.2437 ter cod. civ.) agli istituti consolidati del diritto societario. In tal senso, non può non rilevare il Collegio che, pur escludendo il rinvio integrale all'intera sequenza codicistica, appare comunque applicabile parte della normativa civilistica in tema di recesso, incluso il procedimento di liquidazione e cancellazione delle quote sociali, come fissato dall'art. 2437-quater cod. civ. a mente del quale vi sarebbe la possibilità di riacquisto delle partecipazioni oggetto di recesso da parte in primis degli altri soci, rimanendo secondaria ed eventuale l'ipotesi di collocamento presso terzi. Sempre secondo tale norma, in caso di mancato collocamento, entro centottanta giorni dalla comunicazione del recesso, le azioni del recedente vengono rimborsate mediante acquisto da parte della società utilizzando riserve disponibili anche in deroga a quanto previsto dal terzo comma dell'articolo 2357 cod. civ.. Solo qualora non vi siano utili e riserve disponibili, deve essere convocata l'assemblea straordinaria per deliberare la riduzione del capitale sociale, ovvero lo scioglimento della società. L'intento del Legislatore, con le disposizioni cit., è stato quello di superare le difficoltà di cessione a terzi, prevedendo una ipotesi di recesso *extra ordinem e sui generis*, ulteriore rispetto a quelle ordinarie contemplate dall'art.2437 cod. civ.. e conclusioni non dissimili devono farsi anche per le fattispecie di cui all'art.1 commi 611 e 612 della legge 190/2014

7.4. Effetti sulla disciplina civilistica e profili di (il)legittimità costituzionale;

In astratto la dismissione dell'ente locale non realizza una ulteriore forma di recesso da affiancare alle ipotesi normativamente disciplinate dal codice civile, valevole solo per gli enti locali,

come sostenuto da una parte della giurisprudenza, atteso che si tratta in realtà di una “cessazione ex lege”, poiché il comma 569 non parla mai di recesso (la disciplina del recesso viene richiamata unicamente ai fini dell’applicazione dei criteri stabiliti dall’art. 2437-ter, co. 2°, per la determinazione del valore di liquidazione della quota), ma di “cessazione ad ogni effetto”. In ogni caso, al di là che si tratti di recesso ex lege o di cessazione della partecipazione cui consegue la liquidazione della quota secondo i criteri stabiliti per il recesso, l’effetto raggiunto dalle norme richiamate è comunque quello di concedere una deroga peculiare utilizzabile solo per le partecipate locali. In tal senso, le norme cit., pongono rilevanti problemi sia sul piano del procedimento che su quello degli effetti.

Il comma 611, della legge n. 190/2014, si apre mantenendo fermo quanto previsto dall’art. 3, commi da 27 a 29 cit., e dall’art. 1, comma 569 cit., di talché emerge chiaramente come le nuove norme, non abroghino quelle preesistenti e quindi implicitamente confermino la vigenza di due sistemi normativi aventi differente oggetto che disciplinano da un lato l’alienazione delle partecipazioni vietate per legge e dall’altro le operazioni su partecipazioni consentite dall’ordinamento, in ordine alle quali non si verificano ipotesi di divieto e di dismissioni forzose ⁽²¹¹⁾.

Alla luce di tale dettato normativo occorre estrapolare un’interpretazione costituzionalmente orientata dell’art. 1 comma 569 della legge n. 147/2013, anche al fine di salvaguardarne la reale portata applicativa. La disciplina che trae origine dalla norma cit., può considerarsi conforme a Costituzione ed anche ai principi positivizzati nell’art. 4, comma 13, del d.l. n. 95/2013, solo ed esclusivamente per il caso in cui sia applicabile a società totalmente in mano pubblica ovvero che la norma sia effettivamente riferita alle sole partecipazioni vietate per legge e non anche a quelle che, pur ammesse dall’ordinamento, l’Ente locale valuti non più opportune. Per esse, dovrà necessariamente applicarsi la disciplina civilistica in materia di dismissione delle partecipazioni societarie. Occorre cioè interpretare tale norma come una deroga ai principi generali sulle società pubbliche ovvero a partecipazione pubblica, secondo le coordinate ermeneutiche rassegnate a più riprese dalla giurisprudenza civile ed amministrativa ⁽²¹²⁾. Per quanto attiene alla ratio sottesa alle dismissioni cui

⁽²¹¹⁾ La legge di stabilità 2015, relativamente al tema oggetto di indagine, all’art. 1 comma 611, ha stabilito che «fermo restando quanto previsto dall’articolo 3, commi da 27 a 29, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, e successive modificazioni, e dall’articolo 1, comma 569, della legge 27 dicembre 2013, n. 147, e successive modificazioni (...) le regioni, le province autonome di Trento e di Bolzano, gli enti locali, (...) , a decorrere dal 1° gennaio 2015, avviano un processo di razionalizzazione delle società e delle partecipazioni societarie direttamente o indirettamente possedute, in modo da conseguire la riduzione delle stesse entro il 31 dicembre 2015».

⁽²¹²⁾ Invero, relativamente alla natura giuridica delle società pubbliche, la giurisprudenza ha più volte chiarito che «la disciplina speciale per le stesse dettata non ha tuttora assunto le caratteristiche di un sistema concluso e a sé stante,

si riferisce l'art. 1, comma 569, della l. n. 147/2013, la stessa non è certamente quella di consentire all'ente pubblico di valutare l'opportunità di realizzare il valore della partecipazione (quando questa non rientri tra quelle espressamente vietate) per destinare le risorse in tal modo acquisite ad altri fini; non si può non osservare che, se questa fosse la corretta interpretazione della norma, la stessa si porrebbe in palese contrasto con i principi costituzionali sanciti dall'art. 41 e 42 Cost. Una simile interpretazione, che riconoscesse all'ente pubblico un diritto potestativo di sciogliersi unilateralmente dal rapporto sociale sulla base di una valutazione discrezionale del carattere non strategico della partecipazione e dell'esigenza di destinare risorse ad altri fini istituzionali, ponendo a carico della società l'onere della liquidazione, arrecherebbe un pregiudizio ai soci e ai creditori sociali, conseguente alla riduzione della capacità patrimoniale della società partecipata, che appare del tutto privo di giustificazione e come tale lesivo dei diritti e degli interessi che trovano tutela nei principi sanciti dagli artt. 41 e 42 Cost. Il diritto di recesso sarebbe unicamente motivato dal venir meno dell'interesse dell'ente pubblico al mantenimento della partecipazione e dall'esigenza di monetizzarne il valore: esigenza che, lungi dal giustificare la facoltà unilaterale di scioglimento del vincolo sociale, può e deve trovare soddisfazione tramite il collocamento della partecipazione sul mercato e la seria ricerca di un acquirente nel rispetto delle regole alle quali l'ente pubblico, con l'acquisizione della partecipazione societaria, ha deliberatamente ritenuto di assoggettarsi. Pertanto, una interpretazione rispettosa dei principi costituzionali non può che ritenere che la norma in esame si riferisca unicamente alle partecipazioni "vietate" ai sensi del comma 27 dell'art. 3 della legge 244/2007 tra le quali non rientrano le partecipazioni in società che producono servizi di interesse generale, nonché quelle oggettivamente non estranee alle finalità istituzionali dell'ente. Limiti generali all'attività d'impresa e alle scelte imprenditoriali sono certamente ammissibili per esigenze di utilità sociale, ma ciò vale sia per l'attività economica privata che per quella pubblica. L'art. 41, terzo comma, Cost., significativamente fa riferimento sia all'attività economica privata che a quella pubblica. Non sono costituzionalmente ammissibili misure invasive dell'attività dell'impresa a partecipazione pubblica e della sua sfera di autoorganizzazione che rechino deroghe al diritto comune non sorrette da un preminente interesse, costituzionalmente rilevante (Corte cost., sentenze n. 56 del 2015; n. 247 e n. 152 del 2010; n. 167 del 2009).

ma continua ad apparire come un insieme di deroghe alla disciplina generale» (Cass. civ., s.u. 25 novembre 2013, n. 26283).

Gli interventi legislativi che intendano condizionare le scelte organizzative dell'impresa (pubblica o privata), tanto più se esercitata attraverso la persona giuridica societaria, debbono rispettare il principio di proporzionalità. Risultano incostituzionali misure incongrue, sproporzionate o ingiustificatamente invasive (cfr. Corte giust., sent. 29 novembre 1956, causa 8/55, Fédéchar e sopratt. 17 dicembre 1970, in causa 11/70, Internationale Handelsgesellschaft; v. poi sentt. 11 luglio 1989, causa 265/87, Schröder; 13 novembre 1990, causa 331/88, Fedesa, e 5 ottobre 1994, C-133/93, C-300/93 e C-362/93, Crispoltoni et al.). Questi principi devono essere osservati anche nella disciplina legislativa di un'attività economica considerata quale pubblico servizio, "che è pur sempre espressione del diritto di iniziativa economica garantito dall'art. 41 Cost." (Corte cost., sentenze nn. 15 del 2015 e 548 del 1990). A tal riguardo, non si può trascurare l'espreso riconoscimento che il Trattato fa dei servizi di interesse economico generale e delle funzioni particolari a essi assegnate (artt. 14, 106, comma 2, TFUE, protocollo n. 26), quali strumenti del principio di coesione. La Costituzione protegge dunque, in piena sintonia con il diritto UE, l'iniziativa economica pubblica e privata, prevedendo per l'una e per l'altra eventuali controlli ove ciò risulti necessario a fini di utilità sociale, e sempre rispettando il principio di proporzionalità (Corte cost., sent. n. 270/2010). Principio che deve essere preso in considerazione dal Legislatore nella calibratura di interventi atti a incidere sull'attività d'impresa e sulla sua organizzazione. Interventi che dovranno in ogni caso essere interpretati ed applicati conformemente a tale principio. Misure legislative ingiustificatamente intrusive della dinamica d'impresa e della sua sfera di libertà nel mercato sono quindi destinate a non superare il vaglio di legittimità costituzionale perché - generando detrimento degli interessi degli operatori economici, dei consumatori, dei lavoratori - recano danno all'utilità sociale (cfr. Corte cost., sentenze nn. 247 e 152/2010, n. 167/2009, n. 200/2012). E ancora, la sfera patrimoniale dei soci, pubblici e privati, risulta anch'essa merite-vole di tutela, alla luce dell'art. 42 Cost. e delle libertà economiche europee, quale diritto fondamentale necessario per garantire il libero esercizio delle attività econo-miche (v. Corte giust. UE, sent. 20 giugno 2002, C 313/99, Mulligan; 10 dicembre 2002, C 491/01, British American Tabacco). In coerenza con tali essenziali principi, il legislatore nazionale ha ribadito che alle società a totale o parziale partecipazione pubblica si applica la disciplina del codice civile in materia di società di capitali (art. 4, comma 13, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 135), salvo deroghe espresse (che invero andrebbero interpretate restrittivamente, in base ai noti canoni ermeneutici). Un regime di rigore è invece giustificato - secondo l'insegnamento della Corte costituzionale - per le società strumentali: esse esercitano, in realtà, una

“attività amministrativa in forma privatistica”, di natura finale o strumentale, e non attività d'impresa di enti pubblici. La “stretta” legislativa non è giustificabile, invece, per l'attività d'impresa volta ad erogare servizi al pubblico (consumatori o utenti): Corte cost., sent. n. 326/2008, richiamata – proprio su questo punto cruciale – da Cons. Stato, sez. V, 4 agosto 2010, n. 5214, cons. diritto, n. 5.3. L'art. 3, commi 27-29, l. n. 244/2007 e l'art. 1, comma 569, l. n. 147/2013, come interpretati dalla giurisprudenza, oltre a vulnerare gli artt. 41 e 42 Cost., entrano pertanto in collisione anche con questa essenziale distinzione, tra il regime proprio delle società partecipate strumentali e quello delle società partecipate che gestiscono servizi d'interesse economico generale.

7.5. Gli orientamenti della giurisprudenza amministrativa e contabile.

La giurisprudenza amministrativa, tuttavia, non ha avallato l'interpretazione suesposta. Ciò poiché è stato affermato che tali disposizioni devono essere lette nel contesto dei tentativi del legislatore statale di regolare il fenomeno delle società partecipate da enti pubblici. Se la direzione della politica legislativa è chiara nel senso della riduzione di queste partecipazioni, la ricostruzione delle modalità di perseguimento di tale obiettivo si presenta più complessa, a causa del carattere frammentario e non ancora assestato della normativa. In generale, si possono comunque individuare due approcci legislativi, uno finalizzato a liberalizzare il mercato, rimuovendo rendite di posizione e conflitti di interessi, e uno finalizzato a restringere il perimetro dell'intervento pubblico nelle attività economiche. Il primo non è pregiudizialmente contrario alla figura dell'ente pubblico imprenditore, purché in condizioni di parità con gli altri operatori economici, il secondo forza invece gli enti pubblici ad abbandonare o a limitare la partecipazione diretta alle attività economiche, in quanto considera questo impegno come una fonte di sprechi o una distrazione rispetto ai compiti amministrativi. Un esempio del primo orientamento può essere individuato nella disciplina sulle società strumentali introdotta dall'art. 13 del DL 223/2006. Questa norma stabilisce per le società strumentali, che ricevono affidamenti diretti dagli enti pubblici, un modello legale con una serie di stringenti limitazioni: (a) devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti; (b) non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara; (c) non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale; (d) sono a oggetto sociale esclusivo; (e) devono cedere a terzi le attività non consentite oppure scorporarle, anche costituendo una separata società. L'evoluzione di questo

modello è contenuta nei commi 7 e 8 dell'art. 4 del DL 95/2012, i quali, rispettivamente, impongono agli enti pubblici di acquisire sul mercato i beni e i servizi strumentali alla propria attività mediante procedure concorrenziali, e consentono l'affidamento diretto solo a favore di società a capitale interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione in house. Restano esclusi dall'art. 13 del DL 223/2006 i servizi pubblici, in quanto area già aperta alla concorrenza e contendibile mediante gara. Gli enti pubblici possono quindi avere partecipazioni in società che concorrono per l'affidamento di servizi pubblici, con il solo divieto di fornire a tali società aiuti di Stato, e salva la possibilità di optare per la gestione in house (v. TAR Brescia Sez. II 21 febbraio 2013 n. 196; TAR Brescia Sez. II 22 aprile 2014 n. 415).

Un esempio del secondo orientamento è contenuto nell'art. 3 comma 27 della legge 244/2007, che non si limita a regolare le società strumentali, o a ricondurle nello schema dell'affidamento in house, ma vieta agli enti pubblici di assumere o conservare partecipazioni azionarie quando le stesse non siano strettamente necessarie per il perseguimento delle finalità istituzionali. Così impostata, la norma ha un'estensione molto ampia, e può essere riferita a tutte le società partecipate, comprese quelle che si occupano di servizi di interesse generale (ossia di servizi pubblici). La specificazione che segue immediatamente, ossia l'inciso sull'ammissibilità delle partecipazioni in società che producono servizi di interesse generale, individua una facoltà, non un obbligo. Se il legislatore statale non impone direttamente l'uscita degli enti pubblici dalle società che gestiscono servizi pubblici, non esprime nemmeno una qualche opposizione a tale ipotesi, e certamente non costringe le pubbliche amministrazioni a rimanere prigioniere delle società partecipate. Una volta che l'ente pubblico, esercitando la propria discrezionalità, abbia qualificato come non più strategica la presenza nel capitale di società affidatarie di servizi pubblici, si verifica una situazione equivalente al divieto di conservare partecipazioni azionarie estranee alle finalità istituzionali. Di qui l'applicabilità dell'art. 3 comma 29 della legge 244/2007, il cui intervallo temporale è stato poi riaperto dall'art. 1 comma 569 della legge 147/2013. Lo strumento del recesso non è richiamato nella legislazione successiva (v. art. 1 commi 611 e 612 della legge 190/2014). Tale normativa, tuttavia, ribadisce e amplia l'obbligo per gli enti pubblici di rivedere e razionalizzare le partecipazioni azionarie, eliminando quelle non indispensabili al perseguimento delle finalità istituzionali. Da un lato, infatti, sono espressamente confermate le procedure descritte nell'art. 3 commi 27-29 della legge 244/2007 e nell'art. 1 comma 569 della legge 147/2013, dall'altro è previsto l'obbligo di elaborare un piano operativo di razionalizzazione delle partecipazioni societarie, con la fissazione di modalità e tempi di attuazione,

e l'individuazione in dettaglio dei risparmi da conseguire. Il riferimento ai risparmi conferma indirettamente la legittimità delle dismissioni basate su esigenze di cassa, tenendo conto che il concretizzarsi di una voce di entrata riduce la necessità di indebitamento complessivo per finanziare altri investimenti. Il fatto che nell'art. 1 commi 611 e 612 della legge 190/2014 non sia richiamata la facoltà di recedere, e di ottenere così la liquidazione delle azioni, non sembra costituire un ostacolo all'estensione di questo strumento in via interpretativa. Quando è ammesso il recesso, infatti, la liquidazione è certa, trattandosi di un diritto del socio riconosciuto e regolato dal codice civile, e viene conseguita indipendentemente dalla composizione sociale e dalla quota detenuta. Se invece non vi fosse la possibilità di recedere, e parallelamente la procedura di vendita delle azioni andasse deserta, l'unico modo per uscire dalla società sarebbe il consenso di tutti gli altri soci, con esiti variabili a seconda delle circostanze concrete (maggiore o minore peso all'interno del capitale sociale, accordi tra enti pubblici con partecipazioni azionarie). In presenza di soci privati, inoltre, la dismissione, pur corrispondendo a un interesse pubblico, sarebbe subordinata a valutazioni di natura privatistica. Tutto questo vanificherebbe l'obiettivo fissato dal legislatore, e in definitiva costringerebbe l'ente pubblico a rimanere associato a un rischio di impresa che non corrisponde più alle proprie finalità istituzionali. Di conseguenza, il recesso appare come l'elemento che riporta in equilibrio la procedura di abbandono delle partecipazioni azionarie non strategiche» (TAR Lombardia, Brescia, 13 ottobre 2015, n. 1305). Le norme sopra richiamate hanno creato una situazione di notevole incertezza nella materia con incremento esponenziale dei contenziosi; anche quelle riguardanti le dismissioni delle c.d. micropartecipazioni (*amplius infra*), anche per via dell'interpretazione estensiva fornite dalla giurisprudenza. ⁽²¹³⁾.

⁽²¹³⁾ Sul tema si possono richiamare anche le altre seguenti pronunce del giudice amministrativo:

- «l'art. 3, comma 27, l. n. 244 del 2007 è indice di un evidente disfavore del legislatore nei confronti della costituzione e del mantenimento da parte delle amministrazioni pubbliche (ivi comprese le Università) di società commerciali con scopo lucrativo, il cui campo di attività esuli dall'ambito delle relative finalità istituzionali, né risulti comunque coperto da disposizioni normative di specie (secondo il modello delle c.d. 'società di diritto singolare')» (Cons. Stato, Ad. plen., 3 giugno 2010, n. 11);

- «ciò posto, si osserva come la disposizione di cui all'art. 1 comma 569 della legge n. 147/2013 ha previsto, con riferimento alle partecipazioni azionarie vietate, un'ipotesi eccezionale di cessazione ope legis della qualità di socio, con conseguente diritto dell'amministrazione alla liquidazione del valore della partecipazione azionaria e corrispondente obbligo, per la società partecipata, di corrisponderne il valore secondo le modalità di cui all'art. 2437-ter comma 2 cod. civ. La disposizione è chiarissima nel collegare la cessazione delle partecipazioni azionarie vietate al solo spirare del termine di dodici mesi dal 1° gennaio 2014, senza richiedere alcun preventivo apprezzamento discrezionale (circa l'an, il quid od il quomodo) ad opera dell'amministrazione pubblica, in capo alla quale sorge immediatamente un diritto soggettivo alla liquidazione del valore delle azioni, analogamente a quanto avviene - ex art. 2437 cod. civ. - per tutti i casi di recesso del socio. Si tratta dunque di una tipica norma di relazione, intesa a disciplinare non tanto i poteri degli organi pubblici - che, anzi, il legislatore ha inteso per l'appunto surrogare, mediante la predisposizione di un'ipotesi

eccezionale di recesso al solo verificarsi dei presupposti di legge - quanto i rapporti tra la pubblica amministrazione e le società partecipate, fonte immediata di diritti soggettivi (di recesso e di liquidazione della quota) e di corrispondenti obblighi. La dismissione della partecipazione concreta del resto un atto *jure privatorum*, compiuto dal comune "uti socius" - e non "jure imperii" - a valle della scelta di fondo per l'impiego del modello societario. Non venendo in questione l'esercizio di un potere amministrativo propriamente detto, ma soltanto l'accertamento - vincolato - del ricorrere dei presupposti di legge per la cessazione della partecipazione azionaria, deve ritenersi che la controversia esuli - ex art. 7 comma 1 c.p.a. - dalla giurisdizione del giudice amministrativo, per rientrare appieno in quella dell'autorità giudiziaria ordinaria, cui del resto spetta la cognizione sulle domande concernenti il diritto di recesso del socio e, per il caso di contestazioni, sulla liquidazione del valore delle azioni. Né rileva in contrario il disposto di cui all'art. 119 comma 1 lett. c) c.p.a. (a mente del quale "le disposizioni di cui al presente articolo si applicano nei giudizi aventi ad oggetto le controversie relative a [...] i provvedimenti relativi alle procedure di privatizzazione o di dismissione di imprese o beni pubblici, nonché quelli relativi alla costituzione, modificazione o soppressione di società, aziende e istituzioni da parte degli enti locali"), vuoi perché non si tratta di norma sulla giurisdizione, ma sul rito, vuoi perché essa presuppone comunque un provvedimento discrezionale adottato all'esito di una procedura amministrativa nell'ambito della quale vi sia la spendita di un potere autoritativo, ipotesi del tutto mancante nel caso di specie, in cui la cessazione della partecipazione consegue soltanto alla natura vietata della partecipazione stessa (secondo parametri direttamente forniti dalla legge), ed allo spirare di un termine» (T.A.R. Genova, (Liguria), sez. II, 04 aprile 2016, n. 333);

- «lo scioglimento e la conseguente liquidazione (...) si inserisce in un trend normativo di progressivo disfavore nei confronti delle società partecipate da enti pubblici non strettamente necessarie per il perseguimento dei loro fini istituzionali. Esso prende l'avvio con la legge finanziaria 2008 (l. 24.12.2007, n. 244), il cui art. 3, comma 27, ha stabilito che al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le p.a. non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. Tale norma ha posto un limite all'impiego dello strumento societario "non tanto per assicurare la tutela della concorrenza - che di per sé lo strumento dell'impresa pubblica non potrebbe pregiudicare - quanto per garantire, in coerenza con l'esigenza di rispettare il principio di legalità, il perseguimento dell'interesse pubblico. Può, pertanto, ritenersi che, allo stato, esiste una norma imperativa che - esprimendo un principio già in precedenza immanente nel sistema - pone un chiaro limite all'esercizio dell'attività di impresa pubblica rappresentato dalla funzionalizzazione al perseguimento anche dell'interesse pubblico» (così, Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza n. 1574 del 20 marzo 2012);

- «in definitiva, sulla base delle disposizioni testé sintetizzate, per uscire dalle società controllate, ossia per liberarsi dalle partecipazioni non strategiche, gli enti pubblici possono cedere le azioni mediante procedure ad evidenza pubblica negli intervalli temporali previsti dai commi 568 bis e 569 dell'art. 1, l. n. 147 del 2013. Quest'ultima norma ha anche regolato l'ipotesi della mancata alienazione prevedendo il recesso con liquidazione delle azioni ex art. 2437 ter, comma 2, c.c. L'uscita di un ente pubblico dalle società che gestiscono servizi pubblici è quindi oggi non solo possibile ma allo stesso tempo necessaria, quando gli enti pubblici ritengano ormai venuto meno il collegamento con le funzioni amministrative, in quanto sia l'art. 3 comma 27, l. n. 244 del 2007 sia l'art. 1 comma 611, l. n. 190 del 2014 collegano le partecipazioni azionarie al perseguimento delle finalità istituzionali (sul punto, cfr., ad esempio, TAR Lazio, sez. III, sentenza n. 3972 del 10 marzo 2015)» (T.A.R. Roma, (Lazio), sez. II, 17 giugno 2016, n. 7030);

- «In caso di mancata alienazione, entro il termine indicato, poi, è previsto un meccanismo del tutto nuovo e peculiare per interrompere il rapporto societario intercorrente tra l'ente e la società partecipata, inedito altresì nell'ambito del diritto societario (che pure conosce degli strumenti, come il diritto di recesso, che conducono al conseguimento del medesimo risultato). È, infatti, stabilito che, trascorso tale termine, la partecipazione non alienata mediante procedura di evidenza pubblica cessa ad ogni effetto e che, nei successivi 12 mesi, la società è chiamata a liquidare in denaro il valore della quota del socio cessato in base ai criteri stabiliti all'art. 2437-ter, secondo comma, del codice civile. Di conseguenza, si prevede una decadenza *ope legis* della partecipazione con il conseguente obbligo, per la società, di procedere alla liquidazione all'ente del valore delle quote o delle azioni detenute in funzione della consistenza patrimoniale della società e delle sue prospettive reddituali nonché dell'eventuale valore di mercato. Non si tratta, esplicitamente, di un diritto di recesso, dal momento che il legislatore non qualifica come tale lo strumento innovativo introdotto: del resto, vi sono alcune differenze significative, come emerge considerando che l'esercizio del diritto di recesso comporta e presuppone l'espressione di una volontà, legata all'interruzione del rapporto societario. In particolare, risulta necessario ribadire la circostanza, supportata da adeguata motivazione, che la partecipazione non si

7.6. Il comma 569-bis ed il passaggio assembleare: norma transeunte o espressione di un principio immanente nel sistema?

Successivamente, è intervenuta una norma che nelle intenzioni del legislatore avrebbe dovuto essere di interpretazione autentica ma che ha ingenerato ulteriore incertezza. Ci si riferisce al d.l. 19 giugno 2015, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2015, n. 125, che ha introdotto il comma 569-bis, all'art. 1, della legge 27 dicembre 2013, n. 147 ⁽²¹⁴⁾.

Da un lato la norma afferma che le disposizioni di cui al comma 569, relativamente alla cessazione della partecipazione societaria non alienata entro il termine ivi indicato, si interpretano nel senso che esse non si applicano agli enti che, ai sensi dell'articolo 1, commi 611 e 612, della legge 23 dicembre 2014, n. 190, abbiano mantenuto la propria partecipazione, mediante approvazione di apposito piano operativo di razionalizzazione. L'automatismo del comma 569 sembra pertanto disattivato e lo spazio di valutazione è stato restituito all'amministrazione che lo può esercitare attraverso la redazione del piano operativo di razionalizzazione mediante il quale l'ente dà conto delle partecipazioni che reputa necessarie ovvero strategiche e di quelle che, invece, intende dismettere.

Il combinato disposto tra l'interpretazione estensiva del comma 569 fornita dalla giurisprudenza amministrativa e lo spazio di discrezionalità sulla valutazione di conservazione o meno da svolgersi mediante il POR fornito dalla prima parte del comma 569-bis, lascia ampio spazio di scelta all'amministrazione nell'applicazione di una disciplina che, data l'estrema specialità, dovrebbe essere interpretata restrittivamente. Ciò che accade in concreto è che in una materia delicata e sensibile come quella delle dismissioni, che interseca la disciplina civilistica delle società, si determina nei fatti "un

presenta strettamente necessaria al conseguimento delle finalità istituzionali dell'ente. Quindi, occorre comunicare alla società in questione l'operatività del meccanismo (cessazione della partecipazione) previsto dal comma 569 dell'art. 1 della L. 147/2013, ossia la cessazione del rapporto di partecipazione e il conseguente obbligo, per la società, di procedere alla liquidazione entro 12 mesi» (Consiglio di Stato, sez. V, 07 luglio 2015, n. 3344).

⁽²¹⁴⁾ Il comma 569-bis, afferma, che «*le disposizioni di cui al comma 569, relativamente alla cessazione della partecipazione societaria non alienata entro il termine ivi indicato, si interpretano nel senso che esse non si applicano agli enti che, ai sensi dell'articolo 1, commi 611 e 612, della legge 23 dicembre 2014, n. 190, abbiano mantenuto la propria partecipazione, mediante approvazione di apposito piano operativo di razionalizzazione, in società ed altri organismi aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi indispensabili al perseguimento delle proprie finalità istituzionali, anche solo limitatamente ad alcune attività o rami d'impresa, e che la competenza relativa all'approvazione del provvedimento di cessazione della partecipazione societaria appartiene, in ogni caso, all'assemblea dei soci. Qualunque delibera degli organi amministrativi e di controllo interni alle società oggetto di partecipazione che si ponga in contrasto con le determinazioni assunte e contenute nel piano operativo di razionalizzazione e' nulla ed inefficace*».

effetto simile” a quello di una nuova forma di recesso non tipizzata dalla legge che si affianca alla disciplina civilistica ma che vale solo per le partecipate degli enti locali.

In realtà, formalmente occorre affermare che in astratto la dismissione dell’ente locale non realizza una ulteriore forma di recesso da affiancare alle ipotesi normativamente disciplinate dal codice civile, valevole solo per gli enti locali, come sostenuto da una parte della giurisprudenza, atteso che si tratta in realtà di una “cessazione ex lege”, poiché il comma 569 non parla mai di recesso (la disciplina del recesso viene richiamata unicamente ai fini dell’applicazione dei criteri stabiliti dall’art. 2437-ter, co. 2°, per la determinazione del valore di liquidazione della quota), ma di “cessazione ad ogni effetto”. In ogni caso, al di là che si tratti di recesso ex lege o di cessazione della partecipazione cui consegue la liquidazione della quota secondo i criteri stabiliti per il recesso, l’effetto raggiunto dalle norme richiamate è comunque quello di concedere una deroga peculiare utilizzabile solo per le partecipate locali. In tal senso, le norme cit., pongono rilevanti problemi sia sul piano del procedimento che su quello degli effetti.

La dismissione ex 569, infatti, rappresenta una corsia preferenziale per ottenere l’uscita da una società partecipata, con la possibilità di “fare cassa” attraverso l’effetto conseguente alla cessazione, ossia la liquidazione. Se la *ratio* del legislatore era quella di incentivare la dismissione delle partecipazioni “vietate” ed “improduttive”, la norma nella prassi ha sortito spesso l’effetto contrario. Infatti, le amministrazioni locali, incentivate dalla possibilità di ottenere liquidità in modo rapido e senza dover ricorrere per forza al mercato, hanno utilizzato la procedura speciale per dismettere la partecipazione da società capienti e quindi in bonis (poiché in grado di liquidare rapidamente la quota), mentre, a fronte dell’ampia discrezionalità riconosciuta dal legislatore suffragato dalla giurisprudenza formatasi in materia, hanno finito per mantenere le partecipazioni improduttive in società in perdita o incapienti poiché da un lato non vi sarebbe stato *appeal* per il mercato e dall’altro sarebbero state comunque disincentivate poiché l’adesione alla procedura, in tal caso, non avrebbe permesso ritorni immediati in termini economici.

Il comma 569-bis, nell’ultima parte, sembra restituire all’assemblea della società l’ultima parola sulla competenza relativa all’approvazione del provvedimento di cessazione della partecipazione societaria atteso che la norma afferma che la competenza a deliberare la dismissione appartiene, in ogni caso, all’assemblea dei soci.

Tuttavia, la norma è ermetica, poiché afferma anche che qualunque delibera degli organi amministrativi e di controllo (ma non dunque dell’assemblea) interni alle società oggetto di

partecipazione che si ponga in contrasto con le determinazioni assunte e contenute nel piano operativo di razionalizzazione e' nulla ed inefficace. Ci si può chiedere a questo punto se il comma 569-bis nella parte in cui affida all'assemblea della società l'ultima parola sul provvedimento di cessazione della partecipazione non esprima, in fondo, un principio generale del diritto civile. Tale indagine non è fine a se stessa, poiché come si vedrà, il Testo Unico partecipate abroga, tra le altre norme, proprio il comma 569-bis, senza peraltro prevedere una disposizione di identico contenuto. Nel caso in cui si concludesse in tal senso, il principio sotteso sarebbe ultrattivo con possibile applicazione anche ai casi successivi all'abrogazione.

Il quesito è suggestivo, ma la risposta deve essere negativa poiché posto che nel diritto comune non si conosce la figura della "cessazione ex lege" e che l'unica analogia possibile può essere svolta con le norme in tema di recesso del socio, non può affermarsi l'esistenza di un principio generale in base al quale la cessazione della qualità di socio deve essere sottoposta ad approvazione assembleare. Se il socio ha diritto di recedere ed esercita questo suo diritto la società non può che prenderne atto e provvedere alla liquidazione della partecipazione. Nel diritto civile è noto come sia possibile rendere inefficace il recesso, ma unicamente tramite una delibera assembleare che revochi la propria precedente delibera che ha determinato l'insorgenza del recesso (si tratta delle delibere modificative dello statuto elencate nell'art. 2437, co 1° e 2°, c.c. da cui deriva *ex lege* il diritto del socio non consenziente di recedere dalla società) o disponga la liquidazione della società. In generale non occorre, quindi un consenso dell'assemblea (o dell'organo amministrativo) perché il recesso possa produrre i suoi effetti, ma l'assemblea può togliere efficacia al recesso nelle sole due ipotesi sopra ricordate che però pacificamente non potrebbero applicarsi al caso delle dimissioni ex lege poiché la ratio della volontà di dimissione dell'ente locale non può essere ricercata verosimilmente in dissensi circa la conduzione societaria o come reazione all'adozione di delibere modificative delle regole statutarie. In questo senso, la disposizione contenuta nell'abrogato art. 1, co. 569-bis della l. 147/2013, non può intendersi espressione di un principio generale, ma piuttosto un'eccezione a quanto disposto dal codice civile.

7.7. La dimissione delle c.d. micro-partecipazioni detenute dagli enti locali -profili problematici-: tra necessità di espletare la procedura ad evidenza pubblica e possibile anti-economicità della stessa.

Un tema di sicuro interesse operativo nella materia delle dismissioni, ancorché al momento non indagato è quello della dismissione ex lege delle c.d. micropartecipazioni. Si tratta di quelle partecipazioni detenute dalle amministrazioni con pacchetti azionari assolutamente modesti (anche nell'ordine di "zero virgola") e totalmente ininfluenti sugli assetti societari.

Organismi partecipati osservati* di ridotte dimensioni

Tipologia dimensionale	Numero organismi partecipati **	di cui a totale partecipazione pubblica	Numero organismi partecipati in Perdita	di cui a totale partecipazione pubblica	Numero addetti
Organismi con n. dipendenti inferiore ai membri del cda	1.279	297	459	107	1.653
Organismi con n. dipendenti < 20	2.953	1.069	994	334	12.196
Organismi con valore della produzione < 1 mln	1.860	647	791	261	5.724
Organismi con valore della produzione tra 1 mln e 5 mln	1.216	539	255	100	21.075

Fonte: Corte dei conti, banca dati SIQUEL – rilevazione dell'8 luglio 2016

* OOPP con bilancio 2014 (n. 4.217)

** Si precisa che uno stesso organismo può rientrare in più tipologie dimensionali.

Società partecipate osservate* di ridotte dimensioni

Tipologia dimensionale	Numero società partecipate **	di cui a totale partecipazione pubblica	Numero società partecipate in perdita	di cui a totale partecipazione pubblica	Numero addetti
Società con n. dipendenti inferiore ai membri del cda	776	141	290	56	925
Società con n. dipendenti < 20	2.015	697	701	223	8.295
Società con valore della produzione < 1 mln	1.220	407	552	174	3.888
Società con valore della produzione tra 1 mln e 5	863	368	188	69	13.915

Fonte: Corte dei conti, banca dati SIQUEL – rilevazione dell'8 luglio 2016

In tal caso, le amministrazioni volendo dismettere le micropartecipazioni si trovano di fronte a problemi operativi che al momento non trovano soluzione univoca in giurisprudenza. L'adesione al procedimento speciale del comma 569, come visto supra, richiede il previo espletamento della gara al fine di porre sul mercato la partecipazione da dismettere. Il tenore della norma è tale che sembra lasciare pochi dubbi in ordine alla obbligatorietà del previo espletamento della procedura ad evidenza pubblica per potere accedere alla procedura di liquidazione della quota che dovrà essere liquidata dalla stessa società partecipata nel caso in cui la gara non abbia avuto successo. Come noto, la predisposizione di una procedura ad evidenza pubblica ha un costo per l'amministrazione che deve

espletarla. Le dismissioni riguardanti micropartecipazioni coinvolgono spesso piccole amministrazioni locali che sono così chiamate a svolgere una gara per la messa sul mercato di partecipazioni talmente irrisorie da non avere un ritorno e una adesione da parte del mercato. Ciò posto, ci si chiede cosa accada nel caso in cui una amministrazione locale, al fine di dismettere una micropartecipazione in una società già di per sé poco o per nulla remunerativa, non abbia effettuato o non effettui la previa procedura ad evidenza pubblica ma, ciò nonostante, proceda comunque a dismettere la micropartecipazione attraverso la procedura speciale ex comma 569 e s.m.i.

In tal caso, ci si chiede se l'automatismo previsto *ab origine* dalla norma debba applicarsi comunque oppure la partecipazione non possa essere considerata dismessa perché la procedura non è stata esercitata correttamente.

La giurisprudenza amministrativa, in generale, ha risposto negativamente. Il Consiglio di Stato ha affermato che *«l'espressione nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, specie se connessa all'incipit del comma 27, al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, che segna la ragione fondativa di quello e dei commi seguenti, va intesa (a pena della sua inutilità) nel senso che implica l'illegittimità - quali ne potessero essere le motivazioni, le ragioni e le finalità - della scelta comunale di procedere mediante procedura negoziata senza bando. Per scelta del legislatore è una stessa norma primaria a dettare la specificazione del criterio per certe dismissioni (...) ciò che appunto viene assicurato soltanto dalle vincolanti regole di legge sull'evidenza pubblica, che per loro struttura garantiscono l'accesso trasparente al mercato di quell'acquisto»* (Consiglio di Stato, sez. V, 7 giugno 2016, n. 2425). Il Consiglio di Stato ha quindi sanzionato con l'annullamento della procedura un Comune per avere realizzato una procedura negoziata senza bando, sostenendo che occorre effettuare la gara ad evidenza pubblica "sempre e comunque" al fine di garantire l'accesso trasparente al mercato.

Anche la giurisprudenza contabile ha affermato che «l'esperimento di una procedura ad evidenza pubblica è condizione indispensabile per la cassazione e la successiva liquidazione delle partecipazioni ("ritiene il Collegio come non possa revocarsi in dubbio che il previo esperimento della procedura di evidenza pubblica si connota quale fase indefettibile volta, per un verso, all'alienazione della partecipazione secondo meccanismi concorrenziali e, per altro, al prodursi – laddove infruttuosa – dell'effetto preclusivo rispetto al mantenimento della partecipazione medesima donde la liquidazione in denaro del valore della quota. Ne consegue che l'Ente procedente – alla cui discrezionalità è, peraltro, rimessa l'individuazione del metodo di valutazione della partecipazione

(metodo patrimoniale, reddituale o finanziario) più congruo alla luce di tutti gli elementi di fatto a tal fine rilevanti nonché la scelta, che del pari dovrà trovare evidenza in idonea motivazione, di conferire apposito incarico esterno – non potrà prescindere giacché, in difetto, non potrà considerarsi perfezionata la fattispecie estintiva» (Deliberazione n. 25 /2014/PAR Corte dei Conti, Sez. Regionale di Contollo per le Marche, Ad. del 16 aprile 2014).

Di diverso tenore, invece, altra pronuncia della giurisprudenza contabile, che però, pare isolata rispetto alla giurisprudenza maggioritaria, nella parte in cui afferma che *«pur convenendo con l'orientamento della Sezione delle Marche quanto alla natura di recesso sui generis e extra ordinem dell'istituto introdotto dal Legislatore, sembrerebbe individuare la deliberazione dell'Assemblea dei Soci quale unico presupposto del diritto della PA alla liquidazione, indipendentemente dall'esperimento o meno delle prescritte procedure ad evidenza pubblica ("A tal fine, una volta che l'ente pubblico, esercitando la propria discrezionalità, abbia qualificato come non più strettamente indispensabile la presenza nel capitale di società estranee alle proprie finalità istituzionali, nell'ambito delle previsioni dell'art. 3, commi 27-29, della legge 244/2007, come integrato dall'art. 1 comma 569 della legge 147/2013, qualora per qualsiasi causa non sia riuscito a dismettere la propria partecipazione, potrà farsi liquidare dalla società partecipata il valore del suo investimento in base ai criteri fissati dall'art.2437-ter, secondo comma, del codice civile")»* (Deliberazione FVG/_158_/2015/PAR Corte dei Conti, Sez. di Contollo della regione Friuli Venezia Giulia). Due le considerazioni: da un lato l'interpretazione stringente della norma mostra di aderire alla tesi dell'estrema specialità della procedura, mentre dall'altro non considera che la norma non distingue tra tipologie di partecipazioni e che ciò ha ricadute pratiche notevoli poiché nel vasto panorama delle partecipazioni degli enti locali le c.d. micropartecipazioni sono molto numerose. Meglio sarebbe stato distinguere tra tipologie di partecipazioni, consentendo di limitare la previa procedura ad evidenza pubblica solo ed esclusivamente per quelle partecipazioni che verosimilmente avrebbero *chance* sul mercato perché appetibili e contendibili. Non sembra sensato costringere un ente locale a realizzare una procedura ad evidenza pubblica per la dismissione di partecipazioni infinitesimali per le quali si saprebbe già prima della realizzazione della procedura di gara che la stessa andrebbe deserta. Nel caso delle micropartecipazioni, sarebbe opportuno limitarsi a pretendere che l'amministrazione, nella delibera di manifestazione della volontà dismissoria dia adeguata motivazione della scelta di non espletare la gara o di optare per procedure semplificate o negoziazioni dirette, per via dell'antieconomicità dello svolgimento di procedure ad evidenza pubblica per dismettere

partecipazioni infinitesimali alle quali nessun operatore di mercato mostrerebbe verosimilmente interesse.

7.8. Profili processuali: il riparto di giurisdizione tra G.A. e G.O. in materia di dismissioni: l'altalenante giurisprudenza dei Tribunali Amministrativi Regionali ed i recenti orientamenti del Consiglio di Stato.

Altro dubbio interpretativo sul tema delle dismissioni delle partecipate locali si è realizzato sul riparto di giurisdizione ⁽²¹⁵⁾. Ciò deriva dall'incertezza applicativa e dall'infelice formulazione delle norme in commento. Secondo una parte della giurisprudenza, in argomento sussisterebbe la giurisdizione del giudice ordinario ⁽²¹⁶⁾,

⁽²¹⁵⁾ Va, anzitutto, richiamato il criterio generale di riparto di giurisdizione in materia di società a partecipazione pubbliche, delineato nella pronuncia della Cassazione civile, a Sezioni Unite, 20 settembre 2013, n. 21588, secondo cui: «*In tema di riparto di giurisdizione, spettano alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto l'attività unilaterale prodromica alla vicenda societaria, considerata dal legislatore di natura pubblicistica, con la quale un ente pubblico delibera di costituire una società o di parteciparvi o di procedere ad un atto modificativo o estintivo della società medesima o di interferire, nei casi previsti dalla legge, nella vita della stessa. Sono, invece, attribuite alla giurisdizione ordinaria le controversie aventi ad oggetto gli atti societari a valle della scelta di fondo di utilizzo del modello societario, i quali restano interamente soggetti alle regole del diritto commerciale proprie del modello recepito. Ne consegue che appartengono alla giurisdizione ordinaria le domande relative alla validità ed efficacia della costituzione della società mista pubblico-privata, nonché all'acquisizione, da parte del socio privato minoritario, del quarantanove per cento delle azioni della società stessa, mentre appartengono al giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto la procedura di selezione del socio privato, la conseguente aggiudicazione, nonché quella relativa all'affidamento della gestione del servizio*».

⁽²¹⁶⁾ Il TAR Liguria ha affermato che «*la disposizione di cui all'art. 1 comma 569 della legge n. 147/2013) ha previsto, con riferimento alle partecipazioni azionarie vietate, un'ipotesi eccezionale di cessazione ope legis della qualità di socio, con conseguente diritto dell'amministrazione alla liquidazione del valore della partecipazione azionaria e corrispondente obbligo, per la società partecipata, di corrisponderne il valore secondo le modalità di cui all'art. 2437-ter comma 2 cod. civ. La disposizione è chiarissima nel collegare la cessazione delle partecipazioni azionarie vietate al solo spirare del termine di dodici mesi dal 1° gennaio 2014, senza richiedere alcun preventivo apprezzamento discrezionale (circa l'an, il quid od il quomodo) ad opera dell'amministrazione pubblica socia, in capo alla quale sorge immediatamente un diritto soggettivo alla liquidazione del valore delle azioni, analogamente a quanto avviene - ex art. 2437 cod. civ. - per tutti i casi di recesso del socio. Si tratta dunque di una tipica norma di relazione, intesa a disciplinare non tanto i poteri degli organi pubblici - che, anzi, il legislatore ha inteso per l'appunto surrogare, mediante la predisposizione di un'ipotesi eccezionale di recesso al solo verificarsi dei presupposti di legge - quanto i rapporti tra la pubblica amministrazione e le società partecipate, fonte immediata di diritti soggettivi (di recesso e di liquidazione della quota) e di corrispondenti obblighi. La dismissione della partecipazione concreta del resto un atto jure privatorum, compiuto dal comune "uti socius" - e non "jure imperii" - a valle della scelta di fondo per l'impiego del modello societario. Non venendo in questione l'esercizio di un potere amministrativo propriamente detto, ma soltanto l'accertamento - vincolato - del ricorrere dei presupposti di legge per la cessazione della partecipazione azionaria, deve ritenersi che la controversia esuli - ex art. 7 comma 1 c.p.a. - dalla giurisdizione del giudice amministrativo, per rientrare appieno in quella dell'autorità giudiziaria ordinaria, cui del resto spetta la cognizione sulle domande concernenti il diritto di recesso del socio e, per il caso di contestazioni, sulla liquidazione del valore delle azioni. Né rileva in contrario il disposto di cui all'art. 119 comma 1 lett. c) c.p.a. (a mente del quale "le disposizioni di cui al presente articolo si applicano nei giudizi aventi ad oggetto le*

mentre per il Consiglio di Stato sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo ⁽²¹⁷⁾.

La querelle in ordine al riparto di giurisdizione, si è riaccesa in dottrina a seguito di una recente sentenza del Consiglio di Stato, 24 aprile 2017, n. 1894 ⁽²¹⁸⁾. A parere di chi scrive, le due decisioni

controversie relative a [...] i provvedimenti relativi alle procedure di privatizzazione o di dismissione di imprese o beni pubblici, nonché quelli relativi alla costituzione, modificazione o soppressione di società, aziende e istituzioni da parte degli enti locali"), vuoi perché non si tratta di norma sulla giurisdizione, ma sul rito, vuoi perché essa presuppone comunque un provvedimento discrezionale adottato all'esito di una procedura amministrativa nell'ambito della quale vi sia la spendita di un potere autoritativo, ipotesi del tutto mancante nel caso di specie, in cui la cessazione della partecipazione consegue soltanto alla natura vietata della partecipazione stessa (secondo parametri direttamente forniti dalla legge), ed allo spirare di un termine». (TAR Liguria, sez. II, 4 aprile 2016, n. 333, ma anche TAR Toscana e TAR Veneto).

⁽²¹⁷⁾ Con sentenza che statuisce nel merito, infatti, il Consiglio di Stato ha affermato che «la legislazione (art. 1, comma 569, legge n. 147-2013) in proposito è chiara: mentre ammette la costituzione e la partecipazione di società che esercitano servizi pubblici locali nel rispetto dei principi nazionali ed europei di salvaguardia del mercato, osta alla costituzione e alla partecipazione in società da parte degli enti locali per lo svolgimento di funzioni amministrative di loro competenza, a prescindere dall'eventuale scelta di soci privati con procedure ad evidenza pubblica. Anzi, come si dirà meglio nel punto sub 4 della presente sentenza, gli enti locali devono invece vendere le partecipazioni in società miste e devono liquidare le società in proprietà in relazione ad esigenze di riorganizzazione delle funzioni e dei servizi esternalizzati, nonché di razionalizzazione delle spese e di risanamento economico-finanziario secondo appositi piani industriali. Infatti, la legge di Stabilità contenuta nella predetta L. n. 147-2013 ha profondamente rinnovato la disciplina delle società partecipate dagli enti locali, tanto dal punto di vista delle regole per il loro mantenimento (superando il previgente obbligo di dismissione introdotto dalla L. 122-2010 per gli enti di minore dimensione) quanto dal punto di vista dei vincoli gestionali. (...) In tale quadro di riferimento si inserisce la scelta operata dalla Legge di Stabilità 2014, che offre alle Amministrazioni in questione una transitoria e straordinaria opportunità per "uscire" dalle società non strettamente necessarie per il conseguimento delle finalità istituzionali, peraltro non scevra da criticità tanto per gli stessi enti pubblici quanto per le società partecipate. Si stabilisce, infatti, al comma 569 dell'art. 1, che il termine di trentasei mesi originariamente previsto per la dismissione delle partecipate (in scadenza, come detto, al 31.12.2010) è prorogato di 4 mesi dalla data di entrata in vigore della L. n. 147-2013, decorsi i quali la partecipazione non alienata mediante procedura di evidenza pubblica cessa ad ogni effetto. Nei successivi 12 mesi alla cessazione, poi, la società è chiamata a liquidare in denaro il valore della quota del socio cessato in base ai criteri stabiliti all'art. 2437-ter, secondo comma, del codice civile, relativi al recesso dalle spa, che prendono in considerazione la "consistenza patrimoniale della società e delle sue prospettive reddituali, nonché dell'eventuale valore di mercato delle azioni" (mentre nessun richiamo è operato all'art. 2473 del codice civile, relativo al recesso nelle società a responsabilità limitata). Di conseguenza, si prevede una decadenza ope legis della partecipazione con il conseguente obbligo, per la società, di procedere alla liquidazione all'ente del valore delle quote o delle azioni detenute in funzione della consistenza patrimoniale della società e delle sue prospettive reddituali nonché dell'eventuale valore di mercato» (Consiglio di Stato, sez. V, 7 luglio 2015, n. 3344).

⁽²¹⁸⁾ Il Consiglio di Stato afferma che «la scelta dell'ente pubblico di dismettere l'intero pacchetto pubblico costituisce, *invero*, "scelta a valle" del modello societario, anche considerato che, per effetto di essa, il soggetto pubblico si ritrae completamente dalla vicenda, lasciandovi solo soggetti privati, per cui non si pongono problemi di selezione pubblicistica di un socio destinato a usufruire della collaborazione privilegiata con il soggetto pubblico, come accade, invece, nella fase iniziale di scelta del partner privato (in questi termini, di recente, cfr. anche T.a.r. Sardegna, 7 aprile 2017, n. 244). Ne risulta confermato, quindi, che la dismissione della partecipazione costituisce atto che i soci pubblici compiono *iure privatorum* e senza obbligo di puntuale rispetto delle norme a evidenza pubblica, bensì, come si è visto, soltanto dei principi di non discriminazione e trasparenza, per cui gli atti di cui si chiede ora l'annullamento -in quanto aventi a oggetto il destino delle partecipazioni azionarie e, quindi, la "posizione di soci" che gli enti pubblici occupano all'interno della società vedono le parti private su un piano sostanzialmente paritetico, il che esclude anche la possibilità di configurare la generale giurisdizione del giudice amministrativo, perché a essere azionate sono posizioni aventi natura

non sono sovrapponibili e per le dismissioni ex comma 569, resta confermata la giurisdizione del giudice amministrativo per le seguenti ragioni: il comma 569, in rafforzamento cogente dei principi stabiliti dalle norme della stabilità 2007, configura una procedura estremamente speciale (e controversa) proprio perché valevole solo per le dismissioni delle partecipate locali. Tali norme speciali oltre a garantire una corsia preferenziale per le amministrazioni che ne hanno usufruito permette di procedere alla richiesta di liquidazione della quota in deroga alla disciplina civilistica (da qui il richiamo di una certa giurisprudenza alla definizione di recesso extra ordinem). La specialità (estrema) del procedimento *de quibus* non può essere raffrontata con la disciplina generale delle dismissioni di cui all'art. 1, comma 2, prima parte, del d.l. 31 maggio 1994, n. 332, convertito dalla l. 30 luglio 1994, n. 474 ⁽²¹⁹⁾.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato sembra seguire questa impostazione e così distingue tra le due fattispecie di dismissioni (quella svolta secondo la disciplina generale e quella svolta attraverso la disciplina speciale del comma 569), mentre i vari TAR per il momento hanno reso soluzioni contrastanti.

7.9. Il Testo Unico partecipate sul tema delle dismissioni: problemi irrisolti.

di diritto soggettivo (e non di interesse legittimo), ancorché subordinati al corretto andamento della procedura selettiva».

⁽²¹⁹⁾ La recente decisione del Consiglio di Stato, infatti, ha ad oggetto una procedura generale, infatti, la sentenza richiama espressamente le norme in ultimo cit., nella parte in cui afferma che «a tale conclusione conduce la disciplina contenuta nell'art. 1 del decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito in legge 30 luglio 1994, n. 474, ai sensi del quale: "1. Le vigenti norme di legge e di regolamento sulla contabilità generale dello Stato non si applicano alle alienazioni delle partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni e ai conferimenti delle stesse società partecipate, nonché agli atti ed alle operazioni complementari e strumentali alle medesime alienazioni inclusa la concessione di indennità e manleva secondo la prassi dei mercati. 2. L'alienazione delle partecipazioni di cui al comma 1 è effettuata con modalità trasparenti e non discriminatorie, finalizzate anche alla diffusione dell'azionariato tra il pubblico dei risparmiatori e degli investitori istituzionali. Dette modalità di alienazione sono preventivamente individuate, per ciascuna società, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro delle attività produttive". La disposizione appena richiamata detta una disciplina che – sebbene in alcuni suoi profili applicativi non trovi diretta applicazione alle società a partecipazione pubblica locale (in particolare, nella parte in cui prevede che le modalità di alienazione, per ciascuna società, vengano determinate con d.P.C.M.) – esprime, tuttavia, la regola (valevole per tutte le società a partecipazione pubblica, anche di natura non statale), secondo cui la dismissione di quote azionarie pubbliche non è soggetta alle norme sull'evidenza pubblica, e nemmeno a quelle sulla contabilità generale dello Stato, risolvendosi in un'operazione che l'ente pubblico pone in essere con modalità privatistiche, dovendosi soltanto attenere ai generali principi di trasparenza e non discriminazione».

La disciplina del t.u.s.p. riguarda i profili della «costituzione» di società nonché dello «acquisto», «mantenimento» e «gestione» delle partecipazioni (art. 1, co. 1). Pertanto, viene superato l'equivoco che aveva contraddistinto il fenomeno delle partecipazioni pubbliche e cioè la tendenza a mantenerle anche nel caso di forti perdite gestionali o di superamento della reale rispondenza all'interesse pubblico, in ragione dell'intervenuto mutamento delle situazioni di fatto. Le disposizioni del t.u.s.p. non si applicano alle società quotate in mercati regolamentati art. 1, co. 5) e neppure – per un periodo transitorio – a quelle per le quali sia stata deliberata la quotazione (art. 26, co. 4). Si tratta del consolidamento di una linea già seguita dal legislatore in numerose occasioni, a partire dal 2006. Tuttavia, per il futuro non sarà più valida l'equiparazione tra società propriamente quotate e società che emettono strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati (art. 2, lett. p). L'esonero per una società quotate è evidentemente giustificato dalla circostanza che esse operano pienamente sul mercato e sono sottoposte anche per quanto attiene ai poteri degli azionisti pubblici alla speciale disciplina del d.lgs. 24.2.1998, n. 58 recante il t.u. delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria ed al relativo ordinamento sezione. Anteriormente al t.u.s.p. ed alla recente legislazione che esso coordina, si era consolidata l'opinione che gli enti pubblici fossero legittimati a costituire società di capitali e/o ad assumere partecipazioni sulla base della generale capacità di diritto privato loro riconosciuta dall'ordinamento, nel rispetto dei seguenti limiti: a) corrispondenza allo scopo istituzionale perseguito dall'ente e conseguente permanenza dell'operato delle società nell'ambito funzionale di quello; b) esclusione di ogni elusione di divieti normativi sulle attribuzioni dell'ente ovvero di norme precettive poste a garanzia di un corretto uso delle risorse pubbliche; c) impossibilità per l'ente di spogliarsi, in tutto o in parte, di compiti istituzionali implicanti l'esercizio di pubbliche funzioni. Dunque, si assisteva ad una ammissibilità alquanto ampia delle partecipazioni societarie. Oggi, il t.u.s.p. restringe non poco i casi in cui è ammessa l'acquisizione e il mantenimento di partecipazioni pubbliche. Si dovrà anzitutto trattare – anche per le partecipazioni di minoranza – di attività di produzione di beni e servizi «strettamente necessarie» per il perseguimento delle «finalità istituzionali» delle Amministrazioni (art. 4, co. 1), da intendere come specularità con le «rispettive competenze» (art. 2, lett. h). Inoltre, fermo restando questo limite generale, si dovrà trattare di partecipazioni (dirette o indirette) «esclusivamente» per lo svolgimento di una serie di attività puntualmente elencate nell'art. 4, co. 2: servizi di interesse generale (lett. a); società pubbliche di progetto di cui all'art. 193 del d.lgs. 18.4.2016, n. 50 (lett. b); società di partenariato pubblico-privato di cui all'art. 180 del d.lgs. cit. (lett. c); società *in house* strumentali

(lett. d); servizi di committenza (lett. e); società di valorizzazione del patrimonio immobiliare pubblico (co. 3).

Il ristretto perimetro in cui le partecipazioni pubbliche sono ammissibili dopo il t.u.s.p., spiega le numerose eccezioni stabilite. È stata fatta salva la possibilità di partecipare a società: in attuazione di alcuni regolamenti europei (art. 4, co. 6) e per la gestione di fondi europei per conto dello Stato e delle regioni (art. 26, co. 2); per la gestione dei quartieri fieristici e l'organizzazione di manifestazioni fieristiche (art. 4, co. 7); per la realizzazione e gestione di impianti di trasporto a fune per la mobilità turistico-sportiva in aree montane (art. e co. citt.); per spin off e start up universitari e degli enti di ricerca (art. cit., co. 8); per forme di sperimentazione gestionale in campo sanitario in applicazione dell'art. 9 *bis* del d.lgs. 30.12.1992, n. 502 (art. 26, co. 6); per l'attuazione di patti territoriali e contratti d'area per lo sviluppo locale, in attuazione della delibera Cipe 21.3.1997 fino al completamento dei relativi progetti (art. cit., co. 7) ed inoltre per tutte le società elencate nell'all. A del t.u., tra le quali compaiono molte società statali e le c.d. società finanziarie regionali originariamente costituite in applicazione dell'art. 10 della l. 16.5.1970, n. 281 (art. cit., co. 2).

Inoltre, è prevista un'ampia possibilità di sottrarre determinate società pubbliche dall'applicazione del t.u.s.p., seppure a condizioni e procedure particolarmente garantistiche: *«Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze o dell'organo di vertice dell'amministrazione partecipante, motivato con riferimento alla misura e qualità della partecipazione pubblica, agli interessi pubblici a essa connessi e al tipo di attività svolta, riconducibile alle finalità di cui al comma 1, anche al fine di agevolare la quotazione ai sensi dell'articolo 18, può essere deliberata l'esclusione totale o parziale dell'applicazione delle disposizioni del presente articolo a singole società a partecipazione pubblica. Il decreto è trasmesso alle Camere ai fini della comunicazione alle commissioni parlamentari competenti»* (art. 4, co. 9).

Il t.u. prevede le misure della *«revisione straordinaria delle partecipazioni»* detenute, direttamente o indirettamente, alla data di entrata in vigore del t.u. (art. 24) in continuità e sviluppo delle previsioni dell'art. 1, co. 611 della l. 23.12.2014, n. 190, ma anche la doverosità di una *«razionalizzazione periodica delle partecipazioni»*, attraverso una verifica annuale (art. 20). Revisione e razionalizzazione saranno poste in essere con la prefigurazione ed i conseguenti atti di fusione o soppressione, anche mediante messa in liquidazione o cessione, delle partecipazioni, nelle ipotesi in cui si tratti di: - partecipazioni pubbliche riguardanti attività o settori per i quali il t.u. non le ammette; - società partecipate prive di una vera azienda (nel significato dell'art. 2555 c.c.), perché prive di

dipendenti o con un numero di amministratori superiore; - partecipazioni duplicative; - partecipazioni in società con fatturato esiguo (non superiore a un milione di euro); - partecipazioni in società con risultati negativi per quattro dei cinque esercizi precedenti (salvo che svolgano servizi di interesse generale). A queste ipotesi, che delineano casi stringenti, il t.u. ne aggiunge due ulteriori rimesse a valutazioni più discrezionali: - necessità di contenimento dei costi di funzionamento; - necessità di aggregazione di società (cfr. art. 20, co. 2). Il t.u.s.p. abroga il comma 569-bis della l. n. 147/2013 e pone la disciplina delle dismissioni delle partecipate locali, agli artt. 4, 10, 20 e 24.

L'art. 4, comma 1, esprime il generale principio dell'impossibilità di costituire o mantenere partecipazioni in società che svolgono attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali ed individua le deroghe ammesse al comma 2. L'art. 10, comma 2, invece, detta la disciplina del procedimento di dismissione e afferma che *«l'alienazione delle partecipazioni è effettuata nel rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione. In casi eccezionali, a seguito di deliberazione motivata dell'organo competente ai sensi del comma 1, che da' analiticamente atto della convenienza economica dell'operazione, con particolare riferimento alla congruità del prezzo di vendita, l'alienazione può essere effettuata mediante negoziazione diretta con un singolo acquirente»*. La seconda parte della norma sembra offrire un'apertura al tema delle c.d. micropartecipazioni affrontato in precedenza, atteso che non è sempre richiesta l'evidenza pubblica ma è sufficiente espletare un'indagine di mercato (rispettare i principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione) e nel caso di interesse si potrà procedere anche con negoziazione diretta. L'art. 20, disciplina l'attività di razionalizzazione periodica che devono svolgere anche gli enti locali. In tal caso, le amministrazioni pubbliche effettuano annualmente, con proprio provvedimento, un'analisi dell'assetto complessivo delle società in cui detengono partecipazioni, dirette o indirette, predisponendo, ove ricorrano i presupposti, un piano di riassetto per la loro razionalizzazione, fusione o soppressione, anche mediante messa in liquidazione o cessione. L'art. 24, invece, pone la disciplina della revisione straordinaria delle partecipazioni, con procedura che ricorda molto quella ex comma 569. Infatti, il comma 6 della norma cit., afferma che *«in caso di mancata adozione dell'atto ricognitivo ovvero di mancata alienazione entro i termini previsti dal comma 4, il socio pubblico non può esercitare i diritti sociali nei confronti della società e, salvo in ogni caso il potere di alienare la partecipazione, la medesima è liquidata in denaro in base ai criteri stabiliti all'articolo 2437-ter, secondo comma, e seguendo il procedimento di cui all'articolo 2437-quater del codice civile»*.

Le norme cit., sembrano confermare la possibilità di effettuare cessazioni ex lege in deroga alle regole civilistiche e del diritto societario, pertanto, persistono le criticità evidenziate nei precedenti paragrafi. Il legislatore con la terribile crisi iniziata nel 2008, anche sulla scorta delle pressioni provenienti dalle istituzioni europee, ha iniziato un'opera di produzione normativa volta alla incentivazione alla normalizzazione delle partecipazioni societarie detenute dagli enti locali. Ciò poiché, come dimostrato anche dai dati pubblicati nelle annuali relazioni di AGCM al Parlamento, della Corte dei Conti e del Commissario Straordinario alla spesa pubblica, le partecipate locali sono troppe e spesso svolgono attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle loro finalità istituzionali. Lo ha fatto però attraverso tecniche legislative (discutibili) volte ad introdurre divieti (di costituzione di società) o obblighi (di dismissione delle partecipazioni o di privatizzazione) per limitare tale possibilità.

Il legislatore nel periodo temporale 2008-2012 si accorge che la proliferazione delle partecipate non diminuisce e con la stabilità 2014 decide di compiere un passo ulteriore, introducendo automatismi caducanti e meccanismi che incidono sulla disciplina ordinaria del codice civile, creando la figura delle dismissioni o “cessazioni” ex lege, il cui effetto è equivalente a quello di un recesso *extra ordinem* che si affianca alle altre forme di recesso tassativamente elencate dal Codice civile, ma che può essere utilizzato solo ed esclusivamente dagli enti locali. La cessazione ex lege garantisce la possibilità all'ente locale di utilizzare una corsia preferenziale per la dismissione ed ottenere la liquidazione della quota senza passare per il mercato con un *escamotage*, atteso che si afferma che “se la gara andrà deserta, l'ente locale potrà chiedere comunque la liquidazione della quota in denaro”. La disciplina cit., oltre ad avere profili di dubbia legittimità costituzionale sortisce addirittura effetti paradossali poiché involontariamente incentiva la dismissione (e quindi la liquidazione), delle partecipazioni assentite, al solo fine di “fare cassa” e quindi colpendo società che sono capienti e quindi in grado di liquidare rapidamente la quota in denaro. Ne segue un ampio contenzioso aggravato dalle incertezze e dalle oscillazioni giurisprudenziali. L'esperienza degli automatismi caducanti non pare felice ed il bilancio è insoddisfacente. Oggi il legislatore propone soluzioni parzialmente diverse attraverso il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica. Anche nel nuovo Testo unico, tuttavia, come evidenziato sopra permangono storture e ragionevoli dubbi sull'efficacia delle procedure. In conclusione, al di là dell'esigenza fortemente sentita dal legislatore, di ridurre il numero delle partecipate locali, non può sottacersi che ancora oggi si permette al socio pubblico di uscire da società rette, lo si rammenta, dallo *ius commune*, attraverso procedure straordinarie che pongono seri

problemi di garanzia –anche costituzionale- degli altri soci e della stessa società. Se è vero, come afferma il TAR Lombardia, Brescia, nella sopra richiamata sentenza 13 ottobre 2015, n. 1305, che gli enti locali “*non possono restare prigionieri delle società*” è anche vero che gli stessi hanno scelto liberamente di partecipare a tali società, che si sapeva essere rette dal diritto comune e per le quali vigono regole che disciplinano partitamente il recesso. Argomentando a contrariis si dovrebbe forse sostenere che la disciplina civilistica nel regolamentare analiticamente le ipotesi (e dunque le possibilità) di recesso, rende (per ciò solo) i soci prigionieri delle stesse.

II. CONCORRENZA E MISSIONE D’INTERESSE GENERALE: PRINCIPI RILEVANTI E OPERAZIONI DI BILANCIAMENTO.

1. NASCITA, SVILUPPO E PROSPETTIVE DEL MODELLO DI REGOLAZIONE INDIPENDENTE: IL MODELLO GENERALISTA E QUELLO SETTORIALE.

1.1. Il modello generalista.

Con il termine Autorità amministrative indipendenti [di seguito solo Autorità indipendenti o *Authorities*] si indica una serie di poteri pubblici, caratterizzati da un alto grado di indipendenza dal potere politico e dall’esercizio di funzioni neutrali e da un elevato tasso di competenze tecniche.

La nascita e lo sviluppo delle Autorità amministrative indipendenti è fenomeno relativamente recente e discende da molteplici esigenze tra cui certamente attribuire la regolazione e la vigilanza di interi settori economici a enti dotati di un elevato tasso di indipendenza e imparzialità, la perdurante crisi del sistema politico rappresentativo e la diffidenza verso il rafforzamento del potere esecutivo ⁽²²⁰⁾.

La figura delle Autorità indipendenti trova origine nell’ordinamento nord americano ottocentesco, per assicurare il *keeping out of politics* e consentire un processo decisionale tecnico lontano dalle interferenze politiche, ma anche ovviare all’assenza di disciplina di mercato e passare al sistema della

⁽²²⁰⁾ M. CLARICH, *diritto amministrativo*, Bologna, 2013, 340, secondo cui il modello delle Autorità indipendenti può essere analizzato soffermandosi su quattro aspetti: le ragioni dell’indipendenza, gli strumenti atti a garantirla, i tratti più caratteristici del loro regime e le categorie principali. Tra i primi, rientrerebbero i c.d. poteri neutri ossia l’esigenza che gli interessi di lungo periodo non siano affidati al circuito politico rappresentativo che risente spesso di logiche di breve periodo. Altre ragioni di indipendenza sarebbero da rintracciare nella tutela di valori costituzionali con la previsione di garanzie rafforzate e con la necessità di dirimere i conflitti tra Stato regolatore e Stato imprenditore, proprietario di imprese pubbliche.

regulation. In Europa, il fenomeno è molto recente e prende avvio sul finire degli anni settanta al diverso scopo di sopperire all'eccesso di regolamentazione amministrativa (deregulation).

L'istituzione delle Autorità indipendenti in Italia, se si eccettuano Banca d'Italia, Consob e Ivass (istituite in epoca anteriore e in modo indipendente rispetto ai processi di liberalizzazione dei mercati), avviene durante la crisi politica degli anni novanta, nel pieno del processo di liberalizzazione dei mercati comunitari oltre che come conseguenza dell'inesorabile declino dello Stato interventista ⁽²²¹⁾. L'arretramento dello Stato nell'economia determina la progressiva sostituzione nella gestione dei servizi pubblici a grande rilevanza economica a favore di privatizzazioni e liberalizzazioni cui consegue la necessità di individuare soggetti in grado di svolgere controlli indiretti per evitare lo scadimento delle privatizzazioni in liberalizzazioni prive di controllo. L'obiettivo perseguito dal legislatore con l'istituzione delle *Authorities* è certamente quello di alleggerire le strutture organizzative pubbliche, garantendo al contempo il rispetto delle regole da parte degli operatori economici ed il miglioramento dei rapporti tra pubblica amministrazione e cittadini ⁽²²²⁾ ⁽²²³⁾. Il modello dell'amministrazione indipendente è quindi caratterizzato da una tendenziale neutralità, indipendenza, specializzazione ed imparzialità rispetto agli altri poteri statali ed economici e si iscrive nel percorso di evoluzione dell'amministrazione caratterizzato dal passaggio da un modello piramidale ad uno policentrico e plurale ⁽²²⁴⁾. In Italia, la prima fonte normativa che menziona espressamente le *authorities* è la legge Bassanini ⁽²²⁵⁾, successivamente la legge di riforma del processo amministrativo, 21 luglio 2000, n. 205 ⁽²²⁶⁾ ed in ultimo il d.l. 6 luglio 2012, n. 95, come modificato dalla l. di conversione 7 agosto 2012, n. 135, sul contenimento della spesa pubblica, all'art. 5 comma 2 e il decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201 che ha abrogato talune Autorità e ha ridotto il numero dei componenti degli organi collegiali delle stesse, ma si tratta di

⁽²²¹⁾ P. DE LISE, *Indagine conoscitiva sulle Autorità Amministrative Indipendenti*, in giustizia-amministrativa.it, 2011, 1 e ss.

⁽²²²⁾ G. VESPERINI, *Le funzioni delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. Banca e merc. fin.*, 1990, 1, 422.

⁽²²³⁾ G. AMATO, *Gli anni del radicamento e i problemi di oggi*, in *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, a cura di C. RABITTI BEDOGNI e P. BARUCCI, Tomo I, Torino, 2010, 3 e G. Amato, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quaderni Cost.*, 1992, p. 12; cfr. pure, di recente, A. DE NICOLA, *Antitrust, il rischio delle prediche inutili*, in *Affari&Finanza*, inserto *La Repubblica*, 2013, n.23, p. 4.

⁽²²⁴⁾ La compatta architettura dello Stato post-unitario è progressivamente sostituita, con l'avvento della carta costituzionale, da una amministrazione policentrica, con enti del parastato, l'istituzione di agenzie ed enti autonomi territoriali.

⁽²²⁵⁾ Legge n. 59/1997, nella parte in cui esclude dal conferimento delle funzioni e compiti dallo Stato alle Regioni e agli Enti locali, quelli di regolazione e controllo già attribuiti con legge statale ad apposite Autorità indipendenti.

⁽²²⁶⁾ L'art 4 istituisce un rito accelerato applicabile, tra le altre materie, ai provvedimenti adottati dalle Autorità amministrative indipendenti.

norme generali che non affrontano il tema in maniera organica. Il Legislatore è apparso poco attento ad una (seppur doverosa) opera di sistematizzazione delle *Authorities*; se si eccettua, infatti, la disciplina organica dettata in materia di risparmio ai sensi della legge 28 dicembre 2005, n. 262, per le tre Autorità settoriali deputate alla vigilanza e alla regolazione dei mercati finanziari (Banca d'Italia, Consob e Ivass), si è interessato in maniera organica delle altre Autorità esclusivamente al fine di evitare sovrapposizioni di competenze e peraltro lo ha fatto solo con la già citata legge n. 262 del 2005, al fine di evitare competenze convergenti proprio tra Banca d'Italia e AGCM, sottraendo alla prima ogni competenza in materia di concorrenza nel settore bancario (art. 19, comma 11 della l. cit.). La norma cit., prevede alcune procedure congiunte nell'adozione di provvedimenti (es. per l'autorizzazione delle acquisizioni ex art. 19 del t.u.b. e per le concentrazioni), ed ha richiesto un notevole sforzo da parte della giurisprudenza amministrativa per evitare la frammentazione della responsabilità tra le due Autorità di vigilanza ⁽²²⁷⁾.

Manca ancora, inoltre, un preciso riferimento costituzionale alle *authorities*. In tal senso, né il legislatore della riforma costituzionale del 2001, né quello del recente progetto di riforma del 2016, poi fallito dopo il referendum del 4 dicembre 2016, hanno ritenuto di prevedere l'inserimento delle *authorities* nella carta costituzionale, nonostante le stesse siano caratterizzate da importanti ed incisivi poteri un tempo riservati solo a organi giurisdizionali o a soggetti non deputati all'esercizio di funzioni amministrative (Corte dei Conti, Consiglio di Stato, Cnel). Un richiamo costituzionale, invero, sarebbe necessario poiché sebbene la natura giuridica delle stesse è chiaramente quella amministrativa ⁽²²⁸⁾, la distanza dal modello classico di amministrazione incentrato sulla cura concreta

⁽²²⁷⁾ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., sentenze nn. da 11 a 16 del 2012, che stabiliscono i confini di competenza tra le differenti Autorità. Con la sent. n. 11, in particolare, l'Adunanza si è pronunciata in ordine ai confini di competenza tra AGCOM e AGCM in materia di servizi di telefonia mobile, trasparenza e libertà di recesso dai contratti con operatori telefonici, televisivi e di servizi internet, applicando il principio di specialità sulla base del confronto tra settori coinvolti ed il principio di buon andamento ex art. 97 Cost., in favore di AGCOM e ciò, al fine di evitare duplicazioni di procedimenti per gli stessi fatti, rischio di decisioni difformi e garanzia di univocità di indirizzi al mercato.

⁽²²⁸⁾ Ciò è inequivocabilmente garantito dalla sindacabilità giurisdizionale dei provvedimenti adottati dalle Autorità indipendenti. Secondo la giurisprudenza, poi, la titolarità di poteri riconducibili alla funzione giurisdizionale o normativa in capo ad alcune Autorità, assume valenza meramente descrittiva ed in nulla intacca la natura amministrativa di dette entità e la valenza giuridica degli atti da esse prodotti. La Suprema Corte di Cassazione, muovendo dalla natura amministrativa delle Autorità e degli atti da esse emanati, ha concluso in senso favorevole alla legittimazione passiva del Garante della Privacy, in caso di impugnazione giurisdizionale dei relativi provvedimenti affermando che «*al giudizio che si svolge dinanzi al tribunale ordinario, ai sensi dell'art. 29, comma 6, l. 31 dicembre 1996 n. 675, in opposizione al provvedimento del garante per la protezione dei dati personali, reso sull'istanza dell'interessato rivolta alla tutela, in relazione al trattamento dei dati personali, di uno dei diritti indicati nell'art. 13 della citata legge, è legittimato a partecipare lo stesso garante, e ciò per far valere il medesimo interesse pubblico specifico che la legge ha affidato a detta Autorità predisponendo, dinanzi ad essa, un procedimento che, per quanto strutturalmente caratterizzato dal*

del singolo interesse pubblico e la vicinanza al *munus* giurisdizionale pongono il problema dell'ammissibilità, a costituzione invariata, dell'attribuzione di funzioni paragiurisdizionali a organismi diversi da quelli giurisdizionali ed anche della sottrazione all'indirizzo politico amministrativo del Governo posto che la Costituzione, ai sensi dell'art. 95, prevede che le pubbliche amministrazioni siano ancorate al circuito democratico per il tramite del Governo e dei ministri responsabili degli atti dei loro dicasteri.

Ad oggi, peraltro, non esiste neppure una legge che disciplini aspetti comuni del fenomeno tanto che non è possibile fornire una indicazione puntuale e dettagliata delle caratteristiche comuni a tutte le Autorità indipendenti se non per sottrazione, ossia si può escludere che si tratti di organi dell'amministrazione statale, giurisdizionali o del Parlamento.

L'opera di sistematizzazione resta quindi affidata alla dottrina, che distingue tra Autorità generaliste o trasversali, e in base alla tipologia di attività, tra autorità di garanzia, vigilanza, regolazione e sanzione ⁽²²⁹⁾, o ancora, tra autorità di tipo generalista, autorità di settore preposte alla vigilanza di imprese operanti su mercati concorrenziali e autorità preposte alla regolazione dei servizi pubblici istituite in seguito ai processi di liberalizzazione ⁽²³⁰⁾. Sul piano oggettivo e dell'attività espletata le Autorità in generale esplicano una funzione giurisdicente, di garanzia dell'applicazione della legge nel settore di riferimento, dettando regole in applicazione delle fonti primarie, risolvendo conflitti, vigilando sugli operatori e sanzionando le violazioni, mentre non sono chiamate alla cura di interessi pubblici particolari con scelte amministrative discrezionali. Esse dirimono in via preventiva potenziali conflitti di interessi collettivi, categoriali, diffusi e individuali fissando le regole di disciplina del settore con successiva possibilità di ricorrere all'utilizzo di poteri correttivi e sanzionatori ⁽²³¹⁾. Le Autorità si smarcano così dal modello classico di amministrazione posto che buona parte delle funzioni, pur se autoritative, lungi dal concretarsi nella ponderazione comparativa degli interessi secondari pubblici e privati in rapporto all'interesse pubblico primario, si incentrano

contraddittorio dei soggetti coinvolti - il "titolare", il "responsabile" e l'"interessato" - e funzionalmente proteso alla tutela dei diritti della persona, si connota come amministrativo e non pone il garante in una posizione di terzietà assimilabile a quella del giudice nel processo» (Cass. Civ., Sez. I, 20 maggio 2002, n. 7341). Il Consiglio di Stato, poi, chiamato a decidere sull'applicabilità di alcune disposizioni del d.lgs. n. 165/2001, come modificate dal d.lgs. n. 150/2009, al personale dipendente dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, propendendo per l'applicabilità ha implicitamente riconosciuto la natura amministrativa della stessa (Cons. Stato, Sez. I, 16 marzo 2011, n. 4478).

⁽²²⁹⁾ F. CARINGELLA, op. cit., p. 653.

⁽²³⁰⁾ M. CLARICH, op. cit., p. 343.

⁽²³¹⁾ Sono riconducibili alle funzioni giurisdicenti i poteri normativi (nel caso in cui le stesse siano investite del potere di emanare regolamenti con valenza esterna); regolatori (adozione di prescrizioni che disciplinano il settore prive di spessore regolamentare); di controllo e monitoraggio; di accertamento; di risoluzione dei conflitti; sanzionatori.

nell'applicazione della legge, anche se non nella meccanica traduzione della volontà astratta del legislatore in atti concreti ma nella valutazione dei presupposti della fattispecie astratta, in base ai precetti tecnici richiamati dal legislatore e suscettibili di vario apprezzamento, da intendersi come esercizio di una discrezionalità tecnica finalizzata all'applicazione della norma ⁽²³²⁾.

Le Autorità di tipo generalista esercitano i loro poteri nei confronti di tutte le imprese o di altri soggetti pubblici o privati e le principali sono l'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato (di seguito anche solo AGCM) ed il Garante per la protezione dei dati personali.

AGCM è stata istituita nel 1990 con la legge n. 287 al fine di garantire lo sviluppo di un mercato funzionante, equilibrato in grado di prevenire la formazione di monopoli attraverso l'applicazione della disciplina della concorrenza sanzionando le intese restrittive, l'abuso di posizioni dominanti ed il controllo sulle operazioni di concentrazione nei confronti delle imprese private e pubbliche. AGCM si inserisce in un sistema europeo di autorità nazionali che fa capo al regolatore europeo, la Commissione UE, ed applica in via decentrata il diritto europeo della concorrenza (le regole in materia, di cui agli artt. 101 e ss. del TFUE). Ai fini dell'applicazione delle regole in materia di concorrenza, l'Autorità è investita di poteri molto intensi, paralleli a quelli dell'autorità giudiziaria ordinaria, di accertamento e repressione delle violazioni (*amplius ultra par.*). Tali poteri sono esercitati autonomamente o su denuncia dei soggetti interessati e si sostanziano nell'emanazione di provvedimenti inibitori (*diffide*), ordinatori e sanzionatori molto incisivi (*amplius ultra par.*). AGCM svolge dunque la propria *mission* assumendo in maniera molto intensa il carattere di ente pubblico paragiurisdizionale ed arbitro del mercato con esercizio dei poteri tipicamente *ex post*, per comportamenti già posti in essere, mentre non è titolare di poteri di regolazione in senso proprio (*rulemaking*) caratteristici delle Autorità di regolazione settoriali, le quali svolgono la propria attività di regolazione tipicamente *ex ante* al fine di conformare i comportamenti delle imprese operanti sul mercato di riferimento. AGCM è titolare anche di poteri di *advocacy* (*amplius ultra par.*), ossia di segnalazione al Parlamento e al Governo di ambiti e settori nei quali l'apertura alla concorrenza non è soddisfacente oppure sussistono norme, regolamenti, atti amministrativi generali o comportamenti anticoncorrenziali o comunque critici e suggerisce gli interventi proconcorrenziali che reputa necessari per il tramite della relazione annuale che l'Autorità presenta al Parlamento oppure mediante pareri sulle misure necessarie da adottare *ex artt.* 21 e 22 della l. n. 287/1990. Il dialogo privilegiato

⁽²³²⁾ F. CARINGELLA, *Il Diritto Amministrativo del Mercato, Le Autorità Indipendenti*, Roma, 2012, 651

con il Parlamento ha fatto sì che nel corso degli anni i poteri dell'Autorità siano stati rafforzati per mezzo di opportuni interventi normativi. A tal proposito, in materia strettamente antitrust, l'Autorità ha acquisito nel tempo poteri cautelari o di concludere i procedimenti anziché con sanzione, con impegni assunti dall'impresa oggetto del procedimento volti a ripristinare e garantire per il futuro condizioni di mercato concorrenziale (*leniency programmes*), in modo da incentivare la *disclosure* spontanea (anche anonima) da parte delle imprese aderenti a cartelli in cambio di una esenzione o riduzione delle sanzioni (artt. 14-bis, 14-ter e 15, comma 2-bis, della l. n. 287/1990).

Sono stati poi attribuiti poteri di intervento in materia di *consumer protection* in relazione alle pratiche commerciali scorrette, disciplinate dal d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, di verifica dei conflitti di interessi relativi ai titolari di cariche di Governo ex l. 20 luglio 2004, n. 215, e (dall'ormai abrogato) art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 38, di monitoraggio e intervento in ordine al rispetto da parte degli enti locali delle regole in materia di apertura alla concorrenza del settore dei s.p.l.

E' stato poi attribuito ad AGCM il potere di impugnare dinanzi al giudice amministrativo tutti i provvedimenti generali (inclusi i regolamenti) e individuali assunti dalle pubbliche amministrazioni in violazione delle norme a tutela della concorrenza. Si tratta di un potere pressoché inedito che fonda una legittimazione processuale straordinaria dell'Autorità non immediatamente ancorata alla titolarità di una posizione giuridica subiettiva (*amplius ultra par.*). Tale forma di legittimazione straordinaria è stata presa a modello dal legislatore per l'affidamento ad altre Autorità di analoghi poteri straordinari di legittimazione processuale ancorché meno intensi e più limitati rispetto a quello attribuito ad AGCM (si pensi al potere eccezionale di impugnare innanzi al giudice amministrativo i provvedimenti anticoncorrenziali dei Comuni relativi alla disciplina dei taxi affidato di recente all'Autorità di regolazione dei trasporti). Il Garante per la protezione dei dati personali (di seguito solo il Garante) è stato istituito nel 1996 in attuazione di una Direttiva europea (1995/46/CE), ed è preposto all'applicazione del Codice in materia di protezione dei dati personali (d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196). Il Garante è titolare di poteri normativi e amministrativi in senso proprio. Può prescrivere misure necessarie per rendere conforme il trattamento dei dati personali alla disciplina legislativa (art. 154 comma 1 lett. c) del Codice), può esercitare poteri di co-regolazione atteso che emana anche d'ufficio le autorizzazioni generali pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale, volte a disciplinare il trattamento generale dei dati personali e promuove la sottoscrizione di codici di deontologia con le categorie o le imprese esercenti attività o ruoli che intersecano questioni relative alla *privacy* (giornalisti, medici, aziende ospedaliere, agenzie interinali e da ultimo anche *social*

network) anche verificando la conformità dei codici e delle *best practice* aziendali alla normativa vigente (artt. 12 e 139 del Codice)

Il Garante rappresenta la forma più rilevante di tutela amministrativa dei diritti soggettivi nel nostro ordinamento, ed esercita i propri poteri sia nei confronti di soggetti privati sia, entro certi limiti di soggetti pubblici (art. 18 e ss.). E' rimesso, inoltre, al soggetto che lamenta una violazione della privacy la scelta sull'autorità dinanzi alla quale agire per l'esercizio della propria tutela, atteso che il Codice prevede alternativamente il ricorso al Garante o al Giudice ordinario (contro i provvedimenti del Garante, tuttavia, è sempre ammesso il ricorso in opposizione dinanzi al Giudice ordinario ex art. 152 d.lgs. cit.). In caso di accoglimento del ricorso il Garante può ordinare, anche in via cautelare, la cessazione del comportamento illegittimo e indicare tutte le misure necessarie per la tutela dell'interessato ai sensi dell'art. 150 del Codice.

1.2. Le Autorità di tipo settoriale.

Per quanto riguarda, invece, le Autorità di tipo settoriale, ad un primo gruppo appartengono quelle preposte alla vigilanza e alla regolazione dei mercati finanziari (Banca d'Italia, Consob, Ivass) il cui approfondimento esula però dalla presente trattazione, mentre ad un secondo gruppo appartengono le Autorità di regolazione dei servizi pubblici aventi rilevanza economica istituite in concomitanza con i sopra richiamati processi di liberalizzazione e con la necessità di individuare soggetti ai quali affidare compiti regolatori successivamente al passaggio dal regime di monopolio legale nella gestione dei servizi alla concorrenza. Infatti, fino a che il servizio era affidato a una sola impresa monopolista, organizzata in forma di azienda speciale o di ente pubblico economico, la necessità di regolazione era limitata ⁽²³³⁾. In un contesto di liberalizzazione o di apertura dei mercati alla concorrenza, la regolazione diviene fondamentale sia sul versante dei rapporti tra gestori del servizio e Autorità di regolazione, sia su quello dei rapporti tra gestori in concorrenza e tra questi e

⁽²³³⁾ Secondo M. CLARICH, op. cit., p. 375 e ss., in tali casi, da un lato i rapporti tra gestore e amministrazione statale o locale di riferimento inerivano alla sfera interna dell'organizzazione nei casi in cui la gestione fosse affidata a un'azienda speciale (azienda organo); oppure erano definiti nell'atto di concessione (talora rilasciata ex lege) nel caso in cui la gestione fosse affidata a un ente pubblico economico. Per i servizi pubblici nazionali erano previsti atti di indirizzo e direttive ministeriali all'ente gestore in modo tale da orientare l'attività di quest'ultimo a fini economici e sociali predeterminati, in coerenza con il quadro della programmazione economica generale. Dall'altro lato, l'unicità del gestore del servizio in regime di monopolio escludeva, per definizione, la necessità di regolare i rapporti con altri gestori operanti nel medesimo mercato. Infine, la tutela degli utenti in caso di disfunzione del servizio era affidata ai normali strumenti del diritto comune dei contratti.

l'utenza dei servizi. Sul primo versante, i regolatori devono predisporre una cornice di regole tali da consentire sia lo sviluppo di un mercato concorrenziale in un ambiente dominato da monopoli naturali di reti e infrastrutture non duplicabili, sia il raggiungimento degli obiettivi propri del servizio pubblico. La regolazione volta a creare in modo artificiale i presupposti del mercato concorrenziale ha i caratteri di una regolazione ex ante, alla quale si aggiunge l'applicazione dei principi generali in materia di concorrenza il cui rispetto è assicurato dall'AGCM e le deroghe sono ammesse solo in base ai criteri di stretta proporzionalità. Le imprese che gestiscono SIEG ovvero operano in regime di monopolio naturale, in base al diritto europeo sono esentate dall'applicazione dei principi in materia di concorrenza solo per tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati, ex art. 8, comma 2, della l. n. 287/1990.

A valle dell'attività normativa, le Autorità di regolazione devono assicurare l'osservanza puntuale delle regole da parte dei gestori del servizio, instaurando con queste rapporti giuridici di tipo bilaterale con riferimento ai procedimenti autorizzatori ed anche sanzionatori.

Sul versante dei rapporti tra gestori in concorrenza si osserva che gli stessi sono sottoposti in molti casi a obblighi reciproci, le relazioni sono spesso rimesse a strumenti negoziali con intervento unilaterale dell'Autorità solo in caso di impossibilità di accordo.

Sul versante dei rapporti tra gestori e utenti del servizio, la disciplina è demandata ad un complesso di regole poste dalle Autorità di settore e dalle carte dei servizi ed in caso di violazione l'utente può rivolgere reclamo anzitutto al gestore del servizio in base a procedure stabilite dallo stesso e in seconda battuta innanzi all'Autorità di settore che risolve la controversia in via stragiudiziale.

Il legislatore, ha poi predisposto ulteriori particolari strumenti innovativi sul versante della tutela del consumatore e dell'utente del servizio quale la *class action* amministrativa volta ad ottenere il corretto esercizio del servizio mediante un'azione disancorata dalla tutela di tipo risarcitorio (*amplius ultra par.*). Le principali Autorità di regolazione settoriali istituite a livello nazionale sono l'Autorità per l'Energia Elettrica, il Gas ed il Servizio Idrico Integrato (di seguito solo l'Aeegsi), l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (di seguito solo l'Agcom), l'Autorità per i Trasporti (di seguito solo l'Art) e l'Autorità nazionale Anticorruzione (di seguito solo l'ANAC) per la vigilanza e regolazione in materia di contratti pubblici. A livello regionale si possono annoverare, in materia di servizio idrico integrato e di rifiuti le Autorità di bacino (in Emilia-Romagna, ad esempio, Atersir), che hanno compiti variabili in tema di servizio idrico integrato e rifiuti ancorché si tratta di Autorità dal destino incerto poiché, in seguito all'ormai prossimo affidamento della potestà di regolazione in materia di

rifiuti all'Aeegsi, la loro eventuale conservazione potrà passare da un eventuale progetto di riforma nel senso di articolazioni territoriali di Aeegsii.

L'Aeegsi è disciplinata dalla l. n. 481 del 1995 ed è preposta alla regolazione dei settori dell'energia elettrica, del gas e del servizio idrico integrato (art. 21, comma 19, della l. 22 dicembre 2011, n. 214). E' stata introdotta in seguito alla liberalizzazione delle attività di produzione, acquisto, vendita, importazione, esportazione dell'energia elettrica (d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79, di recepimento della Direttiva 1996/92/CE del 19 dicembre 1996) e del gas (d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164 di recepimento della Direttiva 1998/30/CE del 22 giugno 1998). L'Aeegsii opera in modo integrato con le corrispondenti autorità europee ed è membro dell'Agenzia europea per la cooperazione dei regolatori dell'energia (Acer) e del Consiglio dei regolatori europei dell'Energia (Ceer).

L'Agcom è stata istituita nel 1997 con la l. 31 luglio 1997, n. 249 ed è preposta sia al settore delle comunicazioni elettroniche (telefonia, internet etc.) sia al settore dei media (radio, televisione, stampa), nel quale opera anche allo scopo di garantire il pluralismo dell'informazione, la tutela dei minori e la par condicio nelle campagne elettorali, sia, in ultimo, al settore postale. L'Agcom opera in modo integrato con l'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (Berec) istituito nel 2009 con lo scopo di assistere la Commissione europea nello sviluppo di questo mercato e di creare un legame tra questa e le Autorità nazionali di regolamentazione (Regolamento n. 1211 del 2009).

L'Art è stata istituita dal d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 ed è preposta al settore dei trasporti, dell'accesso alle relative infrastrutture e provvede a garantire l'efficienza produttiva delle gestioni ed il contenimento dei costi del servizio, nonché condizioni di accesso equo e non discriminatorio alle infrastrutture ferroviarie, aeroportuali, portuali, alle reti autostradali e definisce i criteri per la fissazione da parte dei soggetti competenti delle tariffe, dei canoni e dei pedaggi; stabilisce le condizioni minime di qualità dei servizi di trasporto nazionali e locali e di accesso alle infrastrutture di rete da parte dei gestori del servizio in concorrenza; definisce gli schemi dei bandi delle gare per l'assegnazione dei servizi di trasporto in esclusiva e delle relative convenzioni. Ha poteri di intervento in materia di servizio taxi, che ricade nella competenza primaria dei comuni e delle regioni, allo scopo di migliorare la qualità del servizio anche attraverso la promozione dell'incremento del numero delle licenze rilasciate e una maggiore libertà tariffaria.

All'Art è attribuito il potere eccezionale di impugnare dinanzi al giudice amministrativo i provvedimenti dei comuni relativi alla disciplina dei taxi.

2. LE AUTHORITIES IN UNA PROSPETTIVA COMPARATA EUROPEA.

2.1. Le Authorities nel diritto europeo.

L'istituzione di autorità amministrative indipendenti, non immediatamente legate al potere esecutivo, ha costituito il propulsore per l'intervento normativo in settori molto diversi tra loro, accompagnando così la dismissione del potere pubblico nell'economia e la trasformazione dello Stato da imprenditore in regolatore ⁽²³⁴⁾. In tale evoluzione, l'apporto del diritto comunitario è di assoluto rilievo, atteso che il modello dell'amministrazione indipendente si afferma sul piano europeo di pari passo con la *policy* comunitaria volta a portare gli Stati membri a dismettere i panni dell'imprenditore e predisporre strutture amministrative di carattere eminentemente regolatorio (creazione del mercato comune e garanzia del suo assetto concorrenziale ai sensi dell'art. 81 del Trattato CE) ⁽²³⁵⁾. In ogni caso, anche con l'avvento delle autorità di regolazione e con il cambio di paradigma della figura statutale, non si può parlare comunque di piena liberalizzazione dei SIEG, atteso che la disciplina degli stessi deve in ogni caso rispettare i principi di neutralità del diritto comunitario sulla proprietà (pubblica o privata) delle imprese erogatrici e sul rispetto degli obblighi di pubblico servizio (idoneità del mercato a soddisfare standard di erogazione del servizio e portata della deroga di competenza del singolo Stato membro; rispetto di standard minimi di qualità del servizio ed obiettive ragioni di interesse pubblico). Le coordinate sopra citate costituiscono i “*limiti esterni dell'istituto*”, al di fuori dei quali operano le normali regole del mercato; si tratta peraltro di “*confini dinamici*” che delimitano l'ambito di piena operatività del “*principio di proporzionalità*”, declinato come esigenza di rispetto dell'interesse pubblico nell'economia, senza rinuncia al rispetto dei pilastri fondamentali del diritto comunitario. Attenta dottrina afferma che le due opposte necessità sopra richiamate, troverebbero un punto di equilibrio “*nella regolazione*” ⁽²³⁶⁾. Una discussione sui servizi di interesse economico

⁽²³⁴⁾ Sull'evoluzione delle autorità indipendenti cfr., *ex multis*, M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, Il Mulino, 2005; F. BASSI e F. MERUSI, *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993; M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, Torino, 1996, 21 e ss.; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Rivista trimestrale diritto pubblico*, 1997, 645 e ss.; S. CASSESE, (a cura di), *La nuova Costituzione economica*, Roma-Bari, 2007, 295 e ss.; LA SPINA e G. MAGONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000, 23 e ss.

⁽²³⁵⁾ L. BERTONAZZI e R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in M.P. CHITI e G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, 1791 e ss.

⁽²³⁶⁾ A. VEDASCHI, *Le autorità di regolazione nello spazio europeo*, in *Servizi pubblici locali e autorità di regolazione in Europa* (a cura di), G. F. FERRARI, *op. cit.*, 11 e ss.

generale in Europa, non può prescindere dall'esaminare i soggetti regolatori, che hanno sostituito sempre più spesso il sistema dell'amministrazione per ministeri. La diffusione delle *authorities* in Europa ha preso piede a partire dagli anni novanta ed il settore principe, dove quasi tutti i Paesi hanno istituito autorità indipendenti, è quello dei servizi pubblici. Il legislatore comunitario non ha imposto l'adozione delle *authorities*, ma ha lasciato agli Stati membri ampia facoltà di scelta, ponendo solo obiettivi minimi di regolazione neutrale da garantire. Le amministrazioni indipendenti sono state istituite, nella maggioranza dei casi, mediante legge ordinaria, provocando così perplessità sulla loro reale posizione rispetto agli organi costituzionali. Le autorità indipendenti, infatti, tendono da un lato a scardinare il principio della responsabilità ministeriale, dall'altro ad assumere di frequente poteri di regolazione para-normativa o paragiurisdizionale. In Svezia⁽²³⁷⁾ ed in Portogallo⁽²³⁸⁾, per esempio, il modello di governo per *Authorities* è stato previsto a livello costituzionale. In Germania, invece, le autorità indipendenti hanno trovato, almeno inizialmente, spazi di sviluppo estremamente ridotto, atteso che l'amministrazione e il riparto di competenze in materia tra Bund e Länder trova una dettagliata disciplina costituzionale, che lascia pochi margini alla creazione di modelli alternativi⁽²³⁹⁾. Anche in Spagna manca una previsione costituzionale in tema di autorità indipendenti e l'art. 97 Cost., rimette al Governo il potere di direzione dell'amministrazione, ingenerando dubbi di compatibilità⁽²⁴⁰⁾. In Francia, la Costituzione tace in merito alle autorità indipendenti, sollevando dubbi sulla compatibilità di esse con il modello classico di amministrazione francese. L'assenza di una Costituzione scritta, invece, ha reso meno problematica l'istituzione di autorità amministrative in Inghilterra. Tale situazione, tipica del Regno Unito, ha favorito l'istituzione di esse con largo anticipo rispetto agli altri ordinamenti, soprattutto nel settore dei servizi pubblici, mediante leggi speciali spesso collegate alla privatizzazione di interi settori. Anche per quanto riguarda le singole strutture delle autorità indipendenti, manca un modello unitario e ogni ordinamento assume le proprie regole

⁽²³⁷⁾ In Svezia, sin dal regno della Regina Cristina, si è sviluppato un modello volto a temperare il potere ministeriale, a vantaggio, da un lato, del Governo inteso come organo collegiale, e dall'altro dell'amministrazione, che è appunto designata dalla medesima Costituzione come un soggetto indipendente (cfr. cap. 11, art. 7 Cost. Svezia).

⁽²³⁸⁾ In Portogallo, a seguito della revisione del 1997, è stata introdotta la possibilità per il legislatore di creare autorità amministrative indipendenti. Si tratta tuttavia di una norma in bianco che ha creato non pochi problemi. Cfr. in tal senso B. DE MORAIS, *As Autoridades Administrativas Independentes na ordem jurídica portuguesa*, in *Rev. Ordem Advogados*, 2011, 61-l.

⁽²³⁹⁾ Cfr. a proposito L. CUOCOLO e G. LEMBECK, *Le autorità di regolazione e controllo dei servizi di interesse generale in Europa: una prospettiva comparata*, in *I servizi pubblici negli ordinamenti europei*, cit., 807 e ss.

⁽²⁴⁰⁾ In Spagna, la dottrina ritiene che per l'istituzione di un'autorità indipendente sia sempre necessaria una legge formale del Parlamento che contenga lo statuto dell'autorità, ovvero le regole principali di organizzazione e funzionamento, nonché i margini di indipendenza.

peculiari. In ogni caso, quanto a composizione, la tendenza prevalente è per l'istituzione di organismi collegiali. L'ordinamento inglese si pone in controtendenza rispetto agli altri, avendo optato spesso per organismi monocratici, anche se a partire dalla fine degli anni novanta ha adottato organismi collegiali (nel settore dell'energia, per esempio, a seguito dello *Utilities Act* del 2000). L'ordinamento tedesco, nel 2005, ha istituito un'agenzia federale per i servizi a rete, con competenze generali in tema di elettricità, gas, telecomunicazioni e trasporto ferroviario. Essa si compone di un Presidente e di un comitato di consulenza formato da trentadue membri; è pure presente e opera anche con funzioni consultive e di supporto, una commissione dei Lander composta dai rappresentanti dei regolatori locali. Per quanto attiene all'indipendenza delle *Authorities*, e per quanto riguarda le modalità di nomina dei loro componenti, occorre evidenziare che non è rinvenibile una disciplina unitaria scollegata dal potere esecutivo, nemmeno tendenzialmente. Anzi, spesso le nomine sono di origine governativa, pur con l'adozione di altre misure di garanzia, quali ad esempio il controllo parlamentare, il potere di veto o requisiti di competenza talmente rigorosi da ridurre i rischi di inquinamento. Nel Regno Unito, prevalgono le nomine di origine governativa, mentre in Spagna le nomine avvengono con un vero e proprio iter procedurale, anche se la scelta finale è comunque di tipo governativo (su proposta del Ministro competente per materia, sentita la Camera bassa). Per quanto riguarda i poteri affidati alle autorità indipendenti, fra quelli maggiormente rilevanti vi sono i poteri normativi o regolatori⁽²⁴¹⁾. In Spagna, i casi in cui le autorità indipendenti dispongono di poteri regolamentari non sono numerosi; generalmente hanno un potere di iniziativa e di stimolo per l'adozione di nuove normative, mentre in alcuni casi hanno competenze regolamentari nei settori tecnici di competenza della singola autorità. Nel Regno Unito, invece, l'estrema varietà di organismi indipendenti, non consente di effettuare una ricognizione efficace dal punto di vista delle attribuzioni più ricorrenti; in ogni caso dal modello inglese emerge una forte vocazione alla “*regulation*” e allo sviluppo di un modello di “*policy making*” che coinvolge i diversi portatori di interessi settoriali. In Francia, dottrina e giurisprudenza, hanno delimitato i confini del potere regolamentare delle autorità indipendenti. La giurisprudenza ha sottolineato che gli atti normativi delle autorità devono muoversi all'interno di una cornice generale fissata dalla legge e che la stessa deve autorizzare specificamente l'organismo all'utilizzo del potere normativo, e ciò in quanto il potere regolamentare è normalmente

⁽²⁴¹⁾ In realtà occorre tenere distinte l'attività volta a porre norme generali e astratte da quella volta a dettare le regole specifiche per il caso concreto. Solo la prima è espressione di un potere normativo, mentre la seconda è il frutto di un potere amministrativo-esecutivo. Il potere normativo è quello che pone maggiori problemi di compatibilità con gli assetti costituzionali e con i sistemi delle fonti normative dei singoli paesi analizzati.

attribuito al Primo Ministro. Particolare interesse suscitano poi i poteri sanzionatori affidati alle autorità indipendenti. Dal punto di vista della natura giuridica di tali poteri, alcuni ordinamenti utilizzano il termine “*quasi-judicial*”, per richiamare l’incisività della funzione e per sottolineare come in tutti gli ordinamenti le sanzioni comminate dalle *Authorities* sono ricorribili dinanzi al giudice, amministrativo o ordinario. In Spagna la funzione sanzionatoria è ripartita tra autorità indipendente e ministero. Esaurita questa prima fase eminentemente descrittiva del fenomeno delle *Authorities* indipendenti, occorre effettuare una delimitazione del campo di indagine, che permetta di dare conto della disciplina dettata nei singoli ordinamenti prescelti in maniera scientificamente valida, senza sconfinare nella mera descrizione fine a se stessa. A tal proposito, nel prosieguo, si prenderanno in considerazione solo le autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità istituite a livello nazionale con finalità di tutela degli utenti nei confronti degli erogatori del servizio. Ciò posto, si può esaminare la disciplina dei SIEG da un punto di vista settoriale, partendo dal mercato energetico, nel quale i servizi a rete presentano caratteristiche che, per i non addetti ai lavori, possono sembrare in aperta contraddizione le une con le altre, come l’esistenza di monopoli naturali⁽²⁴²⁾ (che rendono difficoltosa la traslazione della proprietà dei beni e delle reti e quindi la stessa apertura del mercato) e la contemporanea tendenziale transnazionalità “*insita nella stessa natura dei beni oggetto del servizio*” che portano da un lato le istituzioni comunitarie a perseguire la realizzazione di un mercato unico dell’energia⁽²⁴³⁾ e dall’altro i singoli Stati membri a spingere per derogare alle norme sulla concorrenza e sul mercato poste dai Trattati istitutivi⁽²⁴⁴⁾. La politica comunitaria nel settore è caratterizzata da gradualità degli interventi; il profilo di gradualità scelto dalle Istituzioni comunitarie, non deve in ogni caso ingenerare diffidenza e sospetti di subalternità della *policy* comunitaria nei confronti degli Stati membri, in quanto, pur in presenza di “*naturali resistenze*” durante il cammino di *overture* dei relativi mercati, l’agire “*step by step*” ha comunque permesso l’ottenimento di notevoli risultati, come nel caso dell’*unbundling* delle reti che, una volta ottenuto, ha permesso alle Istituzioni comunitarie di avere gioco facile nell’imporre agli Stati membri il naturale passaggio

⁽²⁴²⁾ La presenza di monopoli naturali e forti economie di scala hanno indotto la maggior parte degli Stati europei ad affidare l’intera erogazione del servizio ad un’unica impresa, verticalmente integrata e sotto il controllo governativo.

⁽²⁴³⁾ N. AICARDI, *Energia*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, in M.P. Chiti e G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Parte speciale, Milano, Tomo II, 2007, 1009 e ss.

⁽²⁴⁴⁾ G. NAPOLITANO, *L’energia elettrica e il gas*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Tomo III, Milano, 2003, 2199 e ss.

successivo, ovvero l'obbligo di istituire autorità di regolazione nazionale per il settore energetico ⁽²⁴⁵⁾. Le direttive comunitarie hanno prescritto agli Stati membri di “*esercitare un'opzione*” per l'affidamento della *governance* del mercato dell'energia ad un apposito organismo indipendente, capace di garantire la concorrenza e svolgere funzioni di regolazione, ovvero di attribuire ad organi ministeriali il potere decisorio previa adozione di pareri obbligatori e vincolanti da parte delle amministrazioni indipendenti o viceversa. L'istituzione di autorità amministrative indipendenti nazionali volte a regolare i SIEG, ed in particolare il settore dell'energia, da sempre caratterizzato da forte vocazione transnazionale, manifesta il *favor* delle Istituzioni comunitarie per la creazione di un mercato comune tendenzialmente omogeneo e l'opzione per la futura attrazione delle stesse nell'orbita comunitaria, previa creazione di adeguate strutture di raccordo tra gli organi dei diversi Stati membri ⁽²⁴⁶⁾. La creazione del “*Gruppo dei regolatori europei per il gas e l'elettricità*”, risponde all'esigenza di realizzare una struttura di coordinamento orizzontale (tra *authorities*) e verticale (tra *authority* e Commissione), che muta la natura stessa delle singole *authorities*, da soggetti esclusivamente statuali a strutture amministrative europee ⁽²⁴⁷⁾. A partire dal 3 marzo 2011, il Gruppo è stato sostituito “*dall'Agenzia per la cooperazione fra regolatori nazionali dell'energia*” ⁽²⁴⁸⁾, organismo dotato di maggiore formalizzazione e stabilità, compiti e funzioni specifiche, in grado di garantire meglio il coordinamento delle politiche dei regolatori nazionali ⁽²⁴⁹⁾. Anche il settore dei trasporti pubblici locali suscita interesse in una prospettiva comparata ⁽²⁵⁰⁾, sia dal punto di vista delle specificità della singola materia, sia perché nel raffronto tra gli Stati membri emergono discrasie

⁽²⁴⁵⁾ Cfr. P. CAVALIERE e A. VEDASCHI, *Il mercato europeo del gas naturale: un obiettivo ancora da raggiungere*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2007, 881 e ss.

⁽²⁴⁶⁾ Le direttive del 26 giugno 2003 preannunciavano l'istituzione di un organismo comunitario di coordinamento delle autorità di regolazione nazionali. La Commissione europea con la decisione 11 novembre 2003, n. 796, istituisce il *Gruppo dei Regolatori europei per il gas e l'elettricità*. Si tratta di una struttura di coordinamento orizzontale tra le diverse autorità nazionali e verticale tra queste e la Commissione.

⁽²⁴⁷⁾ E. SCUTO, *La governance del settore dell'energia e gas attraverso la rete europea delle autorità indipendenti* in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2007, 291 e ss.; G. DELLA CANANEA, *L'organizzazione comune dei regolatori per l'energia elettrica e il gas*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004, 1390.

⁽²⁴⁸⁾ Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 713/2009, in G.U.U.E., L. 211 del 14 agosto 2009, 1-14.

⁽²⁴⁹⁾ E' affiancato anche dalle reti europee dei gestori del sistema di trasporto del gas (REGST gas) e dell'elettricità (REGST energia elettrica)

⁽²⁵⁰⁾ Gli spunti riflessivi in tema di trasporto pubblico locale rassegnati nel presente elaborato, nel raffronto tra le discipline transnazionali, sono tratti dal dibattito svoltosi in argomento durante il Seminario *efficienza della gestione ed accessibilità del servizio nel trasporto pubblico regionale e locale* tenutosi in Bologna, presso la Sala incontri di Nomisma, Palazzo Davia Bargellini, il 21 ottobre 2014, ed al dibattito di cui al Seminario *Concorrenza e servizi agli utenti nel trasporto pubblico regionale e locale*, tenutosi in Bologna, presso la sede della Scuola di Specializzazione in Studi sull'Amministrazione Pubblica, il 5 giugno 2014.

anche e soprattutto in tema di regolazione e quindi in tema di *authorities*. Si prenda, per esempio, l'ordinamento italiano, nel quale di recente è stata istituita una nuova autorità con competenze specifiche nel settore dei trasporti e lo si raffronti con la tendenza di alcuni paesi comunitari ad una "ri-ministerizzazione" delle competenze regolatorie o ad un accorpamento di competenze in una singola autorità o addirittura, come per l'ordinamento francese, alla "ideazione di sistemi di reperimento di fondi specifici" da dedicarsi alla promozione della concorrenza nel settore dei t.p.l., come la tassa di scopo introdotta di recente nelle località turistiche francesi, con la quale si è arrivati a coprire, in alcuni casi, addirittura il 40% delle spese del servizio. Si pensi, inoltre, che la disciplina dei t.p.l., diviene sempre più centrale nello studio dei SIEG, sia perché interseca il modello economico di sviluppo "urbano centrico", presente ormai in ogni singolo Stato membro (elevazione della domanda di t.p.l. dovuta a incrementi sempre più consistenti degli abitanti dei singoli agglomerati urbani), sia perché da ciò consegue una sempre maggiore attinenza tra disciplina dei t.p.l. e tutela dei diritti costituzionalmente garantiti del cittadino (diritto alla mobilità, allo studio etc.). L'attuale recessione, inoltre, agevola (paradossalmente) il settore dei t.p.l., perché riduce la possibilità di ricorrere all'uso dei mezzi privati; ciò rende evidente come l'attuale momento storico sia il più favorevole per l'introduzione di regolazioni pro-concorrenziali nel settore dei t.p.l., in grado di migliorarne efficienza, efficacia e qualità. L'aspetto qualitativo è fondamentale sia per sostenere il (lungo) periodo di "riaggancio" della ripresa economica, sia successivamente, atteso che numerosi studi e riscontri empirici hanno dimostrato che l'aumento del reddito pro-capite non diminuisce la domanda di accesso ai t.p.l. qualora gli stessi si dimostrino efficienti e qualitativi ⁽²⁵¹⁾. In ambito comunitario, il soggetto che si occupa della disciplina generale dei t.p.l. (c.d. soggetto regolatore in senso ampio), è sicuramente la Commissione europea (per mezzo di numerose fonti normative e strumenti di *soft law*, tra cui si possono sicuramente annoverare, oltre alle consuete direttive, i numerosi libri bianchi, e le comunicazioni ai singoli Stati membri). Fra le norme di diritto vincolante, oltre alle disposizioni dei trattati sul trasporto in generale finalizzate allo sviluppo dei traffici commerciali e alla libera circolazione di mezzi e di persone, va rammentato innanzitutto il regolamento 1191/1969, applicabile al trasporto locale solo a partire dalla novella del 1991 a discrezione degli stati membri, il cui *focus* concerne gli obblighi di servizio, i contratti di servizio e

⁽²⁵¹⁾ E. FERIOLI, *Governance e regolazione dei trasporti pubblici locali nei paesi europei*, in relazione al Convegno *Concorrenza e servizi agli utenti nel trasporto pubblico regionale e locale*, tenutosi in Bologna, presso la sede della Scuola di Specializzazione in Studi sull'Amministrazione Pubblica, il 5 giugno 2014.

il finanziamento dei soggetti erogatori; nel complesso questa prima disciplina ambisce alla declinazione concorrenziale dell'erogazione dei servizi economicamente autosufficienti e alla conseguente limitazione dell'intervento pubblico alle sole ipotesi di *market failure* (ossia quelle in cui il livello di erogazione del servizio conseguibile in base al libero mercato sarebbe inferiore a quello socialmente ottimale) ⁽²⁵²⁾. Il successivo regolamento 1370/2007 –entrato in vigore il 3 dicembre 2009 – raffina notevolmente il progetto europeo di armonizzazione dei servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e ferrovia: in particolare, esso identifica quali possibili modalità di erogazione del servizio la gestione diretta, l'affidamento mediante gara, l'affidamento diretto a soggetto dotato di particolari requisiti, prescrivendo poi una dettagliata serie di regole derivanti dalla qualifica del trasporto pubblico locale come “servizio di interesse economico generale” (qualifica che, come noto, comporta il necessario bilanciamento fra principio di concorrenza e profilo sociale dei servizi pubblici e pertanto richiede la puntuale disciplina degli obblighi di servizio, delle compensazioni pubbliche e degli aiuti di stato). Fra gli innumerevoli documenti europei di natura propositiva e progettuale basti rammentare il Libro bianco del 2001 (“La politica europea dei trasporti sino al 2010”, revisionato nel 2006 e mirante al riequilibrio modale del trasporto a favore dei mezzi più ecologici, nonché al progressivo sganciamento della crescita economica dalla crescita dei trasporti) e il Libro bianco del 2011 (“Tabella di marcia verso uno spazio unico europeo dei trasporti. Per una politica dei trasporti competitiva e sostenibile”), il quale tenta di coniugare l'incremento della mobilità e la riduzione delle emissioni e la cui maggiore debolezza sembra proprio la scarsa attenzione alle politiche del trasporto urbano, che pur rappresenta oltre i 2/3 della mobilità, rispetto alle quali si conferma la necessità del potenziamento del trasporto collettivo, della bicicletta e delle aree pedonali, ma si affida un ruolo strategico all'auto pulita tralasciando, dunque, i problemi di congestione, di uso dello spazio urbano e di pianificazione territoriale. A livello statale, si assiste ad una “*regionalizzazione di competenze*” e la disciplina dei t.p.l. è tendenzialmente posta nelle mani dei

⁽²⁵²⁾ Il riferimento è ai regolamenti CEE 1191/1969 del 26 giugno 1969 e 1893/1991 del 2 giugno 1991. Sul carattere sussidiario dell'intervento regolatorio delle istituzioni europee L. PERFETTI, *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 485 e M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in S. CASSESE (a cura di), *Tratt. dir. amm., Diritto amministrativo speciale*, t. III, II ed., Milano, 2003, 2851 e ss.; sulla disciplina dei trasporti pubblici locali in Italia M. CAMMELLI, *Concorrenza e innovazione nei servizi di trasporto pubblico locale*, in O. BUCCI (a cura di), *Il trasporto pubblico locale. Una prospettiva per l'Italia*, Bologna, 2006, 213 e ss. Per una panoramica comparata delle discipline statali europee ai tempi della vigenza di questi regolamenti E. MOSTACCI, G. ROMEO, *La regolamentazione del trasporto pubblico locale in Europa: un'analisi comparata*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, 241 ss.

singoli governi locali, mentre allo Stato residuano competenze generali in materia di fissazione delle modalità di affidamento del servizio, pur entro i limiti comunitari.

Confronto con il TPL dei principali paesi europei (valori in euro)

	Costi operativi per Km	Ricavi da traffico per km	Load factor
Italia	3,3	1,4	22%
Francia	3,3	1,6	42%
Spagna	3,2	2,2	45%
Germania	2,8	2,4	20%
Inghilterra	1,8	1,5	29%

Fonte: Bain & Company (2012), Il trasporto pubblico locale in Italia ed in Europa

Confronto tra tariffe urbane italiane ed europee, 2013 (valori in euro)

	Biglietto ordinario	Abbonamento mensile ordinario	Abbonamento annuale ordinario
Londra	2,5	137,0	1428,0
Parigi	1,7	65,1	679,8
Berlino	2,4	77,0	710,0
Madrid	1,5	54,6	546,0
Roma	1,5	35,0	250,0
Milano	1,5	35,0	330,0
Torino	1,5	38,0	310,0

Fonte: Asstra

In Spagna e Austria, si evidenzia maggiore incidenza delle comunità autonome e i margini di differenziazione delle modalità di affidamento sono relativamente marcati. Vi sono poi ordinamenti, come ad esempio quelli francese e tedesco, dove sussiste tuttora la concorrenza dei diversi livelli di governo competenti in materia di t.p.l. Altri ordinamenti, invece, soprattutto quelli dell'Europa del nord, applicano più intensamente il principio di “*sussidiarietà verticale*” (si pensi alle contee scandinave), mentre nel caso del Regno Unito, si assiste (sin dall'avvio delle politiche liberiste dei Governi conservatori) ad un utilizzo marcato del principio di “*sussidiarietà orizzontale*”, con una marcata ritrazione dello spazio pubblico ed un avanzamento massiccio dei soggetti privati, perlomeno

fuori dalla conurbazione di Londra. Per quanto attiene, invece, ai “*regolatori in senso stretto*”, agli stessi sono affidate funzioni di programmazione, di vigilanza e di controllo. Il primo caso europeo di esternalizzazione della programmazione in materia di t.p.l., si rinviene in Francia, nella Parigi del 1959, anche se si trattava di un organo di natura politica e non tecnica. Dopodiché, anche Germania e Paesi scandinavi, iniziarono a introdurre modelli di organizzazione “*esterni*” rispetto al classico modello ministeriale e ora quasi ogni Paese adotta moduli programmatori e organizzativi dei t.p.l. mediante l’istituzione di Autorità di settore spesso raccolte in consorzi. In Francia, le municipalità hanno autorità di settore che si occupano di trasporto, ed in Germania, si rinvengono strutture intercomunali, di area vasta ove la disciplina dei t.p.l. assume valenza ed efficacia superiori a quella che può essere considerata la tradizionale gestione di tipo localistico. La ricerca di nuovi e più efficaci modelli organizzativi e programmatori cerca di rispondere alle nuove istanze comunitarie per la creazione del c.d. modello di “*trasporto intermodale*”. E’ evidente che per rispondere adeguatamente, le collettività locali debbono necessariamente consentire l’individuazione di nuovi bacini ottimali e conseguentemente la regolazione perde la tipica aspirazione centralistica. L’Italia, invece, con l’istituzione di una nuova Autorità di settore dedicata ai trasporti, si pone in controcorrente rispetto agli altri Paesi membri, i quali stanno tornando al modello ministeriale o para-ministeriale. L’Europa, invero, in proposito non chiede un particolare modello di autorità altra rispetto al modello ministeriale. La Francia nel 2012 ha istituito un’autorità per la qualità dei servizi nel settore dei trasporti, entro il Consiglio Generale del Ministero dell’ambiente e dell’ecologia, mentre la Spagna di recente ha accorpato ben otto organismi di garanzia, in una Commissione nazionale per il mercato e la concorrenza ed ha istituito un comitato per i trasporti. La Germania, invece, ha istituito un’autorità indipendente per il solo settore ferroviario, così anche il Regno Unito, che però conserva ancora importanti competenze ministeriali in materia. Si assiste insomma ad una rinnovata preferenza per il modello ministeriale, forse anche per le note ragioni di deficit di legittimazione democratica delle autorità settoriali. Per quanto attiene alla promozione e tutela della concorrenza in materia di affidamento e gestione dei t.p.l., la stessa è ancora parziale, in quanto i processi di liberalizzazione permangono difficoltosi sia per via del fatto che la materia dei trasporti resta “*nei fatti*” un monopolio quasi naturale, sia perché, come già riferito, non politicamente neutra, atteso che la “*mobilità urbana*” interseca diritti costituzionalmente protetti (lavoro, studio, etc). Anche il legislatore comunitario, conscio di ciò, si è dimostrato cauto nel disciplinare il settore, preferendo perseguire un’apertura graduale, demandando agli Stati membri la scelta sul *quantum* e soprattutto “*sui modelli*” di

regolazione da adottare. A tal proposito, i modelli di regolazione che si rinvencono nell'area europea sono molto divergenti tra loro. Il modello della regolazione “*nel mercato*” è significativamente presente solo nel Regno Unito, ove nel corso degli anni ottanta e novanta si è perseguita una forte *deregulation*. I Governi conservatori inglesi hanno lentamente eroso il monopolio pubblico a tutto favore dello spazio privatistico mediante l'adozione di un sistema autorizzatorio tanto semplice quanto efficace, che ha permesso una forte liberalizzazione, perlomeno fuori dalla conurbazione di Londra ⁽²⁵³⁾. E' interessante notare però come recentemente, proprio nel Regno Unito, si sia fatta spazio una corrente di pensiero tesa a promuovere un ritorno a forme di regolazione pubblica, mediante retrocessione al pubblico dei ruoli di pianificazione e programmazione, c.d. “*re-regulation*” del servizio; ciò, in quanto, il livello di qualità dei servizi pubblici di trasporto locale si è rivelato, nei fatti, estremamente basso senza peraltro aver ottenuto concreti vantaggi sul piano tariffario. La *re-regulation* però non deve far pensare ad un ritorno al passato remoto dei monopoli pubblici, atteso che si dirige comunque verso forme e modelli atipici di *franchising*, con la predisposizione di contratti standardizzati. L'altro modello regolatorio, invero più frequente, è quello della regolazione “*per il mercato*”, perseguita attraverso la predisposizione di procedure concorsuali per l'affidamento del servizio. In Francia, sin dagli anni ottanta, il legislatore inizia a operare riforme volte ad introdurre la separazione tra “*autorità organizzatrice*” ed “*impresa erogatrice*”. Tale assetto crea, progressivamente, un mercato chiuso, basato sull'attività di operatori pubblici e (pochi) privati; si ottiene quello che la scienza economica definisce un assetto di oligopolio. A Parigi sono presenti soprattutto società pubbliche, mentre fuori dalla capitale si affermano alcuni operatori privati, ex pubblici. L'autorità per la concorrenza francese interviene ripetutamente, contestando, oltre alla posizione dominante degli operatori *incumbent* e l'esistenza intese orizzontali tra i maggiori operatori, anche l'esistenza di forti barriere all'entrata e quindi la presenza di un sistema statico e non dinamico di concorrenza. L'autorità per la concorrenza francese osserva che un forte elemento di barriera, spesso sottovalutato, è costituito dal *know-how*, in quanto l'autorità pubblica predispone i documenti di gara in modo vago e generico, a tutto vantaggio dell'operatore *incumbent* (che conosce perfettamente i dati), mentre per i *new-comers*, la vaghezza delle informazioni assume i connotati di un ulteriore costo e quindi di una ulteriore difficoltà competitiva per la proficua partecipazione alla

⁽²⁵³⁾ Londra segue il modello di regolazione per il mercato. Lo stesso si è dimostrato molto più efficace che ad esempio in Francia, perché c'è trasparenza nelle procedure di gara e di affidamento e le gare sono molto più frequenti, i contratti non troppo lunghi e le competenze dell'autorità pubblica nel momento della gara sono ampie; è quindi un modello che funziona.

gara. L’Autorità francese chiede quindi il rafforzamento delle competenze tecniche delle autorità che redigono l’offerta, con la previsione di adozione di moduli di trasferibilità degli attivi e del personale dall’operatore uscente a quello entrante, oltre alla “*lottizzazione dei bacini*” ed alla “*creazione di fondi*” per la promozione della concorrenza. Anche la Germania, adotta oggi il modello di regolazione per il mercato, peraltro solo dopo ripetute resistenze e numerosi richiami della Commissione UE, il legislatore ha abbandonato il modello monopolistico tradizionale (fino a qualche anno fa la gestione era demandata alle municipalizzate, e l’organizzazione era strutturata su base monopolistica). In ultima analisi, dopo questo breve excursus nel settore dei t.p.l. a livello comparato, si può dire che da recenti analisi economiche effettuate a livello europeo, sono emersi dati che mettono in crisi le note certezze comunitarie sui benefici della liberalizzazione e privatizzazione. Vero è che permane la conferma che le società pubbliche sono meno efficienti, però non vi è la conferma che la procedura di affidamento concorsuale sia migliore delle procedure c.d. “*negoziate*”. Emerge insomma che, se la pubblica amministrazione intende ricercare l’operatore migliore, lo può fare anche senza optare doverosamente per la gara. Inoltre, se privatizzazione e liberalizzazione non sono sufficienti, si deve spostare tutto sulla struttura del contratto di servizio, sulle politiche di industrializzazione delle aziende che erogano il servizio, vero e proprio volano di ammodernamento del sistema e sulla distribuzione del rischio.

La difficoltosa apertura alla concorrenza nel settore dei SIEG, da parte delle istituzioni comunitarie, è dovuta da un lato alla presenza, nei rispettivi Stati membri, di esperienze obiettivamente diverse quando non immediatamente riproducibili e quindi difficilmente armonizzabili da parte del legislatore comunitario e dall’altro, dalla tradizionale presenza di monopoli pubblici giustificati dal fine di salvaguardare l’equilibrio economico-finanziario della gestione dei servizi e dalla natura stessa dei principali servizi pubblici a rete, per i quali la duplicazione delle infrastrutture è antieconomica o di difficile realizzazione ⁽²⁵⁴⁾. L’esperienza inglese è quella che più si discosta da tutte le altre, vive essenzialmente di vita propria e non è immediatamente riproducibile nel contesto continentale ⁽²⁵⁵⁾. Di recente, tuttavia, la dottrina inglese ha avviato un dibattito sulla c.d. *re-regulation* dei servizi, tanto che occorrerà monitorare gli sviluppi. In Francia vige tuttora il modello della *délegation* (mentre nelle zone extraurbane e rurali la gestione è affidata alle municipalità ovvero a consorzi fra più enti locali),

⁽²⁵⁴⁾ N. AICARDI, *op. cit.*, II, 1027 e ss.

⁽²⁵⁵⁾ Cfr. *infra* par. 4 e, con specifico riguardo alla gestione del servizio idrico, S. ANTONIAZZI, *La privatizzazione del servizio idrico in Inghilterra e in Galles e la riforma Water Act 2014*, in M. Midiri S. Antoniazzi (a cura di), *op. cit.*, 255 e ss.

e lo Stato mantiene ancora un forte ruolo protagonista nonostante l'insediamento delle autorità di regolazione. L'esperienza tedesca è probabilmente quella che più si caratterizza oggi per una cosciente gestione del (sempre) difficoltoso rapporto tra poteri centrali e locali. In ogni caso, emerge come l'eterogeneità delle singole esperienze nazionali renda arduo per il legislatore comunitario omogeneizzare la disciplina pro-concorrenziale nel settore dei SIEG. Da qui la scelta di intervenire per mezzo di una disciplina prudente, in grado di fissare alcuni punti saldi minimi di apertura alla concorrenza, al fine di stimolare i singoli legislatori interni ad effettuare interventi di armonizzazione e di avvicinamento graduale nel tempo. Oltre a ciò, la difficile apertura del mercato è dovuta anche al fatto che l'erogazione dei servizi pubblici in regime di monopolio o di riserva non è in quanto tale incompatibile con l'ordinamento comunitario, quando una differente modalità di erogazione del servizio non sia in grado di assicurare l'adempimento della specifica missione di servizio pubblico ex art. 106 TFUE. Ciò fa sì che l'ordinamento comunitario prevede che le imprese incaricate della gestione dei SIEG possano essere esonerate dall'applicazione delle regole di concorrenza se ciò è necessario per garantire l'adempimento della specifica missione. Tra le imprese operanti in regime di privativa pubblica, la direttiva concessioni distingue tra quelle che gestiscono servizi pubblici sulla base di atti di affidamento diretto da parte delle pubbliche amministrazioni (che svolgono servizi sottratti al libero confronto) e quelle che, invece, svolgono l'affidamento a seguito di una procedura ad evidenza pubblica (che operano secondo le regole del mercato in quanto titolari di una concessione assegnata a seguito di un confronto "*for the field*" con altre imprese concorrenti poste sullo stesso piano). La nuova direttiva concessioni si applica solo ai servizi pubblici di carattere economico che sono assoggettati a regime di riserva pubblica o comunque di concessione amministrativa e non ai servizi di pubblica utilità, non contiene misure di liberalizzazione di servizi pubblici, atteso che non impone agli Stati membri il superamento delle riserve o privative pubbliche. La *ratio* dell'intervento è quella di fornire un quadro giuridico certo, equilibrato e flessibile per l'aggiudicazione delle concessioni e per garantire l'accesso effettivo e non discriminatorio al mercato a tutti gli operatori economici dell'Unione, favorire gli investimenti pubblici in infrastrutture e servizi strategici per i cittadini. L'utilizzo dello strumento della direttiva si inserisce nel consolidato e tradizionale cammino *step by step* intrapreso dalle Istituzioni europee sin dalla loro nascita e si propone di coniugare tutela della concorrenza e salvaguardia degli spazi di autonomia degli stati membri nelle scelte relative alla gestione del servizio pubblico e di collocare la procedura per l'affidamento delle concessioni nel quadro generale delle nuove disposizioni sul *public procurement*. Secondo la dottrina europea, ripresa

nei primi considerando alla direttiva, l'incertezza e la disorganicità del tessuto normativo hanno contribuito, nel medio periodo, a limitare la concorrenza, attesa la difficoltà delle imprese europee ad inserirsi nella competizione transnazionale sui contratti di concessione. La direttiva intende quindi coniugare concorrenza e salvaguardia della *potestas* amministrativa nella fase aggiudicatoria e nella fase preliminare sulla scelta se trattenere o consegnare al mercato il servizio. Le autorità sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità e la parità di trattamento e promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici, definire e specificare le caratteristiche dei servizi da fornire, comprese le condizioni relative alla qualità o al prezzo dei servizi, conformemente al diritto dell'Unione, al fine di perseguire i loro obiettivi di interesse pubblico. E' prevista la libertà delle autorità nazionali, regionali e locali di definire, in conformità del diritto dell'Unione, i servizi d'interesse economico generale, il relativo ambito e le caratteristiche del servizio da prestare, comprese le eventuali condizioni relative alla qualità del servizio, al fine di perseguire gli obiettivi delle politiche pubbliche e la facoltà delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, affidare e finanziare i servizi di interesse economico generale, conformemente all'articolo 14 TFUE e al protocollo n. 26 allegato al TFUE e al trattato sull'Unione europea (TUE).

Il legislatore europeo riconosce quindi l'autonomia degli Stati e delle amministrazioni nella gestione dei servizi pubblici, inserendosi, a tutela della concorrenza, con la previsione di uno strumento "basato sul mercato", e non con l'imposizione di un concetto comune di organizzazione dei servizi pubblici o di distribuzione delle funzioni amministrative, al fine di superare le differenze tra le varie discipline nazionali, sulla pubblicità e trasparenza, sui criteri di selezione e di aggiudicazione.

2.2. L'esperienza del Regno Unito.

L'istituzione delle prime *authorities* in Gran Bretagna, avviene nel 1964, con la Commissione Fulton ⁽²⁵⁶⁾. Successivamente, durante il primo mandato del governo conservatore di Margaret Thatcher, viene istituita un'altra commissione, nota come "*Rayner Unit*", in seguito ribattezzata "*Efficiency Unit*", cui viene chiesto di formulare "*nuove proposte di riforma allo scopo di migliorare*

⁽²⁵⁶⁾ Cfr. D. HAGUE W. MACKENZIE A. BAKER, *Public policy and private interest: the institution of compromise*, London, Macmillan, 1975.

l'efficienza delle strutture amministrative del Paese". La Commissione nel 1988 pubblica il rapporto "Next steps", nel quale compare per la prima volta la considerazione che le *agencies* possano occuparsi anche di "welfare benefits" e "rilascio di licenze" per attività di carattere commerciale, non solo di efficienza. La volontà di ampliare portata e competenze delle *agencies* trae scaturigine dall'avvio della stagione delle liberalizzazioni e privatizzazioni dei governi Thatcher e Major che, a partire dai primi anni ottanta, toccano anche il settore dei servizi pubblici, sino ad allora gestiti in regime di monopolio ⁽²⁵⁷⁾. Il legislatore inglese, però, nell'enfasi di privatizzare quanto più possibile i mercati interessati, disegna un ordito normativo incoerente e privo di uniformità ⁽²⁵⁸⁾. Da qui, l'esigenza di realizzare strumenti regolativi che intervengano nel mercato allo scopo di incoraggiarne il funzionamento, atteso che privatizzare senza liberalizzare appare operazione priva di ragione. Il legislatore si trova dinanzi a due alternative: intervenire nell'assetto interno dell'operatore "incumbent", frazionandolo in più imprese mediante alienazione di *assets* a diversi soggetti, ovvero lasciare intatto l'operatore monopolista, garantendone uno stretto monitoraggio, al fine di permettere l'ingresso di nuovi operatori in concorrenza. Il legislatore opta per la seconda strada e adotta il modello delle "regulations by agencies", anche in un'ottica di *accountability* del sistema, senza rinunciare quindi al disimpegno totale delle forze politiche ⁽²⁵⁹⁾. La svolta si raggiunge quando vengono affidate alle autorità di regolazione le competenze al "rilascio delle licenze alle singole società", per operare nel mercato. Ciò fa sì che il regolatore possa decidere "la struttura stessa del mercato", stabilendo caratteristiche e dimensioni dei *competitors* e soprattutto il numero degli stessi. Il legislatore britannico, attribuisce alle autorità anche la c.d. "public interest regulation", che involge valutazioni di natura sociale e di efficienza redistributiva. La scelta è dettata da ragioni pratiche e dalla struttura stessa dei mercati dei servizi essenziali, i quali hanno ad oggetto beni che incidono sullo stesso diritto di cittadinanza (che costituisce un argine al pieno esplicarsi dei meccanismi del libero mercato) e che necessitano quindi della predisposizione di adeguate forme di tutela o per lo meno di un *plafond* minimo di regolazione sociale a tutela di tali diritti, pur nella consapevolezza del

⁽²⁵⁷⁾ Cfr. T. PROSSER, *Constitutional limitations on privatization*, in J. W. BRIDGE (a cura di), *UK Law for the millenium*, London, UKNCCL, 2000, 445 e ss.

⁽²⁵⁸⁾ Il settore del gas per esempio viene prima privatizzato ma non liberalizzato, e ne viene affidata la gestione all'operatore *incumbent* ancora in regime di monopolio.

⁽²⁵⁹⁾ I poteri sono pur sempre trasferiti alle agenzie da parte del legislatore nella misura e nelle forme ritenute congrue; i membri delle autorità sono di nomina politica.

possibile contrasto con l'obiettivo della massima efficienza economica dei mercati ⁽²⁶⁰⁾. L'ordinamento britannico nel medio periodo della stagione delle liberalizzazioni e privatizzazioni distingue tra imprese “*privatizzate semplici*”, che operano nel mercato senza privilegi e senza l'aggravio di forme di protezione sociale da rispettare, e “*utilities*” che forniscono i servizi di TLC, energia, acqua e trasporti, che operano attraverso il rispetto di peculiari regole di “*must-carry*”. Le *utilities* sono, per il diritto interno, soggetti privati immessi nel mercato e chiamati ad ottimizzare il profitto, e per il diritto comunitario, emanazioni dello Stato chiamate a rispettare obblighi di pubblico servizio a tutela degli utenti ⁽²⁶¹⁾. Il legislatore dispone inoltre esplicitamente che le funzioni principali dell'organismo di regolazione e del ministero competente siano orientate principalmente alla tutela degli interessi dei consumatori, da perseguirsi anche attraverso la manipolazione delle leve *dell'advocacy* e del *public-enforcement* sulla concorrenza ⁽²⁶²⁾. Con l'inizio della stagione “*New Labor*”, a partire dalla seconda metà degli anni novanta, si apre l'azione di sistemazione e riconduzione ad unità del sistema e di riparazione alle inefficienze evidenziate in precedenza ⁽²⁶³⁾. Con l'avvento del nuovo millennio e l'introduzione dello “*Utilities Act*”, si assiste ad un ulteriore rafforzamento dei ruoli e delle competenze delle *authorities*. Oggi le due autorità di controllo sui settori del gas e dell'elettricità sono state accorpate in un nuovo ente, “l'Ofgem” ⁽²⁶⁴⁾, organismo dotato di un buon livello di efficienza e indipendenza. Ancora oggi tuttavia il Ministero dell'Interno non è stato spogliato di responsabilità specifiche ed anzi, la legge fondamentale prescrive che Ministero e Ofgem cooperino nell'adempimento delle loro mansioni per il conseguimento dei fini preposti. Inizialmente, non era prevista l'applicazione degli standard espressi dal libro bianco del

⁽²⁶⁰⁾ P. CAVALIERE, *L'autorità di regolazione e controllo dei mercati energetici nell'ordinamento britannico*, in *Servizi pubblici locali e autorità di regolazione in Europa*, cit., 49 e ss.

⁽²⁶¹⁾ Cfr. CGCE, Sentenza 12 luglio 1990 c. 188/89, *Foster c. British Gas* e High Court, *Griffin v. South West Water Services* [1995] IRLR 15.

⁽²⁶²⁾ La ratio desumibile sino a partire dal libro bianco *The Citizen's Charter* del 1991, è quella di porre comunque su due livelli di priorità la tutela del consumatore e quella della concorrenza, attraverso l'applicazione di linee di gestione manageriale ai servizi erogati in regime pubblico e dotando il consumatore di una serie di tutele e strumenti del diritto contrattuale tra soggetti privati piuttosto che tra utente ed amministrazione erogante.

⁽²⁶³⁾ L'approccio è di incremento della collegialità e viene ben presto modificato il procedimento per il rilascio delle licenze, che non vengono più concesse attraverso contrattazioni individuali ma attraverso la fissazione di standard generali cui tutti gli attori del mercato debbono adeguarsi. Anche sul versante della tutela dei consumatori vi sono rafforzamenti normativi che prevedono obblighi di *must-carry* per i *competitors* e clausole contrattuali standard con finalità di controllo dei prezzi ed imposizione di obblighi di servizio universale (inclusa l'imposizione di limiti alla possibilità di interrompere la fornitura ai clienti morosi).

⁽²⁶⁴⁾ Al vertice della struttura dell'Ofgem c'è il *Gas and Electricity Markets Authority*, che fissa obiettivi e strategie sulla fissazione dei prezzi e sulle misure di *enforcement*. Il Gema è l'unico organo dotato di poteri normativi ed esecutivi. La disciplina di funzionamento dell'Ofgem è affidata all'*Utilities Act 2000*.

1991 “The Citizen’s Charter” anche ai servizi erogati in regime di privatizzazione; tuttavia è stata affidata ai regolatori di settore anche la sorveglianza sul rispetto di tale normativa ⁽²⁶⁵⁾. Dal punto di vista strettamente giuridico, non è possibile parlare di poteri regolatori dell’Ofgem ⁽²⁶⁶⁾, se non in senso lato, atteso che gli standard imposti non hanno la stessa efficacia vincolante delle fonti del diritto nella consueta accezione del termine; non sono norme di diritto pubblico, ma hanno valenza all’interno di “*due rapporti sinallagmatici distinti*”, tra autorità e compagnia e tra compagnia e consumatore, come obblighi contrattuali che il prestatore di servizio è tenuto a rispettare nei confronti del consumatore. L’Ofgem, oltre a compiti di “*watch-dog*”, ha anche compiti di predisposizione della normativa di dettaglio, atteso che “*l’impianto generale relativo agli obblighi di servizio*” è stabilito dal legislatore ed ha quindi rango primario ⁽²⁶⁷⁾. L’autorità ha invece un adeguato margine di manovra sulle licenze, in quanto vigila sul rispetto degli obblighi specifici e può negare o revocare una licenza ⁽²⁶⁸⁾. Si desume agevolmente che il primo obiettivo in ordine di importanza imposto all’autorità è quello di garantire la tutela dei consumatori *in primis* e la vigilanza del mercato *in secundis*, tanto nel segmento all’ingrosso che in quello al consumo. La prima fonte normativa di rilievo in argomento è il “*Competition Act*” del 1998, che istituisce una competenza condivisa tra Ofgem e OFT (*Office of Fair Trading*) in merito a quali casi debbano essere considerati infrazioni del diritto della concorrenza. La giurisdizione dell’Ofgem nella tutela della concorrenza si estende a tutte le attività commerciali connesse con la generazione, la trasmissione o fornitura di energia elettrica: trasporto, spedizione e fornitura ed altre attività non soggette ad obbligo di licenza. L’Ofgem è dotata in tali casi di poteri investigativi, ha facoltà di porre in essere misure transitorie e di dare disposizioni per porre fine all’infrazione, ricevere impegni vincolanti da parte dei soggetti regolati ed imporre sanzioni pecuniarie ⁽²⁶⁹⁾. L’Ofgem è tenuta ad applicare anche il diritto comunitario, pur se i due ordinamenti e i due regimi di *enforcement* si mantengono separati, non senza problemi per i casi in cui l’autorità proibisce condotte lesive del diritto nazionale, considerate lecite sotto il profilo del diritto comunitario. Per quanto attiene all’annosa questione dell’impugnabilità delle decisioni para-

⁽²⁶⁵⁾ A. BARRON e C. SCOTT, *The Citizen’s Charter Programme*, in *Modern law review*, 1992, 526 e ss.

⁽²⁶⁶⁾ P. CAVALIERE, *op. cit.*, 63 e ss.

⁽²⁶⁷⁾ Cfr. Gas Act 1986, Electricity Act 1989, Utilities Act 2000.

⁽²⁶⁸⁾ I requisiti per il rilascio della licenza sono due a carattere economico ed uno a carattere sociale: rispetto delle garanzie finanziarie e solidità dell’azienda; garanzie funzionali e di continuità del servizio; forme adeguate di tutela per le fasce deboli della popolazione, primario scopo dell’attività regolatoria.

⁽²⁶⁹⁾ L’ammontare delle sanzioni viene determinato secondo gli standard applicativi dell’OFT; se un medesimo comportamento viola il diritto interno e quello comunitario, la sanzione rimane singola.

giurisdizionali dell'autorità, l'ordinamento britannico si caratterizza ancora oggi per una certa fluidità e incoerenza; una prima forma di impugnazione è quella affidata al ricorso all'autorità *antitrust*, da parte del solo soggetto detentore della licenza, per la quale l'Ofgem propone modifiche ritenute lesive⁽²⁷⁰⁾. Per quanto attiene invece alle impugnazioni tradizionali presso le corti giurisdizionali, pur con le dovute incertezze, il sindacato è qualificabile come di legittimità e volto a scrutinare la sola correttezza della procedura. Il regolatore è tenuto in ogni caso al rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento, pur nel riconosciuto spazio di discrezionalità insindacabile; anche tale aspetto è sindacabile da parte del giudice. Un aspetto interessante dal punto di vista comparato è legato al dibattito apertosi in seno alla dottrina britannica relativamente al rispetto, da parte degli operatori in regime di privatizzazione, dei diritti fondamentali come disposti dallo "*Human Rights Act*" del 1998, esplicitamente vincolante per le sole amministrazioni pubbliche. La giurisprudenza inglese ha accolto la distinzione tra "*core*" e "*hybrid public authorities*", ossia tra quei soggetti che sono sicuramente di diritto pubblico e quelli che non possono essere considerati tali se non in parte⁽²⁷¹⁾. A tal proposito, per distinguere quando un soggetto, pur di natura privata, debba ritenersi vincolato al rispetto dell'HRA, vanno considerati più elementi sintomatici, come l'attribuzione ex lege di poteri, l'incidenza di finanziamenti pubblici nell'esercizio dell'attività del soggetto, la provvisione di servizi altrimenti da ritenersi pubblici o l'esercizio di mansioni solitamente esercitate dal Governo o dalla P.a. A seconda della scelta, cambia l'intensità del sindacato della Corte e dunque il tipo di tutela offerta. La giurisprudenza maggioritaria non ritiene i servizi privatizzati assoggettabili allo stesso regime di quelli pubblici e dunque l'HRA non è applicabile a tali fattispecie. La linea di demarcazione individuata dai giudici risiede nella differenza tra "*fornire*" e "*organizzare*" un servizio; la seconda categoria, che comprende sia l'*outsourcing* che i servizi privatizzati in regime di concorrenza, finisce per avere un sindacato di minore intensità⁽²⁷²⁾. Per quanto riguarda le altre autorità indipendenti britanniche, occorre tenere conto che molti altri servizi di interesse generale sono stati liberalizzati e che pertanto si è reso necessario affidare ad organismi qualificati la regolazione dei relativi mercati. I soggetti della regolazione richiamati, condividono la medesima ratio istitutrice dell'Ofgem, pur con qualche differenza. Vi sono però alcuni casi in cui le differenze sono tali da poter essere definite

⁽²⁷⁰⁾ Cfr. per una critica a questa forma di tutela sui generis e unilateralmente offerta al regolato ma non ai terzi, T. PROSSER, *Regulation, markets, and legitimacy* in J. JOWELL e D. OLIVER (ed.), *The Changing Constitution*, Oxford. Oxford University Press, 2007, 339 e ss.

⁽²⁷¹⁾ Cfr. *ex multis*, *Aston Cantlow and Wilmcote with Billesley Parochial Church Council v. Walbank* [2004] 1 A.C. 546.

⁽²⁷²⁾ Cfr. P. CRAIG, *Administrative Law, London, Sweet & Maxwell*, 2008, 577 e ss.

divergenze, come per i casi delle telecomunicazioni ⁽²⁷³⁾ e dei trasporti. E' il caso di soffermarsi brevemente sul settore dei trasporti nell'ordinamento britannico ⁽²⁷⁴⁾, sia perché esempio paradigmatico di deregolazione di un SIEG nel contesto europeo, sia per via del dibattito apertosi di recente in Inghilterra sull'opportunità di un ritorno ad una regolazione più stringente del settore (c.d. *re-regulation* del servizio) ⁽²⁷⁵⁾. Il settore dei trasporti in Inghilterra è organizzato per “*traffic areas*” ⁽²⁷⁶⁾. Prima della istituzione dei *Traffic Commissioners* e quindi della liberalizzazione del settore, il *Traffic Act* del 1968, aveva istituito due autorità con funzioni di indirizzo e programmazione e di controllo dell'attività ⁽²⁷⁷⁾; pertanto il servizio era stato reso pubblico. Il settore era poi stato liberalizzato con il *Traffic Act* del 1985, ma le autorità di settore mantenevano poteri di emanazione di atti a contenuto pianificatorio generale e definivano i requisiti che i servizi dovevano soddisfare (si tratta sostanzialmente del rispetto di standard minimi di qualità). Con il *Transport Act* 2000 si è costituita la “*Integrated Transport Authority*” e sono state modificate le competenze della “*Executive*”. La liberalizzazione dei trasporti ha come conseguenza la distinzione tra “*attività economicamente vantaggiose*” e “*non economicamente vantaggiose*”. Per le prime (denominate *commercial*) l'apertura alla concorrenza non è problematica, in quanto dotate di forte *appeal* negli operatori, mentre per le seconde (denominate *supported*) continua la necessità di un finanziamento pubblico di supporto a cagione del deficit di *appeal*. Ciascun operatore è libero di esercitare la propria attività sulle tratte che ritiene, a seguito della mera registrazione in un pubblico registro gestito dai *Traffic Commissioners*. L'Autorità di trasporto emana atti a contenuto pianificatorio tesi a individuare le prestazioni non coperte dall'iniziativa dei privati, attraverso procedure informali per le quali è garantita la massima partecipazione procedimentale. La stessa deve effettuare le comunicazioni alle altre autorità di trasporto, agli enti locali interessati e agli operatori commerciali che svolgono la loro attività nell'area interessata dall'atto pianificatorio e gestionale. Il *Transport Act* 2000, è stato modificato dal *Local Transport Act* 2008, mediante il quale sono stati riattribuiti incisivi poteri alle

⁽²⁷³⁾ Nel settore delle telecomunicazioni, lo strumento delle licenze individuali è stato sostituito dalla fissazione di condizioni generali di servizio, vincolanti per tutti gli operatori, da parte dell'autorità denominata Ofcom. Inoltre, per quanto concerne la protezione degli utenti, mentre nel settore dell'energia sono stati istituiti organi ad hoc, qui è previsto un panel interno all'autorità invece che un soggetto indipendente.

⁽²⁷⁴⁾ Si tenga presente che qui si ha riguardo al trasporto su gomma e non su rotaia. Il settore dei trasporti è infatti eterogeneo ed costituito dal trasporto su gomma e su rotaia e per il primo nell'ordinamento britannico sono costituite norme differenti a seconda del contesto interessato.

⁽²⁷⁵⁾ Cfr. a tal proposito J. HIBBS, *The danger of Bus Re-regulation and Other Perspectives on Market in Transport*, *The Institute of Economic Affairs, MacGuru Ltd*, Londra, IEA, 2005.

⁽²⁷⁶⁾ Cfr. *Transport Act* 1985 e successivamente il *Local Transport Act* 2008.

⁽²⁷⁷⁾ Si tratta della *Passenger Transport Authority* e della *Passenger Transport Executive*.

autorità sopra richiamate, le quali ora possono incidere direttamente sugli assetti di organizzazione del servizio nelle aree di riferimento, mediante gli strumenti della *quality partnership* e del *quality contract* ⁽²⁷⁸⁾. Il *Transport Act 2000*, con lo strumento del *quality contract*, ha previsto la facoltà per le autorità di trasporto di instaurare un nuovo regime di esclusiva in alternativa alla struttura sopra descritta. Si tratta di una modalità di regolazione molto più incisiva, attraverso la quale l'autorità competente può attribuire ad un operatore il diritto di operare in esclusiva in un determinato contesto spaziale. Dapprima la scelta discrezionale dell'amministrazione era delimitata dalla predeterminazione, da parte del legislatore, di due requisiti specifici; l'amministrazione doveva dimostrare che il ricorso a tale strumento era l'unica via praticabile e doveva altresì fare in modo che ciò ingenerasse un efficientamento del contesto di riferimento. In seguito tali requisiti sono stati sostituiti con altri criteri più razionali volti comunque a valutare la correttezza dell'operato amministrativo in ordine all'esclusione del servizio dal regime ordinario della concorrenza. La modifica dei requisiti agevola l'agere amministrativo e vede l'intervento amministrativo non più relegato ad ipotesi marginali ed eccezionali. La possibilità di ricorso all'affidamento in esclusiva pertanto è oggi ipotesi percorribile purché sussistano i suesposti requisiti introdotti dal legislatore. Oggi quindi, accanto al generale assetto liberalizzato, è individuato un assetto di tutela con facoltà per le autorità amministrative di procedere alla instaurazione di un regime di monopolio legale. Lo strumento è tuttavia scarsamente utilizzato per molteplici ragioni sia economiche che giuridiche ⁽²⁷⁹⁾. La disciplina britannica conferma comunque l'abolizione del sistema autorizzatorio con la sostituzione del mero obbligo di iscrizione in un pubblico registro detenuto dall'organismo di regolazione. Anche per quanto attiene all'ambito c.d. supportato, emerge una forte tendenza alla semplificazione amministrativa e alla predeterminazione dei criteri di esercizio del potere discrezionale delle autorità pubbliche. Spicca ancora oggi l'assenza della "*consumer protection*" tra le *missions* attribuite all'autorità di regolazione dei trasporti, nel confronto con l'assetto proprio del settore dell'energia sopra analizzato.

2.3. L'esperienza francese.

⁽²⁷⁸⁾ Si tratta di provvedimenti coi quali si individuano gli interventi strutturali da eseguire nell'area interessata a fronte dell'impegno degli operatori privati di garantire standard di servizio determinati. Tali provvedimenti possono essere adottati solo se servono e sono utili a migliorare la qualità dei servizi e migliorare la salubrità dell'ambiente.

⁽²⁷⁹⁾ Il timore delle Autorità è quello di un massiccio ricorso alla tutela giurisdizionale da parte degli operatori privati e quindi un incremento del contenzioso ed anche la difficoltà obiettiva determinata dal timore di forti costi di transizione del mercato storicamente ormai privatizzato e quindi consolidato in un assetto fortemente liberalizzato.

L'ordinamento francese non si discosta dalla tendenza riscontrata negli altri paesi comunitari nel corso degli ultimi decenni. Anche in Francia il modello delle autorità indipendenti ha riscontrato notevole successo, seppure inizialmente l'introduzione era volta perlopiù a incrementare la protezione delle libertà pubbliche e non già o per lo meno non solo al fine di introdurre diverse modalità di regolazione dell'economia ⁽²⁸⁰⁾. L'introduzione delle varie *autorités*, è avvenuta almeno inizialmente in modo disordinato ⁽²⁸¹⁾ e come risposta alla crisi dello Stato imprenditore ed a specifiche esigenze contingenti ⁽²⁸²⁾. La Francia si caratterizza per essere un paese tradizionalmente riluttante a rinunciare a potestà amministrative in favore di istituzioni politiche ed economiche esterne allo stesso apparato governativo. Il discorso può essere esteso anche al settore dei servizi pubblici, nel quale lo Stato francese si propone come tutore della collettività al fine di garantire continuità del servizio, adattamento e uguaglianza, secondo la nota distinzione tra servizi pubblici amministrativi e servizi pubblici industriali e commerciali, caratterizzati dalla presenza di interessi economici e pubblici rilevanti ⁽²⁸³⁾, e sottoposti -per quanto possibile- a norme di diritto privato. Nonostante lo Stato francese si concepisca ancora come garante della collettività e dell'*intérêt général* ⁽²⁸⁴⁾, successivamente all'adozione delle prime direttive comunitarie sul mercato dell'energia ⁽²⁸⁵⁾, si è aperto un acceso dibattito, sia sul versante politico che su quello giuridico, che è culminato nella decisione di creare autorità amministrative indipendenti ⁽²⁸⁶⁾. La creazione di *authorities*, non ha

⁽²⁸⁰⁾ J.D. DREYFUS, *Pourquoi des autorités administratives indépendantes (ou AAI)? Approche phénoménologique*, in B. BOULOC (a cura di), *Autorités de régulation et vie des affaires*, Paris, Dalloz, 2006, 9 e ss.

⁽²⁸¹⁾ La dottrina francese è stata a lungo impegnata in un'opera di ricomposizione di questa frammentazione e ha adottato una definizione accurata delle stesse mediante la riconduzione a categorie omogenee in grado di distinguere tra autorità settoriali e autorità generali.

⁽²⁸²⁾ M. A. FRISON-ROCHE, *Étude dressant un bilan des autoités administratives indépendantes: l'état des lieux*, in *Rapport établi par le sénateur P. Gélard pour l'Office parlementaire d'évaluation de la législation*, 2006, n.5-1-1.

⁽²⁸³⁾ M. LOMBARD, *Les conséquences juridiques du passage de l'État propriétaire a l'État actionnaire: les contraintes du droit de la concurrence*, in *Revue française d'administration publique*, 2007, 573 e ss.

⁽²⁸⁴⁾ La gestione dei servizi di interesse generale in Francia ha comunque attraversato anche prima dell'avvento del diritto comunitario spinte liberalizzatrici e di privatizzazione; non si dimentichi la nota distinzione (peraltro ripresa di recente dalla nostra Corte costituzionale mediante la nota Sentenza del 2009) tra servizi pubblici *administratifs* (interamente sottoposti a regime di diritto amministrativo) e *industriels et commerciaux* (sottoposti ad un regime misto pubblico-privato, che combina elementi di diritto amministrativo ed elementi di diritto privato legati alla natura industriale del servizio) si deve alla giurisprudenza amministrativa francese del XX secolo (Tribunal des conflits, 22.01.1921, *Société commerciale de l'Ouest Africain*).

⁽²⁸⁵⁾ Direttiva 96/92/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, concernente norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e Direttiva 98/30/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 giugno 1998, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale.

⁽²⁸⁶⁾ D.M. TRAINA, *I servizi pubblici locali in Francia*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, 879 e ss.

comunque impedito allo Stato francese di rimanere protagonista nel settore dei servizi di interesse generale. Si pensi ad esempio ai trasporti pubblici, per i quali a differenza che in Inghilterra il coinvolgimento dello Stato francese è ancora fortissimo e la liberalizzazione del settore ⁽²⁸⁷⁾, non ha impedito la formazione di un oligopolio, nel quale i principali protagonisti sono società a partecipazione pubblica totale o maggioritaria ⁽²⁸⁸⁾. Identico discorso vale per gli altri SIEG, tra cui idrico e raccolta dei rifiuti, per i quali nelle aree urbane si ricorre al sistema della *délegation* ⁽²⁸⁹⁾, mentre nelle zone extraurbane e rurali la gestione è affidata alle municipalità ovvero a consorzi fra più enti locali ⁽²⁹⁰⁾. Per quanto riguarda il settore dell'energia elettrica, seppure le attività della filiera siano liberalizzate e sottoposte ad un regime di autorizzazione, il sistema nei fatti è ancora soggetto al dominio dell'ex-monopolista ⁽²⁹¹⁾. Nel mercato del gas invece il ruolo dominante è svolto da un partenariato pubblico-privato nato dalla fusione tra *Gaz de France e Suez* ⁽²⁹²⁾. In entrambi i settori, gli interessi pubblici sono fatti valere anche attraverso la partecipazione degli enti locali e delle loro *Régies*, che a livello locale concentrano i segmenti di distribuzione e fornitura di energia e gas ⁽²⁹³⁾. La scelta francese, come anticipato, è caduta sulla creazione di autorità amministrative indipendenti con poteri di tipo regolatorio. La creazione di tale organismo non è maturata per il solo effetto delle direttive comunitarie ⁽²⁹⁴⁾, anzi, il dibattito si è focalizzato proprio su come conciliare l'applicazione

⁽²⁸⁷⁾ Avvenuta per mezzo della Legge n. 1993-122, del 29 gennaio 1993, c.d. loi Sapin.

⁽²⁸⁸⁾ E. MOSTACCI e G. ROMEO, *La regolazione del trasporto pubblico locale in Europa: un'analisi comparata*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2007, 944 e ss.

⁽²⁸⁹⁾ Il sistema delle *délegation* prevede la costituzione di *Régies* municipali, ossia società di diritto privato riconducibili a grandi colossi misti pubblico-privati o privati.

⁽²⁹⁰⁾ Cfr. L. BRACCHITTA, E. STEFANINI e A. TARZIA, *I servizi idrici in Europa*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2007, 853; M. MAZZA e G. RANDO, *La gestione dei rifiuti nel diritto comparato dei servizi pubblici locali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2007, 913 e ss.

⁽²⁹¹⁾ La *Électricité de France* (EDF) è stata creata nel 1946 dallo Stato attraverso la nazionalizzazione di un certo numero di aziende del settore. Ad oggi seppur divenuta una società per azioni di diritto privato, rimane di proprietà dello Stato che detiene il 70% almeno del capitale sociale per legge (legge n. 2006-1537 del 7 dicembre 2006. EDF concentra ancora diverse attività integrate, quali produzione, gestione della rete nazionale e locale, seppur attraverso altre società del gruppo.

⁽²⁹²⁾ La privatizzazione di GDF è iniziata con la legge n. 2004-803 del 9 agosto 2004, che ha previsto la trasformazione in società privata della stessa con cessione di un massimo del 30% delle azioni. In seguito al tentativo di scalata di Suez da parte di Enel, è stata autorizzata con legge n. 2006-1537 del 7 dicembre 2006, la fusione con GDF. Tale operazione ha comportato una riduzione della partecipazione statale nella nuova società ben al di sotto della soglia del 50%. GDF-Suez svolge tuttora attraverso società controllate anche le funzioni di gestore della rete di trasmissione e di molte reti locali di distribuzione.

⁽²⁹³⁾ L. RICHER, *La régulation et les collectifs locaux: l'exemple de l'électricité*, in *Cahiers juridiques de l'électricité et le gaz*, 2004, 109 e ss e 607.

⁽²⁹⁴⁾ Cfr. C. LEMAIRE, *Énergie et concurrence. Recherches sur les mutations juridiques induites par la libéralisation des secteurs de l'électricité et du gaz*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003, t. I, 320 e ss.

del diritto comunitario con la consueta concezione di servizio pubblico interna ⁽²⁹⁵⁾. Le scelte del Governo si sono indirizzate nel bilanciare esigenze di liberalizzazione e concorrenzialità con il rispetto degli altri interessi pubblici coinvolti. Con la legge intitolata “à la modernisation et au développement du service public de l’électricité”, si è optato per la creazione di un organismo indipendente chiamato a vigilare il mercato del servizio pubblico di fornitura di gas ed elettricità, anche se per almeno un decennio, lo stesso si è dovuto confrontare con un assetto non chiaro che provocava oscillazioni e incertezze nel bilanciamento tra opposti interessi. In principio la legge n. 2000-108 del 10 febbraio 2000, ha creato la “*Comission de régulation de l’électricité*”, investita di tutte le funzioni, compresa quella regolamentare, per soddisfare le esigenze comunitarie. Nel 2003, con la legge 3 gennaio, n. 8, è stato esteso il modello al settore del gas e la Commissione ha preso il nome attuale di CRE, “*Commission de régulation de l’énergie*”, mentre nel 2004, con la legge n. 1485, è stata riconosciuta personalità giuridica e autonomia finanziaria alla stessa. Il sistema così delineato è entrato però in crisi proprio “*sui compiti regolatori*” e sulla questione delle “*tariffe regolamentate*”, ed il braccio di ferro politico è culminato nella legge n. 2006-1537 del 7 dicembre 2006, che ha proceduto a modificare la composizione dell’autorità e le norme sull’indipendenza, riconducendo sotto il controllo politico l’attività dell’autorità, mediante l’allargamento del collegio della *Commission* e la creazione di un secondo collegio con compiti di soluzione delle controversie, optando inoltre per la cancellazione della personalità giuridica dell’autorità. La legge 2006-1537, delinea la *mission* istituzionale dell’autorità ed estende le competenze regolatorie al settore del gas, introducendo anche una sorta di gerarchia fra interessi con vertice la tutela dei consumatori. Sui singoli poteri dell’autorità, la legge 2000-108, affida all’organismo poteri regolatori, consultivi, informativi, di controllo, giustiziali e sanzionatori. La *Commission* ha un potere di proposta sulle decisioni del governo in tema di servizio pubblico, quando queste abbiano un riflesso sul mercato. La CRE può fare delle proposte motivate sulle tariffe di utilizzazione delle reti di trasporto e di distribuzione, ai ministri competenti per l’energia, che entrano in vigore come decisioni ministeriali, se nel termine di due mesi nessun ministro si oppone. La CRE ha il potere di approvare il piano annuale di investimenti per lo sviluppo della rete di trasporto e distribuzione predisposto dal gestore; pubblica un rapporto annuale sull’applicazione del codice di buona condotta, diretto a prevenire i rischi di pratiche discriminatorie nell’accesso alle reti predisposto dal gestore e controlla il rispetto

⁽²⁹⁵⁾ Cfr. F.F. LISSOUCK, *La régulation des services publics en réseau: réflexions sur la recherche d’un équilibre entre l’ouverture à la concurrence et l’exigence de service public*, in *Droit prospectif*, 841 e ss.

delle norme sulla separazione contabile tra i rami d'azienda che svolgono diverse attività della filiera nei settori di gas ed elettricità.

Per quanto riguarda i poteri regolatori, gli stessi sono delimitati nell'oggetto e nei contenuti dalla legge e dal potere regolamentare governativo. Nella maggior parte dei casi lo stesso è subordinato all'intervento di un "décret", il cui contenuto può solo essere completato e precisato dall'autorità.

Ne risulta un'autorità dagli spazi ridotti e delimitati se confrontata con gli organismi omologhi presenti in altri Stati membri. Altro aspetto delicato è il rapporto con le altre amministrazioni indipendenti che ha generato spesso incertezze negli operatori e contrasti culminati in contenzioso. In generale spetta alle autorità politiche e al governo la determinazione della politica energetica e la regolazione del servizio pubblico; all'autorità di regolazione settoriale le funzioni relative all'apertura del mercato; all'autorità della concorrenza il controllo della repressione delle pratiche anticoncorrenziali. Nella pratica questi tre livelli di governo finiscono spesso per intersecarsi.

Per quanto attiene alle competenze giurisdizionali, prima della legge 2006-1537 il medesimo collegio era competente a esercitare sia i poteri regolatori che giustiziali, mentre ora vi sono due collegi, proprio per evitare che regolatore e attuatore si trovino ad essere il medesimo soggetto. Il controllo sugli atti della CRE è sia preventivo, da parte del Parlamento, che successivo, da parte del giudice amministrativo.

2.4. L'esperienza tedesca.

Anche in Germania, il passaggio dallo Stato imprenditore a quello regolatore è stato difficoltoso, non privo di ostacoli e battute d'arresto, soprattutto nel settore dei servizi a rete, ancora fortemente integrati. Il diritto comunitario è stato un forte volano del cambiamento e la scelta di fissare alcuni principi quadro senza imporre un modello unico di autorità indipendente ha sortito i risultati auspicati anche in uno Stato fortemente federale come quello tedesco: il forte assetto decentrato ha convinto il legislatore tedesco ad optare per la compresenza di due modelli di autorità indipendente, al fine di garantire contemporaneamente il rispetto dei principi comunitari e le caratteristiche dell'ordinamento nazionale. Oggi si possono isolare due tipologie di *authorities*: politico-amministrative e indipendenti. Le prime sono fortemente integrate all'apparato governativo, mentre le seconde esercitano i propri poteri di regolazione indipendentemente dalla sfera governativa, sia anteriormente che posteriormente all'evento anticoncorrenziale. Fino al 2005 vi era una terza

autorità, quasi giurisdizionale, che agiva “*in the scale of government intervention*”⁽²⁹⁶⁾, e l’intervento regolatore si realizzava solo a posteriori, in casi di conflitto o per prevenire abusi di posizione dominante⁽²⁹⁷⁾. In materia di concorrenza e liberalizzazione vi sono due autorità, il *Bundeskartellamt* (BKartA) e la *Monopolkommission*, ed entrambe sono disciplinate dal *GWB* (*Gesetze gegen Wettbewerbsbeschränkungen*). Il BKartA è un’autorità indipendente federale di livello superiore, con compiti di garanzia di rispetto e di applicazione della *GWB* nei vari settori dell’economia tedesca al fine di evitare la formazione di cartelli, controllare le fusioni, le pratiche abusive e le posizioni dominanti. Essa svolge il proprio ruolo tramite due procedure: il comminamento di ammende amministrative forfettarie e l’attivazione dei procedimenti amministrativi, ed è associata al *Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie* (BMW). Accanto all’autorità federale vi sono anche autorità locali e ogni Land è dotato di una propria autorità della concorrenza, il *Landeskartellamt*, a competenza territoriale limitata al territorio (qualora gli effetti di una violazione della *GWB* non si limitino al Land, diventa competente il BKartA. Nonostante l’associazione al BMW, la natura indipendente dell’autorità è salvaguardata sia dal fatto che le decisioni sono assunte sulla base di criteri assolutamente tecnici sia dal fatto che il ministero non esercita praticamente mai la propria facoltà di intervento. Per quanto attiene al mercato energetico (elettricità, gas, telecomunicazioni, poste, ferrovie) assieme al BKartA vi è un’altra autorità, la *BNetzA*, che ha poteri di natura concorrenziale soprattutto per quanto concerne il TPA (*third party access*). Le decisioni emesse dal BKartA sono ricorribili presso l’*OLG* (*Oberlandesgericht*) territorialmente competente e in appello presso il *BGH* (*Bundesgerichtshof*). Per quanto attiene invece alle decisioni in materia di fusioni è ammissibile un altro ricorso al *Ministererlaubnis* (per ottenere la c.d. autorizzazione ministeriale). Se l’autorità nega l’autorizzazione può essere esperito ricorso al BMW, per ottenere “*un’autorizzazione speciale*” sulla base di ragioni di interesse generale. La *Monopolkommission* è un organo indipendente, ausiliario, competente in materia di competizione e regolazione della concorrenza, in particolare in materia di telecomunicazioni, poste, energia e ferrovie. L’esperienza tedesca nel settore dei SIEG, specificamente nel settore energetico, risulta molto interessante ai fini di un’analisi comparata, atteso che il processo di liberalizzazione del mercato energetico produce la contemporanea presenza di due differenti modelli di regolazione e rappresenta per lungo tempo un

⁽²⁹⁶⁾ B. EBERLEIN, *To regulate or not to regulate electricity: explaining the German Sonderweg in the EU context*, in *Journal of Networking Industries*, 2, 2001, 353 e ss.

⁽²⁹⁷⁾ E. BERTOLINI, *Le autorità di regolazione nei servizi pubblici locali in Germania*, in *Servizi pubblici locali e autorità di regolazione in Europa*, cit., 77 e ss.

unicum a livello comunitario. In Germania, la dottrina considera l'anno 2005 come lo spartiacque tra il passato (orientato verso il modello politico-amministrativo, pur con richiami a quello quasi giudiziario) e il presente (orientato al modello della regolazione indipendente), in quanto anno di creazione dell'autorità preposta alla regolazione, fra le altre cose, del mercato energetico, "la BNetzA". L'istituzione di detta autorità, segna l'abbandono della mera regolazione *ex post* a quella anche *ex ante* ⁽²⁹⁸⁾. Invero, l'assetto che emergeva dopo la prima riforma del mercato energetico era di "regolazione senza autorità di regolazione", in quanto le autorità della concorrenza non potevano essere qualificate come autorità di regolazione del settore energetico, attesa la sostanziale diversità di ruoli (le prime infatti detengono compiti di verifica del rispetto del diritto alla concorrenza, ed hanno essenzialmente operatività *ex-post*, mentre le seconde detengono poteri più incisivi e discrezionali, ed operano anche *ex-ante*). Il modello tedesco pre-2005 era dunque caratterizzato dalla compresenza di più autorità che operavano nei vari settori della regolamentazione del mercato energetico. In tale assetto il ministero dello sviluppo e della tecnologia (BMW_i) era l'organo di vertice, deputato al controllo ed alla regolamentazione tecnica (norme tecniche e standard di sicurezza delle installazioni e degli impianti dell'approvvigionamento). Per quanto atteneva invece all'accesso dei terzi alla rete (TPA), ai monopoli naturali ed alle tariffe, la competenza era affidata ai singoli operatori ed all'antitrust (BKartA). In materia di diritto della concorrenza, invece, la competenza era affidata al BKartA e a livello di Land ai *Landeskartellamter*. Una parte della dottrina tedesca qualificava tale assetto come "autoregolatorio" (i singoli operatori negoziavano tra loro le modalità di regolamentazione del settore), "quasi-giudiziario", di natura sussidiaria, correttiva e di esclusiva regolamentazione *ex-post*. L'assetto multi-livello sopra delineato non era però soddisfacente, in quanto l'intervento della BKartA era poco incisivo e complementare al sistema di autoregolazione, mentre l'intervento giurisdizionale era interpretato come *extrema-ratio*, da utilizzare solo nell'eventualità in cui la negoziazione fosse fallita. Il sistema così delineato entra in crisi successivamente all'adozione delle direttive comunitarie del 2003. Il 31 agosto 2003, il ministero BMW_i, sospende l'attività della BKartA in materia energetica, nell'attesa di creare un'autorità specializzata, che prenderà il nome di BNetzA (*Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen*), e che nascerà dalle ceneri dell'autorità delle telecomunicazioni o RegTP (*Regulierungsbehörde für Telekommunikationen und Post*). Nel 2005

⁽²⁹⁸⁾ A. PICOT (a cura di), "10 Jahre wettbewerbsorientierte Regulierung von Netzindustrien in Deutschland", München, Verlag C.H. BECH, 2008.

viene adottata la “*Zweites Gesetz zur Neuregelung der Energiewirtschaftsrechts*”, per la definitiva apertura del mercato dell’energia e che, in tema di accesso alle reti, sostituisce l’accesso negoziato (di fatto escluso dalla direttiva 2003/55/CE) con quello regolamentato e istituisce la BNetzA. Il compito della nuova legge è quello di istituire un mercato dell’energia improntato alla concorrenza, dove il rispetto delle regole è affidato ad una amministrazione indipendente e terza, in grado di garantire e sovrintendere alla realizzazione di un mercato non discriminatorio e concorrenziale ⁽²⁹⁹⁾. La creazione di siffatta autorità, segna il passaggio da una logica quasi giudiziaria ed *ex-post* ad una di regolazione indipendente (pur con i consueti problemi di cumulo di funzioni esecutive, legislative e giudiziarie, oltre al *quantum* di reale indipendenza e di rispetto dei principi di democraticità che affliggono, come noto, la categoria ⁽³⁰⁰⁾) con capacità decisionale svincolata da logiche politiche e con combinazione di interventi *ex-ante* ed *ex-post*. Oggi coesistono due *authorities*, la BNetzA e la BKartA, che si ripartiscono le competenze, scambiandosi informazioni e assicurando il rispetto e la corretta applicazione del “GWB” nel mercato, in un assetto che la dottrina tedesca chiama di <<*Kombinationsmodell*>>. Nel settore energetico non si applicano i par. 19 e 20 del GWB, sulle pratiche abusive e discriminatorie e la regolazione tecnica opera prevalentemente *ex-ante*, mentre quella concorrenziale opera prevalentemente *ex-post*. Accanto all’autorità federale, anche nel settore energetico sono previste autorità locali, le “*Landesregulierungsbehörden*” (LRegB). Al BMWi spetta oggi un compito di mera supervisione del settore energetico, mentre alla *Monopolkommission* spetta la vigilanza sull’effettivo sviluppo della concorrenza e dell’applicazione del GWB e della EnWG. Quanto ai poteri delle “*Regulierungsbehörden*”, essi sono disciplinati dalla EnWG. Prima di effettuare una disamina per singola autorità, conviene esaminare brevemente il sistema di riparto di competenze tra i due livelli di governo (federale e statale). E’ previsto un doppio criterio di riparto tra autorità federale e autorità dei singoli Lander: il criterio del “*numero di clienti*” (gli erogatori con meno di 100.000 clienti rientrano sotto il controllo delle autorità locali) ed il criterio della “*territorialità delle reti*” (se superano i confini del Land, rientrano nella competenza dell’autorità statale). In generale, la EnWG prevede un elenco di competenze specifiche per le LRegB, cosicché

⁽²⁹⁹⁾ T. VON DANWITZ, *Regulation and liberalization of the European Electricity Market – A German View*, in *Energy Law Journal*, 2006, 423 e ss.

⁽³⁰⁰⁾ Cfr. sul punto M. CLARICH, *Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005 e anche F. MERUSI e M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2003. In Europa invece S. WILKS e I. BARTLE, *The Unanticipated Consequences of creating Independent Competition Agencies*, in *West European Politics*, 25, 1, 2002, p. 148 e ss. Per quanto riguarda il rischio di cattura da parte dei c.d. *veto players*, cfr. M. THATCHER, *Regulation after Delegation: Independent Regulatory Agencies in Europe*, in *Journal of European Public Policy*, 9, 6, 2002, 954 e ss.

la competenza della BNetzA è qualificabile come di tipo residuale. Le LRegB, vantano un importante ruolo in tema di accesso alle reti, in quanto si occupano di rilasciare le autorizzazioni agli operatori del settore (oltre a sorvegliare il rispetto della normativa tecnica e delle misure di approvvigionamento energetico). Il rilascio dell'autorizzazione avviene sulla base di condizioni non discriminatorie, oggettive e trasparenti, ed è negato solo in caso di mancato adeguamento ai requisiti di legge (capacità tecnica ed economica, solidità di impresa e possibilità di operare nella rete in sicurezza). La BNetzA, invece, è dotata di poteri di natura regolatoria: può emanare regole vincolanti per gli operatori di rete e per i fornitori, soprattutto in materia di accesso alle reti (fissa la normativa di dettaglio soprattutto nel settore dell'*upstream*, tramite strumenti di *soft law*, quali ad esempio accordi con le associazioni degli operatori delle reti). Oggi il territorio nazionale è suddiviso in "diciannove aree", nelle quali possono operare più imprese del segmento della fornitura locale. Tale modalità pro-competitiva, detta del "doppio contratto o *entry-exit*", è incentivata dalla BNetzA, al fine di dare massima attuazione alla concorrenza e trarre i maggiori benefici per i clienti finali. La BNetzA ha inoltre competenza anche in materia tariffaria, dove approva le tariffe d'accesso alle reti e fornisce attività di *benchmarking* dei prezzi. In materia tariffaria è stata prevista una regola peculiare di inversione dell'onere prova, per la quale è stato trasferito sui gruppi energetici l'obbligo di fornire tutta la documentazione richiesta dalla BNetzA (la quale può agire anche *ex ante*), e di provare che i loro prezzi sono equilibrati e concorrenziali e non viceversa.

3. IL RUOLO DI *ADVOCACY* E QUELLO DI *PUBLIC ENFORCEMENT* DI AGCM: LA RELAZIONE ANNUALE 2017.

AGCM, nella relazione del 31 marzo 2017 sull'attività svolta nel 2016, sottolinea che anche il Fondo Monetario Internazionale individua fra gli ostacoli principali che rallentano la ripresa dell'economia italiana il calo di produttività del lavoro ed un contestuale innalzamento del suo costo, tanto da suggerire di abbattere le rigidità regolatorie e le barriere alla concorrenza che ancora persistono in alcuni settori produttivi, quali i servizi pubblici, le industrie a rete e i servizi professionali (che da soli rappresentano un terzo del valore aggiunto totale dell'economia nazionale e il 30% dei consumi finali dei privati). Inoltre, a livello locale, risultano ancora fortemente regolati e soggetti a numerose autorizzazioni i comparti dei servizi pubblici locali, dei trasporti e del commercio al dettaglio. Secondo AGCM, per rimuovere questi ostacoli è necessario avviare politiche

di liberalizzazione o velocizzare quelle già avviate, come la legge annuale sulla concorrenza e la riforma della pubblica amministrazione ⁽³⁰¹⁾. Ai provvedimenti approvati devono aggiungersi poi il Disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza, che introduce numerose misure settoriali di liberalizzazione dei mercati, e la Proposta di legge per disciplinare le piattaforme digitali, che mira a regolamentare alcuni nuovi mercati in forte espansione e il cui sviluppo può rappresentare un'occasione di crescita per l'economia nazionale. Se, nel complesso, i citati interventi hanno inaugurato un'importante stagione riformatrice nel Paese, in gran parte coerente con gli auspici espressi dall'Autorità, deve d'altro canto rilevarsi come, da un punto di vista più operativo, i risultati finora conseguiti abbiano avuto una portata assai meno incisiva: a fronte, infatti, di alcuni provvedimenti che sono stati approvati (non senza criticità), altri, di notevole importanza, hanno visto interrotto il loro iter a causa di alcuni eventi politico-istituzionali nel frattempo intervenuti. Fra i primi devono, in particolare, menzionarsi il nuovo Codice degli appalti, la cui piena operatività è limitata dalla presenza nel testo di numerosi rinvii a disposizioni attuative ancora da adottarsi, come pure il T.U. sulle società partecipate, il cui ambito di applicazione risulta in parte ridimensionato all'indomani della sentenza n. 251/2016 della Corte costituzionale, ed è in corso di ridefinizione con apposito decreto correttivo. Fra gli interventi che non hanno ancora visto la luce, invece, si segnalano la legge annuale per il mercato e la concorrenza, il cui iter di approvazione in Parlamento dura ormai da due anni, e il Decreto legislativo sui servizi pubblici locali (SPL) (cfr. *supra*, cap. I, par. 6), il cui testo è stato accantonato dal Governo all'indomani della citata sentenza della Corte.

L'effetto combinato del rallentamento dell'iter di approvazione dei provvedimenti richiamati e il rinvio della effettiva entrata in vigore di altri già approvati a norme attuative da adottarsi in tempi futuri, produce un quadro normativo instabile e incerto che mina il basilare principio della certezza del diritto, con ripercussioni dirette sulle scelte e sulle strategie degli operatori economici. È ben noto,

⁽³⁰¹⁾ In linea con tali suggerimenti, fra il 2015 ed il 2016 sono state adottate numerose iniziative di riforma, molte delle quali sollecitate ripetutamente dall'Autorità negli anni scorsi. Tra queste, particolare rilievo deve ascriversi, per i profili di stretta connessione con il tema dello sviluppo della concorrenza e dell'apertura dei mercati, al vasto processo di riforma della pubblica amministrazione avviato con la legge 7 agosto 2015, n. 124 (Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche) c.d. Legge Madia, con l'obiettivo di snellire, modernizzare e rendere più efficiente l'amministrazione attraverso misure di semplificazione amministrativa e di razionalizzazione di importanti comparti, fra cui quello delle società partecipate e quello dei servizi pubblici locali (SPL). All'approvazione della legge è seguita nel corso del 2016, l'adozione di numerosi provvedimenti attuativi, che hanno contribuito a rendere concreto ed effettivo il percorso riformatore avviato. Di rilievo, secondo l'Autorità, anche il nuovo Codice degli appalti, che ha rinnovato il precedente Codice, più volte modificato nel corso degli anni, con lo scopo di semplificare e sistematizzare la normativa di settore, di rendere più efficiente l'utilizzo di fondi pubblici e di ridurre la corruzione nell'ambito delle gare pubbliche.

infatti, che l'incertezza della cornice regolatoria entro cui le imprese sono chiamate ad operare alimenta un clima di diffidenza che scoraggia l'iniziativa economica e gli investimenti; riduce il livello di effettività della legge, incentivando comportamenti opportunistici e illegali; aumenta la discrezionalità amministrativa, l'arbitrarietà nell'applicazione della legge (anche da parte dei giudici) e i relativi costi di compliance per i destinatari, creando un contesto favorevole alla diffusione della corruzione. In questa prospettiva, l'Autorità, nella relazione 2017, richiama l'attenzione di Governo e Parlamento sulla necessità di riprendere con speditezza il cammino delle riforme, adottando quei provvedimenti ancora mancanti, che sono tasselli fondamentali per il buon esito del processo riformatore avviato negli anni scorsi. Il processo di riforma, almeno nei suoi aspetti principali, è stato influenzato dalla sentenza n. 251, del 2016, della Corte costituzionale, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme della legge contenenti le deleghe al Governo in tema di riorganizzazione della dirigenza pubblica, di riordino della disciplina vigente in tema di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, di partecipazioni azionarie delle pubbliche amministrazioni nonché di servizi pubblici locali di interesse economico generale. Anche se, come precisato dalla stessa Corte, i profili di illegittimità costituzionale ravvisati nella citata sentenza restano circoscritti alle disposizioni di delegazione della legge e non si estendono alle relative disposizioni attuative - almeno finché non saranno a loro volta oggetto di pronuncia da parte della Corte - è indubbio che l'impalcatura della riforma ne è risultata nel complesso indebolita.

Le ripercussioni maggiori, secondo AGCM, si sono prodotte, in particolare, nel settore dei servizi pubblici locali (SPL), con la mancata adozione del decreto attuativo, e in quello delle imprese a partecipazione pubblica, con un ridimensionamento della portata della relativa disciplina. Con riguardo ai SPL diviene, pertanto, necessario, che il Governo e il Parlamento intervengano di nuovo sulla materia, tenuto conto anche dell'avvenuta decorrenza dei termini di esercizio della delega.

Nel merito, l'Autorità si era già espressa sulla necessità di raccogliere e coordinare le varie disposizioni vigenti in un unico testo normativo attraverso la costituzione di uno "statuto unitario" e sull'importanza di razionalizzare le società pubbliche esistenti (in termini di numero e competenze) (cfr. cap. I, par. 7 *supra* nonché le tabelle in calce all'elaborato), allo scopo di garantirne gestioni più efficienti. Il d.lgs. 175/2016 si muove nella direzione auspicata dall'Autorità laddove riconduce la disciplina delle società pubbliche ad un unico corpus normativo e richiama espressamente tra i criteri applicativi il principio di tutela e promozione della concorrenza (art.1, comma 2). Secondo AGCM, un giudizio più completo sul decreto potrà naturalmente esprimersi solo nei prossimi anni, dopo

averne visto la piena attuazione, anche alla luce delle disposizioni contenute nel decreto correttivo. Emerge, comunque, sin d'ora una criticità sul piano concorrenziale che merita di essere evidenziata: essa riguarda la deroga dall'obbligo di separazione societaria, di cui all'art. 8, comma 2-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287 (Norme per la tutela della concorrenza e del mercato), prevista per le società a controllo pubblico, che svolgano attività economiche protette da diritti speciali o esclusivi insieme con altre attività svolte in regime di economia di mercato (art. 6, comma 1). Tale disposizione, oltre a comportare un'evidente disparità di trattamento con riguardo alle imprese private che risultino titolari di diritti speciali o esclusivi, introduce anche un elemento di scarsa trasparenza del mercato, idoneo ad indebolire la tutela della dinamica competitiva, tanto più in mercati dove opera un soggetto titolare di una riserva legale.

3.1. L'attività di *enforcement*.

Fra i settori d'intervento dell'Autorità per comportamenti abusivi delle imprese si segnala quello farmaceutico: il mercato dei farmaci risulta essere particolarmente delicato per le ricadute negative che i comportamenti anticoncorrenziali delle imprese hanno sul sistema sanitario nazionale – e dunque sulle finanze pubbliche – e, ancor più grave, sulla garanzia di un diritto fondamentale dei cittadini, quale quello alla salute. A conferma della rilevanza di tale mercato, l'Autorità è intervenuta sia con un'attività di *enforcement*, che ha portato alla conclusione di un'istruttoria nei confronti della multinazionale farmaceutica Aspen (A480 – Incremento prezzi farmaci Aspen), sia con un'attività di indagine conoscitiva. L'Autorità nel corso del 2016 ha avviato anche due procedimenti finalizzati all'adozione di misure cautelari ai sensi dell'art. 14-bis l. 287/1990. La disposizione normativa in esame, introdotta da oltre dieci anni (decreto legge 4 luglio 2006, n. 223 (Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale), convertito dalla legge 4 agosto 2006, n. 248), ha espressamente attribuito all'Autorità l'esercizio di poteri cautelari qualora ricorrano i due presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*. L'Autorità, pertanto, valuta *prima facie* la probabilità della sussistenza di un'infrazione e il pericolo che il comportamento contestato produca un danno grave ed irreparabile alla concorrenza, evitabile grazie all'adozione di misure cautelari. L'applicazione della misura può produrre l'effetto di rendere più efficace l'intervento

dell'Autorità laddove, attraverso la sospensione del comportamento ritenuto illecito, si consente la ripresa anticipata delle dinamiche concorrenziali del mercato ⁽³⁰²⁾.

Nel 2016 l'Autorità ha ricevuto 52 comunicazioni di concentrazione fra imprese, ai sensi dell'art. 16 della l. 287/1990, per valutare la loro idoneità a costituire o rafforzare una posizione dominante che eliminasse o riducesse in modo sostanziale e durevole la concorrenza nel mercato nazionale. Di queste, in cinque casi ha ritenuto di avviare le istruttorie ai sensi dell'articolo 16, comma 4, della l. 287/1990: tutti i casi si sono conclusi con l'autorizzazione della concentrazione subordinatamente all'adozione di alcune misure correttive.

3.2. Le indagini conoscitive: l'indagine sul mercato dei rifiuti urbani.

Avvalendosi dei poteri di cui all'art. 12, comma 2 della l. 287/1990, l'Autorità ha concluso nel corso del 2016 cinque indagini conoscitive finalizzate a verificare il livello di concorrenza in settori particolarmente sensibili, come la salute, o che necessitano di politiche pro-concorrenziali,

⁽³⁰²⁾ In questo senso, nel caso A495 – Gara TPL Padova, l'Autorità ha avviato un procedimento istruttorio, per violazione dell'art. 102 del TFUE e contestualmente un procedimento finalizzato all'adozione delle misure cautelari, nei confronti delle società Busitalia Veneto S.p.A.(BV), Busitalia Sita Nord S.r.l. (BSN) e APS Holding S.p.A. (APS). I procedimenti sono stati avviati, su denuncia della Provincia di Padova designata, insieme al Comune di Padova, quale Ente di Governo (EdG) del TPL nel bacino di Padova, con riguardo alle condotte tenute dalle società suindicate consistenti nel ritardare e/o omettere l'invio di informazioni indispensabili a completare gli elaborati per la gara in appalto del servizio di TPL nel Bacino integrato di Padova. Detta condotta impediva di fatto all'Ente di Governo di indire nei tempi previsti lo svolgimento di una gara. Con riferimento al procedimento di avvio della misura cautelare, l'Autorità, dopo aver rilevato la posizione dominante di BV nel mercato dei servizi di trasporto pubblico locale nel Bacino unico integrato di Padova, in merito alla sussistenza del *fumus boni iuris*, ha ritenuto probabile la natura abusiva delle condotte poste in essere da BV e dalle sue controllanti, consistenti nell'aver ritardato e/o omesso l'invio all'Ente di Governo di informazioni strettamente indispensabili e richieste dalla normativa nazionale. Sulla sussistenza del *periculum in mora*, l'Autorità ha rilevato che le condotte poste in essere dall'incumbent (BV, BSN, APS) fossero idonee a determinare il rischio di un danno grave e irreparabile alla concorrenza, considerato che avevano già impedito l'apertura alla concorrenza, entro il termine del 31 dicembre 2016, di un mercato fino ad oggi chiuso a qualsiasi confronto competitivo, con l'effetto di precludere l'accesso a nuovi operatori nazionali e internazionali e di danneggiare i consumatori finali. Inoltre, ove mantenute nel tempo, tali condotte avrebbero l'effetto di ulteriormente ritardare sine die lo svolgimento della gara. All'esito dell'istruttoria l'Autorità ha adottato una misura cautelare solo nei confronti della società APS in quanto le società BV e BSN hanno fornito alla stazione appaltante le informazioni rilevanti nel corso del procedimento. L'Autorità, infatti, sulla base delle risultanze istruttorie, ha ritenuto pretestuosa la richiesta di proroga di 180 giorni formulata da APS per la consegna delle informazioni ed ha ordinato alla società di fornire all'Ente di Governo del bacino del TPL, entro un termine indicato, le informazioni e i dati richiesti.

ovvero che sono stati investiti da interventi di liberalizzazione per verificarne gli effetti. Il servizio di gestione dei rifiuti si presenta, in Italia, fortemente frammentato e suddiviso in mercati che, molto spesso, hanno un'estensione locale; tale caratteristica strutturale, unita ad una regolazione a sua volta molto frammentata, ha contribuito a rallentare i processi di liberalizzazione e l'introduzione di dinamiche concorrenziali per la selezione dei gestori del servizio. L'indagine sulla gestione dei rifiuti urbani ha messo in evidenza come il settore sia caratterizzato da una struttura di mercato polverizzata, essendo il servizio storicamente gestito a livello comunale. Ciò ha portato, di conseguenza, alla presenza di un elevato numero di aziende di piccole dimensioni che gestiscono il servizio grazie ad affidamenti diretti e senza gara (c.d. in house providing), di durata particolarmente lunga. Lo scenario è poi ulteriormente aggravato da un eccessivo ampliamento della privativa comunale, che ha portato a riservare al gestore della raccolta dei rifiuti urbani anche il servizio di raccolta dei rifiuti speciali (attraverso la cosiddetta "assimilazione" dei rifiuti speciali agli urbani) e la gestione delle fasi che si trovano a valle della raccolta (attraverso la cosiddetta "gestione integrata" dell'intero ciclo dei rifiuti), due attività che potrebbero invece essere aperte ad una gestione più concorrenziale. Dall'indagine condotta dall'Autorità emerge anche una regolazione, prevalentemente locale, eccessivamente restrittiva dell'accesso ai mercati del trattamento meccanico-biologico (TMB) e della termovalorizzazione (TMV) dei rifiuti indifferenziati. Tali barriere regolatorie sono la causa principale di una marcata sotto-capacità impiantistica in tali settori. Inoltre, l'Italia si contraddistingue anche per un eccessivo ricorso allo smaltimento in discarica dei rifiuti urbani (circa un terzo del totale, contro percentuali che in Germania, Belgio, Paesi Bassi e Svezia si fermano all'1,5%). A fronte di tali problematiche, l'Autorità ha formulato alcune proposte per rivedere le modalità di affidamento della raccolta: la gara dovrebbe essere, dove possibile, il modo privilegiato per selezionare gli operatori di mercato, mentre gli affidamenti non dovrebbero avere una durata superiore ai cinque anni; contestualmente, gli affidamenti in house dovrebbero essere vincolati ad un *benchmarking* di efficienza (sul punto cfr. cap. III, par. 2 sotto). Per quanto riguarda, invece, i bacini per la raccolta, dovrebbero essere ridefiniti in modo da ampliarli e differenziarli per le fasi a valle (trattamento meccanico-biologico e termovalorizzazione), con una gestione che disincentivi il conferimento in discarica, utilizzando meglio lo strumento dell'ecotassa per rendere economicamente più conveniente il ricorso ai TMB e ai TMV. Sarebbe inoltre necessario e opportuno applicare un modello di regolazione centralizzato, affidando le competenze a un'Autorità centrale, quale, ad esempio, l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico. L'Autorità suggerisce, infine, di riformare

il sistema consortile (Conai), il quale, se da un lato ha avuto il merito di aver svolto finora un ruolo fondamentale nell'avvio a riciclo della differenziata, ha dall'altro la necessità di evolversi in un modello concorrenziale per garantire che i produttori di imballaggi rispettino il principio "chi inquina paga".

Nell'aprile 2016, l'Autorità ha formulato un parere, ai sensi dell'articolo 22 della l. 287/1990, all'Agenzia territoriale dell'Emilia-Romagna per i servizi idrici e rifiuti (ATERSIR) in merito alle tempistiche di attuazione della Delibera sull'assetto amministrativo della gestione dei rifiuti urbani; ciò in quanto alcuni bacini territoriali non erano stati resi effettivamente operativi. In particolare, l'Autorità ha ricordato che la normativa nazionale dettata dalla legge 14 settembre 2011, n. 148 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, recante ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo. Delega al Governo per la riorganizzazione della distribuzione sul territorio degli uffici giudiziari), all'art. 3-bis imponeva che i servizi pubblici locali a rete a rilevanza economica dovessero essere organizzati sulla base di ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei governati da specifici Enti, istituiti dalle Regioni. Ha sottolineato, dunque, che le Regioni avevano l'obbligo di istituire gli ATO e di determinarne la dimensione, la quale doveva essere almeno provinciale. L'Autorità ha constatato che la Regione Emilia Romagna aveva celermente attuato la normativa nazionale tramite l'istituzione dell'Agenzia territoriale dell'Emilia Romagna per i servizi idrici e rifiuti (ATERSIR), quale Ente di governo dell'Ambito unico regionale, nonché mediante la Delibera della Giunta n. 1470 del 15 ottobre 2012, con la quale aveva definito i criteri per la ripartizione del perimetro territoriale dei bacini di affidamento dei servizi pubblici ambientali. Tuttavia, il nuovo assetto amministrativo, con l'istituzione dei bacini territoriali, non era stato reso operativo in alcune provincie, tra cui quella di Bologna. Tale situazione aveva determinato la mancata indizione delle gare d'ambito per l'affidamento del servizio pubblico di raccolta e smaltimento rifiuti e la conseguente prosecuzione dei contratti dei gestori d'ambito in regime di continue proroghe, in contrasto con i principi concorrenziali. L'Autorità ha pertanto invitato l'ATERSIR ad avvalersi delle disposizioni contenute nella normativa regionale in materia (legge regionale 5 ottobre 2015, n.16, Disposizioni a sostegno dell'economia circolare, della riduzione della produzione dei rifiuti urbani, del riuso dei beni a fine vita, della raccolta differenziata e modifiche alla legge regionale 19 agosto 1996 n. 31 (disciplina del tributo speciale per il deposito in discarica dei rifiuti solidi)) per completare rapidamente il processo di istituzione dei bacini territoriali, al fine di espletare le procedure ad evidenza pubblica per la

selezione dei gestori d'ambito nel più breve tempo possibile. Tale attività è stata ritenuta particolarmente necessaria per il bacino afferente alla Provincia di Bologna, dove da lungo tempo l'affidatario risultava operativo in regime di proroga de facto. Infine, l'Autorità ha ricordato che, nelle more della costituzione dei bacini territoriali di riferimento, la potestà di gestione del servizio di gestione dei rifiuti urbani rimaneva in capo ai Comuni, i quali avevano, pertanto, l'obbligo di procedere all'affidamento alla sua scadenza. L'eventuale competenza dei Comuni, determinata dall'inerzia della suddetta Agenzia, poteva compromettere il raggiungimento degli obiettivi perseguiti dalla normativa nazionale in tema di ampiezza dei bacini ottimali per l'affidamento dei servizi pubblici locali. Essa doveva, quindi, costituire ulteriore stimolo per un veloce raggiungimento degli assetti di bacino previsti. L'eventuale competenza dei Comuni, determinata dall'inerzia della suddetta Agenzia, poteva compromettere il raggiungimento degli obiettivi perseguiti dalla normativa nazionale in tema di ampiezza dei bacini ottimali per l'affidamento dei servizi pubblici locali. Essa doveva, quindi, costituire ulteriore stimolo per un veloce raggiungimento degli assetti di bacino previsti.

3.3. L'indagine sul trasporto pubblico (TPL).

L'indagine conoscitiva sul servizio di trasporto pubblico locale ha messo in evidenza alcuni problemi specifici del settore e ha fatto emergere alcune criticità che rallentano il processo di liberalizzazione del mercato; inoltre, ha fornito alcuni suggerimenti per rendere il servizio più efficiente e aperto alla concorrenza. Il comparto del trasporto pubblico locale presenta, in Italia, performance insoddisfacenti rispetto ai principali Paesi europei e gravi squilibri strutturali dovuti, fra le altre cose, agli investimenti insufficienti in infrastrutture e a un parco rotabile obsoleto. Lo scenario è poi ulteriormente aggravato dalla presenza di notevoli divari territoriali, a causa dei quali gli utenti di alcune Regioni, soprattutto centro-meridionali, dispongono di servizi quantitativamente limitati e di qualità peggiore, senza peraltro pagare prezzi inferiori. Problemi specifici riguardano poi i centri urbani, dove, molto spesso, l'offerta è peggiore proprio nelle zone frequentate dagli utenti con redditi minori, a conferma del fatto che i rilevanti esborsi di denaro pubblico non sono stati capaci di produrre né un'equità sostanziale nell'accesso ai servizi di TPL, né tantomeno politiche efficaci per sviluppare la mobilità sostenibile. In Italia si registrano, inoltre, gravi carenze nella programmazione, sia da parte delle Regioni che da parte degli altri enti locali, che portano ad avere, da un lato, un'offerta di servizi

TPL mediamente sovradimensionata rispetto alla domanda e, dall'altro, l'insoddisfazione di una parte della domanda effettiva. I gestori dei servizi sono spesso a partecipazione pubblica, mentre il numero di gare per affidare i servizi sono ancora molto poche e spesso bandite in modo non efficace. L'indagine dell'Autorità ha messo in evidenza che l'elemento rilevante ai fini dell'ottenimento di gestioni efficienti del servizio non attiene tanto alla proprietà dei soggetti gestori, quanto piuttosto ai meccanismi con cui questi vengono selezionati, ovvero alla modalità con cui vengono realizzate le procedure a evidenza pubblica. Secondo l'Autorità, dunque, è necessario aprire il settore alla concorrenza per allentare la pressione sulla spesa pubblica e per garantire un più ampio godimento del diritto alla mobilità. In particolare, sono state individuate quattro linee di intervento. In primo luogo, operando preliminarmente una chiara ripartizione delle competenze tra Stato, Regioni ed enti locali, occorre migliorare la fase della programmazione dei servizi partendo dalle reali esigenze dei cittadini, sia riguardo alle aeree che alle modalità (ferro, gomma, intermodalità) di fornitura del servizio. In secondo luogo, bisogna introdurre meccanismi che incentivino le amministrazioni a ricorrere alle gare mettendo in relazione il riparto dei fondi pubblici col numero di procedure a evidenza pubblica realizzate, in modo da premiare le amministrazioni più virtuose. In terzo luogo, è necessario che le gare siano svolte in modo efficiente, vale a dire in modo che incentivino una partecipazione più ampia possibile degli operatori di settore ed evitando i conflitti di interesse che coinvolgono gli enti locali quando svolgono il doppio ruolo di banditore e partecipante alla gara. Infine, dall'indagine emerge come in alcuni contesti il ricorso alla concorrenza nel mercato (piuttosto che quella per il mercato) possa essere la modalità preferibile per migliorare il servizio di mobilità, alleggerendo contestualmente la pressione sulla spesa pubblica.

3.4. L'attività di tutela della concorrenza: il mercato della gestione dei rifiuti solidi urbani.

Nel gennaio del 2016, l'Autorità ha concluso un'indagine conoscitiva avviata ad agosto del 2014 nel settore della gestione dei rifiuti solidi urbani (di seguito, indicata come "Indagine"), avviata

a seguito di un'analisi preliminare dei relativi assetti istituzionali e di mercato che sembrava suggerire la presenza di diverse criticità concorrenziali nel settore, aggravate da un quadro normativo piuttosto frammentato ed eterogeneo. L'Indagine si è svolta analizzando una serie di informazioni richieste e fornite tanto dalle Regioni quanto dagli Enti Locali, oltre che attraverso il confronto con i principali stakeholders di settore, privati e istituzionali. Essa ha analizzato in dettaglio, sotto il profilo giuridico ed economico, la struttura e le caratteristiche dell'offerta dei servizi di gestione dei rifiuti urbani in Italia lungo tutta la filiera interessata, ricomprendendo, quindi, anche la fase di trattamento, di recupero energetico e di smaltimento della frazione indifferenziata e di avvio a riciclo della raccolta differenziata. Inoltre, l'Indagine si è inserita in un contesto di importante evoluzione del settore, derivante, su impulso del legislatore europeo, dalla necessaria attuazione di un concetto di economia circolare sulla base di una serie di principi innovativi quali, ad esempio, quello della gerarchia dei rifiuti, della responsabilità estesa del produttore (Extended Producer Responsibility, di seguito indicato come "EPR"), del "chi inquina paga" (o Polluter Pays Principle) e dei principi di autosufficienza e prossimità nella gestione dei rifiuti urbani indifferenziati, volti principalmente a raggiungere una più efficace salvaguardia dell'ambiente, ma ampiamente declinabili anche in chiave concorrenziale. In base alle criticità emerse, in particolare, l'Indagine si è focalizzata su sei principali aree:

- 1) le modalità di affidamento dei servizi di raccolta dei rifiuti urbani, dove si osserva un eccessivo e acritico ricorso al modello dell'in house providing, senza che ciò garantisca l'efficienza del servizio;
- 2) la definizione dei bacini di affidamento del servizio di raccolta e degli ATO, sia sotto il profilo dimensionale sia con riguardo alla struttura di governance a seconda del servizio offerto nelle diverse fasi della filiera (raccolta vs. trattamento, recupero e smaltimento), nonché la tempestiva operatività degli Enti di governo degli Ambiti, con il fine di stimolare l'efficienza del servizio e di non scoraggiare gli investimenti e la partecipazione alle procedure di selezione degli affidatari del servizio da parte delle imprese;
- 3) i criteri adottati dagli Enti Locali in materia di assimilazione dei rifiuti speciali ai rifiuti urbani, e l'affidamento della gestione integrata del servizio, che hanno spesso l'effetto di includere nella privativa comunale la gestione dei rifiuti speciali e le attività di recupero e smaltimento, con conseguente loro sottrazione al mercato;

- 4) l'esame della regolazione nelle fasi a valle della raccolta indifferenziata, con particolare riguardo all'applicazione del vincolo di prossimità e di autosufficienza alle attività di trattamento meccanico biologico ("TMB"), di smaltimento e di recupero energetico, e i loro effetti sulla concorrenza;
- 5) la struttura del sistema di compliance all'EPR scelto dal Legislatore italiano per garantire l'assolvimento degli obblighi ambientali da parte dei produttori di imballaggi, fondato sul sostanziale monopolio dei consorzi di filiera, e i suoi effetti sulla concorrenza nel mercato della vendita degli imballaggi, nonché sul raggiungimento degli obiettivi ambientali;
- 6) il funzionamento dell'attuale modello di regolazione diffusa del settore, che non sempre appare in grado di stimolare l'adozione di standard di efficienza, di contratti-tipo e di tariffe incentivanti.

L'Indagine svolta ha consentito - attraverso una sistematica ricostruzione degli assetti istituzionali, delle caratteristiche degli operatori e delle attuali configurazioni e performance di mercato in termini di struttura produttiva, costi di gestione e ripartizione delle responsabilità, nonché del loro confronto con altre possibilità di svolgimento dei servizi sviluppate nelle esperienze estere - di individuare, per ciascuna delle summenzionate aree, alcune linee di riforma sia di breve sia di medio-lungo periodo, finalizzate al superamento delle criticità concorrenziali evidenziate. Dette proposte sono, peraltro, coerenti con gli obiettivi ambientali su cui è imperniata la disciplina di settore e, in molti casi, favoriscono il raggiungimento degli stessi. In relazione alla trattazione dei primi tre profili, si osserva infatti che il servizio di raccolta dei rifiuti è un servizio pubblico locale di rilevanza economica, in cui la maggior parte delle dinamiche concorrenziali si possono esplicitare solo secondo la forma della cosiddetta "concorrenza per il mercato". Sul punto, i risultati dell'Indagine hanno rivelato, fra le principali criticità, l'esistenza di rilevanti disomogeneità sul territorio nazionale con riguardo alla dimensione degli Ambiti Territoriali Ottimali (di seguito, "ATO"), non sempre definiti in base a criteri di efficienza delle gestioni; la persistenza di un significativo ricorso all'affidamento diretto, spesso anche in assenza dei requisiti in-house; una durata degli affidamenti spesso superiore a quella che appariva necessaria per recuperare gli investimenti, con l'effetto di un consolidamento delle posizioni di mercato dei gestori incumbent e uno scarso dinamismo dell'offerta; infine, la frequente presenza, nei bandi per l'affidamento del servizio tramite procedure di selezione competitive, di clausole che, circoscrivendo eccessivamente gli impianti di conferimento dei rifiuti in base alla loro localizzazione geografica, apparivano - a seguito di una declinazione non necessariamente

proporzionale del principio di prossimità – limitative della partecipazione a dette procedure. Fra gli ulteriori aspetti di criticità, l'indagine ha messo in evidenza una generalizzata propensione da parte degli Enti Locali ad ampliare il perimetro della privativa comunale mediante un eccessivo ricorso all'istituto dell'assimilazione dei rifiuti speciali a quelli urbani, con conseguente ingiustificata limitazione delle dinamiche concorrenziali nell'offerta di servizi di gestione dei primi, nonché un utilizzo dello strumento della "gestione integrata" dei rifiuti che spesso determina improprie estensioni della privativa in senso verticale, eliminando la possibilità di uno sviluppo della concorrenza nel mercato nelle fasi della filiera in cui essa può esplicarsi. In tal senso, l'Autorità, con riguardo alla promozione della concorrenza per il mercato nell'affidamento del servizio di raccolta degli RSU, ha ritenuto necessario: a) che il modello di affidamento in-house providing sia consentito, non solo a fronte della obbligatoria verifica del rigoroso rispetto dei requisiti formali imposti dall'ordinamento europeo, ma anche e soprattutto del raggiungimento del livello medio di efficienza riscontrabile nel settore (c.d. benchmarking di efficienza) da parte dell'affidatario diretto; b) un intervento legislativo sulla durata degli affidamenti, che non dovrebbe superare un tetto massimo di cinque anni stabilito in via normativa, derogabile solo in funzione del recupero degli investimenti necessari. Inoltre, al fine di fornire adeguato stimolo dell'efficienza statica e dinamica del servizio affidato, l'Autorità ha suggerito che: c) sotto il profilo dimensionale, in coerenza con i risultati offerti dall'analisi empirica sulla scala ottimale per lo svolgimento del servizio, i bacini della raccolta dovrebbero essere il risultato dell'aggregazione dei territori comunali in un unico lotto, laddove si tratti di piccoli Comuni, o del frazionamento degli stessi in diversi lotti, nel caso dei grandi Comuni, mentre per le fasi a valle della filiera dei rifiuti indifferenziati (TMB, TMV e discariche), gli ATO dovrebbero essere più ampi rispetto ai bacini della raccolta, in prima approssimazione su scala regionale. Si è altresì sostenuta d) l'auspicabilità di una separazione della gestione dei due segmenti della filiera (raccolta e fasi a valle), istituendo due livelli istituzionali differenti per le due fasi, come già succede in alcune Regioni; e in ogni caso, e) si è ribadita la necessità di una rapida implementazione in tutte le regioni della riforma degli ATO, al fine quantomeno di attenuare il problema dell'eccessivo frazionamento della raccolta e di cessare il ricorso alle proroghe in attesa della organizzazione dei nuovi affidamenti; f) in relazione ai riscontrati ostacoli alla concorrenza nel mercato della gestione dei rifiuti speciali derivante dall'eccessiva estensione della privativa comunale, l'Autorità ha sottolineato l'improrogabilità di eliminare la discrezionalità attualmente esistente in capo ai Comuni in materia di assimilazione dei rifiuti speciali ai rifiuti urbani, definendo

a livello nazionale in maniera precisa e circoscritta le tipologie di rifiuti speciali assimilabili ai rifiuti urbani; g) la necessità di limitare gli affidamenti della gestione integrata dell'intero ciclo dei rifiuti urbani ai soli casi in cui essa è indispensabile per far fronte ad una penuria nell'offerta di capacità di trattamento, smaltimento e/o recupero. I costi della gestione della frazione indifferenziata non dipendono solo dall'efficienza delle gestioni nel mercato della raccolta, ma anche dalle politiche di regolazione delle attività che caratterizzano le fasi a valle della raccolta (ovvero, del trattamento meccanico-biologico, del recupero energetico e dello smaltimento in discarica). Al riguardo, è emerso che in alcune aree del territorio nazionale, specie al Centro e al Sud, le politiche di disincentivazione dello smaltimento in discarica sono inefficaci, in quanto le tariffe di conferimento risultano eccessivamente basse. Il trattamento meccanico biologico, pur trattandosi di un'attività che non necessariamente si configura come un monopolio naturale, risulta generalmente sottoposto ad un regime di regolazione tariffaria da parte delle Regioni anche a causa dei vincoli di gestione derivanti da un'applicazione del principio di prossimità su territori (gli ATO) di dimensione eccessivamente ristretta. Infine, per quanto riguarda la fase della termovalorizzazione, la regolazione dei corrispettivi di conferimento agli impianti, laddove esistente, è volta a mantenere sotto controllo il rischio di esercizio di potere di mercato degli impianti disponibili, legato alla significativa sotto-capacità impiantistica di alcune aree del territorio nazionale. Tale sotto-capacità, accresciuta dalla limitata mobilità geografica dei rifiuti, riconducibile al principio di prossimità, non consente l'esplicitarsi di un'adeguata valorizzazione economica dei rifiuti. Al fine di un pieno sviluppo del mercato nelle fasi a valle della raccolta indifferenziata, l'Autorità ha quindi auspicato un approccio basato sul principio della concorrenza tra diverse forme di gestione dei rifiuti indifferenziati, nel rispetto dell'obiettivo "discarica zero", con misure che: h) rendano economicamente più conveniente della discarica il ricorso al trattamento meccanico-biologico e al recupero energetico, mediante la progressiva deregolamentazione di tali attività da realizzarsi attraverso l'allentamento del vincolo di prossimità, la liberalizzazione delle tariffe di conferimento agli impianti e, infine, la promozione dello sviluppo di nuovi sbocchi (es. utilizzo del CSS prodotto dai TMB come combustibile per l'alimentazione dei cementifici), sul presupposto che, tuttavia, vi sia un'adeguata capacità di trattamento e recupero energetico per far fronte al fabbisogno nazionale, sia per evitare problemi ambientali di gestione dei rifiuti indifferenziati sia per scongiurare il rischio che gli impianti godano di un potere di mercato; i) disincentivino il conferimento in discarica (ad esempio, l'incremento dell'ecotassa). Infine, l'Indagine ha affrontato il tema della gestione della frazione della raccolta differenziata riferibile agli

imballaggi e del ruolo che il sistema consortile svolge in tale segmento del mercato. Il Sistema CONAI, al pari di altri sistemi di compliance all'EPR adottati dagli Stati membri, ha svolto un ruolo fondamentale nell'avvio a riciclo della raccolta differenziata, a fronte di una precedente prevalenza dello smaltimento in discarica quale unica forma di gestione dei rifiuti urbani. L'analisi svolta nell'Indagine suggerisce, tuttavia, che il modello monopolistico basato sul sistema consortile impedisce di raggiungere tutti gli obiettivi propri del principio di EPR. Attualmente, il costo ambientale che i produttori sopportano per assolvere all'obbligo dell'EPR non ha alcuna correlazione né con il reale impatto ambientale che gli imballaggi da essi prodotti provocano, né con il costo affrontato dal sistema consortile per la loro gestione; esso non consente che l'onere da EPR sostenuto dalle imprese possa, attraverso il prezzo, segnalare al consumatore la maggiore o minore eco-compatibilità del prodotto. Ispirandosi all'esperienza di altri Stati membri, l'Autorità ha quindi proposto, nel medio periodo, di attuare una riforma pro-concorrenziale del sistema che preveda una piena liberalizzazione, ottenuta attraverso: l) la creazione di un vero e proprio mercato dei compliance scheme, a cominciare dall'offerta di tali servizi a produttori di imballaggi secondari e terziari, lasciando che tali servizi possano essere svolti da una pluralità di nuovi soggetti tra loro in concorrenza, ovvero lasciati a forme di autoproduzione; m) nel più lungo periodo, il passaggio della piena responsabilità dell'intera gestione anche della frazione della raccolta differenziata urbana, costituita dagli imballaggi confluiti nella raccolta differenziata, ai compliance scheme finanziati dai produttori di imballaggi primari. Ciò comporta un ridisegno del perimetro della privativa del servizio affidato dall'Ente Locale, nonché dei relativi obblighi di servizio pubblico imposti da quest'ultimo al soggetto affidatario, ma, al contempo, può migliorare la possibilità di minimizzare i costi della raccolta urbana a carico degli Enti Locali e, dunque, anche la tariffa pagata dai cittadini. Quale ultimo punto l'Indagine ha rilevato come, nell'intero sistema di gestione dei rifiuti italiano, la prevalenza di un modello di "regolazione diffusa" determini una serie di elementi suscettibili di ostacolare la concorrenza per o nel mercato tra gli operatori. Si tratta di aspetti che dipendono dalla frammentazione delle competenze tra i vari Enti Locali responsabili, dalla mancanza di un adeguato coordinamento tra gli stessi, dal riferito conflitto di interessi che si estende dagli Enti Locali alle Autorità d'Ambito e dalle possibili asimmetrie informative esistenti tra tali soggetti. Per questo motivo, l'Indagine ha avanzato quale ultima raccomandazione n) la sostituzione dell'attuale modello di regolazione diffuso e a multi-decisionalità politica con un modello a decisione centralizzata e tecnica, nel quale vengano attribuite, ad esempio all'Autorità per l'Energia Elettrica, il Gas e il

Sistema Idrico, competenze su alcune specifiche questioni, quali la definizione degli indicatori e dei parametri di efficienza per il benchmarking, il controllo dell'effettiva applicazione delle verifiche di efficienza da parte dei Comuni, la redazione di contratti e documenti tipo in modo da superare le asimmetrie informative esistenti tra gli Enti Locali e i soggetti affidatari del servizio, la definizione delle metodologie tariffarie per gli impianti che svolgono le attività delle fasi a valle della raccolta (laddove non si sia ancora proceduto ad una liberalizzazione), la vigilanza e il controllo sulle attività degli Enti locali competenti (soft regulation).

3.5. L'attività di promozione della concorrenza: le gare per il servizio di distribuzione del gas naturale.

Nel marzo 2016 l'Autorità ha formulato, ai sensi dell'art. 22 della l. 287/90 e congiuntamente all'Autorità di regolazione settoriale (AEEGSI), alcune proposte di modifica normativa alla luce di problematiche concorrenziali rilevate in merito alle ancora mai celebrate gare per il servizio di distribuzione del gas naturale, originariamente previste dall'art. 14 del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164 (Attuazione della direttiva n. 98/30/CE recante norme comuni per il mercato interno del gas naturale, a norma dell'articolo 41 della legge 17 maggio 1999, n. 144). In via preliminare, l'Autorità ha ricordato come, in ragione della natura di monopolio naturale dell'attività di distribuzione del gas, la migliore modalità per ottenere i benefici in termini di efficienza, qualità del servizio e di prezzi più contenuti per i consumatori finali sarebbe certamente quella di ricorrere alla concorrenza per il mercato, scegliendo il futuro concessionario attraverso una gara per ciascuno dei 177 Ambiti ottimali minimi normativamente definiti (Atem) di cui ai decreti del Ministero dello Sviluppo Economico del 19 gennaio 2011 (Determinazione degli ambiti territoriali nel settore della distribuzione del gas naturale) e del 18 ottobre 2011 (Determinazione dei Comuni appartenenti a ciascun ambito territoriale del settore della distribuzione del gas naturale). L'Autorità ha tuttavia riscontrato che le disposizioni che regolavano l'effettuazione delle procedure competitive per la scelta del gestore dei servizi erano state in gran parte disattese; infatti, per oltre la metà degli Atem era ormai decorso il termine per la pubblicazione dei relativi bandi di gara, in aperta violazione non solo dei termini di legge, elusi grazie a ripetute proroghe, ma anche dell'obbligo di richiesta del parere necessario all'Autorità di regolazione settoriale (AEEGSI). L'Autorità ha quindi in tal senso valutato negativamente le emanande disposizioni che contemplavano, anche per gli Atem i cui bandi

risultavano già scaduti, una nuova consistente proroga dei termini per la pubblicazione dei bandi, nonché l'eliminazione delle misure di penalizzazione economica per i comuni inadempienti, e l'immediata azionabilità del potere sostitutivo della Regione in caso di mancata pubblicazione dei bandi nei termini previsti. Con riguardo al primo profilo, l'Autorità ha osservato che le consistenti proroghe non solo avevano avuto come effetto quello di ritardare ulteriormente la data attesa di effettuazione delle gare con evidenti ripercussioni negative per gli utenti finali, ma rischiavano anche di riprodurre gli esiti negativi delle numerose proroghe già concesse in passato che vedevano le stazioni appaltanti perdurare nella loro inefficienza.

In secondo luogo, l'Autorità ha valutato negativamente anche l'abrogazione delle previste penalizzazioni pecuniarie per le stazioni appaltanti "ritardatarie" nella pubblicazione dei bandi, in quanto unico strumento davvero efficace e con effetto deterrente reale per dar corso alle procedure di gara. A fronte di questo quadro estremamente negativo dal punto di vista concorrenziale, l'Autorità ha ritenuto indispensabile che venissero ristabiliti alcuni vincoli e individuate nuove misure al fine di i) introdurre chiari e corretti incentivi in capo a tutti i soggetti coinvolti (i gestori uscenti, gli enti locali, le stazioni appaltanti) a celebrare le gare; ii) eliminare ingiustificate barriere all'accesso alle gare e alla partecipazione alle stesse; iii) semplificare le procedure così da rendere più spedito l'assolvimento dei relativi compiti non solo da parte dei richiamati soggetti ma anche di quelli preposti ad effettuare i necessari controlli, prima fra tutti l'Autorità per l'Energia Elettrica, il Gas e il Sistema Idrico. In quest'ottica, quali possibili interventi normativi per l'effettuazione delle gare d'ambito, l'Autorità ha in primo luogo auspicato che venisse reintrodotta il meccanismo sanzionatorio in caso di mancato rispetto delle scadenze, esteso fino a garantire l'ottemperanza non solo al rispetto del termine per la pubblicazione del bando, ma anche agli obblighi di invio preventivo da parte delle stazioni appaltanti della documentazione all'AEEGSI per le valutazioni di competenza; in secondo luogo, l'Autorità ha auspicato l'eliminazione di ingiustificate restrizioni contenute nella normativa vigente alla possibilità di partecipare in ATI, quali, in particolare, la necessità di dimostrare l'esperienza e la capacità delle imprese di operare nel settore della distribuzione del gas per ogni singolo partecipante al raggruppamento: prescrizione non necessaria, atteso che sarebbe stato sufficiente che le capacità specifiche venissero detenute da almeno uno dei partecipanti all'ATI. L'Autorità, infine, ha ritenuto necessario indicare anche alcune misure di semplificazione da attuare per consentire la partecipazione efficace di tutti gli operatori alle gare. In particolare, ha sottolineato la necessità di rivalutare la perdurante validità, a più di 15 anni dalla sua introduzione, delle

disposizioni transitorie contenute nel d.lgs. 164/2000, che riconoscevano al gestore uscente un diritto al riconoscimento del valore di rimborso per gli impianti la cui proprietà veniva trasferita al gestore (VIR) non nella misura – prevista a regime – del valore delle immobilizzazioni nette di località calcolato secondo le modalità stabilite dalle regolazione tariffaria vigente (RAB), bensì in quella, di norma più elevata, calcolata, da ultimo, secondo le linee guida su criteri e modalità operative per la valutazione del rimborso di cui all’art. 4, co. 6, del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69 (Disposizioni urgenti per il rilancio dell’economia), convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98. La ratio di questa previsione transitoria, introdotta al fine di compensare i gestori uscenti nel caso di interruzione *ope legis* del rapporto concessionario prima della sua naturale scadenza, era chiaramente venuta meno in quanto, a seguito della mancata effettuazione delle gare, le gestioni all’epoca esistenti erano state di fatto prorogate per una durata ormai superiore a 15 anni. L’Autorità ha pertanto sottolineato che l’abrogazione della disposizione transitoria in questione o l’introduzione normativa di una definizione standard, parametrata alla RAB, di un premio per il gestore uscente, avrebbe rappresentato un’importante misura di semplificazione delle procedure. In conclusione, al fine di non minare ulteriormente la credibilità di un programma di gare previsto per legge da ormai più di quindici anni e tuttavia non ancora avviato, l’Autorità ha auspicato che il legislatore prenda in considerazione le misure di razionalizzazione e semplificazione sopra delineate, finalizzate a garantire l’assoluto e rigoroso rispetto delle nuove tempistiche di gare previste, e a massimizzare la partecipazione alle gare e la regolarità di svolgimento delle stesse.

Nel giugno 2016 l’Autorità ha trasmesso una segnalazione, ai sensi dell’art. 21 della l. 287/1990, al Parlamento, alla Presidenza del Consiglio dei Ministri e al Ministero dello Sviluppo Economico, in merito a possibili distorsioni concorrenziali nel settore della distribuzione del gas derivanti dalla disposizione di cui all’articolo 4, comma 23, seconda parte, del decreto-legge 30 dicembre 2005 n. 273 (Definizione e proroga di termini, nonché conseguenti disposizioni urgenti. Proroga di termini relativi all’esercizio di deleghe legislative, convertito con legge 23 febbraio 2006, n. 51), in ragione della possibilità che la sua applicazione determinasse per alcuni soggetti distributori, in modo ingiustificato, una maggior durata delle concessioni rispetto a quella di dodici anni quale durata massima prevista in via generale dalla normativa vigente (art. 14 del d.lgs. 164/2000). L’Autorità ha rilevato che la normativa sopra citata aveva successivamente disposto, a sostegno dei programmi di metanizzazione del mezzogiorno, una deroga a detto principio generale, stabilendo che “*i termini di durata delle concessioni e degli affidamenti per la realizzazione delle reti e la gestione della*

distribuzione di gas naturale ai sensi dell'articolo 11 della legge 28 novembre 1980, n. 784 e dell'articolo 9 della legge 7 agosto 1997, n. 266, sono prorogati fino al dodicesimo anno decorrente dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, oppure, se successiva, dalla data di entrata in vigore del decreto del Ministero dell'economia e delle finanze di approvazione delle risultanze finali dell'intervento", individuando un termine alternativo di decorrenza della durata dodicennale delle concessioni di distribuzione del gas nei casi specifici indicati: ciò alla luce della necessità di evitare la possibilità di una più breve durata delle relative concessioni rispetto al termine generale, nei casi in cui l'effettiva entrata in esercizio degli impianti fosse intervenuta successivamente alla data di entrata in vigore del d.lgs. 164/2000. In merito, l'Autorità ha ricordato, tuttavia, che le caratteristiche e modalità del complesso iter procedurale, attraverso cui i Comuni potevano accedere ai finanziamenti per la metanizzazione, aveva comportato che, in molti casi, il decreto del MEF fosse intervenuto dopo un significativo intervallo di tempo rispetto alla effettiva conclusione dei lavori di metanizzazione e, quindi, rispetto alla reale operatività della rete gas interessata, con la conseguenza di consentire al gestore interessato di fruire di una durata della concessione ingiustificatamente più ampia di quella dodicennale prevista dalla norma in commento; e infatti il nuovo termine di dodici anni nei casi considerati era stato applicato a partire da un *dies a quo* (data formale di approvazione delle risultanze finali da parte del MEF) spesso ampiamente successivo alla data di effettivo inizio dello svolgimento dell'attività di distribuzione del gas. È anche alla luce di questo indesiderato effetto che si doveva leggere, secondo l'Autorità, il successivo intervento del legislatore che, con l'articolo 57, comma 12, della legge 4 aprile 2012, n. 35 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 9 febbraio 2012, n. 5, recante disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo) aveva disposto "Per gli interventi di metanizzazione di cui all'articolo 23, comma 4, del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 273, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 febbraio 2006, n. 51, i quali siano ancora in corso di esecuzione e non collaudati decorsi dodici mesi dalla data di entrata in vigore del presente provvedimento, i termini di cui allo stesso comma 4 decorrono dalla entrata in esercizio". Pur considerando l'effetto correttivo di tale ultima disposizione, l'Autorità ha ritenuto opportuno rappresentare la circostanza per cui, sulla base dei dati resi disponibili dal Ministero dello Sviluppo e dall'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il servizio idrico integrato, il termine di cui alla seconda parte dell'articolo 23, comma 4, del d.l. 273/2005 risultava trovare ancora applicazione per le concessioni di distribuzione del gas naturale in essere in circa il 38% dei Comuni ammessi al progetto

di metanizzazione del Mezzogiorno ai sensi della legge 7 agosto 1997, n. 266 (Interventi urgenti per l'economia). Alla luce di tale dato, l'Autorità ha ritenuto che la disposizione in commento potesse determinare effetti restrittivi della concorrenza sotto un duplice profilo. In primo luogo, non sempre era riscontrabile un giustificato motivo per l'applicabilità di un termine diverso di validità delle concessioni in capo ad alcuni distributori concessionari, potendosi così determinare per alcuni soggetti un'illegittima estensione del periodo legale di vigenza delle concessioni per il servizio di distribuzione del gas naturale, definito, nel nostro ordinamento, come pari a dodici anni. In secondo luogo, l'applicazione di tale disposizione in alcuni casi era suscettibile di alterare le condizioni di offerta rispetto a quelle attese a seguito della celebrazione di alcune gare d'ATEM per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale, previste dall'articolo 14 del d.lgs. 164/2000. Infatti, per effetto del prolungamento eccessivo della concessione in essere nei Comuni presi in esame, la scadenza di tali concessioni sarebbe avvenuta anche molti anni dopo la data prevista per l'aggiudicazione della gara di distribuzione del gas nell'ATEM di appartenenza del singolo Comune interessato. In considerazione di ciò, l'Autorità ha auspicato che venissero adottati interventi modificativi dell'art. 23, comma 4, seconda parte, del d.l. n. 273/2005, in modo da allineare alla data prevista per l'aggiudicazione del servizio di distribuzione del gas naturale nell'ATEM di appartenenza la scadenza di quelle concessioni di distribuzione del gas naturale in essere nei Comuni ammessi al progetto di metanizzazione del Mezzogiorno aventi, a quella data, una durata già superiore ai quindici anni dall'entrata in esercizio dell'impianto.

4. ATTI E POTERI: NATURA DEGLI ATTI, POTERI IMPLICITI, VIGILANZA, REGOLAZIONE E SANZIONE.

Si è visto supra (cfr. par. 1), che le funzioni attribuite alle Autorità indipendenti non sono sussumibili all'interno di un'unica categoria ⁽³⁰³⁾, e che un tratto tipico è costituito dalla deroga al generale principio della separazione dei poteri, poiché le *authorities* sono titolari di funzioni che si sovrappongono di volta in volta al potere legislativo, esecutivo e giudiziario ⁽³⁰⁴⁾.

⁽³⁰³⁾ Cfr F. BENVENUTI, *Disegno dell'Amministrazione italiana - Linee positive e prospettive*, Padova, 1996, 226.

⁽³⁰⁴⁾ M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. Amm.*, 1993; A. PERINI, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Dir. Amm.*, 1994; M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 1992; C. TEITGEN – COLLY, *Le instances de regulation et la Constitution*, in *Revue de droit public*, 1990, 1; A. MASSERA, "Autonomie" e "indipendenza" nell'amministrazione dello Stato, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, III; G. VESPERINI, *Le funzioni delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. banc. merc.*

Le Autorità sono titolari di poteri amministrativi in senso proprio (per esempio, il rilascio di titoli autorizzativi, l'irrogazione di sanzioni, l'adozione di provvedimenti di tipo ordinatorio), in passato attribuiti ad apparati amministrativi di tipo tradizionale (in special modo i ministeri); per altro verso ancora, alle Autorità vengono attribuite funzioni arbitrali e contenziose (o semicontenziose) anche nel tentativo di creare filtri all'accesso alla giurisdizione a scopi deflattivi⁽³⁰⁵⁾. E' necessario evitare semplificazioni posto che ogni Autorità è attribuitaria della titolarità di molteplici attività tra loro eterogenee e che, quindi, in tal modo anche l'applicazione delle garanzie del contraddittorio si atteggia in modo diversificato a seconda del tipo di funzione e della struttura delle relazioni giuridiche nelle quali si inserisce il potere delle Autorità⁽³⁰⁶⁾.

fin., 1990; M. E. SCHINAIA, *Le sanzioni amministrative: la giurisprudenza del TAR del Lazio*, in TOFFOLETTO – TOFFOLETTI, *Antitrust: le sanzioni*, Milano, 1996; C. MALINCONICO, *Le funzioni amministrative delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE – C. FRANCHINI, *I garanti delle regole*, Bologna, 1996; F. GAMBARDILLA, *Autorità indipendenti, semi-indipendenti e garanzie del contraddittorio*, in *Foro amm. CDS* 2006, 11; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005; G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2001; M. D'ALBERTI, *Voce Autorità indipendenti*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, 1995; R. GAROFOLI, *Procedimento, accesso e autorità indipendenti*, in *Foro amm.*, 1998, 3335 ss.; C. OSTI, *Un giudice a Berlino: equità ed efficienza nel riesame giudiziale dei provvedimenti dell'Autorità della concorrenza*, in *Giur. comm.*, 2008, 873 ss.; M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, 59 ss.; V. MELI, *I rimedi per la violazione del divieto di pubblicità ingannevole*, in *Riv. dir. ind.*, 2000, 5 ss.; G. CASABURI, *La tutela civilistica del consumatore avverso la pubblicità ingannevole dal d.lg. n. 74 del 1992 al Codice del consumo*, in *Giur. merito* 2006, 622 ss.; M. LIBERTINI, *Le misure cautelari amministrative nella disciplina antitrust*, in *Riv. dir. ind.* 2008, 5 ss.; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e diritti: la tutela dei cittadini e delle imprese*, in *Foro amm. TAR* 2007, 2925 ss.; F. DONATI, *Le autorità indipendenti tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Dir. Un. Eur.*, 2006, 27 ss.; M. E. SCHINAIA, *Il controllo giurisdizionale sulle autorità amministrative indipendenti*, in *Foro amm. CDS* 2003, 3160 ss.; F. APRILE, *Tendenze recenti della giurisprudenza amministrativa in materia di antitrust*, in *Annali Genova* 2002, 3039 ss.; M. RAMAJOLI, *La tutela degli utenti nei servizi pubblici a carattere imprenditoriale*, in *Dir. amm.*, 2000, 383 ss.; F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Milano, 2005; S. VALENTINI, *Diritto e istituzioni della regolazione*, Milano, 2005; R. CARANTA, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, a cura di E. FERRARI, M. RAMAJOLI, M. SICA, Torino, 2006, 245 ss.; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, 2007; F.G. SCOCA - F. DEGNI, *Autorità amministrative indipendenti e sindacato giurisdizionale: il complesso rapporto tra esercizio del potere ed effettività della tutela*, in *Authorities*, a cura di L. PAGANETTO, Roma, 2007, 25 ss.; F. CINTIOLI – F. DONATI (a cura di), *Recenti innovazioni in materia di sanzioni antitrust*, Torino, 2008; N. LONGOBARDI, *Le autorità amministrative indipendenti nel diritto globale*, in *Dir. e proc. amm.*, 2009, 871 ss.

⁽³⁰⁵⁾ Questa finalità, ad esempio, emerge dalla previsione di un tentativo obbligatorio di conciliazione innanzi alle Autorità, al quale si ricollega la sospensione dei termini per agire in sede giurisdizionale: cfr. art. 1 della legge 31 luglio 1997 n. 249 relativa all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, attuato con il regolamento adottato dell'Autorità con delibera n. 148/01/CONS.

⁽³⁰⁶⁾ Per una rassegna completa dei testi normativi e delle questioni aperte in relazione al principio del contraddittorio, con ampi richiami anche al diritto comunitario, cfr da ultimo, ASSONIME (a cura di), *Autorità indipendenti: le garanzie procedurali*, Roma, febbraio 2003.

4.1. Le funzioni Amministrative.

Un primo tipo di funzioni ha carattere amministrativo in senso proprio riferendosi a relazioni a dimensione essenzialmente bilaterale e verticale, simile a quella tipica dei rapporti nei quali vi è un soggetto pubblico titolare di un potere (discrezionale o vincolato) ed un soggetto privato posto in una situazione di soggezione (quest'ultimo inteso come titolare di un interesse legittimo di tipo oppositivo). In questo senso, si è soliti affermare che le Autorità Amministrative indipendenti, nello svolgimento della loro funzione tutoria, svolgono un potere di controllo nel senso più ampio del termine, ovvero un'azione diretta non soltanto alla verifica delle attività svolte da altri soggetti, ma anche dal loro indirizzo.

All'attività di controllo così intesa, si riconnettono tre categorie di poteri generalmente attribuiti alle amministrazioni indipendenti dalla legislazione di settore: poteri di ispezione o indagini e quelli sanzionatori.

Quanto ai primi, essi consistono nella possibilità di chiedere notizie e informazioni, di convocare persone interessate alle attività controllate, di esaminare atti e documenti. In particolare, penetranti poteri di indagine verso le imprese e le società controllate, sono attribuiti all'ISVAP, alla CONSOB o all'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Per quanto concerne in special modo il settore del credito e delle società di investimento, particolari poteri ispettivi sono attribuiti, dal T.U. finanziario alla Consob e alla Banca d'Italia⁽³⁰⁷⁾: la normativa prevede infatti il potere di chiedere ai soggetti sottoposti alla loro vigilanza la comunicazione di dati e notizie e la trasmissione di atti e documenti con le modalità e i termini da esse stabiliti (art. 8, comma 1 del T.U. Finanziario)⁽³⁰⁸⁾.

⁽³⁰⁷⁾ In Italia la disciplina della vigilanza ispettiva prevede che la Banca d'Italia e la Consob, possano effettuare ispezioni, richiedere l'esibizione di documenti, nonché il compimento di atti necessari presso i soggetti abilitati (art. 10, comma 1 del T.U. Finanziario). La norma in esame prevede che le Autorità possano "effettuare" e non "disporre" ispezioni. Sul punto la Dsi, all'articolo 24, stabilisce che le Autorità di vigilanza del Paese ospitante possano permettere a quelle del Paese d'origine di condurre ispezioni nel proprio territorio. Le Autorità del Paese d'origine hanno facoltà di richiedere a quelle del Paese ospitante di condurre delle verifiche. La legge italiana non prevede di delegare il potere ispettivo ad altri organi o alle società di revisione, in quanto manca il riferimento normativo nel T.U. Finanziario. Come per la vigilanza informativa, anche in questo caso il legislatore ha previsto nei confronti di chi eserciti le funzioni di amministrazione, direzione e controllo, presso i soggetti abilitati allo svolgimento di servizi d'investimento e ostacola le funzioni di vigilanza attribuite alla Banca d'Italia e alla Consob, specifiche sanzioni amministrative nonché penali. Al fine di evitare inutili aggravii per le imprese sottoposte a vigilanza, il T.U. Finanziario prevede espressamente una proficua collaborazione tra le due Autorità, nonché l'obbligo di informazione reciproca per le ispezioni svolte.

⁽³⁰⁸⁾ Cfr M. LANOTTE, *il testo unico dell'intermediazione finanziaria*, a cura di C. RABITTI BEDOGNI, Milano 1998, 129.

La CONSOB può effettuare altresì ispezioni presso gli intermediari comunitari e extracomunitari operanti in Italia, nell'ambito delle competenze attribuite dal legislatore comunitario al paese ospitante. La Banca d'Italia invece, ha la possibilità di svolgere ispezioni nelle imprese comunitarie ed extracomunitarie solo se vi siano accordi di reciprocità con le Autorità del Paese d'origine. Per quanto concerne invece i poteri sanzionatori d'ufficio, essi sono attribuiti alla competenza delle Autorità e modellati sulla falsariga della legge 24 novembre 1981 n. 689, in tutto o in parte richiamata dalle leggi istitutive delle singole Autorità e dai regolamenti da esse adottati ⁽³⁰⁹⁾.

Si pensi ancora ai poteri ordinatori o di diffida che spesso possono essere esercitati in correlazione ai poteri sanzionatori in senso proprio. In questo tipo di procedimenti, il contraddittorio assume principalmente una dimensione verticale e, sul piano funzionale, ha come scopo di assicurare al massimo grado la garanzia di difesa del soggetto nella cui sfera giuridica ricadono gli effetti dei provvedimenti emanati dall'Autorità.

Le garanzie previste dalla legge 7 agosto 1990 n. 241, come già osservato, sono state rafforzate in alcune leggi istitutive delle Autorità e nei regolamenti da esse adottati, per esempio, introducendo il principio del contraddittorio orale, in larga misura estraneo alla nostra tradizione amministrativa ⁽³¹⁰⁾. Poiché peraltro i procedimenti di questo tipo sono aperti alla partecipazione di altri soggetti (in particolare i denunciati, concorrenti o consumatori), emerge anche la dimensione orizzontale del principio del contraddittorio e sul piano funzionale quella collaborativa ⁽³¹¹⁾.

Per quanto riguarda il procedimento decisionale antitrust, ciascuno dei procedimenti avviati da AGCM, come noto, può concludersi o meno con dei provvedimenti che rilevano delle infrazioni alla disciplina antitrust ed eventualmente impongono delle sanzioni. Tali procedimenti si sviluppano all'interno di una dimensione dove la logica del contraddittorio è particolarmente intensa ed è volta a mutare la logica processuale.

⁽³⁰⁹⁾ Per esempio, l'art. 31 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, contiene un rinvio alle disposizioni di cui al capo I della legge n. 689 del 1981, in quanto applicabili. Allo stesso modo, il regolamento in materia di procedure sanzionatorie adottato dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni con delibera n. 425/01/CONS. richiama numerosi articoli della medesima legge.

⁽³¹⁰⁾ Per l'indicazione delle principali disposizioni legislative in tema di contraddittorio orale innanzi alle Autorità indipendenti e per la tesi che esso costituisca un principio generale della funzione regolatrice cfr. S. A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, 1999, pp. 185-186. Per la proposta di generalizzare il principio delle garanzie rafforzate del contraddittorio in occasione del tante volte annunciato disegno di legge di riordino delle Autorità indipendenti, cfr. ASSONIME (a cura di), *Autorità indipendenti: le garanzie procedurali*, cit., p. 14.

⁽³¹¹⁾ La dimensione orizzontale emerge per esempio dal fatto che nei procedimenti antitrust il provvedimento di avvio dell'istruttoria è notificato anche ai denunciati (art. 6, comma 4, del Dpr. 30 aprile 1998, n. 217). Analogamente dispone per i procedimenti innanzi all'Autorità per l'energia elettrica e il gas il Dpr 9 maggio 2001, n. 244 (art. 4).

La forma dei provvedimenti che ne derivano si esprime attraverso una motivazione ampia e articolata analiticamente, secondo una sistematica di valutazione e/o confutazione degli argomenti delle prove addotte dalle parti nel procedimento. Il provvedimento antitrust assume i connotati della decisione amministrativa. La riproduzione di una logica di adjudication assimilabile al processo tende a ricostruire un rapporto giuridico che si snoda non solo tra il potere pubblico e l'impresa oggetto di indagine ma che coinvolge anche le pretese degli altri attori del mercato.

Diviene opportuno isolare sia logicamente che giuridicamente la produzione degli effetti giuridici conseguenti alla decisione, dai diversi meccanismi che conducono all'emersione di quella dimensione normativa effettivamente rilevante ai fini della produzione di tali effetti. L'attenzione alla funzione, in quanto anche "normativa" induce ad acquisire per le regole antitrust una connotazione evolutiva che si introduce a partire da un più complesso rapporto tra struttura normativa e funzione amministrativa.

Ci sono due dati fondamentali da cui non si può prescindere quando si esamina il procedimento decisionale antitrust ossia la sostanziale indeterminatezza della disciplina (per la presenza di disposizioni che in larga parte non descrivono specificamente la fattispecie su cui la decisione si basa e la proposizione di un impianto finalistico che però può essere variamente declinato di modo che tale mutevolezza altera l'intero procedimento decisionale) e la predominante attuazione della disciplina della concorrenza per via amministrativa.

La struttura della disciplina antitrust manifesta una caratteristica elasticità (fattispecie aperta e/o indeterminata). Si determina un profilo volontaristico nel processo di concretizzazione della regola di condotta. Il potere normativo si disarticola lungo una dinamica multilivello; chi mantiene la potestà di precisare in via definitiva il contenuto della norma diviene anche titolare di una funzione che è comunque normativa.

La funzione normativa antitrust diviene un processo che muove dal potere di dare vita giuridica a una nuova norma. Tale contenuto normativo dovrà essere utilizzato ai fini della decisione dei casi futuri con caratteristiche omologhe tanto che la rilevanza giuridica dell'attività amministrativa antitrust deve essere estesa ben oltre la concatenazione degli atti che conducono alla decisione del singolo caso concreto; infatti, è l'attività decisionale nel suo complesso che, principalmente per la proiezione normativa che definisce, condiziona gli esiti di ogni singolo provvedimento antitrust. Il collegamento circolare che si introduce tra l'attività decisionale e i singoli procedimenti decisionali antitrust deve essere interpretato alla luce della funzione normativa che risulta riferibile all'AGCM.

La natura discrezionale o meno dei provvedimenti AGCM risulta ancora oggi dibattuta; per una parte della dottrina si tratterebbe di mera interpretazione della norma ⁽³¹²⁾ o di mera quantificazione o accertamento. Altri, pur riconoscendo l'esistenza di una forma accentuata di discrezionalità tecnica e quindi di profili valutativi, affermano che ci si troverebbe comunque dinanzi alla mera sistemazione di interessi ⁽³¹³⁾. Il sottoscritto, ritiene, invece, che l'attività di AGCM debba essere ricondotta all'esercizio del potere discrezionale quale estrinsecazione dell'attività di comparazione degli interessi ⁽³¹⁴⁾ in attuazione, peraltro, di una normativa portatrice di concetti giuridici indeterminati.

Ad AGCM, peraltro, sono lasciati dal legislatore, notevoli spazi di discrezionalità primo tra tutti il rilevante potere in ordine alla selezione dei casi da indagare e al conseguente avvio dell'istruttoria (non sussistendo nell'ordinamento amministrativo una norma riconducibile all'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale come sussiste per il Pubblico Ministero, il quale, come noto, esercita la giurisdizione in via di azione obbligatoria).

Tale scelta appare, invero, opportuna posto che consente ad AGCM di indirizzare opportunamente le comunque limitate risorse disponibili verso quei casi più idonei ad ottenere risultati e verso quei settori che abbisognano maggiormente di un controllo o dell'espansione delle dinamiche concorrenziali.

Altra facoltà discrezionale è quella di definire le modalità più adatte al ripristino delle condizioni effettive di concorrenza una volta che l'illecito viene ad essere accertato ⁽³¹⁵⁾.

Ciò posto, ci si chiede, poi, se attraverso l'attività amministrativa antitrust si sviluppino delle scelte che non trovano nella disciplina legislativa una identificazione precisa. La disciplina antitrust lascia spesso un momento per l'applicatio che risulta oggettivamente e consapevolmente rivolto a fissare un certo regolamento di interessi in senso non solo originario ma anche potenzialmente creativo.

Tale processo decisionale può articolarsi in varie fasi ed anche su più livelli e può riguardare la valutazione tecnica e/o eventualmente discrezionale in senso stretto del caso concreto così come, in termini generali, afferire alla stessa modulazione del presupposto regolamentare entro cui il procedimento decisionale si sviluppa e che disciplina la produzione degli effetti giuridici relativi alla decisione finale.

⁽³¹²⁾ F. LALLI, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, 2008, 269; F. G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, in *Dir. Amm.*, 2008, 265.

⁽³¹³⁾ F. PELLIZZER, *Interessi pubblici e situazioni soggettive nella disciplina della concorrenza e del mercato*, Trento, 1993, 188 e ss.

⁽³¹⁴⁾ In tal senso, A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, 247.

⁽³¹⁵⁾ P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001, 371.

La possibilità di apprezzare l'opportunità di soluzioni possibili entro un margine determinato variabilmente individuato porta a suggerire un rapporto maggiormente omogeneo tra attività amministrativa antitrust e normativa e consente di aver chiara la valenza regolativa che l'attività amministrativa antitrust esprime poiché la decisione non è mai isolata ma inserita in un contesto regolamentare che l'applicazione concreta della disciplina ha determinato e progressivamente contribuito a stabilizzare. Si ha quindi una tipologia di discrezionalità che incide sulle regole del mercato concorrenziale e quindi sui diritti effettivi degli attori del mercato.

La tendenziale assenza di regole predefinite a livello legislativo non significa però che l'attività di AGCM sia libera poiché lo stratificarsi dell'attività amministrativa antitrust tende a proporre dei punti di riferimento affidabili e a sistematizzare un nucleo di regole prevedibili. Il paradigma della libertà dell'agire amministrativo trova una oggettiva limitazione non solo nel vincolo del fine ma anche nella dimensione interna ed esterna degli sviluppi dell'attività. In tale prospettiva, la discrezionalità antitrust si impone soprattutto come un dato che ha nella scelta il fulcro caratterizzante, seppure orientata al vincolo funzionale della tutela della concorrenza ⁽³¹⁶⁾.

La disciplina amministrativa antitrust non incorpora alcuna soluzione tecnica predeterminata poiché la struttura indeterminata della disciplina normativa consegna ampi margini di discrezionalità all'interprete, tanto che il momento applicativo diviene determinante per l'esatta configurazione del bene oggetto di tutela.

Si tratta di una struttura agile, adattabile, strategicamente vaga che permette di proporre regole idonee a fronteggiare i particolari problemi dei singoli mercati. La disciplina strutturalmente indeterminata individua per l'azione amministrativa l'emersione di una variabile tipologica della discrezionalità distinguibile da quella diretta alla mera composizione tra interessi per il caso concreto. Essa manifesta un contenuto tipicamente generale e pertanto la discrezionalità diviene innovazione dinanzi ad una disciplina materiale incompleta ed anche normazione poiché individua anche i presupposti regolativi entro i quali si produce. La strategia decisionale secondo le regole viene ad essere sostituita da quella secondo la funzione normativa poiché le regole esterne non sono sempre certe entro cui assumere le acquisizioni e le valutazioni dell'istruttoria.

Ciò condiziona anche gli sviluppi della discrezionalità che può assumere consistenza se l'applicazione della struttura normativa che l'attività amministrativa dimensiona non è idonea ad

⁽³¹⁶⁾ G. F. LICATA, *Funzione amministrativa antitrust, Provvedimenti antitrust a contenuto normativo*, in *Studi per un nuovo diritto amministrativo*, Milano, 2013, 91.

esaurire tutte le valutazioni richieste ai fini della produzione degli effetti. L'allocazione del processo di attuazione di una disciplina indeterminata come quella antitrust in capo ad una autorità indipendente segnala la volontà del legislatore di rimettere alla funzione amministrativa la scelta sull'assetto complessivo degli interessi di riferimento e ciò riguarda non solo la determinazione finale che si esprime nei singoli provvedimenti ma, anche, la dimensione normativa che ciascun provvedimento assume e che potenzialmente è in grado di comunicare all'intero sistema. Emerge quindi l'importanza della struttura normativa quale presupposto dell'esercizio della funzione amministrativa antitrust, la quale concede ampi spazi all'interprete in ragione della sua struttura. Il procedimento decisionale antitrust, si sviluppa secondo modalità conseguenti e coerenti allineate alla dimensione finalistica che l'attività assume.

Alla imprecisione del dato normativo segue una azione creatrice che sviluppa la dimensione regolativa del diritto antitrust.

Tra il 2006 ed il 2008 sono state attribuite all'Antitrust nuovi compiti o poteri: la competenza ad adottare provvedimenti cautelari (art. 14 *bis*, l. 287/90, inserito dall'art. 14 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223) ⁽³¹⁷⁾; la possibilità di accettare impegni delle imprese al fine di far cessare i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria (art. 14 *ter*, inserito dall'art. 14 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223); la competenza per le pratiche commerciali scorrette (art. 27 del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 *Codice del consumo*, come modificato dal d.lgs. 2 agosto 2007, n. 146); la repressione della pubblicità ingannevole (d.lgs. 2 agosto 2007, n. 145); esprimere pareri ai sensi dell'art. 23 bis del d.l. n. 112/2008, convertito in legge n. 133/2008 sui servizi pubblici locali.

La quantità e la qualità delle nuove funzioni attribuite all'Antitrust induce ad un riesame delle considerazioni appena fatte circa la natura giuridica dell'Autorità.

Invero, anche se qualche dubbio potrebbe avanzarsi nei casi di pubblicità ingannevole e pratiche commerciali scorrette, la natura amministrativa dell'Autorità appare confermata nella maggior parte dei casi. Cominciando dalle misure cautelari *ex art. 14 bis*, esse sembrerebbero rappresentare una funzione tipica delle procedure giurisdizionali, ma, invero, l'efficacia e l'esecutività del provvedimento possono essere sospesi dalla stessa Autorità che ha emanato l'atto (art. 21 *quater*, l. 241/90), riportando così il potere cautelare nell'ambito della funzione amministrativa; d'altronde non è un caso se l'Autorità ha adoperato con estrema parsimonia tale potere, peraltro affermando in linea

⁽³¹⁷⁾ G. FAELLA, *Il potere cautelare dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Giur. comm.*, 2008, 244; M. LIBERTINI, *Le misure cautelari amministrative nella disciplina antitrust*, in *Riv. dir. ind.*, 2008, 5.

di massima d' intervenire nell'interesse pubblico al buon funzionamento del mercato e per la tutela dei consumatori, piuttosto che per rispondere ad istanze dei concorrenti ⁽³¹⁸⁾.

Quanto alla conclusione di procedimenti con impegni invece che con un provvedimento, si realizza un'ipotesi assimilabile agli accordi previsti in generale dall'art. 11 della legge 241/90.

E' vero che per mezzo di tale strumento – considerando in particolare la necessità imprescindibile del *market test*, cioè della consultazione dei concorrenti prima della decisione di accoglimento, ai fini della valutazione completa degli impegni offerti dall'impresa oggetto di indagine – l'Antitrust si pone sempre più spesso nelle vesti di un conciliatore o di un arbitratore. Ed è anche vero che, proprio la possibilità di chiudere il procedimento con impegni, induce talora l'Antitrust ad aprire indagini volte ad aiutare delle parti in conflitto a trovare soluzioni conformi al diritto della concorrenza ⁽³¹⁹⁾.

Insomma, è innegabile che, per mezzo degli impegni, l'Antitrust ha una maggiore attitudine a risolvere conflitti tra privati, perché con gli impegni è possibile indurre le imprese che hanno tenuto comportamenti discutibili sotto il profilo antitrust a porre in essere misure favorevoli alle loro controparti di mercato, siano esse concorrenti o consumatori. E ciò in misura molto maggiore di quanto non accadeva attraverso gli strumenti pubblicistici tradizionali dell'inibitoria e della sanzione pecuniaria per le infrazioni gravi.

E, tuttavia, rimane il fatto che lo strumento "privatistico" degli impegni è compatibile con l'esercizio di funzioni pubbliche, come istituzionalizzato nella legge 241/1990 sempre al fine di garantire comunque l'interesse pubblico, dovendo, nel caso in questione, essere in grado di rispondere pienamente alle preoccupazioni concorrenziali avanzate nel provvedimento di avvio del procedimento, come più volte ribadito anche dalla giurisprudenza comunitaria ⁽³²⁰⁾.

Con l'introduzione degli impegni assunti dall'impresa oggetto d'indagine, la discrezionalità dell'Autorità appare rafforzata, poiché essa decide discrezionalmente: se iniziare o meno un procedimento, come gestirlo dal punto di vista istruttorio, se chiuderlo con impegni o con provvedimento di accertamento positivo o negativo.

⁽³¹⁸⁾ M. LIBERTINI, *Le misure cautelari amministrative nella disciplina antitrust*, cit., 5 ss. Ad esempio, si segnalano Provvedimento AGCM del 15 giugno 2005, caso A364 Merck – principi attivi, prima dell'entrata in vigore dell'art. 14 bis della l. 287/90; TAR Lazio, 14 settembre 2007, n. 8952, sugli obblighi di contraddittorio nelle misure cautelari.

⁽³¹⁹⁾ M. RAMAJOLI, *La tutela degli utenti nei servizi pubblici a carattere imprenditoriale*, in *Dir. amm.*, 2000, 383 ss. In merito alla conciliazione, si veda, ad esempio il Provvedimento AGCM del 24 maggio 2007, caso A357 Tele2/Tim-Vodafone – Wind; e il Provvedimento AGCM del 3 agosto 2007, caso A357 Tele2/Tim.Vodafone-Wind di chiusura dell'istruttoria (stralcio relativo all'istituto degli impegni).

⁽³²⁰⁾ V. Causa T-24/90, *Automec c. Commissione*, in *Raccolta*, 1992, II-2223, punto 77, sulla discrezionalità della Commissione; causa T-204-03, *Haladjian Frères c. Commissione*, n.a.p., punti 27 ss. nonché il noto caso Alrosa.

E' vero che nel diritto comunitario si è spesso richiamata la necessità di far sì che gli impegni siano precisamente speculari alle preoccupazioni manifestate dall'Antitrust (o dalla Commissione) nel provvedimento di avvio e si è anche fornito alle Autorità un indirizzo su quali casi chiudere con impegni e quali no, escludendo in particolare quelli nei quali è potenzialmente applicabile la sanzione pecuniaria. Però, nella prassi (come peraltro nella stessa logica dell'istituto), l'atipicità è un carattere fondamentale. Ne discende maggiore discrezionalità dell'Antitrust che valuterà, ponderando interessi, un'offerta di impegni da parte dell'impresa oggetto di indagine, che è necessariamente atipica. L'introduzione della decisione con impegni sembra aumentare i profili discrezionali dell'attività dell'Antitrust, che può valutare se intervenire ed in che forme, nonché come concludere il procedimento, in forme pubblicistiche o (para)privatistiche.

Come già affermato in dottrina, occorre distinguere tra funzione necessariamente pubblica e modalità anche privatistiche della sua manifestazione, prevedendo, anche in questo settore, un'espansione degli strumenti privatistici compatibili con l'interesse pubblico tutelato.

Qualche dubbio sulla natura paragiurisdizionale permane in ordine alle nuove funzioni connesse alla pubblicità ingannevole ed alle pratiche commerciali scorrette ⁽³²¹⁾, poiché in questi ambiti si assiste ad una considerevole riduzione dei margini di discrezionalità dell'Antitrust rispetto all'*enforcement* del diritto della concorrenza.

Addirittura nell'ambito della pubblicità ingannevole non è possibile agire d'ufficio, mentre nell'ambito delle pratiche commerciali scorrette l'Antitrust, pur potendo attivarsi d'ufficio, non sembra godere di significativa discrezionalità nella decisione di aprire o meno una istruttoria in presenza di tal genere di pratiche, la cui tipizzazione è peraltro molto maggiore rispetto agli illeciti antitrust. L'Autorità, inoltre, pur potendo chiudere il procedimento con impegni, sembra condizionata da norme che disegnano per tale esito dei sentieri molto più stretti e tipici di quanto non accada nel caso del diritto della concorrenza (si apprezzi la maggiore tipizzazione dell'art. 27, comma 7, del Codice del Consumo, la norma che consente la chiusura con impegni delle procedure in tema di pratiche commerciali, rispetto all'art. 14 *ter* della legge 287/1990).

Le modifiche intervenute nelle competenze dell'Autorità portano, perciò, a concludere che sia inadeguato individuare la natura soggettiva (paragiurisdizionale o amministrativa) dell'Autorità,

⁽³²¹⁾ M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, op. cit., 59 ss.; V. MELI, *I rimedi per la violazione del divieto di pubblicità ingannevole*, op. cit., 5; G. CASABURI, *La tutela civilistica del consumatore avverso la pubblicità ingannevole dal d.lg. n. 74 del 1992 al Codice del consumo*, in *Giur. Merito*, 2006, 622.

quando nelle singole materie in cui ha competenza esercita poteri differenti, secondo quanto previsto dalla legge, configurandosi qualche profilo di giustiziabilità nel caso di pubblicità ingannevole e pratiche commerciali scorrette.

Le osservazioni svolte inducono a ritenere che il dibattito circa il carattere paragiurisdizionale o amministrativo dell'Autorità antitrust non vada eccessivamente enfatizzato.

E' opportuno, infatti, osservare che molte autorità amministrative indipendenti svolgono funzioni di tipo diverso, essendo titolari di poteri amministrativi in senso proprio, in passato attribuiti ad apparati amministrativi di tipo tradizionale (per esempio, il rilascio di titoli autorizzativi, l'irrogazione di sanzioni, l'adozione di provvedimenti di tipo ordinatorio), ma anche di poteri di regolazione, di controllo e, in alcuni casi, di composizione "giurisdizionale" degli interessi ⁽³²²⁾.

Nonostante la dequotazione del profilo soggettivo, ove ancora si voglia ragionare da questo punto di vista, non vi è dubbio sulla natura soggettivamente amministrativa dell'Autorità, come pure riconoscono le tesi che le attribuiscono natura funzionalmente paragiurisdizionale.

E' stato, infatti notato, che, almeno per esclusione e secondo un criterio residuale, le autorità amministrative indipendenti sono soggetti di amministrazione ⁽³²³⁾. Per cui, anche chi sostiene la tesi della paragiurisdizionalità ammette che tale dimensione "*va riconosciuta, più che all'organo in quanto tale, ad alcune delle funzioni (non tutte) attribuite alle autorità indipendenti, funzioni che ben potrebbero essere esercitate [...] da organi giurisdizionali*" ⁽³²⁴⁾. Il carattere paragiurisdizionale può soltanto stare ad indicare "*un modo d'esercizio di funzioni le quali restano sostanzialmente amministrative*", tenuto conto che "*per lo svolgimento di tali funzioni, le autorità adottano procedimenti sì di tipo processuale, basati su di un ampio contraddittorio, ma non giurisdizionali*" ⁽³²⁵⁾.

⁽³²²⁾ In questo senso sia M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., 162-163. sia C. MALINCONICO, *Le funzioni amministrative delle autorità indipendenti*, cit., 46.

⁽³²³⁾ Secondo G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, cit., 168, "è fuori di dubbio che esse debbano essere considerate amministrazioni. Se non altro per la semplice ragione che, stante l'impossibilità di definire l'attività amministrativa (e dunque di identificare le amministrazioni) attraverso un criterio contenutistico, giacché una caratterizzazione oggettiva della funzione amministrativa non esiste, non resta che definirla - secondo il noto schema risalente a Laband - attraverso un criterio residuale: è attività amministrativa tutto ciò che non è di competenza né dei giudici né delle Camere, e può consistere anche in atti normativi (regolamenti) o in attività decisorie, come ad es. la decisione dei ricorsi gerarchici o dei ricorsi straordinari al Capo dello Stato. Sotto taluni profili [...] le funzioni delle autorità sono assimilabili a quelle giurisdizionali. Tale assimilazione giunge al più a qualificarle come quasi giurisdizionali, ma appunto quasi, e dunque sempre amministrative". Nello stesso senso R. GAROFOLI, *Procedimento, accesso e autorità indipendenti*, in *Foro amm.*, 1998, 3335 ss.

⁽³²⁴⁾ M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., 152.

⁽³²⁵⁾ Così M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti*, cit., 6-7.

Insomma, la dottrina della paragiurisdizionalità non pone effettivamente in discussione la natura formale dell'Antitrust, che è e rimane una pubblica amministrazione, né disconosce che talune funzioni della stessa hanno natura amministrativa, sottolineando però che le principali competenze dell'Antitrust avrebbero natura tale da consentire un'assimilazione della sua attività a quella del giudice, tanto da potersi teorizzare ed evocare la categoria delle funzioni paragiurisdizionali.

Tra le due opposte opinioni, sono state formulate alcune tesi intermedie, distinguendo le funzioni dalle loro modalità di esercizio, affermando che solo per queste ultime sarebbero rilevabili delle assonanze con le dinamiche giurisdizionali. Infatti, a differenza di altre autorità amministrative indipendenti, nell'ambito della disciplina della concorrenza, l'Antitrust non rappresenta la controparte di un soggetto privato che desidera conservare o acquisire una posizione di vantaggio rispetto ad un bene della vita, ma, invece, si pone in una posizione di spiccata terzietà, preoccupandosi di contemperare gli interessi di tutti gli operatori economici del settore. L'accentuato contraddittorio³²⁶, la possibilità di ricevere segnalazioni dagli interessati e la scansione procedimentale dell'attività contribuiscono ulteriormente a confortare la dottrina in parola, che, dunque, se non riconosce natura giurisdizionale o paragiurisdizionale all'Antitrust, visto il limite del carattere amministrativo dei suoi provvedimenti, rileva significative assonanze tra le modalità di esercizio del potere da parte del magistrato e da parte dell'Autorità.

L'Autorità antitrust viene così identificata come un soggetto pubblico di natura amministrativa, che, in taluni casi, esercita le sue funzioni con modalità di tipo para-giurisdizionale.

Ma, anche in questo ultimo caso, non muta la natura dell'Autorità. Essa rimane parte della pubblica amministrazione e persegue un interesse pubblico, anche se il suo apparato organizzativo non osserva le regole tradizionali della gerarchia. Le modalità di esercizio dell'attività sono a volte simili a quelle del giudice, ma questo non comporta che essa assuma natura giurisdizionale o che le sue funzioni siano, anche solo in alcuni casi, paragiurisdizionali.

Come noto, i procedimenti delle Autorità amministrative indipendenti si differenziano per struttura e per funzione e la loro disciplina è regolata dal combinato disposto della l. 241/90, dai principi generali elaborati dalla giurisprudenza e dalla legge specifica di ogni singolo procedimento: come ha chiarito la giurisprudenza amministrativa, infatti, la l. 241/90, in quanto legge fondamentale e attuativa dei

⁽³²⁶⁾ F. GAMBARDILLA, *Autorità indipendenti, semi-indipendenti e garanzie del contraddittorio.*, in *Foro amm. CDS*, 2006, 11, 3152.

principi costituzionali, è sempre e comunque applicabile, a meno che un'altra legge non disponga in modo diverso.

Si distinguono, poi, in due categorie, disciplinate da normative diverse: in primo luogo sono affidate alla normativa speciale dettata dalla l. 287/90 e dal conseguente regolamento n. 217/98 i procedimenti peculiari per la materia della concorrenza e cioè i procedimenti finalizzati all'accertamento delle intese restrittive, degli abusi di posizione dominante, delle concentrazioni tra imprese; i procedimenti in parola sono assoggettati a regole particolarmente rigorose, che tendono a garantire non la mera partecipazione al procedimento ma l'effettivo contraddittorio; sono regolate pressoché in toto dalla legge sul procedimento amministrativo, invece, quei procedimenti che possono prescindere da valutazioni concorrenziali in senso stretto, come le autorizzazioni in deroga di intese (previste dall'art. 4, l. 287/90) e i procedimenti sanzionatori per omessa comunicazione preventiva di concentrazioni tra imprese (art. 19, l. 287/90), che assomigliano, le une, a procedimenti usuali di tipo autorizzatorio, gli altri a procedimenti usuali di tipo sanzionatorio.

Nell'esercizio dell'attività di cognizione delle intese, delle concentrazioni e dell'abuso di posizione dominante l'Autorità garante della concorrenza e del mercato dispone di un potere di iniziativa d'ufficio, che presuppone e si fonda sull'attività di apprezzamento delle segnalazioni effettuate all'Autorità da soggetti terzi, delle risultanze delle indagini conoscitive di carattere generale effettuate dalla stessa Autorità, delle notizie e dei documenti notificati dai soggetti interessati sui quali incombe, per legge, l'obbligo di comunicazione, e discende dall'accertamento della violazione della norme che regolano la concorrenza. In particolare l'accertamento dell'effettiva esistenza dei presupposti per l'esercizio dei poteri di cui è titolare determina il nascere in capo all'Antitrust del dovere di iniziativa, non potendo essa decidere di rimanere inerte di fronte a fatti che secondo il suo stesso apprezzamento si configurino come turbativi della concorrenza. Il potere d'intervento d'ufficio distingue l'agire dell'autorità indipendente da quello dell'autorità giudiziaria, che pronuncia solo se stimolato da domanda di parte in virtù della disponibilità esclusiva in capo all'attore della situazione sostanziale per tutelare la quale si apre il processo: il procedimento che si svolge innanzi all'Antitrust, invece, involge poteri amministrativi previsti per la cura degli interessi pubblici, come tali indisponibili, nella loro oggettività a prescindere da ogni sollecitazione esterna. L'oggetto dell'attività di accertamento dell'Autorità è, infatti, una situazione che produce effetti di segno negativo nei confronti di numerosi soggetti, diversi tra di loro per quanto attiene alla situazione soggettiva vantata, ciascuno parte di una serie indefinita di rapporti creati dall'attività di impresa che

non è possibile scomporre in rapporti autosufficienti; e perciò seppure il controllo dell'Autorità passa attraverso l'esame di un rapporto concreto ed individuale, non si concentra su di esso, ma necessariamente si allarga alla valutazione di un'attività che opera a livello collettivo con la conseguenza dell'inapplicabilità del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato.

La decisione di aprire d'ufficio un procedimento in materia antitrust può trarre origine dalla valutazione di fatti segnalati da soggetti terzi o emersi nel corso di indagini conoscitive di natura generale: la legge, art. 12, l. 287/90, riconosce la possibilità di segnalare all'Autorità distorsioni della concorrenza a chiunque abbia interesse, indipendentemente dalla natura pubblica o privata dell'autore della denuncia, potendo essere esso tanto un privato, tanto un'associazione, tanto una pubblica amministrazione, e indipendentemente dalla titolarità da parte del denunciante di situazioni giuridiche autonomamente tutelabili davanti al giudice ordinario (rapporti giuridici rilevanti tra soggetto denunciante e autore della fattispecie lesiva della concorrenza) o di un interesse semplice al mantenimento della concorrenza, non altrimenti tutelabile. A fronte di una denuncia l'Autorità ha il mero dovere di valutare la sussistenza dell'obbligo a procedere: la denuncia, cioè, non determina la nascita di una posizione di interesse giuridicamente tutelata a che l'Antitrust, esaminata la denuncia, avvii l'istruttoria; allo stesso modo, nessuna tutela giurisdizionale avente ad oggetto l'esercizio dei poteri doverosi da parte dell'Autorità è riconosciuta al denunciante nell'eventualità in cui essa rimanga inerte, violando lo stesso dovere di esaminare la denuncia, né, in seguito all'apertura dell'istruttoria, è permesso o richiesto al soggetto denunciante una collaborazione nell'acquisizione di fatti a sostegno della denuncia presentata: l'Autorità, infatti, sollevando il terzo da ogni onere probatorio, procede all'acquisizione degli elementi probatori e i fatti rilevanti per la sua decisione.

L'art. 12, comma 2, l. 287/90, attribuisce all'Autorità Antitrust un potere di indagine conoscitivo di natura generale nei settori economici nei quali l'evoluzione degli scambi, il comportamento dei prezzi, o altre circostanze facciano presumere che la concorrenza sia impedita, ristretta o falsata, attivabile d'ufficio o su richiesta del ministero dell'industria. Si tratta di un potere di monitoraggio non procedimentalizzato né procedimentalizzabile, preparatorio e strumentale rispetto ai poteri di repressione delle fattispecie anticoncorrenziali e ai poteri di segnalazione e consultivi esercitati dall'Autorità; tale attività di monitoraggio non integra, come chiarito dalla giurisprudenza, l'esercizio di poteri amministrativi, con la conseguente inapplicabilità, in generale, della normativa regolante il procedimento amministrativo e, in particolare, della normativa sul diritto di accesso, come espressamente affermato anche dall'art. 17, comma 3, del d.P.R. n. 217/98.

L'ordinamento riconosce all'Autorità Antitrust penetranti poteri decisori orientando il sistema di disciplina verso modelli di tipo consensuale: il ricorso agli strumenti coercitivi rappresenta, infatti, l'*extrema ratio*, privilegiandosi maggiormente la collaborazione con i soggetti imprenditoriali anche attraverso lo svolgimento di un'attività informale. Si valorizza, così, l'applicazione di moduli consensuali, atipici e flessibili, di rapporti tra Autorità e privati, che si svolge in una fase anteriore alla chiusura dell'attività istruttoria: può accadere, infatti che nel corso del procedimento in tema di intese o sfruttamento abusivo di posizione dominante le imprese pongano volontariamente fine alle restrizioni della concorrenza, allo scopo di evitare un provvedimento sfavorevole; tuttavia la volontaria cessazione della fattispecie oggetto del procedimento non fa venire meno l'interesse ad una valutazione dell'Autorità stessa sull'anticoncorrenzialità della fattispecie, sia in relazione ad una generale esigenza di certezza del diritto, sia al fine di valutare la gravità e la durata dell'infrazione in relazione all'eventuale irrogazione di sanzioni. In materia di concentrazioni il provvedimento di chiusura dell'istruttoria può essere adottato anche su richiesta delle imprese interessate all'operazione che dimostrino di avere eliminato dal progetto originario gli elementi anticoncorrenziali. In una fase procedimentale successiva, a seguito della manifestazione della disponibilità delle imprese interessate a conformarsi a determinate condotte, oppure a porre in essere determinati atti idonei ad eliminare gli effetti anticompetitivi originati da un'operazione di concentrazione senza pregiudicarne la complessiva realizzazione, l'Autorità può riconoscere come conforme alla legge l'operazione, subordinando tale riconoscimento all'impegno delle imprese a rimuovere gli elementi anticoncorrenziali, a chiara conferma della tendenza alla consensualità ed informalità del procedimento.

La legge prevede tre ordini di misure sanzionatorie di competenza dell'autorità, finalizzate a garantire il rispetto della disciplina antitrust: in primo luogo sono previste misure inibitorie finalizzate ad impedire oppure ad eliminare le fattispecie pregiudizievoli per la concorrenza: in tema di intese e abusi di posizione dominante, l'Autorità, a conclusione dell'istruttoria, fissa un termine per l'eliminazione delle infrazioni da parte degli interessati. L'effettività di questa misura è garantita dalla previsione di una sanzione pecuniaria in caso di inottemperanza alla diffida e della sospensione dell'attività d'impresa fino a trenta giorni in caso di reiterazione dell'inottemperanza. In tema di concentrazioni la legge stabilisce che, in esito dell'istruttoria, l'Autorità vieti la concentrazione non ancora eseguita o prescriva le misure idonee a ripristinare la concorrenza in caso di concentrazione già realizzata. Anche in questo caso è prevista una sanzione pecuniaria per l'inottemperanza del

divieto ed alle prescrizioni dell'Autorità. In secondo luogo sono previste delle sanzioni pecuniarie per la violazione delle norme antitrust: per i casi di infrazioni gravi ai divieti di intese restrittive e di abuso di posizione dominante, è applicata una sanzione pecuniaria, tenuto conto anche della durata dell'infrazione. Infine, sono previste delle sanzioni pecuniarie finalizzate ad assicurare l'acquisizione dei dati cognitivi necessari all'attività istruttorie dell'Autorità: in materia di intese e abusi di posizione dominante sono previste due sanzioni pecuniarie, l'una per il caso di ingiustificato rifiuto di fornire gli elementi conoscitivi richiesti dall'Autorità e l'altra per la comunicazione di informazioni o l'esibizione di documenti non veritieri. E' prevista, inoltre, una sanzione pecuniaria per l'ipotesi di violazione dell'obbligo di comunicazione preventiva delle concentrazioni stabilito dall'art. 16 comma 1 cit.

Il sistema sanzionatorio descritto è assai simile a quello da tempo esistente nell'ambito dell'ordinamento comunitario che attribuisce una funzione preventiva e repressiva alle misure sanzionatorie previste per la violazione diretta dei divieti di intese restrittive e di abuso di posizione dominante (art. 15 l. 287/90) e riconosce una funzione strumentale alle sanzioni previste per la violazione delle misure inibitorie e degli obblighi di informazione, essendo preordinate a garantire l'effettivo esercizio dei poteri di controllo dell'Autorità. Le diffide in materia di intese, abuso di posizione dominante e il divieto di realizzare la concentrazione lesiva della concorrenza (o, nel caso in cui l'operazione sia già stata realizzata, l'ordine di ripristinare la concorrenza) si configurano come misure inibitorie, come tali prive dell'esecutorietà e quindi incoercibili direttamente ma munite soltanto di sanzioni indirette di natura pecuniaria. La peculiare idoneità dello strumento inibitorio ad incidere in maniera diretta sulla fonte lesiva, con effetti di rimozione del fatto o dell'atto illecito, nonché dei suoi effetti, rende tale strumento particolarmente adeguato a tutelare quegli interessi la cui lesione è difficilmente valutabile in termini pecuniari, secondo i parametri delle tecniche risarcitorie. Questi caratteri ricorrono proprio nel settore oggetto di considerazione, dal momento che spesso la lesione cagionata dalle fattispecie antitrust non è tale da rendere possibile una tutela risarcitoria, mancando gli elementi necessari affinché quest'ultima si possa configurare (è il caso, per esempio, dei diritti dei consumatori); ma anche nei casi in cui sia possibile ottenere una tutela risarcitoria, essa non si presenta sempre sufficiente, perché ciò che viene leso è l'assetto generale del mercato, per cui la misura inibitoria, idonea ad eliminare la stessa attività anticoncorrenziale, produce i suoi benefici nei confronti di tutti i membri della collettività interessata dimostrandosi capace di garantire una tutela più pregnante di quella risarcitoria, specie perché nell'esercizio dei poteri inibitori

frequentemente l'Autorità non si limita ad emanare l'ordine di porre fine alla fattispecie anticoncorrenziale e di non reiterarla in futuro, ma spesso giungendo ad indicare il comportamento richiesto, nonché a prevedere obblighi ulteriori, non espressamente previsti dal legislatore, potendo essa scegliere la misura che reputa più opportuna che produce indirettamente un effetto conformativo dei comportamenti delle imprese; tale attività assume la connotazione di attività di programmazione e direzione economica e determina l'esigenza di un controllo successivo da parte dell'Autorità sull'attività posta in essere dalle imprese. Appare opportuno sottolineare che secondo parte della dottrina tali connotazioni risultano non in linea con l'attuale configurazione del rapporto tra diritto pubblico ed economia e che esiste il rischio che le misure in concreto imposte risultino difficilmente compatibili con il rispetto della libertà di iniziativa economica privata e che il controllo sull'adempimento degli oneri da parte delle imprese sconfini in un controllo di merito, eccessivamente penetrante.

L'art. 33 della l. 287/90 disciplina l'impugnazione dei provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato adottati sulla base delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV, attribuendo la competenza esclusiva del giudice amministrativo. Dal tenore letterale della norma sembrerebbero sottoposte al regime impugnatorio anche le decisioni emanate nell'esercizio di poteri non autoritativi (indagini conoscitive, segnalazioni al Parlamento ed al Governo, ecc) essendo questi contemplati nel titolo III, ma tale interpretazione risulta palesemente in contrasto con i principi generali in materia di impugnazione degli atti amministrativi, visto che tali atti non sono provvedimenti in senso stretto, mancando del carattere dell'imperatività; Ulteriore questione che la prassi ha messo in luce è quella della giurisdizione in materia di sanzioni amministrative irrogate dall'Autorità, infatti l'art. 33 deve essere coordinato con l'art. 31, secondo il quale per le sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alla violazione della presente legge si osservano, in quanto compatibili, le disposizioni contenute nella l. 689/81, che prevede, tra l'altro, la competenza del giudice ordinario in materia di opposizione alle sanzioni amministrative; visto il contrasto tra le norme citate la dottrina si è divisa tra i sostenitori della giurisdizione del giudice ordinario e quelli della giurisdizione del giudice amministrativo; la Cassazione ha chiarito che la cognizione esclusiva del giudice amministrativo si estende alla cognizione dell'opposizione contro le sanzioni pecuniarie irrogate dall'autorità, ritenendo che il richiamo alla l. 689/81 valga esclusivamente per l'applicazione di disposizioni diverse da quelle che stabiliscono la competenza del giudice ordinario, come, per esempio, quelle in materia di accertamento e contestazione dell'infrazione.

4.2. Le funzioni contenziose.

Un secondo tipo di funzioni attribuite alle Autorità ha natura essenzialmente giustiziale ed è correlato a situazioni giuridiche di tipo bilaterale orizzontale intercorrenti tra soggetti privati, rispetto alle quali il ruolo delle Autorità è quello di arbitro posto in posizione equidistante rispetto agli interessi coinvolti. Emerge in questo senso il ruolo neutrale o, per così dire “paragiurisdizionale” delle Autorità sopra richiamate, i cui poteri, secondo alcuni autori, non presuppongono una vera e propria ponderazione di interessi pubblici e privati, e sarebbero dunque privi del carattere della discrezionalità vera e propria ⁽³²⁷⁾.

Esempio di questo tipo di funzione è la disciplina delle controversie in tema di interconnessione e di accesso alle infrastrutture di telecomunicazione attribuite alla competenza dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni in relazione alle quali l’Autorità è tenuta ad attivarsi se richiesta dalle parti, ma può anche intervenire d’ufficio ⁽³²⁸⁾.

La disciplina regolamentare adottata dall’Autorità per questo tipo di controversie, e più in generale per il tentativo obbligatorio di conciliazione, contiene disposizioni procedurali che ricalcano, finanche nella terminologia (udienza di comparizione delle parti, udienza di discussione, termini liberi, ecc.), quelle previste per i procedimenti giurisdizionali civili volte a garantire il principio di eguaglianza delle parti. Molti autori ⁽³²⁹⁾, come già anticipato *supra*, hanno messo in evidenza come la cosiddetta natura “paragiurisdizionale” delle autorità, debba essere riconosciuta, più che all’organo in quanto tale, a solo alcune funzioni svolte dalle Autorità amministrative indipendenti ⁽³³⁰⁾.

⁽³²⁷⁾ E’ questa la tesi cara, in particolare, a V. CAIANIELLO il quale attribuisce alle Autorità indipendenti “il carattere della neutralità, nel senso di indifferenza ed estraneità rispetto agli interessi, pubblici o privati, sui quali quella funzione va a incidere” e rinviene nel loro modo di operare “un avvicinamento ai modelli tipici dell’esercizio della funzione giurisdizionale che avviene sempre ed inevitabilmente attraverso un processo”. cfr, in particolare: V. CAIANIELLO, *Il difficile equilibrio delle autorità indipendenti*, in *Il diritto dell’economia*, 1998, 258 e *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Rassegna giuridica dell’energia elettrica*, 1997, 37.

⁽³²⁸⁾ Art. 1, comma 6, lett. a) n. 9 della legge 31 luglio 1997 n. 249 e art. 18 Dpr 19 settembre 1997 n. 318 attuati con regolamento adottato dall’Autorità con delibera n. 148/01/CONS

⁽³²⁹⁾ Cfr. F. TESAURO, *Esiste un ruolo paragiurisdizionale dell’Antitrust nella promozione della concorrenza?* in F. KOSTORIS T. PADOA SCHIOPPA (a cura di), *Le autorità indipendenti e il buon funzionamento dei mercati*.

⁽³³⁰⁾ In particolare, con riferimento agli amplissimi poteri normativi e alle ipotesi di poteri discrezionali in senso proprio attribuiti ad alcune autorità amministrative indipendenti l’espressione sarebbe impropria. che - com’è noto - spesso si accontenta di argomentazioni assai succinte.

La neutralità di talune funzioni spiega anche perché molte Autorità abbiano adottato spontaneamente una struttura di redazione dei propri provvedimenti diversa da quella usualmente seguita dalle amministrazioni di tipo tradizionale. Quasi sulla falsariga dei provvedimenti giurisdizionali, le decisioni delle Autorità contengono spesso ampie premesse in fatto, che danno conto dell'istruttoria svolta e delle posizioni espresse dalle parti, e motivazioni articolate che superano di gran lunga lo standard minimo della sufficienza della motivazione ritenuto necessario dalla giurisprudenza amministrativa ⁽³³¹⁾.

Pare utile sottolineare questo aspetto, ulteriore spia di un orientamento volto ad una amministrazione per fini, di impronta anglosassone, rispetto all'ortodossia procedurale e giurisdizionale della tradizione italiana e continentale.

Come correttamente ha precisato la giurisprudenza amministrativa, la tesi della paragiurisdizionalità non giustifica invece l'applicazione automatica ai procedimenti innanzi alle Autorità delle disposizioni del codice di procedura civile. Essa ha chiarito per esempio che l'organo che assume la decisione, a differenza di quanto accade nel caso dei collegi giudiziari, non è un collegio perfetto e dunque può deliberare e procedere alle audizioni anche se non sono presenti tutti i suoi componenti ⁽³³²⁾; che non sussiste un obbligo di astensione analogo a quello gravante sui magistrati ordinari ⁽³³³⁾; che l'Autorità può richiedere la consulenza tecnica non soltanto a un singolo professionista, come previsto dal codice di procedura civile, ma anche ad una società di consulenza; che nei procedimenti antitrust i mezzi istruttori attribuiti all'Autorità garante della concorrenza e del mercato non possono essere integrati, in assenza di un rinvio legislativo espresso, con quelli previsti dal codice di procedura civile ⁽³³⁴⁾.

4.3. Le funzioni normative.

⁽³³¹⁾ Sulla natura, in particolare, delle funzioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulle conseguenze da trarre dal loro carattere paragiurisdizionale, cfr. M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in F. BASSI-F. MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993, 115 e seg. Sullo stile delle decisioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato cfr. M. CLARICH, intervento in F. KOSTORIS - T. PADOA SCHIOPPA (a cura di), *op. cit.*, 170 ss.

⁽³³²⁾ Cfr. Tar Lazio, Sez. I, 8 gennaio 1998 n. 96; Cons. St., Sez. VI., 12 febbraio 2001 n. 652; Tar Lazio, Sez. I, 15 aprile 1999, n. 873.

⁽³³³⁾ Cfr. Cons. St., VI Sez. 23 aprile 2002 n. 2199.

⁽³³⁴⁾ Cfr. Tar Lazio, I sez., 15 aprile 1999, n. 873, in I T.A.R., 1999, I, p. 1622 e seg..

L'attribuzione di funzioni normative costituisce l'aspetto più significativo dell'indipendenza delle Autorità Amministrative indipendenti, traducendosi nel riconoscimento della possibilità di determinare direttamente le modalità di espletamento dell'attività di regolazione e controllo dei settori alla cui salvaguardia le stesse sono preposte.

Anche se non tutte le autorità ne sono fornite – non dispone di poteri normativi, ad es., l'Autorità garante della concorrenza e del mercato – essi ricorrono di frequente, e con un'ampiezza superiore a quella di cui dispongono gli enti pubblici o gli stessi ministeri. Le ragioni sono diverse. Alcune autorità sono state istituite nell'ambito di servizi pubblici in passato gestiti in forma monopolistica dallo Stato o direttamente o, più spesso, a mezzo di concessionari: enti pubblici economici, società a prevalente o totale partecipazione pubblica, imprese titolari di diritti speciali o esclusivi (per usare la terminologia dell'art. 86 par. 1 del Trattato CE).

In una situazione del genere non esistono regole; o se ci sono, vengono stabilite dallo stesso unico gestore del servizio, da solo o insieme all'autorità politica (il ministro di settore, un comitato interministeriale, il governo nel suo complesso).

Una volta che il servizio viene liberalizzato – energia elettrica, gas, telecomunicazioni, ferrovie, poste etc. – e nel mercato relativo irrompono altre imprese, sorge l'esigenza di una regolazione: per impedire che l'ex monopolista, trasformato in società di capitali (se non lo era prima) abusi della posizione dominante, utilizzi in modo discriminatorio la rete che è necessaria per l'erogazione del servizio (e non è duplicabile se non a costi altissimi), impedisca o ostacoli l'ingresso nel mercato di nuovi operatori, erigendo artificiali barriere all'entrata. Le regole, prima inesistenti o comunque unilateralmente imposte dal gestore, servono non solo per disciplinare il concorso di una pluralità di operatori ma anche per regolare i rapporti con gli utenti: a beneficio dei quali la liberalizzazione viene disposta. Se la competenza a stabilire le regole venisse affidata al governo e agli apparati amministrativi, sarebbe altamente probabile una loro formulazione in termini favorevoli all'ex monopolista, per via dell'aggregazione di interessi che si è nel tempo formata (scambio di favori tra dirigenza politica, management del gestore, sindacati).

La competenza normativa non può essere neppure trattenuta dal legislatore ed essere da lui esercitata per via dell'elevato contenuto tecnico delle regole che si richiedono e per l'esigenza di un continuo adattamento delle stesse ai mutamenti delle tecnologie.

Questa esigenza ricorre anche nei mercati diversi da quelli dei servizi pubblici: il mercato del credito, il mercato finanziario, il mercato delle assicurazioni. In essi non c'è mai stato un monopolista, ma

sono mancate spesso anche le regole. Da qui il bisogno di regole e il dovere di formularle, anche in applicazione del diritto europeo. E anche in questi casi l'opportunità e l'obbligo di istituire un regolatore indipendente: indipendente ad un tempo dal potere politico e dal mondo delle imprese.

Dal potere politico – è stato detto efficacemente in relazione a tutte le autorità indipendenti – per almeno due ragioni. In primo luogo per garantire alle politiche regolatorie stabilità e credibilità e consentire così investimenti privati di lungo periodo in settori tecnologici di punta, obiettivo che la brevità del ciclo politico medio, legato alle scadenze elettorali, non è in grado di assicurare.

In secondo luogo per prevenire i possibili conflitti di interesse tra lo Stato che mantiene il controllo di imprese regolate e lo Stato che pone e fa rispettare le regole in modo imparziale, senza cioè favorire le proprie imprese pubbliche. L'indipendenza delle autorità dalle imprese è richiesta invece per minimizzare i costi del rischio della "cattura" del regolatore da parte dei soggetti regolati, costituiti talora da grandi imprese dotate di risorse e mezzi quasi illimitati. L'attribuzione alle autorità indipendenti di poteri di regolazione si è spinta spesso troppo oltre. Sulla base di norme di legge che sono soltanto norme di competenza, senza indicazione dei fini e dei confini, è stata spesso conferita una potestà regolamentare illimitata. È il caso della Banca d'Italia o della Consob.

Consapevole delle difficoltà di trasferire i contenuti regolatori sul piano legislativo, il parlamento ha cercato di porre limiti sul piano procedurale: in conformità ad un indirizzo di politica legislativa sempre più consistente che mira a recuperare in termini di procedura la legalità che viene perduta in termini sostanziali.

Secondo la legge sul risparmio (l. n. 262/2005) i provvedimenti della Banca d'Italia, della CONSOB, dell'ISVAP e della COVIP aventi natura regolamentare o di contenuto generale devono essere motivati con riferimento alle scelte di regolazione o di vigilanza del settore ovvero della materia su cui vertono; essere accompagnati da una relazione che ne illustra le conseguenze sulla regolamentazione, sull'attività delle imprese e degli operatori e sugli interessi degli investitori e dei risparmiatori; tener conto in ogni caso del principio di proporzionalità, inteso come criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine, con il minor sacrificio degli interessi dei destinatari; essere preceduti dalla consultazione con gli organismi rappresentativi dei soggetti vigilati, dei prestatori di servizi finanziari e dei consumatori; essere sottoposti a revisione periodica, almeno ogni tre anni, perché siano adeguati all'evoluzione delle condizioni del mercato e degli interessi degli investitori e dei risparmiatori (art. 23).

Circa i poteri di aggiudicazione, si tratta della versione italiana di una terminologia americana: secondo la quale nell'ambito dei poteri delle *Independent Regulatory Commissions* va distinta l'attività di *rulemaking* dall'attività di *adjudication*. Tipici poteri di aggiudicazione ha l'Autorità garante della concorrenza e del mercato: cui è affidato essenzialmente il compito di verificare se in concreto sia stata conclusa un'intesa o attivata una pratica concordata restrittiva della concorrenza, o è stato commesso abuso di posizione dominante o realizzata una concentrazione tale da eliminare o ridurre in modo sostanziale un'intesa restrittiva della concorrenza (artt. 2, 3 e 6 L. 287/90). L'operazione mentale che l'Autorità è tenuta a compiere si risolve sostanzialmente nella verifica della realizzazione di una fattispecie concreta conforme alla fattispecie astratta che configura il divieto: una verifica che è resa particolarmente difficile perché la norma utilizza concetti giuridici indeterminati (posizione dominante, abuso, mercato rilevante, restrizione o falsificazione della concorrenza, riduzione della concorrenza in maniera durevole etc.).

A ben guardare si tratta di attività di giudizio non diversa da quella che è richiesta al giudice, e in genere al giurista. È questo che spiega l'accostamento tra l'attività dell'Autorità e quella giudiziaria (*quasi judicial activity*); ed è per questo che una corrente consistente di critici dell'Antitrust ritiene che questo compito potrebbe essere svolto più efficacemente dalle Corti. Tuttavia il limite di una soluzione esclusivamente giudiziaria ai problemi della concorrenza è evidente.

I giudici agiscono sulla base di una domanda o di una denuncia, e comunque sulla base di una iniziativa altrui; e quindi in modo sporadico, saltuario e asistemico. L'attività dell'Authority è invece assidua costante perché non è limitata all'accertamento degli abusi ma si concreta in un monitoraggio costante dei mercati anche in funzione dell'esercizio dei poteri di segnalazione al Parlamento e al Governo che sono previsti dall'art. 21 allo scopo di ripulire il sistema di quelle norme di legge o di regolamento o di quei provvedimenti amministrativi di carattere generale che determinano distorsioni della concorrenza. La legge istitutiva dell'AGCM è esemplare per quanto riguarda i poteri di aggiudicazione. Va tuttavia precisato che poteri del genere si riscontrano in pressoché tutte le autorità indipendenti.

Il potere regolamentare delle Autorità viene esplicito, da un lato attraverso l'emanazione di regolamenti aventi ad oggetto la propria autoorganizzazione, quanto, soprattutto, attraverso regolamenti intesi più propriamente a disciplinare all'esterno i singoli ambiti di operatività. Dall'attenta disamina delle singole leggi istitutive emerge tuttavia con evidenza che anche nell'attribuire tale potere regolamentare, il legislatore ha proceduto in assenza di un disegno unitario.

In conseguenza di ciò non solo le differenti Autorità non vantano gli stessi poteri ma addirittura talvolta risulta estremamente difficile ricondurre siffatte prerogative nelle tradizionali categorie. E ciò in ragione della particolare flessibilità che possono assumere i poteri in esame: non è infrequente che poteri provvedimentali siano utilizzati a fini regolamentari o poteri regolamentari producano gli effetti di provvedimenti singoli e concreti od ancora che poteri paragiurisdizionali assolvano la funzione di indirizzo e direzione tipica dell'attività normativa ⁽³³⁵⁾.

In proposito parte della dottrina parla di utilizzo dei poteri in modo trasversale, altra ⁽³³⁶⁾, invece, di attività ibride con funzioni diverse mirate a favorire il raggiungimento degli obiettivi con un variegato ventaglio di soluzioni ⁽³³⁷⁾.

Dunque, è bene precisare sin dall'inizio, che non tutte le autorità amministrative indipendenti dispongono di un vero e proprio potere normativo secondario: al riguardo è stato evidenziato che la potestà regolamentare spetterebbe a quella tipologia di poteri neutrali di nuova generazione denominati "autorità di controllo di settore", cui sono conferiti significativi poteri di disciplina destinati a trovare esplicitazione attraverso atti normativi e atti amministrativi generali. (le Autorità di regolazione dei servizi pubblici), laddove invece, altre autorità si limitano ad assumere esclusivamente l'iniziativa dell'atto regolamentare, ovvero ad esprimere un "parere" nella sequenza procedimentale finalizzata all'emanazione dell'atto normativo che formalmente assume e mantiene carattere governativo ⁽³³⁸⁾.

4.4. I poteri impliciti.

L'attribuzione di particolari poteri regolamentari e provvedimentali pone quindi il problema dell'individuazione del fondamento stesso di tali poteri, a fronte di disposizioni legislative contenute nelle leggi istitutive connotate da contorni estremamente vaghi e generici e che spesso si traducono in vere e proprie deleghe in bianco del potere ⁽³³⁹⁾.

⁽³³⁵⁾ E. MIDENA, *Le Autorità Amministrative Indipendenti e sindacato giurisdizionale. I principali orientamenti del giudice*. in serforma. it

⁽³³⁶⁾ F. PREDIERI, *L'erompere delle Autorità Amministrative indipendenti*, Firenze 1997.

⁽³³⁷⁾ M. CLARICH, *Garanzie del contraddittorio nel procedimento*, relazione al convegno "Le autorità amministrative indipendenti" in memoria di V. CAIANIELLO, Palazzo Spada, il 9 maggio 2003.

⁽³³⁸⁾ F. CARINGELLA, *Nuovi percorsi monografici di diritto amministrativo*, 2003.

⁽³³⁹⁾ G. MORBIDELLI, *Poteri impliciti*, Milano, 2012, passim;

In queste ipotesi, infatti, le autorità amministrative indipendenti si sono trovate costrette, per adempiere ai propri fini istituzionali, ad esercitare poteri privi di un'espressa e puntuale previsione legale. In tale contesto, si fa ricorso alla c.d. teoria dei poteri impliciti per giustificare l'esercizio di poteri da parte delle authorities pur in assenza di un fondamento legislativo diretto.

Secondo la teoria dei poteri impliciti ad un soggetto può riconoscersi un potere diverso da quello espressamente riconosciutogli a condizione che lo stesso rinvenga un collegamento teleologico-funzionale con i poteri esplicitamente attribuiti al soggetto in questione.

Tale teoria si sviluppa nell'ambito degli ordinamenti di Common law che ammettono l'esistenza di costituzioni flessibili e quindi l'esistenza di poteri impliciti ovvero non esplicitamente riconosciuti nei testi costituzionali e rinviene la propria fonte nella c.d. *implied powers clause* contenuta nella Costituzione degli Stati Uniti, che attribuiva al Congresso il potere di emanare tutte le leggi necessarie e opportune per l'esercizio dei poteri enumerati nella sezione relativa della carta costituzionale e di tutti quelli espressamente attribuiti dalla stessa al Governo degli Stati Uniti.

E' proprio in virtù di tale disposizione che, nel 1819, nel celebre caso *McCullock vs Maryland*, la Corte Suprema degli Stati Uniti utilizzò la "*necessary and proper clause*" per dichiarare la conformità alla Costituzione della istituzione di una Banca Federale, potere che non era compreso tra le competenze che la Costituzione espressamente riservava al Congresso. In particolare, secondo il Presidente Marshall lo Stato federale poteva esercitare oltre ai poteri espressamente attribuiti dalla Costituzione, anche una seconda categoria di poteri denominati "impliciti" o "incidentali", i quali, anche se non rientranti tra quelli enumerati, potevano essere legittimamente esercitati, in quanto si ponevano con i poteri espressi in una relazione di mezzo a fine.

Secondo la successiva elaborazione della teoria degli *implied powers*, i c.d. poteri impliciti ricorrono alla presenza di due requisiti: uno di carattere negativo ossia che il potere non sia espressamente contemplato da una norma giuridica ed uno di carattere positivo, ossia che il potere implicito, per essere tale, deve essere legato da un nesso di strumentalità ad un altro potere espressamente fondato su una norma abilitata a conferirlo.

Difatti, non essendo il potere implicito direttamente desumibile da una norma di legge, l'unico termine di paragone che consente il suo riconoscimento all'interno dell'ordinamento è rappresentato da un altro potere che, a differenza del primo, è positivamente fondato su una disposizione espressa

e che è correlato al potere implicito da un nesso che permette a quest'ultimo di rinvenire un fondamento al suo esercizio ⁽³⁴⁰⁾.

La teoria dei poteri impliciti trova riconoscimento anche nel Trattato istitutivo della Comunità europea: in particolare l'art. 308 di tale testo normativo prevede la c.d. clausola di flessibilità che sancisce che quando è necessario raggiungere degli obiettivi di rilevanza comunitaria anche se il Trattato non ha riconosciuto alla Commissione tali poteri, la Commissione può comunque desumerli da tale clausola di flessibilità.

La dottrina italiana ha sdoganato la teoria dei poteri impliciti facendo riferimento non solo e non tanto a tale clausola di flessibilità di matrice comunitaria, ma anche richiamando un altro principio immanente al nostro sistema che è il principio della legislazione per obiettivi.

In tale ipotesi, in particolare, la legge si limita ad indicare uno o più obiettivi, non riconoscendo espressamente i poteri diretti al raggiungimento dei medesimi, tuttavia dalla determinazione di tali obiettivi è logico inferire anche il riconoscimento implicito dei poteri che siano strumentali o teleologicamente connessi al raggiungimento di quegli stessi fini.

Ciò posto, l'ammissibilità di poteri amministrativi privi di un fondamento legislativo diretto dipende essenzialmente dall'accezione del principio di legalità che si intende fare propria e, contestualmente, dal valore che si intende attribuire alle esigenze di garanzia e democraticità rispetto a quelle di funzionalità ed efficienza dell'azione amministrativa.

Al riguardo si stagliano due orientamenti contrapposti: il primo, che individua nella legge il fondamento necessario ed imprescindibile di ogni potere amministrativo di tipo autoritativo, interpretando il principio di legalità dell'azione amministrativa in senso rigoroso e, conseguentemente, esclude l'esistenza di poteri impliciti. In particolare, secondo tale orientamento le esigenze di garanzia e democraticità dell'azione amministrativa prevalgono sulle opposte esigenze di funzionalità ed efficienza.

Il secondo orientamento interpreta, invece, il suddetto principio di legalità in senso elastico, tendendo a giustificare la legittimità dei poteri impliciti purché strumentali alla realizzazione del fine esplicito al quale sono collegati. In linea con questa tesi si schierano coloro che attribuiscono la prevalenza alle esigenze di funzionalità rispetto a quelle di garanzia, negando un'interpretazione rigida del

⁽³⁴⁰⁾ G. MORBIDELLI, *Poteri impliciti delle a.a.i. e principi di legalità e buon andamento*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2013.

principio di legalità sul presupposto che la stessa implicherebbe un eccessivo ingessamento dell'azione amministrativa.

Il problema dell'ammissibilità di poteri impliciti nel nostro ordinamento e il relativo dibattito tra interpretazione rigorosa e flessibile del principio di legalità si sono manifestati in maniera particolare con riferimento ai poteri regolatori e provvedimentali delle autorità amministrative indipendenti.

La difficoltà di creare un sistema completo di regole puntuali nei settori in cui operano le *authorities* che richiedono una competenza altamente tecnico-specialistica e una capacità di adattamento delle norme alle evoluzioni della realtà economico-sociale ha indotto il legislatore ad attribuire alle autorità indipendenti compiti estremamente generici individuati solo attraverso la delineazione di alcuni obiettivi da perseguire. Tale sistema di "deleghe in bianco" del potere normativo giustifica, ad avviso di parte della dottrina, l'adozione di una concezione flessibile del principio di legalità, secondo la quale sarebbe legittimo ogni intervento amministrativo, anche non espressamente previsto dalla legge, purché funzionale al raggiungimento delle finalità indicate genericamente dalla previsione normativa.

Tuttavia, secondo altra parte della dottrina, una concezione che riconosca rilievo centrale all'efficienza amministrativa farebbe sì che questa funga da unico parametro in base al quale valutare la legittimità della condotta concreta dell'amministrazione, a prescindere dalla sua conformità alle prescrizioni normative. Di conseguenza, si dedicherebbe una scarsa attenzione alle posizioni giuridiche dei privati che, nel caso di contrasto con l'azione amministrativa, sarebbero destinate a soccombere. Secondo tale orientamento, pertanto, sarebbe necessaria un'interpretazione rigorosa del principio di legalità che funga da argine al potenziale arbitrio del potere delle autorità indipendenti, soggetti peraltro deboli sul piano della legittimazione democratica e che, dunque, a fortiori, dovrebbero rispettare in modo ancor più scrupoloso il principio di legalità.

Ai fini della disamina pratica dell'argomento è d'uopo addentrarsi nell'analisi di un recente caso in cui le *authorities* hanno fatto concreto uso di poteri non espressamente attribuiti da una fonte di rango primario.

Si fa, in particolare, riferimento alla vicenda relativa all'Autorità per l'energia elettrica ed il gas, che, al pari delle altre leggi istitutive delle autorità amministrative indipendenti, non è assolutamente chiara in tema di poteri regolatori, al punto che molte disposizioni sono caratterizzate da una forte genericità ed ambivalenza e da una mancata definizione organica degli interventi pubblici da soddisfare, nonché degli strumenti di intervento delle autorità.

In tale ambito si è innestato il dibattito sia in dottrina che in giurisprudenza in merito alla configurabilità o meno di poteri impliciti, che ha dato luogo a due orientamenti diametralmente opposti. Le prime sentenze che affrontano la questione della configurabilità o meno in capo all'autorità per l'energia elettrica ed il gas di poteri impliciti propendono per un'interpretazione rigorosa del principio di legalità, facendo prevalere le ragioni di garanzia dei privati nei confronti di poteri autoritativi privi di base legale sulle ragioni di funzionalità ed efficienza dell'azione amministrativa. In particolare, i giudici amministrativi hanno posto l'accento sull'art. 97 Cost., che impedirebbe di riconoscere alle istituzioni nazionali poteri privi di un fondamento legislativo che siano desunti solo per il tramite di obiettivi genericamente individuati dalla normativa primaria.

Secondo tale orientamento, poi, la stretta interpretazione del principio di legalità implica, che ogni potere amministrativo, anche di carattere normativo, che sia tale da incidere su libertà costituzionalmente riconosciute, come quella contenuta nell'art. 41 Cost. involgente la libertà d'impresa, debba necessariamente trovare il proprio fondamento in una previa ed espressa norma di legge, l'unica fonte del diritto idonea ad attribuire un potere limitativo delle facoltà riconosciute ai privati. Tale interpretazione rigida del principio di legalità viene, tuttavia, osteggiata dal Consiglio di Stato che in numerose sentenze ha sposato un'interpretazione flessibile del principio di legalità attribuendo prevalenza alle ragioni di funzionalità dell'azione amministrativa.

In particolare, il Consiglio di Stato considera le leggi istitutive delle autorità amministrative indipendenti alla stregua di norme in bianco conferenti poteri molto generici, in considerazione dei settori caratterizzati da una certa obsolescenza tecnologica in cui le authorities sono costrette ad operare, competendo, peraltro, alla medesima autorità non abusare dell'ampiezza di siffatti poteri alla luce del principio di proporzionalità. Secondo tale impostazione, pertanto, alla luce delle esigenze di funzionalità ed efficienza dell'azione amministrativa, è necessario che le autorità siano libere di operare nell'ambito indeterminato individuato dalle leggi istitutive e ciò al fine di poter meglio adattare la propria azione alle peculiarità del caso concreto. Ad avviso del Consiglio di Stato, inoltre, il deficit di legalità sostanziale sarebbe ampiamente compensato dalla c.d. legalità procedurale ovvero attraverso la garanzia dei procedimenti di partecipazione dei soggetti regolati.

Successivamente il Consiglio di Stato, pur ribadendo l'orientamento volto al generale riconoscimento in capo all'autorità per l'energia elettrica ed il gas di poteri che non siano espressamente contemplati dalla legge istitutiva, ma che risultino, tuttavia, funzionali al raggiungimento degli obiettivi cui è preordinata l'azione dell'autorità, pone un fondamentale discrimine in punto di poteri sanzionatori

evidenziando, infatti, che non è possibile desumere dalla potestà regolatoria attribuita dalla legge a tale autorità un ulteriore potere di contenuto ablatorio che incida sfavorevolmente su libertà costituzionalmente riconosciute come la libertà d'impresa ex art. 41 Cost., necessitando tale potere di una specifica previsione normativa.

In linea generale, l'orientamento attuale prevalente opera un fondamentale distinguo fra attività di regolazione ed attività di vigilanza o controllo posta in essere dalle autorità amministrative indipendenti ai fini della configurabilità o meno dei c.d. poteri impliciti.

In particolare, i poteri regolatori delle authorities, ponendo norme generali e astratte promozionali della concorrenza in un dato settore economico, non sono di per sé idonei ad incidere direttamente sulle posizioni giuridiche dei privati, con la conseguenza che è possibile accedere ad una interpretazione meno rigorosa del principio di legalità che ammetta l'esistenza di poteri impliciti.

Per contro, qualora venga in rilievo un'attività di vigilanza che si esplichi mediante l'esercizio di poteri di stampo ablatorio o sanzionatorio fortemente limitativi della libertà imprenditoriale, la teoria dei poteri impliciti non può trovare applicazione, necessitando l'applicazione di sanzioni idonee ad incidere in via sfavorevole nella sfera giuridica dei cittadini di un'apposita norma attributiva del potere.

5. INTENSITA' DEI MEZZI ISTRUTTORI, POTERI DI P.G. E GARANZIE DEL PROCEDIMENTO CON PARTICOLARE RIGUARDO ALLA COLLABORAZIONE TRA AGCM E GUARDIA DI FINANZA.

5.1. Le deleghe istruttorie di AGCM alla Guardia di Finanza: le forme di collaborazione.

Al fine di rendere effettivo ed efficace lo svolgimento dei compiti istituzionali assegnati alle *Authorities* dal legislatore comunitario e nazionale, si è avvertito, sin dalla loro costituzione, l'esigenza di affiancare alle stesse organismi dotati di un alto grado di specializzazione e di una certa forza di imperio, in grado di fornire un contributo decisivo alla acquisizione delle necessarie conoscenze fattuali e documentali per la corretta procedimentalizzazione dell'istruttoria amministrativa e per garantire quindi l'efficacia del provvedimento decisivo finale. Tale importante ruolo operativo è stato individuato, anche per quanto riguarda l'Autorità Garante della Concorrenza e il Mercato, nel Corpo della Guardia di Finanza.

L'apporto collaborativo del Nucleo Speciale Antitrust alle indagini dell'Autorità amministrativa indipendente si rivela molto efficace ed intenso, tanto che dal punto di vista ermeneutico l'interprete si deve chiedere sino a che punto possa spingersi un'indagine che, almeno "formalmente" resta amministrativa e non penale. Occorre chiedersi cioè sin dove possa spingersi tale metodo istruttorio e quali possano essere i limiti all'utilizzabilità in termini probatori dei risultati acquisiti, anche al fine di circoscrivere natura, portata e limiti di tale poderoso intervento adiuvante e permettere così la salvaguardia della tenuta dell'accertamento istruttorio nel procedimento di riferimento ovvero in altri procedimenti anche di natura giurisdizionale.

Le funzioni principali di AGCM trovano un aggancio costituzionale nell'art. 41 Cost. (richiamato dall'art. 1 della Legge n. 287 del 1990), e sono relative all'applicazione della disciplina della concorrenza (intese, abuso di posizione dominante, controllo sulle operazioni di concentrazione ed altre competenze aggiunte successivamente) nei confronti delle imprese pubbliche e private, operanti in tutti i mercati.

Ai fini dell'applicazione delle regole in materia di concorrenza, AGCM è investita di poteri paralleli a quelli dell'autorità giudiziaria ordinaria, di accertamento e repressione delle violazioni (*adjudication*), che sono esercitati dalla stessa di propria iniziativa o su denuncia di altre amministrazioni o dei soggetti interessati, e si sostanziano nella emanazione di provvedimenti inibitori (diffide), ordinatori e sanzionatori molto incisivi, previsti dagli artt. 15 e 19 della Legge n. 287 del 1990 ⁽³⁴¹⁾.

È apparso evidente, sin dall'istituzione della Autorità ⁽³⁴²⁾, che al fine di garantire l'esercizio effettivo, efficace e concreto di tali rilevanti poteri di accertamento e repressione delle violazioni, AGCM

⁽³⁴¹⁾ L'art. 15 comma 2 della Legge n. 287 del 1990, rubricato "diffide e sanzioni", nella sua attuale formulazione così recita: "In caso di inottemperanza alla diffida di cui al comma 1, l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato ovvero, nei casi in cui sia stata applicata la sanzione di cui al comma 1, di importo minimo non inferiore al doppio della sanzione già applicata con un limite massimo del dieci per cento del fatturato come individuato al comma 1, determinando altresì il termine entro il quale il pagamento della sanzione deve essere effettuato. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività d'impresa fino a trenta giorni", mentre l'art. 19 comma 2, rubricato "sanzioni amministrative pecuniarie per inottemperanza al divieto di concentrazione o all'obbligo di notifica", nella sua attuale formulazione così recita: "nel caso di imprese che non abbiano ottemperato agli obblighi di comunicazione preventiva di cui al comma 1 dell'articolo 16, l'Autorità può infliggere alle imprese stesse sanzioni amministrative pecuniarie fino all'uno per cento del fatturato dell'anno precedente a quello in cui è effettuata la contestazione in aggiunta alle sanzioni eventualmente applicabili in base a quanto previsto dal comma 1, a seguito delle conclusioni dell'istruttoria prevista dal presente capo III, il cui inizio decorre dalla data di notifica della sanzione di cui al presente comma".

⁽³⁴²⁾ A tal proposito, l'art. 12 comma 2 della Legge n. 287 del 1990 dispone che "l'Autorità può, inoltre, procedere, d'ufficio o su richiesta del Ministro dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato o del Ministro delle Partecipazioni Statali, ad indagini conoscitive di natura generale nei settori economici nei quali l'evoluzione degli scambi, il

avrebbe necessitato dell'ausilio e della collaborazione di altre istituzioni dotate di forte specializzazione, elevata capacità e vocazione all'analisi tecnica, in grado di esercitare materialmente sul campo le indagini, reperire le fonti e i documenti anche mediante l'accesso fisico alle sedi delle imprese pubbliche e private e ciò, al fine di coordinare le indagini, analizzare e veicolare i dati raccolti nel procedimento istruttorio, un po' come accade all'Autorità giudiziaria con la Polizia Giudiziaria, seppur con le opportune distinzioni e gli opportuni limiti.

L'Istituzione naturalmente vocata a svolgere questo complesso tipo di indagini ad alto contenuto tecnico e fortemente specializzato è apparsa sin da subito la Guardia di Finanza, istituzione dotata di rilevanti capacità tecnico/operative e ampi poteri di polizia tributaria attribuiti dalle norme in materia di IVA e di accertamento delle imposte sui redditi, che avrebbe potuto coordinare le ispezioni di AGCM, anche e soprattutto in caso di opposizione delle parti sottoposte all'indagine. La collaborazione inizia gradualmente, *step by step*, ma da mera ipotesi diviene presto realtà, tanto che, con provvedimento n. 252769/310 del 21 luglio 1995, del Comandante Generale della Guardia di Finanza è costituito il “*Centro Tutela Concorrenza e Mercato della Guardia di Finanza*”, reparto specificamente incaricato di prestare attività collaborativa a favore dell'Autorità. Nemmeno sei anni dopo l'istituzione di AGCM, l'art. 54 commi da 2 a 5, della Legge 6 febbraio 1996, n. 52, rubricata “*Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità Europee – Legge comunitaria 1994*” istituzionalizza con Legge ordinaria la collaborazione tra AGCM e Guardia di Finanza ⁽³⁴³⁾ potenziandone notevolmente contenuti ed effetti. La Legge

comportamento dei prezzi, o altre circostanze facciano presumere che la concorrenza sia impedita, ristretta o falsata” e l'art. 14 comma 2 chiarisce che “l'Autorità può in ogni momento dell'istruttoria richiedere alle imprese, enti o persone che ne siano in possesso, di fornire informazioni e di esibire documenti utili ai fini dell'istruttoria; disporre ispezioni al fine di controllare i documenti aziendali e di prenderne copia, anche avvalendosi della collaborazione di altri organi dello Stato; disporre perizie e analisi economiche e statistiche nonché la consultazione di esperti in ordine a qualsiasi elemento rilevante ai fini dell'istruttoria”.

⁽³⁴³⁾ L'art. 54 commi da 2 a 4 della Legge n. 52 del 1996, rubricato “cooperazione con la Commissione delle Comunità Europee in materia di concorrenza” così recitano: “2. Per l'assolvimento dell'incarico di cui al comma 1, da espletare con le modalità previste dalla normativa comunitaria, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato dispone dei poteri istruttori di cui all'art. 14, comma 2, della Legge 10 ottobre 1990, n. 287. In caso di opposizione dell'impresa interessata e su richiesta della Commissione delle Comunità Europee, può richiedere l'intervento della Guardia di Finanza, che esegue gli accertamenti richiesti, con i poteri e le facoltà previsti dai decreti del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633, e 29 settembre 1973, n. 600 e successive modificazioni, e dalle altre norme tributarie. // 3. Gli esiti degli accertamenti eseguiti a norma dei commi 1 e 2 sono destinati esclusivamente alla Commissione delle Comunità europee e non possono essere utilizzati ad altri fini. // 4. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nell'espletamento delle istruttorie di cui al titolo II della Legge 10 ottobre 1990, n. 287, si avvale della collaborazione dei militari della Guardia di Finanza che agiscono con i poteri e con le facoltà indicati al comma 2 utilizzando strutture e personale esistenti e in modo da non determinare oneri aggiuntivi”.

comunitaria 1994 è il primo atto legislativo che istituzionalizza una forma di collaborazione tra il Corpo e l'Autorità, tuttavia, ciò non deve far ritenere che si tratti di collaborazione di identico contenuto a quella attuale. Infatti, se esaminata attentamente, la norma si premura di porre limiti stringenti all'utilizzo della Guardia di Finanza da parte di AGCM atteso che il comma 3 della norma *cit.*, afferma che “*gli esiti degli accertamenti eseguiti a norma dei commi 1 e 2 (...) non possono essere utilizzati ad altri fini*”.

A seguito delle modifiche al quadro normativo, i rapporti di collaborazione fra Autorità e Guardia di Finanza si vengono progressivamente ad intensificare, tanto in materia di tutela della concorrenza che di accertamento e repressione della pubblicità ingannevole. Entrambe le parti riconoscono che è giunto il momento di siglare un “*patto collaborativo*” mediante il quale individuare principi e modalità di intervento volti ad assicurare il proficuo svolgimento dell'attività di collaborazione, anche al fine di concordare regole, coordinamenti e sviluppo della richiamata attività. Il 12 dicembre 1997 prende così vita il primo Protocollo d'intesa tra AGCM e Guardia di Finanza ⁽³⁴⁴⁾.

Un'altra tappa importante nel percorso di collaborazione si è realizzata con l'art. 4 della Legge 31 marzo 2000, n. 78 ⁽³⁴⁵⁾, cui ha fatto seguito il d.lgs. 19 marzo 2001, n. 68 ⁽³⁴⁶⁾. Le norme richiamate concorrono a evidenziare sempre più chiaramente i connotati della collaborazione, tuttavia, si può osservare che, quanto a poteri e limiti dell'esercizio collaborativo, sussiste un generico rimando a

⁽³⁴⁴⁾ L'accordo “disciplina le procedure da seguire per le diverse forme di collaborazione che il Corpo fornisce all'Autorità tramite il Centro Tutela Concorrenza e Mercato, referente esclusivo deputato a coordinare, dare impulso ed orientare i servizi nello specifico settore. Il documento conferma ed integra le direttive emanate in precedenza, riconoscendo piena efficacia e visibilità al ruolo strategico attribuito all'Istituzione nello specifico settore”; Così il Capo di Stato Maggiore, Gen. B. Giovanni Mariella, nella nota prot. n. 244771 del 21 luglio 1998. Nel Protocollo *cit.*, all'art. 1 si legge che “la Guardia di Finanza collabora con l'Autorità per l'accertamento delle violazioni alla Legge n. 287 del 1990, nonché per l'accertamento delle violazioni alla normativa in materia di pubblicità ingannevole, di norma, su richiesta dell'Autorità e secondo le indicazioni formulate dalla stessa. In particolare, la Guardia di Finanza collabora nel reperimento e nell'elaborazione di dati, di notizie e di informazioni utili per gli accertamenti di competenza dell'Autorità, svolge studi ed indagini di settore e sottopone all'Autorità ogni elemento, anche autonomamente acquisito, che ritenga rilevante ai fini dell'applicazione della normativa a tutela della concorrenza ed in materia di pubblicità ingannevole”.

⁽³⁴⁵⁾ Disposizione recante “delega al Governo in materia di riordino dell'Arma dei carabinieri, del Corpo forestale dello Stato, del Corpo della Guardia di Finanza e della Polizia di Stato. Norme in materia di coordinamento delle Forze di polizia”, ove si legge che “il Governo è delegato ad emanare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per (...) l'adeguamento, fermo restando l'art. 1 della Legge 23 aprile 1959, n. 189, dei compiti del Corpo in relazione al riordino della pubblica amministrazione”.

⁽³⁴⁶⁾ Recante adeguamento dei compiti del Corpo della Guardia di Finanza, a norma dell'art. 4 della Legge n. 78 del 2000. L'art. 3 comma 1 della Legge *cit.*, afferma che “il Corpo della Guardia di Finanza, in relazione alle proprie competenze in materia economica e finanziaria, collabora con gli organi costituzionali. La stessa collaborazione, previa intese con il Comando Generale, può essere fornita agli organi istituzionali, alle Autorità indipendenti e agli enti di pubblico interesse che ne facciano richiesta. Nell'espletamento delle attività di cui al comma 1, i militari del Corpo agiscono con le facoltà e i poteri previsti dalle leggi e regolamenti vigenti”.

leggi e regolamenti vigenti ed “*ai limiti posti dagli stessi*” che obbliga l’interprete ad effettuare un difficoltoso sforzo ermeneutico per il coordinamento di norme collocate in strumenti giuridici eterogenei al fine di determinare portata e limiti dell’intervento collaborativo a discapito della certezza giuridica in un settore che, occorre rammentarlo, impatta ed interseca diritti fondamentali della persona giuridica e della libertà di impresa.

Nel 2004 il Centro Tutela Concorrenza e Mercato, anche in virtù delle diverse forme di collaborazione che progressivamente vanno istituendosi con altre amministrazioni, cambia denominazione in Nucleo Speciale Antitrust⁽³⁴⁷⁾.

Un importante intervento chiarificatore circa porta e limiti dell’apporto collaborativo del Corpo alle *Authorities* si rinviene nell’art. 22 della Legge 28 dicembre 2005, n. 262⁽³⁴⁸⁾. Nel corso degli anni successivi le competenze affidate ad AGCM dal legislatore nazionale e comunitario trovano grande espansione così, al fine di adeguare l’ormai ultradecennale collaborazione al rinnovato quadro normativo, si rende necessario aggiornare il Protocollo del 1997 con un nuovo Protocollo d’intesa capace di tenere conto delle citate evoluzioni del quadro normativo e fattuale. In data 19 febbraio 2015, il Corpo della Guardia di Finanza e AGCM riformano l’intesa con un nuovo documento che consta di 13 articoli e tiene conto delle diverse attribuzioni e competenze riconosciute all’Autorità nonché degli adeguamenti dei compiti del Corpo di cui al D.Lgs. n. 68 del 2001.

Il Nucleo Speciale Antitrust (di seguito anche solo Nucleo Speciale o Gruppo Antitrust) è il Reparto Speciale della Guardia di Finanza che si occupa di vigilare sulle regole del mercato e sulla tutela della concorrenza⁽³⁴⁹⁾. I Reparti Speciali Sono istituiti per l’investigazione connotata da alta specializzazione, per corrispondere ad Autorità Istituzionali Centrali, ovvero quando l’efficacia del controllo richieda un dispositivo unitario e operano alle dipendenze del Comando Unità Speciali,

⁽³⁴⁷⁾ L’istituzione del Nucleo Speciale Tutela Mercati avviene con provvedimento del Comandante Generale della Guardia di Finanza del 9 giugno 2004, n. 192800.

⁽³⁴⁸⁾ Recante “*disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari*”, ove si legge che «*nell’esercizio dei poteri di vigilanza informativa e ispettiva, le Autorità di cui all’articolo 20 possono avvalersi, in relazione alle specifiche finalità degli accertamenti, del Corpo della guardia di finanza, che agisce con i poteri ad esso attribuiti per l’accertamento dell’imposta sul valore aggiunto e delle imposte sui redditi, utilizzando strutture e personale esistenti in modo da non determinare oneri aggiuntivi. Tutte le notizie, le informazioni e i dati acquisiti dal Corpo della guardia di finanza nell’assolvimento dei compiti previsti dal comma 1 sono coperti dal segreto d’ufficio e vengono senza indugio comunicati esclusivamente alle Autorità competenti*». Si noti che nella norma da ultimo cit. si parla di Autorità al plurale (il richiamo è all’art. 20 della medesima legge), ossia anche a Banca d’Italia, CONSOB, COVIP e ISVAP.

⁽³⁴⁹⁾ In particolare, il Nucleo Speciale si occupa di vigilare sulle violazioni all’economia pubblica, industria e commercio; tutela dei marchi, brevetti e proprietà intellettuale; pirateria informatica e audiovisiva; pubblicità ingannevole; disciplina della cessione di prodotti agricoli e agroalimentari; collaborazione in materia di rating di legalità; inquinamento acustico.

retto da Generale di Divisione o Brigata, che assolve funzioni di comando, coordinamento e controllo nei confronti dei reparti dipendenti tra cui figura il Nucleo Speciale Antitrust. La collaborazione con AGCM, come descritto nei paragrafi precedenti, è risalente e può essere ricondotta alla legge n. 287/1990, istitutiva di AGCM, atteso che l'art. 14 comma 2 garantisce, sin dall'istituzione dell'Autorità, la possibilità per la stessa di avvalersi “*della collaborazione di altri organi dello Stato*”. Il Gruppo Antitrust è un interlocutore non esclusivo ma privilegiato dell'Autorità ⁽³⁵⁰⁾ ed è normalmente destinatario delle richieste di collaborazione e deleghe di attività che promanano dalla stessa, oltre che competente a valutare, gestire, indirizzare il flusso informativo e le segnalazioni in materia verso AGCM ⁽³⁵¹⁾.

⁽³⁵⁰⁾ La Guardia di Finanza sul territorio nazionale è organizzata, come noto, secondo una struttura che prevede la compresenza di Reparti territoriali (Brigate, Tenenze e Compagnie, Gruppi) e Nuclei di Polizia tributaria in ogni sede di Provincia. A tutti questi Reparti è affidato il compito di svolgere funzioni di polizia economica e finanziaria a tutela del bilancio pubblico, delle regioni, degli enti locali e dell'Unione europea con strumenti e poteri di polizia amministrativa e giudiziaria e di pubblica sicurezza ed ogni Reparto dislocato sul territorio nello svolgimento della propria attività istituzionale può indirizzare segnalazioni ad AGCM.

⁽³⁵¹⁾ Natura e limiti del rapporto sono specificati nel nuovo Protocollo d'Intesa siglato il 19 febbraio 2015; l'art. 1 del Protocollo chiarisce che la collaborazione è attivabile per il reperimento e l'elaborazione, da parte del Gruppo, di dati, notizie e informazioni utili per gli accertamenti di competenza dell'Autorità, anche attraverso lo svolgimento di studi, indagini di settore e di ogni elemento utile, anche autonomamente acquisito, che sia rilevante ai fini dell'applicazione della normativa in materia. La norma cit., si premura di chiarire che la collaborazione avviene nel rispetto della normativa di settore e nei limiti delle rispettive competenze istituzionali fissate dall'ordinamento vigente (*amplius ultra* § 4). L'art. 2 del Protocollo cit., specifica ulteriormente i rapporti collaborativi chiarendo che l'Autorità intrattiene i necessari rapporti con il Gruppo e fornisce allo stesso le informazioni e gli elementi ritenuti utili e necessari per consentire lo svolgimento dell'attività e, a sua volta, il Nucleo, relaziona l'Autorità sull'andamento e gli sviluppi dell'attività svolta, di guisa che ogni elemento di un accertamento ispettivo o pre-ispettivo originato dall'AGCM o ad essa destinato su iniziativa dei Reparti del Corpo dislocati sul territorio nazionale transita per il Gruppo, al quale sono demandati compiti di collaborazione in sede di ispezioni condotte dall'Autorità, dalla Commissione europea o su richiesta di un'Autorità di concorrenza di un altro Stato membro, sul territorio nazionale. Le parti della collaborazione possono individuare, inoltre, determinati settori economici ove può risultare particolarmente utile un'attività del Corpo di osservazione, raccolta ed elaborazione dati ed elementi informativi e, a tal proposito, sono organizzati incontri periodici anche per la verifica dell'andamento della collaborazione. Una novità introdotta dal nuovo Protocollo d'Intesa (rispetto al precedente testo del 12 dicembre 1997), è la possibilità riconosciuta all'Autorità di poter chiedere al Corpo la collaborazione del Nucleo Speciale Frodi Tecnologiche ovvero degli altri reparti che si rapportano con la stessa. La richiesta di collaborazione è disciplinata dall'art. 3 del Protocollo vigente, il quale prevede che l'Autorità possa trasmettere al Nucleo una specifica richiesta di intervento in relazione alle questioni su cui ritenga necessario avvalersi della collaborazione. La norma cit., chiarisce che la richiesta deve indicare l'ambito e lo scopo dell'intervento, i fatti e le circostanze in ordine alle quali occorre acquisire i dati, le informazioni, i soggetti presso i quali acquisirli e le modalità di acquisizione (il riferimento naturalmente è ai poteri conferiti al Corpo dal d.P.R. n. 633/72 e n. 600/73, esercitabili nel corso dell'ispezione) e deve essere coordinata con il successivo art. 5 comma 2 del medesimo Protocollo. L'art. 5 comma 2 del Protocollo cit., rubricato “attività ispettiva” chiarisce che nel caso di ispezione, ove l'Autorità intenda avvalersi del Corpo, trasmette al Nucleo specifica richiesta contenente elementi informativi in merito all'attività ispettiva e le modalità di intervento sono concordate in apposite riunioni di coordinamento.

5.2. L'utilizzo dei mezzi istruttori di P.G. in un procedimento "formalmente amministrativo".

Come noto, i funzionari di AGCM incaricati di eseguire l'accertamento, nello svolgimento della propria attività ispettiva assumono la qualifica di pubblico ufficiale ai sensi dell'art. 14 comma 3 della l. n. 287/1990 e possono essere assistiti dal personale del Nucleo, ivi incluso i militari dei reparti del Corpo. L'Autorità può anche affidare direttamente al Nucleo l'esecuzione degli accertamenti ispettivi con lettera di incarico e il Nucleo a sua volta ha facoltà di incaricare per l'esecuzione degli accertamenti richiesti dall'Autorità altri Reparti del Corpo che ne riferiscono l'esito per il tramite del Nucleo medesimo. La norma chiarisce che i funzionari dell'Autorità nel corso delle ispezioni, qualora si renda necessario superare l'opposizione delle imprese, anche al fine di garantire l'efficacia degli accertamenti, possono richiedere l'intervento del Corpo che potrà agire con gli incisivi poteri conferiti dai già cit. d.P.R. n. 633/72 e 600/73. L'art. 4 del Protocollo vigente, invece, ha il pregio di fornire una definizione delle varie fasi dell'accertamento e degli apporti collaborativi e distingue tra: a) attività pre-istruttoria, nella quale l'Autorità può richiedere al Nucleo la collaborazione nell'ambito degli accertamenti preliminari, volti a valutare l'esistenza dei presupposti per l'avvio dei procedimenti istruttori; b) attività istruttoria, con riguardo alle attività di accertamento svolte nell'ambito delle istruttorie già avviate; c) verifica dell'ottemperanza dei provvedimenti deliberati dall'Autorità e procedimenti sanzionatori, relativa all'attività di accertamento dell'ottemperanza da parte delle imprese interessate a tutti i provvedimenti adottati; d) indagini conoscitive, di carattere generale disciplinate dall'art. 12 comma 2 della l. n. 287/1990; e) attività di segnalazione del Nucleo, nella quale è lo stesso ad effettuare la segnalazione.

Ai funzionari di AGCM sono attribuiti importanti poteri sia in sede pre-ispettiva che durante la fase ispettiva e, per effetto del combinato disposto dell'art. 14 comma 2 della l. n. 287/1990, art. 8 comma 4 e 10 comma 2 del d.P.R. n. 217/1998, possono accedere ai locali, terreni e mezzi di trasporto dei soggetti sottoposti ad ispezione, con esclusione dei luoghi di residenza o domicilio estranei all'attività imprenditoriale oggetto d'indagine; possono controllare ed estrarre copia dei documenti aziendali, indipendentemente dal livello di responsabilità e rappresentatività degli autori dei documenti; possono procedere all'audizione dei soggetti con qualifiche aziendali, previa esibizione agli interessati di un provvedimento contenente gli estremi dell'indagine, l'oggetto dell'accertamento e l'informativa relativa alle sanzioni comminabili in caso di rifiuto, omissione o ritardo, senza

giustificato motivo, nel fornire le informazioni e i documenti richiesti ⁽³⁵²⁾. Il Corpo ricopre, insomma, un ruolo di primo piano sia nel supporto alle attività ispettive, sia nell'acquisizione probatoria quale fase fondamentale d'indagine, atteso che notoriamente la c.d. "smoking-gun" si rinviene con l'esame della documentazione contabile (ed in taluni casi extra-contabile) delle imprese interessate. Anche le attività delegate sono dirette, generalmente, alla ricerca di documenti e all'assunzione di informazioni e dal punto di vista operativo l'attività del Corpo si sostanzia nell'individuazione delle principali informazioni societarie (sede legale ed amministrativa ed eventuali sedi secondarie, volume di affari e altri dati fiscali) delle imprese sottoposte all'indagine, nonché sull'acquisizione della documentazione aziendale ovvero sull'acquisizione di elementi rilevanti per la conoscenza dei mercati di interesse.

La Guardia di Finanza, infine, a prescindere dalle attività effettuate su delega od in collaborazione, assume un rilevante ruolo di vigilanza dei mercati e delle imprese in virtù degli ordinari compiti istituzionali che la legge affida al Corpo. Infatti, durante il compimento materiale delle attività d'indagine autonome rispetto alla collaborazione con AGCM, magari a seguito di indagini di polizia giudiziaria (posto che l'illecito penale può determinare distorsioni anticoncorrenziali), ovvero durante lo svolgimento dell'attività di verifica fiscale, possono essere rinvenuti elementi importanti da segnalare all'AGCM ⁽³⁵³⁾. In tal caso, le entità locali e periferiche potranno veicolare i dati al Nucleo per un primo approfondimento.

Appare pienamente legittima, pertanto, oltrech  essenziale per la funzione di *public enforcement* affidata dalla legge ad AGCM anche l'attività propulsiva diretta del Corpo sebbene non esista, neppure dopo la recente riforma del Protocollo d'Intesa (il Protocollo si limita a riconoscere tale possibilità), un vero e proprio obbligo normativo di segnalazione come quello previsto dall'art. 36 del d.P.R. n. 600/1973 in materia tributaria. Dal punto di vista esegetico, il fondamento normativo dell'attività propulsiva di tipo diretto può essere rinvenuto nell'art. 12 comma 1 della l. n. 287/1990, nella parte in cui chiarisce che l'AGCM, «*valutati gli elementi in suo possesso o quelli portati a sua conoscenza da altre amministrazioni o da chiunque vi abbia interesse, procede ad istruttoria per*

⁽³⁵²⁾ Per quanto attiene al fondamento dell'esercizio dei poteri ispettivi cit., gli ampi poteri di accesso e ricerca documentale trovano la loro base normativa negli artt. 14 comma 2 l. n. 287/1990, nell'art. 54 comma 4 l. 52/1996, così come specificato negli artt. 8 comma 4 e 10 comma 8 del d.P.R. n. 217/1998, e nell'art. 22 l. n. 262/2005 ed anche nei d.P.R. n. 633/1972 e n. 600/1973.

⁽³⁵³⁾ Si pensi agli scambi di corrispondenza ed e-mail tra le imprese, che possono fare emergere collusioni e fenomeni di concertazione dei prezzi o di ripartizione delle quote di mercato.

verificare l'esistenza di infrazioni», ed oggi, anche nell'art. 4 comma 1 lett. e) del Protocollo vigente che richiama l'attività propulsiva diretta del Corpo.

Normalmente i soggetti pubblici incaricati istituzionalmente di svolgere attività ispettive o di vigilanza nonché gli organi giurisdizionali, requirenti e giudicanti, penali, civili, amministrativi e, previa autorizzazione, gli organi di polizia giudiziaria che, a causa o nell'esercizio delle loro funzioni, vengono a conoscenza di fatti che possono configurarsi come violazioni tributarie devono comunicarli direttamente ovvero, ove previste, secondo le modalità stabilite da leggi o norme regolamentari per l'inoltro della denuncia penale, al comando della Guardia di finanza competente in relazione al luogo di rilevazione degli stessi, fornendo altresì l'eventuale documentazione atta a comprovarli ⁽³⁵⁴⁾.

Rispetto alla previsione generale sopra cit., occorre considerare che vi sono però disposizioni normative derogatorie sia per quanto attiene alla disciplina degli accertamenti condotti dalla Commissione europea in collaborazione con la Guardia di Finanza ⁽³⁵⁵⁾, sia per quanto attiene alla disciplina degli accertamenti condotti dalle *Authorities* nazionali, come disciplinato dall'art. 12 del d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217 ⁽³⁵⁶⁾. Si tratta di norma di stretta interpretazione che deve essere letta, in ottica costituzionalmente orientata, in senso inderogabile e tassativo e che, pertanto, porta a escludere che, allo stato, sia possibile utilizzare ai fini fiscali elementi documentali che dovessero essere individuati nella sfera di attività del Corpo prestate in collaborazione con AGCM. In tal senso anche un'autorevole interpretazione resa dallo stesso Corpo con Circolare del Comando Generale della Guardia di Finanza – III° Reparto operazioni, 14 aprile 2000, n. 114000, ove si afferma che *“resta pacifica la possibilità per la Guardia di Finanza di utilizzare ai fini fiscali elementi acquisiti*

⁽³⁵⁴⁾ Così dispone l'art. 36 del d.P.R. 29 agosto 1973, n. 600.

⁽³⁵⁵⁾ Il riferimento è qui all'art. 28 del Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, in materia di segreto d'ufficio che così recita: *«salvo il disposto degli articoli 12 e 15, le informazioni raccolte ai sensi degli articoli da 17 a 22 possono essere utilizzate soltanto per lo scopo per il quale sono state assunte. Fatti salvi lo scambio e l'uso delle informazioni previste dagli articoli 11, 12, 14, 15 e 27, la Commissione e le autorità degli Stati membri garanti della concorrenza nonché i loro funzionari, agenti e altre persone che lavorano sotto il controllo di dette autorità così come i funzionari e gli agenti di altre autorità degli Stati membri sono tenuti a non divulgare le informazioni acquisite o scambiate in applicazione del presente regolamento e che, per la loro natura, sono protette dal segreto d'ufficio. Questo obbligo è valido anche per tutti i rappresentanti e gli esperti degli Stati membri partecipanti alle riunioni del Comitato consultivo conformemente all'articolo 14».*

⁽³⁵⁶⁾ Regolamento recante *“norme in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato”*, dispone, infatti, che *«le informazioni raccolte in applicazione della legge e del presente regolamento possono essere utilizzate soltanto per lo scopo per il quale sono state richieste e, ai sensi dell'articolo 14, comma 3, della legge sono tutelate dal segreto d'ufficio anche nei riguardi delle pubbliche amministrazioni, fatti salvi gli obblighi di denuncia di cui all'articolo 331 del codice di procedura penale e quelli di collaborazione con le istituzioni delle Comunità europee di cui agli articoli 1, comma 2, e 10, comma 4, della legge n. 287 del 1990».*

ad altri fini, tuttavia, sussiste una deroga espressa sancita dall'art. 14, comma 3 della l. n. 287/1990, per cui tutte le notizie, informazioni o dati riguardanti le imprese oggetto di istruttoria da parte della Autorità sono tutelati dal segreto d'ufficio anche nei riguardi delle altre pubbliche amministrazioni". L'Autorità, quindi, non potrebbe segnalare al Corpo documenti che possiede per ragioni d'ufficio ovvero che facciano parte di proprie istruttorie anche se gli stessi abbiano potenziale rilevanza ai fini fiscali. L'art. 12 del Regolamento n. 217/1998, naturalmente, fa salvi gli obblighi di denuncia di cui all'articolo 331 c.p.p. ovvero, in generale, quando la richiesta di esibizione provenga dall'Autorità Giudiziaria in fase di indagini di carattere penale. Altra deroga sussiste nel caso in cui in sede di ispezione antitrust i militari della Guardia di Finanza reperiscano fonti di prova in grado di configurare un illecito penale, nel qual caso gli stessi saranno obbligati ad agire in veste di agenti di polizia giudiziaria. Secondo una parte della dottrina ⁽³⁵⁷⁾, peraltro, non vi sarebbero limitazioni di sorta neppure nel caso in cui in esito allo svolgimento di attività di collaborazione con AGCM dovessero emergere elementi fiscalmente rilevanti nei confronti dei soggetti ispezionati se l'attività di contestazione e accertamento di violazioni tributarie fosse autonoma, successiva e distinta poiché in tal caso la documentazione rinvenuta potrebbe essere utilizzata nel procedimento tributario trattandosi di "*nuovo e diverso procedimento*". Si tratta, invero, di interpretazione che non convince pienamente se non in ottica general-preventiva, atteso che in tal modo si giungerebbe a svuotare di contenuto la deroga espressa sancita dalle norme speciali suesposte. Infatti, se da un lato è vero che sul piano formale si tratterebbe di procedimento nuovo e diverso, dall'altro la documentazione proverrebbe comunque sostanzialmente dall'attività collaborativa pregressa, con il rischio di rendere l'esito del procedimento accertativo annullabile in sede processuale proprio in virtù dell'inutilizzabilità della documentazione tratta in sede di ispezione antitrust. Appare pertanto più corretta l'interpretazione restrittiva della norma e quindi l'esclusione dell'utilizzabilità della documentazione reperita in sede di accertamento antitrust in altri procedimenti aventi carattere e natura sanzionatori da svolgersi a valle del primo. In tal senso si potrebbero richiamare, in analogia, pur con le dovute precauzioni (v. *infra*), le norme del procedimento penale sull'utilizzabilità degli atti nel processo penale. Come noto, non tutti gli atti del procedimento penale possono entrare nel processo penale e ciò, tutte le volte in cui una norma speciale ne esclude espressamente l'utilizzabilità

⁽³⁵⁷⁾ Cfr. a tal proposito A. FRANCESCHIN, "*il ruolo della Guardia di Finanza nell'esercizio dei poteri istruttori da parte dell'AGCM e della Commissione*", in *Dizionario Sistematico della Concorrenza*, a cura di F. PACE, Napoli, 2013, § 3, 226 e ss.

(358) (359). Anche in tal caso, seppur trattandosi di procedimenti amministrativi di tipo sanzionatorio, si dovrebbero applicare i principi di garanzia richiamati anche nella prima parte della legge n. 689/1981 sulla disciplina delle sanzioni amministrative e la dottrina e giurisprudenza formatasi in tema di utilizzabilità della documentazione irrituale nel processo tributario ⁽³⁶⁰⁾, anche alla luce delle

⁽³⁵⁸⁾ Sulla questione dell'utilizzabilità cfr. anche P. SORBELLO, "Il passaggio dai poteri istruttori di natura amministrativa alle funzioni di P.G.", in *Rivista Guardia di Finanza*, n. 1/2016, 195, in particolare il § 4.3. "Norma di garanzia: l'inutilizzabilità come applicazione della legalità probatoria".

⁽³⁵⁹⁾ Portata e limiti dell'utilizzabilità degli atti nel processo penale impegnano da tempo dottrina e giurisprudenza relativamente ad un interessante tema da esaminarsi in senso analogico ed alla luce delle problematiche sollevate nel presente contributo. Tra le altre ipotesi di inutilizzabilità normativamente disciplinate vi è quella della "violazione del principio di specialità", ossia il tema dell'inosservanza delle condizioni vincolanti apposte dall'autorità dello Stato richiesto all'utilizzazione della prova rogata internazionale, disciplinata dagli artt. artt. 696 e 729 c.p.p. (utilizzabilità degli atti assunti per rogatoria). Il compimento all'estero dell'atto richiesto dall'autorità procedente – si tratti o meno di un mezzo di prova – è regolato dalla normativa vigente nello Stato investito della rogatoria, in conformità ad un principio generale del diritto internazionale. L'esecuzione della rogatoria con modalità diverse da quelle espressamente indicate dall'autorità richiedente comporta – per espressa previsione normativa (art. 729, co. 1-bis, c.p.p.) – l'inutilizzabilità degli atti compiuti, rilevabile in ogni stato e grado del procedimento. Si ritiene, al riguardo, che anche la sola mancata prova dell'adempimento delle modalità previste dall'ordinamento italiano – e indicate dall'autorità rogante nella domanda di assistenza giudiziaria – determini l'inutilizzabilità dell'atto (Cass. pen., sez. IV, 26.5.2010, n. 25050, in Cass. pen., 2011, 2320, che ha ritenuto insufficiente l'attestazione, contenuta nel verbale redatto in sede di rogatoria, di avvenuto compimento degli adempimenti richiesti, ovvero l'avviso all'autorità italiana della data e del luogo fissati per l'espletamento dell'atto). La prova acquisita mediante rogatoria non è utilizzabile, allo stato, se trasmessa o acquisita con modalità difformi da quelle stabilite dal diritto internazionale generale o pattizio e, dunque, in violazione dell'art. 696, co. 1, c.p.p. – richiamato dall'art. 729, co. 1, c.p.p. – che opera un rinvio recettizio alle fonti sovranazionali (sul punto, cfr. G. DARAIO, "Le rogatorie internazionali", in *Trattato di procedura penale*, a cura di G. SPANGHER, VI, *Esecuzione e rapporti con autorità giurisdizionali straniere*, a cura di L. KALB, Torino, 2009, 691, nonché A. SCCELLA, "L'inutilizzabilità delle prove raccolte all'estero", in *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, a cura di G. LA GRECA-M.R. MARCHETTI, Torino, 2003, 361, che sottolinea la difficoltà di un'esatta ricostruzione della disciplina applicabile).

⁽³⁶⁰⁾ Come noto, il d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, recante "disposizioni sul processo tributario in attuazione della delega al Governo contenuta nell'art. 30 della legge 30 dicembre 1991, n. 413", non enuncia una definizione di mezzi probatori utilizzabili, rischiando di compromettere la tutela giurisdizionale del contribuente, nel caso in cui l'amministrazione finanziaria dovesse produrre delle prove irrituali. La tutela giurisdizionale del contribuente assume peraltro rilevanza non solo con riferimento alla fase del procedimento di formazione dell'atto impositivo (impugnabile ai sensi dell'art. 19 del d.lgs. n. 546/1992) ma anche e soprattutto nella delicata fase "istruttoria", che precede l'esercizio vero e proprio della potestà impositiva, ed i cui vizi possono essere denunciati solo attraverso il ricorso contro il successivo atto autonomamente impugnabile, realizzando di fatto una difesa differita. Il procedimento tributario, così come delineato dalla normativa vigente, non contiene una espressa regolamentazione del sistema probatorio, né tanto meno una previsione di quali siano o possano essere i mezzi di prova utilizzabili, lasciando intravedere la possibilità di avvalersi di qualunque informazione sia in possesso dell'Amministrazione Finanziaria. Le disposizioni contenute nel d.P.R. n. 633/1972 e nel d.P.R. n. 600/1973 che, regolamentando l'accertamento in materia di imposta sul valore aggiunto e di imposte sui redditi e le modalità di esercizio dei poteri a tal fine attribuiti agli uffici, non hanno previsto le conseguenze che deriverebbero dalla inosservanza delle regole ivi stabilite, in termini di validità dell'atto di accertamento successivamente emesso sulla scorta dell'attività istruttoria, viziata ab origine. In materia penale la fattispecie è per contro espressamente contemplata dall'articolo 191 c.p.p. che, mutuando il concetto di "inutilizzabilità" già presente nel codice di procedura penale del 1930 abrogato, al primo comma dispone l'impossibilità di utilizzare le prove (...) "acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge". Problematica, invece, anche alla luce del rilievo che hanno assunto i principi del giusto processo dopo la riscrittura dell'art. 111 Cost., è la verifica della valenza probatoria degli elementi di prova acquisiti in conformità alla *lex loci*, quando le modalità della loro formazione appaiono potenzialmente

interpretazioni domestiche fornite dallo stesso Corpo con la Circolare del Comando generale della Guardia di Finanza n. 250400 del 17 agosto 2000, diramata all'indomani della pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della Legge n. 212 del 27 luglio 2000 di approvazione dello "*Statuto dei diritti del contribuente*", richiamando le linee operative già contenute nella Circolare n. 1/360000 del 20 ottobre 1998 del Comando generale Guardia di Finanza, ed in applicazione delle specifiche disposizioni statuite in materia di "diritti e garanzie del contribuente sottoposto a verifiche fiscali", si circoscrive la discrezionalità nell'esercizio dei poteri istruttori e, nel caso in specie, del potere di accesso della Guardia di Finanza presso i locali destinati all'esercizio dell'attività di impresa, alle "*effettive esigenze di indagine e di controllo sul luogo*", attraverso un'espressa previsione dei casi in cui ricorrano siffatte situazioni. Qualora detti requisiti dovessero difettare, si dispone che le finalità ispettive possano essere perseguite attraverso l'esercizio di altri poteri istruttori, che non comportino l'effettuazione di accessi. Quanto invece ai poteri attribuiti dall'art. 63, comma 1, prima parte, del d.P.R. n. 1972/633 e dall'art. 33, comma 3 del d.P.R. n. 600/1973, il richiamato documento precisa che già la Circolare n. 1/360000 del 20 ottobre 1998 aveva subordinato l'utilizzo dei documenti, dati e notizie acquisiti alla preventiva autorizzazione, che assurge pertanto ad elemento di legittimazione dell'utilizzazione medesima, in relazione alle ragioni giustificative delle verifiche effettuate, da rinvenirsi "[...] nell'adempimento dei compiti istituzionali assegnati per l'accertamento dell'imposta e la repressione della violazione delle disposizioni contenute nelle leggi finanziarie. Si tratta dei poteri investigativi specifici che possono essere esercitati solo nei casi previsti dalla legge, sicché "ove l'atto ispettivo fosse adottato non allo scopo preminente di controllare l'osservanza degli obblighi dei contribuenti, bensì per motivi extrafiscali, non pertinenti, allora la verifica sarebbe illegittima perché viziata per "eccesso di potere". In questi casi, non sussistendo "le ragioni giustificative della verifica" il contribuente ha pieno titolo a pretendere il rispetto assoluto dei diritti individuali fondamentali, quali la libertà personale, l'inviolabilità del domicilio e la segretezza della corrispondenza". La tutela

lesive di norme fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano. In forza del principio sancito dall'art. 111, co. 4, Cost., va indubbiamente esclusa l'utilizzabilità delle prove dichiarative assunte senza partecipazione difensiva, salvo che la mancata osservanza delle garanzie del contraddittorio sia riconducibile all'oggettiva impossibilità di formazione dialettica dell'atto (in giurisprudenza, Cass. pen., sez. I, 3.3.2003, n. 19678, FIGINI, in Cass. pen., 2004, 442; Cass. pen., 12.4.2002, n. 28845, DANELUZZI, in C.E.D. Cass., n. 222743; in precedenza, Cass. pen., sez. I, 28.11.2002, n. 41005, ACRI, ivi, n. 223202, aveva affermato, in senso difforme, che l'acquisizione della prova mediante rogatoria integra sempre un'impossibilità di natura oggettiva, non potendosi pretendere l'osservanza all'estero delle regole processuali italiane). La questione si è posta, in particolare, con riferimento all'assenza dell'imputato al compimento dell'atto probatorio, che non è stata ritenuta, però, in contrasto con l'esigenza di tutela del diritto di difesa e, di riflesso, con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano (Cass. pen., sez. VI, 1.12.2010, n. 44488; Cass. pen., sez. V, 7.10.2005, n. 45103; Cass. pen., sez. VI, 13.7.1999, n. 11109).

dei contribuenti da attività istruttorie irrituali è sempre stato un tema molto dibattuto anche in giurisprudenza; una prima corrente di pensiero, sostanzialmente conforme all'orientamento giurisprudenziale espresso sino al 2001, mutuando il «*principio di illegittimità derivata*» di diritto amministrativo, ha sostenuto l'inidoneità degli elementi probatori comprovanti situazioni evasive o comunque irregolari a fondare legittimamente una pretesa tributaria, ove acquisiti nell'inosservanza delle regole dettate dal legislatore ⁽³⁶¹⁾. Il secondo filone, appare invece consolidato sul riconoscere la piena utilizzabilità dei mezzi di prova irritualmente acquisiti, attesa la mancanza di una norma che espressamente ne preveda l'inutilizzo, come invece sancito nell'art. 191 c.p.p. ⁽³⁶²⁾ salvo il caso in cui le prove fossero "oggettivamente vietate". La Corte di Cassazione è intervenuta in più occasioni con l'affermazione di principi di carattere generale, che hanno consentito di "codificare" i casi in cui le attività di indagine condotte in difformità alle disposizioni di legge comportino l'inutilizzabilità del materiale probatorio acquisito irritualmente, a fondamento di una pretesa tributaria. Sino ai primi anni 2000 (cfr. Cass. S.U., 21 novembre 2002, n. 16424) la giurisprudenza ha confermato l'inutilizzabilità delle prove irritualmente acquisite, ove la violazione riguardi disposizioni di legge stabilite a tutela di interessi costituzionalmente garantiti ⁽³⁶³⁾. Successivamente si è fatto strada un opposto indirizzo, secondo cui il principio di utilizzabilità ai fini fiscali discenderebbe dalla mancanza di disposizioni che prevedano il contrario, di fatto recepito anche con le successive pronunce espresse su controversie riguardanti il problema della validità dei documenti acquisiti irritualmente nel corso di indagini

⁽³⁶¹⁾ Cfr. C. GLENDI, "Indagini tributarie e tutela giurisdizionale", in *Corriere tributario* n. 44/2009, pag. 3616. S. STUFANO, "Sulla utilizzabilità delle prove illecite o illegittime", in *Corriere Tributario* n. 39/2002, pag. 3534, secondo cui l'assenza nell'ordinamento tributario di una norma che espressamente sancisca l'inutilizzabilità delle prove acquisite *contra legem*, non può in sostanza legittimare l'ammissione di prove conseguite per effetto di comportamenti che integrino gli estremi di una violazione di legge o di un eccesso di potere. "Simili comportamenti non possono sfuggire al sindacato giurisdizionale tributario, il quale – investendo i profili di validità del provvedimento impugnato - non può mancare di rilevare i vizi istruttori incidenti sulla formazione dello stesso provvedimento. Secondo M. PISANI, "La valenza delle prove irrituali nell'accertamento tributario", in *Il Fisco* n. 11/2005, pag. 1570, le disposizioni procedurali sono state dettate dal legislatore al fine di regolamentare tutte le fasi dell'attività ispettiva, potenzialmente idonee a comportare una limitazione a diritti costituzionalmente garantiti. Il rigoroso rispetto di tali disposizioni assurge pertanto a requisito essenziale affinché alle prove raccolte in esito all'esercizio dei poteri de quo possa essere conferita la rilevanza prevista dalla legge. Detta interpretazione non sarebbe peraltro in contrasto con la formulazione adottata dal legislatore nella stesura dell'articolo 39, 2° comma, del D.P.R. n. 600/1973, in quanto da intendersi riferita all'ampiezza dei poteri istruttori, e non anche quale implicita deroga al principio di legittimità nell'acquisizione.

⁽³⁶²⁾ Cfr. S. GALLO, in *Il Fisco* n. 36/2007, secondo cui il principio di invalidità dell'atto finale sarebbe da escludersi ogni qualvolta l'acquisizione probatoria fosse avvenuta nell'inosservanza di disposizioni di minore gravità che riguardino l'organizzazione degli uffici piuttosto che un interesse generale, tuttavia, il principio di inutilizzabilità, troverebbe pertanto applicazione non solo nel caso in cui le prove fossero "oggettivamente vietate", ma anche qualora fossero state acquisite in violazione dei diritti soggettivi tutelati in modo specifico dalla Costituzione, come nel caso degli artt. 13,14 e 15, in cui la prescrizione di inviolabilità consente la limitazione solo nei casi e nei modi previsti dalla legge.

⁽³⁶³⁾ Cfr. *ex multis*, Cass., Sez. I, 27 luglio 1998, n.7368, Cass., Sez. I, 8 novembre 1997, n. 11036.

finanziarie ⁽³⁶⁴⁾. Alla luce delle emergenze surriferite si può ritenere che la documentazione tratta in sede di indagine antitrust sia riferibile alle acquisizioni irrituali ed extra-fiscali non pertinenti per le quali, tra le altre cose, sussistono norme speciali derogatorie che devono essere interpretate nel senso della esclusione dall'utilizzabilità in diverso procedimento avente carattere e natura sanzionatori.

5.3. Le garanzie procedurali ed i limiti all'utilizzabilità della documentazione d'indagine in altri procedimenti giurisdizionali.

Altro problema coesistente al tema dell'utilizzabilità della documentazione reperita in sede di indagine antitrust è la possibilità o meno che tale documentazione confluisca in altri procedimenti per il tramite dei soggetti interessati dall'indagine ovvero da soggetti terzi che si reputano danneggiati dalla condotta anticoncorrenziale dell'impresa sottoposta all'accertamento. Il tema dell'accesso agli atti del procedimento antitrust assume particolare importanza e attualità anche per via delle novità introdotte in argomento dal c.d. *freedom of information act* (di seguito anche solo FOIA) divenuto legge con il d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, c.d. decreto sulla trasparenza, in attuazione della riforma della Pubblica amministrazione ⁽³⁶⁵⁾, il cui ambito di applicazione, ai sensi dell'art. 3, comma 2, è esteso anche alle autorità amministrative indipendenti ⁽³⁶⁶⁾ (norme da coordinarsi poi con la previgente disciplina sull'accesso agli atti amministrativi di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241 ⁽³⁶⁷⁾). Il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, rubricato "*accesso ai documenti amministrativi*", innova la materia

⁽³⁶⁴⁾ Cfr. Cass. 19 febbraio 2009, n. 4001, Cass., 13 ottobre 2006, n. 22035.

⁽³⁶⁵⁾ Il d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97 è entrato in vigore il 23 giugno 2016 (G.U. Serie Generale n.132 del 08.06.2016), e ha ad oggetto la "*revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*".

⁽³⁶⁶⁾ Il comma 2 della norma cit., infatti, così recita: «*dopo l'articolo 2 è inserito il seguente: «art. 2-bis (Ambito soggettivo di applicazione). - 1. Ai fini del presente decreto, per "pubbliche amministrazioni" si intendono tutte le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, ivi comprese le autorità portuali, nonché le autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione*».

⁽³⁶⁷⁾ Occorre tenere presente che tale fonte legislativa è applicabile in *subiecta materia* esclusivamente con riguardo all'attività collaborativa in ambito antitrust atteso che, in generale, l'art. 24 della legge n. 241/90 esclude il diritto d'accesso nei procedimenti tributari, per i quali restano ferme le particolari norme che li regolano e che il potere di verifica fiscale è istituzionalmente esercitabile in funzione strumentale all'accertamento tributario e la relativa attività - avendo ontologicamente una funzione preparatoria del futuro provvedimento definitivo - di norma non fa sorgere il diritto di accesso ai documenti in relazione alla chiusura delle operazioni di verifica ai sensi degli artt. 22 e ss., l. n. 241 del 1990, nel caso in cui non vi sia stato ancora alcun avviso di accertamento e cioè non sia stato adottato alcun atto di imposizione. Invece, deve ritenersi consentito il diritto dell'interessato di accedere agli atti del procedimento soltanto nel momento in cui - conclusosi tale procedimento - sia stato adottato l'atto impositivo, potendo quest'ultimo essere, in astratto, immediatamente lesivo di posizioni giuridiche e, quindi, impugnabile - cfr. fra le tante T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 09 dicembre 2009, n. 12668 -).

dell'accesso agli atti sancendo la trasparenza come principio generale dell'ordinamento da interpretarsi nel senso della tendenziale accessibilità ai dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni (art. 1 comma 1) ⁽³⁶⁸⁾. Richiamate le novità introdotte dal FOIA al decreto n. 33/2013 ed i principi, criteri e le limitazioni d'accesso di cui agli artt. 22 e ss. della legge n. 241/1990, si può procedere ad esaminare la disciplina dell'accesso in materia di istruttorie antitrust svolte dall'AGCM con l'ausilio del Nucleo. L'esame della disciplina attualmente vigente deve prendere necessariamente avvio dalla prima e più probabile ipotesi di richiesta di accesso agli atti del procedimento istruttorio antitrust ossia quella proveniente dall'impresa interessata dall'attività accertativa e successivamente potrà essere estesa anche alle interferenze dei terzi interessati dal procedimento poiché coinvolti direttamente in pratiche anticoncorrenziali o anche indirettamente nella qualità di soggetti danneggiati dai comportamenti anticoncorrenziali e interessati quindi ad accedere alla documentazione del procedimento al fine di attivare procedimenti di *private enforcement* in altre sedi. Occorre chiarire se sussiste legittimazione alla richiesta da parte delle imprese interessate; quale sia il soggetto cui possano essere rivolte utilmente le istanze; il tempo delle richieste; i contenuti delle stesse ossia se possano avere ad oggetto tutti gli atti del procedimento ivi inclusi i c.d. atti della sequela endoprocedimentale nella loro interezza ossia solo quelli che confluiscono nel provvedimento finale. Per quanto riguarda la legittimazione, non paiono sussistere problemi di sorta per l'impresa interessata dal procedimento atteso che il soggetto interessato in tal caso è portatore di un interesse concreto, attuale, differenziato dalla collettività e soprattutto costituzionalmente tutelato ex art. 24 Cost. per le finalità difensive. In tal caso se vi fossero documenti riguardanti imprese terze contenenti dati sensibili o strategici si potrà ricorrere all'ostensione della documentazione in «*versione non riservata*». Nel caso in cui, invece, fossero i terzi a richiedere l'accesso agli atti del procedimento

⁽³⁶⁸⁾ Il comma 2 della norma cit., tuttavia, fa salve le disposizioni in materia di «segreto d'ufficio» e l'art. 2 comma 1 chiarisce che la disciplina della tendenziale libertà d'accesso di chiunque ai dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni (anche ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del decreto cit.) è garantita «nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati giuridicamente rilevanti». L'accesso agli atti («accesso civico» nella terminologia della legge, proprio per enfatizzare la tendenziale accessibilità generalizzata in capo a chiunque indistintamente e senza obbligo di motivazione) soggiace quindi a limitazioni anche in seguito all'entrata in vigore del FOIA, individuate dall'art. 5-bis. La norma cit., afferma che l'accesso è rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela, tra le altre cose, della «sicurezza pubblica» (comma 1, lett. a), «della conduzione di indagini sui reati e il loro perseguimento» (comma 1, lett. f), del «regolare svolgimento di attività ispettive» (comma 1, lett. f), e se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di (uno dei seguenti) interessi privati (...), tra cui compaiono «la libertà e la segretezza della corrispondenza» e «gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali» (comma 2, lett. b) e c)).

antitrust, occorrerà distinguere tra le ipotesi del coinvolgimento attivo del terzo nel medesimo procedimento (si pensi alla ipotesi della collusione tra imprese ai danni del mercato di riferimento), che non pone problemi di sorta neppure sul piano del diritto vivente ⁽³⁶⁹⁾ dalla ipotesi del coinvolgimento passivo in qualità di terzo meramente danneggiato dall'attività anticoncorrenziale. In tale particolare ipotesi, ferme le limitazioni surriferite in punto di utilizzabilità degli atti e documenti dell'accertamento antitrust in altri procedimenti (il vaglio circa la documentazione ostensibile sarà svolto da AGCM ovvero dalla Commissione europea) occorre domandarsi se e come tali documenti possano entrare in altro procedimento civile di *private enforcement*. In assenza di disposizioni legislative di riferimento occorre rifarsi al criterio dell'analogia e segnatamente ai rapporti tra atti del procedimento penale (successivi alla c.d. *disclosure*) e loro utilizzabilità nel procedimento civile, in quanto la casistica giurisprudenziale in argomento è ormai ampia e consolidata ⁽³⁷⁰⁾. Deve ritenersi che il giudice civile possa trarre elementi di convincimento anche dalle dichiarazioni c.d. autoindizianti rese da un soggetto in un procedimento penale, «*non potendo la sanzione di inutilizzabilità prevista dall'art. 63 c.p.p., posta a tutela dei diritti di difesa in quella sede, spiegare effetti al di fuori del processo penale*» (Cass. 12 novembre 2010 n. 22984). Infatti, l'utilizzabilità è categoria del solo rito penale, ignota al processo civile, e le prove precostituite, quali i documenti provenienti da un giudizio penale, entrano nel processo attraverso la produzione e nella decisione in virtù di un'operazione di pura logica giuridica, attività, queste, contestabili solo se svolte in contrasto con le regole, rispettivamente, processuali o di giudizio che vi presiedono ⁽³⁷¹⁾. Ciò posto, è evidente

⁽³⁶⁹⁾ Cfr. in tal senso CGUE, 13 luglio 1966, cause 56/64 e 58/64, *Consten – Grundig* richiamata di recente da Cons. Stato, sez. VI, 6 febbraio 2001, n. 1671, nella parte in cui afferma che «*certamente il diritto di accesso nei procedimenti antitrust è una esemplificazione del diritto di difesa e del diritto al contraddittorio e che la giurisprudenza comunitaria ha riconosciuto il principio di parità delle armi tra accusa e difesa nel procedimento antitrust, arrivando a stabilire che il diritto di difesa del soggetto economico indagato prevale sul diritto delle altre imprese alla tutela dei loro segreti commerciali, e dunque l'amministrazione deve rendere noti al richiedente i documenti ancorché in versioni non riservate o sotto forma di elenco di atti*».

⁽³⁷⁰⁾ Come noto, nell'ordinamento processuale civile vigente manca una norma di chiusura sulla tassatività tipologica dei mezzi di prova, quindi, il giudice può legittimamente porre a base del proprio convincimento anche prove cosiddette atipiche (cfr. in tal senso Cassazione 25 marzo 2004, n. 5965). In base al principio del libero convincimento, pertanto, il giudice civile può autonomamente valutare ogni elemento dotato di efficacia probatoria e, dunque, anche le prove raccolte in un processo penale (tra le tante cfr. Cass. 19 ottobre 2007, n. 22020; Cass. 25 maggio 1993, n. 5874; Cass. 11 agosto 1999, n. 8585), ivi incluse le dichiarazioni verbalizzate dagli organi di polizia giudiziaria in sede di sommarie informazioni testimoniali (Cass. 19 ottobre 2007, n. 22020; Cass. 11 gennaio 1989, n. 57).

⁽³⁷¹⁾ In argomento cfr. Cass. Civ. 25 marzo 2013, n. 7466 ed anche Cass. civ., Sez. III, 7 marzo 2014, n. 5411, nella parte in cui chiarisce che «*non può per altro verso sottacersi nemmeno che, come questa Corte ha già avuto più volte modo di affermare, il giudice di merito può invero utilizzare, in mancanza di qualsiasi divieto di legge, anche prove raccolte in un diverso giudizio fra le stesse ed anche altre parti, come qualsiasi altra produzione delle parti stesse, e anche le risultanze di un procedimento penale, sia come indizio che come prova esclusiva del proprio convincimento, anche quando non vi*

che l'impresa terza che si reputi danneggiata dal comportamento anticoncorrenziale di una o più imprese sottoposte ad indagine antitrust potrà utilizzare nel processo civile gli atti ottenuti a seguito di istanza di accesso (è evidente che a questo punto tutto si giocherà sull'entità dei contenuti dell'accesso).

Relativamente al soggetto cui richiedere l'accesso, sembra indubitabile che l'istanza debba essere rivolta all'amministrazione competente ad emanare il provvedimento finale di guisa che sembra da escludere la possibilità per l'istante di presentare domanda di accesso al Nucleo speciale ovvero in generale all'articolazione del Corpo che materialmente sta compiendo od ha compiuto l'attività ispettiva. In tal senso, la Guardia di Finanza, in quanto organo non deputato all'emanazione del provvedimento finale può negare l'accesso e invitare l'istante a rivolgere la domanda all'AGCM oppure trasmettere direttamente la richiesta all'Autorità ⁽³⁷²⁾.

Per quanto attiene, invece, al tempo della richiesta, è evidente che la stessa, in generale, non potrà essere soddisfatta *in itinere* e quindi prima della emanazione del provvedimento finale per ragioni di tutela del segreto istruttorio e quindi di genuinità ed efficacia dell'accertamento, salvo il caso in cui la stessa AGCM non reputi necessario percorrere il sentiero del coinvolgimento diretto dell'impresa nell'assunzione del provvedimento conclusivo, al fine di giungere ad un accordo sulla assunzione di impegni da parte dell'impresa interessata. In tale particolare ipotesi è evidente che l'impresa interessata potrà essere indotta ad aderire al procedimento collaborativo nella consapevolezza dell'entità delle informazioni in possesso dell'Autorità e quindi dell'insieme dei documenti che compongono il quadro istruttorio.

Problematico appare, invece, il tema del contenuto della richiesta, anche alla luce delle considerazioni in punto di utilizzabilità degli atti da parte di imprese terze in altri procedimenti. Anche qui occorrerà

abbiano partecipato le parti del giudizio civile (Cass., 2 luglio 2010, n. 1115714; Cass., 26 giugno 2007, n. 14766; Cass., 11 agosto 1999, n. 8585. Cass., 21 giugno 2013, n. 15673)".

⁽³⁷²⁾ Depongono in tal senso l'art. 2 comma 2 del d.P.R. n. 184/2006, recante la disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi attuativo della l. n. 241/1990 e l'art. 22 comma 1 lett. e) della medesima legge, nella parte in cui affermano che l'istanza deve essere rivolta all'autorità competente a formare l'atto conclusivo o a detenerlo stabilmente. In giurisprudenza, si segnala in argomento TAR Lazio, Roma, 29 luglio 2010, n. 29077, in *giustizia-amministrativa.it*, nella parte in cui afferma che «*in proposito il Collegio sottolinea altresì come la Corte di giustizia delle Comunità europee, in sessione plenaria, ha ritenuto che il diritto di accesso ad atti redatti dalla Commissione delle Comunità europee o in suo possesso non può essere deferito ad organi giudiziari nazionali e che, anche nel caso che penda un giudizio a livello nazionale, spetta alla Commissione provvedere sull'istanza di accesso alla stessa inoltrata (Corte giustizia CE, 11 gennaio 2000, n. 174). Al di là degli atti trasmessi alla Commissione, dunque, non sembra sussistere un interesse attuale e concreto all'accesso da parte delle odierne ricorrenti; e la richiesta si appalesa comunque genericamente rivolta ad un controllo generalizzato sull'azione espletata dalla Guardia di Finanza in occasione della verifica svolta, peraltro nei confronti di un soggetto terzo*».

distinguere tra imprese coinvolte nel procedimento antitrust in modo diretto ovvero indiretto. Le imprese coinvolte direttamente nel procedimento antitrust avranno la possibilità di accedere con la consueta intensità derivante dal diritto di difesa ex art. 24 Cost. agli atti che le riguardano direttamente. Mentre per quanto riguarda gli atti di imprese terze, occorrerà distinguere ulteriormente tra atti strettamente necessari alla difesa (ostensibili) e atti non strettamente necessari alla difesa (per i quali sia la giurisprudenza comunitaria che nazionale non escludono che la tutela del controinteressato possa limitare l'accesso agli atti anche mediante il ricorso al rilascio di documenti in versione non riservata ⁽³⁷³⁾). Decisamente problematico resta invece il contenuto dell'accesso formulato dal terzo che si reputi danneggiato dalle pratiche anticoncorrenziali oggetto del procedimento antitrust. Il terzo in tal caso verrà normalmente a conoscenza dell'indagine dal provvedimento finale pubblicato da AGCM sul proprio sito istituzionale. In tal caso, sembra che la presenza del provvedimento finale sia già di per sé più che tutelante in sede civile, atteso che il provvedimento di AGCM, qualora non impugnato entro i termini di legge dall'impresa interessata, si consoliderà divenendo inoppugnabile. Come chiarito sopra, tale provvedimento entrerà nel processo civile per il risarcimento dei danni da violazione della concorrenza come «*argomento di prova liberamente apprezzabile dal giudice*». Come noto in tale sede l'attore dovrà provare il danno subito, il nesso di causalità tra condotta anticoncorrenziale e danno e l'elemento psicologico del danneggiante. E' evidente che il gravoso *onus probandi* potrebbe portare il ricorrente ad avere esigenza di un "soccorso istruttorio" e quindi a voler accedere agli atti endoprocedimentali, ivi inclusi gli atti e i documenti reperiti dal Nucleo. In tal caso, tuttavia, il diritto di difesa si scontrerà con altro diritto avente pari rango e dignità ossia quello di parità delle armi. L'entità dell'ostensione sarà decisa dall'Autorità caso per caso e singolarmente e potranno essere respinte quelle istanze volte ad ottenere la generalità indistinta degli atti del procedimento ovvero un controllo generalizzato sugli atti prodromici al provvedimento, anche facendo buon uso delle limitazioni all'accesso pur sempre presenti e riconosciute anche dal legislatore della riforma. Resta in ogni caso sullo sfondo il quesito circa l'opportunità che tali rilevanti decisioni siano lasciate alla sola prassi di una Autorità amministrativa indipendente che, seppur autorevole, resta pur sempre un'amministrazione dello Stato e non certo un organo giurisdizionale.

⁽³⁷³⁾ Cfr. TAR Lazio, n. 29077/2010 e Trib. CE, 29 giugno 1995, T. 36/91, *Solway* e 29 giugno 1995, T. 36/91, *I.C.I.o.*

Il principio di parità delle armi, in ipotesi di ostensione integrale, potrà essere eccepito dal convenuto dinanzi al giudice civile, tuttavia, la scelta sull'*an* dell'ammissibilità e sulla valutazione concreta delle prove nel processo soggiace *in parte qua* alla discrezionalità dell'organo giudicante, in virtù della totale assenza di disposizioni speciali derogatorie o limitative come quelle sull'utilizzabilità degli atti del procedimento penale nel processo penale ovvero di quelle amministrative nel processo sanzionatorio amministrativo pur sempre rinvenibili nella disciplina generale sulle sanzioni amministrative, utilizzabili in tutti quei procedimenti avviati da autorità dello Stato con finalità sanzionatorie e di *public enforcement* di guisa che potrebbe concretamente accadere che l'attore si trovi a produrre nel processo civile documenti indirettamente acquisiti con la forza di imperio dal Corpo e quindi in evidente sproporzione di forze rispetto al convenuto processuale.

5.4. Le altre forme di collaborazione tra Authorities e Guardia di Finanza.

In seguito alla istituzione dei Reparti Speciali ed in seguito alla proficua esperienza maturata nella collaborazione con AGCM, nel corso degli anni altre *Authorities* hanno siglato accordi collaborativi, protocolli d'Intesa e patti di collaborazione con la Guardia di Finanza.

Il 14 settembre 2001 è stato siglato il Protocollo d'Intesa tra l'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas (ora AEEGSI) e la Guardia di Finanza, poi aggiornato in data 19 dicembre 2005. In virtù del rapporto collaborativo è stato istituito il Nucleo Speciale per l'Energia e il Sistema Idrico, che è referente della Guardia di finanza nei rapporti con l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico e, in tale contesto, predispone relazioni operative, svolge funzioni di direzione operativa, esegue le attività richieste da parte della citata Autorità ⁽³⁷⁴⁾.

⁽³⁷⁴⁾ Nel Protocollo d'Intesa si legge che per l'Autorità l'esercizio della funzione conoscitiva è essenziale ai fini del consapevole ed incisivo svolgimento della potestà di regolazione e di controllo dei servizi di pubblica utilità di sua competenza. L'Autorità acquisisce elementi di informazione e di valutazione attraverso un complesso di poteri conoscitivi ed ispettivi puntualmente individuati dalla legge 14 novembre 1995, n. 481 (di seguito: legge n. 481/95) e che lo sviluppo della funzione conoscitiva e di controllo esige l'esercizio da parte dell'Autorità di poteri di accertamento, sotto forma anche di ispezioni e sopralluoghi, presso gli esercenti i servizi di pubblica utilità. Relativamente all'attività collaborativa si distingue tra programmazione numerico-annuale (con cui l'Autorità stabilisce gli accertamenti ordinari, sulla base del quale vengono effettuate le attività disciplinate dal presente Protocollo di Intesa) e gli accertamenti straordinari (ossia quelli disposti volta per volta, tramite provvedimento, dall'Autorità e non inseriti nell'atto di programma numerico annuale). La collaborazione è attivata con lettera di richiesta, con cui l'Autorità o la Cassa Conguaglio per il Settore Elettrico chiedono la collaborazione al Nucleo Speciale, sul singolo specifico intervento programmato o straordinario, nell'ambito di applicazione del Protocollo di Intesa. Il procedimento o intervento ispettivo si conclude con la relazione o rapporto ispettivo che è il compendio degli atti e delle risultanze dell'attività compiute. Il Nucleo Speciale, come accade con AGCM, segnala all'Autorità ogni notizia relativa a presunte violazioni alla normativa,

Altri Protocolli d'Intesa sono stati siglati con l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, in data 12 ottobre 2015, cui corrisponde l'istituzione del Nucleo Speciale per la Radiodiffusione e l'Editoria. Il contenuto del Protocollo ricalca gli schemi di quelli con AGCM e AEEGSI; con l'Autorità di Regolazione dei Trasporti (ART) e l'AGCM per la stretta collaborazione per la tutela della concorrenza e dei consumatori nel quale sono previste attività congiunte anche con l'utilizzo della Guardia di Finanza ⁽³⁷⁵⁾; con l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC). Si tratta del Protocollo più recente (30 settembre 2015). Il protocollo definisce compiutamente gli ambiti operativi dell'attività di prevenzione della corruzione nella Pubblica Amministrazione che, su indicazione dell'Autorità, sarà svolta da personale del Nucleo Speciale Anticorruzione del Corpo. In particolare, sarà verificata la corretta attuazione della normativa di settore nel campo dei contratti pubblici sia da

ai provvedimenti o agli atti della stessa, sottoponendole altresì ogni elemento conoscitivo, autonomamente acquisito dallo stesso e dagli altri reparti della Guardia di Finanza, che ritenga rilevante ai fini dell'esercizio dei poteri nella titolarità dell'Autorità. Tra l'Autorità e il Nucleo Speciale si svolgono incontri periodici per la verifica delle modalità operative attinenti alla collaborazione istituita e disciplinata dal Protocollo di Intesa e le parti si impegnano a realizzare un interscambio di dati e di notizie utili al perseguimento delle finalità collaborative, concordando le modalità per la realizzazione di detto interscambio negli incontri periodici. L'Autorità comunica al Nucleo Speciale i suoi provvedimenti su questioni di particolare rilevanza che possano avere attinenza a profili di competenza della Guardia di Finanza. Gli accertamenti possono effettuarsi mediante accessi, ispezioni ed acquisizioni della documentazione e delle notizie utili, ai sensi dell'art. 2, comma 12, lett. g), della legge n. 481/95, anche in relazione al rispetto degli atti di cui all'art. 2, commi 36 e 37, della legge n. 481/95, ed al versamento del contributo da parte dei soggetti esercenti il servizio, ai sensi dell'art. 2, comma 38, della legge n. 481/95 e possono essere svolti da personale dell'Autorità e/o della Cassa Conguaglio per il Settore Elettrico, eventualmente affiancati da esperti dagli stessi delegati, assistiti da militari del Nucleo Speciale e/o di altri reparti della Guardia di Finanza ovvero dallo stesso Nucleo delegati direttamente da personale del Nucleo Speciale e/o di altri reparti della Guardia di Finanza dallo stesso Nucleo delegati, eventualmente affiancati da personale e/o esperti delegati dall'Autorità e/o da personale e/o esperti delegati dalla Cassa Conguaglio per il Settore Elettrico. Il Nucleo Speciale Tutela riferisce e trasmette, unitamente alla documentazione acquisita, l'esito degli accertamenti di cui al precedente art. 6 all'Autorità o alla Cassa Conguaglio per il Settore Elettrico, salvi gli obblighi di segnalazione all'Autorità Giudiziaria, ai sensi dell'articolo 331 del codice di procedura penale, ed alla Procura della Corte dei Conti, ai sensi dell'art. 1 e seguenti della legge 14 gennaio 1994, n. 20.

⁽³⁷⁵⁾ Il Protocollo d'Intesa, il primo sottoscritto da ART, è stato sottoscritto in data 31 ottobre 2014 e avrà la durata di tre anni; coordinerà e renderà più efficace e incisiva l'esecuzione dei mandati istituzionali delle due Autorità, in particolare nel comune interesse a sviluppare e mantenere adeguati livelli di concorrenza nei mercati e di tutela dei consumatori. La collaborazione fra ART e AGCM si articolerà attraverso il coordinamento degli interventi istituzionali, anche in ambito internazionale, in materie di comune interesse; la segnalazione di casi in cui, nell'ambito di procedimenti di rispettiva competenza, emergano ipotesi di violazione, da parte degli operatori, di norme alla cui applicazione è preposta l'altra parte; lo scambio di pareri e avvisi su questioni di interesse comune; la collaborazione nella elaborazione di segnalazioni al Parlamento o al Governo su materie di interesse comune; la collaborazione nell'ambito di indagini conoscitive su materie di interesse comune; iniziative congiunte in materia di *enforcement*, vigilanza e controllo dei mercati; la collaborazione scientifica. Le due Autorità potranno effettuare ispezioni congiunte relativamente a fattispecie di interesse comune, eventualmente avvalendosi anche del Corpo della Guardia di Finanza.

parte delle stazioni appaltanti che degli operatori economici, oltre alle Società organismo di attestazione. Inoltre, su richiesta del Presidente dell'ANAC, saranno effettuati riscontri mirati per la verifica dei presupposti per l'applicazione delle misure in materia di temporanea e straordinaria gestione delle imprese ai sensi dell'art. 32, del D.L. 90/2014, nonché analisi a supporto delle istruttorie relative alle procedure di rilascio del *rating* di legalità alle imprese. Infine, in tema della prevenzione della corruzione, la Guardia di Finanza verificherà il rispetto della normativa di settore da parte delle Pubbliche Amministrazioni, degli enti pubblici territoriali e non economici, nonché delle società a partecipazione pubblica e degli enti di diritto privato in controllo pubblico.

Le *Authorities* svolgono oggi un ruolo di sicuro protagonista nel panorama giuridico del nostro ordinamento. Protagonismo che è cresciuto nel tempo di pari passo con la crisi parlamentare e con l'estrema «*tecnicizzazione*» del sistema socio-economico che ha portato la tecnica legislativa comunitaria e nazionale a coniare nuovi strumenti normativi da attribuire in capo al potere regolatore. Si parla sempre più spesso di «*soft-law*», «*linee guida*», «*regolamenti tecnici*», «*circolari tecniche*» che pongono l'interprete dinanzi alla sfida di comprenderne natura giuridica prima ancora che effetti sostanziali. Vi è poi chi, enfaticamente, parla di Autorità Amministrative indipendenti come «*quarto potere dello Stato*», con ciò volendo rimarcare probabilmente l'eccessiva centralità acquisita dalle stesse nel panorama giuridico comunitario. Si discute tuttora in dottrina se ci si trovi dinanzi al cospetto di semplici amministrazioni dello Stato o piuttosto dinanzi ad organi para-giurisdizionali nell'accezione di ente che ad un tempo svolge funzioni legislative, requirenti, giurisdizionali e sanzionatorie. La disamina del ruolo acquisito dalla Guardia di Finanza nel rapporto collaborativo instaurato con le *Authorities* italiane e comunitarie, di grande rilievo ed efficacia sul campo per la consueta capacità del Corpo di rispondere alle mutate esigenze dello Stato con prontezza, capacità e dinamismo (cfr. il mutamento di assetto derivante dall'istituzione di Corpi speciali distinti per materia), è stata però anche occasione per evidenziare alcune problematiche derivanti dalla “non ancora chiara natura giuridica di tali enti” e per registrare, favorevolmente, alcuni tentativi di risoluzione dei problemi ancora presenti che ha trovato espressione nella volontà, manifestata dai vertici delle Autorità e del Corpo, di istituzionalizzare le collaborazioni disciplinandone in maniera articolata i contenuti in testi normativi poi nominati «*Protocolli d'Intesa*». Il pregio di tali testi normativi è certamente quello di effettuare una *actio finium regundorum* nei rapporti collaborativi e dunque garantire certezza giuridica ad interventi accertativi che possono essere anche molto intensi ed i cui effetti possono riverberarsi all'interno di procedimenti diversi. Tali testi normativi possono

pertanto assurgere oggi a guida degli operatori del diritto, da coordinare con le fonti primarie dell'ordinamento. I problemi, come emerso *supra*, permangono però proprio con riferimento alle fonti primarie e super-primarie. Non è ancora chiara la natura delle *Authorities* né a livello costituzionale, poiché la costituzione repubblicana è entrata in vigore quando le stesse ancora non esistevano (in tal senso il progetto di riforma costituzionale appare un'occasione mancata atteso che non menziona le Autorità), né a livello legislativo. Ciò fa sì che questioni involgenti diritti di libertà e di garanzia, come visto in tema di utilizzabilità delle documentazioni acquisite in sede ispettiva, siano lasciati alla prassi delle Autorità, le quali, anche se fino ad ora hanno dimostrato notevole prudenza e capacità di rispetto delle prerogative di libertà e garanzia imprenditoriale, assorbono comunque integralmente la responsabilità di gestire rilevanti poteri che normalmente sono affidati alla magistratura requirente e giudicante all'interno di una cornice normativa che si fa progressivamente rigida in proporzione al grado di intensità degli effetti che può comportare (la massima intensità di garanzia è raggiunta non a caso nel procedimento penale). Ciò posto, un intervento normativo ad ampio spettro sull'intensità dei poteri ispettivi nel procedimento regolatorio gioverebbe probabilmente anche sul piano dell'efficacia degli interventi ed indirettamente anche sul piano processuale, laddove, come in sede civile e amministrativa, mancano quelle guarentigie in punto di utilizzabilità degli atti e dei documenti del procedimento *antitrust* presenti nel procedimento penale, atteso che si è dimostrato in questa sede che tali atti possono entrare liberamente in procedimenti di *public enforcement* ed anche in procedimento attivati indirettamente dai terzi secondo la disciplina propria del *private enforcement*.

III. IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SUGLI ATTI ANTI-CONCORRENZIALI DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E NUOVI POTERI CONFERITI ALLE ALTRE AUTHORITIES DAL LEGISLATORE.

1. LA SPECIALE LEGITTIMAZIONE AD AGIRE IN GIUDIZIO DELLE AUTHORITIES: L'UTILIZZO DA PARTE DI AGCM DEI POTERI SPECIALI EX ART. 21-BIS DELLA L. N. 287/1990.

1.1. Il carattere di giurisdizione di diritto soggettivo del sistema di giustizia amministrativa.

La giurisdizione amministrativa è giurisdizione di diritto soggettivo, perché è funzione che tutela situazioni giuridiche soggettive individuali, si tratti di interessi legittimi o di diritti soggettivi. E' dominata dal principio dispositivo, che opera sia sul fronte della domanda che su quello della formazione della prova. Il processo amministrativo è un processo di parti ed è nella disponibilità del ricorrente, tanto che il giudice amministrativo si pronuncia unicamente sulla base dei motivi che dal primo siano stati dedotti ed il ricorrente ha il potere di impedire al giudice di pronunciarsi, mediante rinuncia al ricorso (e al suo diritto di azione). La Costituzione ed il giudice costituzionale, anche sulla spinta del diritto comunitario e del rilevante ruolo giocato sul principio di effettività dalla CGUE, hanno avuto comunque il pregio di porre alcuni punti fermi dai quali partire per condurre il processo – anche quello amministrativo – verso nuove frontiere, esaltando il ruolo delle parti, e ciò mediante lo sviluppo ermeneutico del diritto di azione di cui all'art. 24 Cost., che diviene oggi fonte del moderno “*principle of effectiveness*” posto a garanzia del diritto di difesa e di tutela giurisdizionale finalmente tendenzialmente effettiva delle situazioni giuridiche soggettive lese dall'amministrazione nell'esercizio del potere autoritativo, come nel postulato immaginato dal Chiovenda. Resta inteso che ogni modello processuale è ontologicamente finalizzato a rendere giustizia, ciò che cambia è il *quomodo* di attuazione e di raggiungimento del risultato. Nel processo di diritto oggettivo il giudizio è volto alla semplice applicazione della legge nel caso concreto, mentre nel processo di diritto soggettivo le parti e gli interessi coinvolti ricevono preminente attenzione. In un processo amministrativo moderno e costituzionalmente orientato, la tutela non può che essere di tipo soggettivo e ciò in conformità al principio di effettività di cui all'art. 24 comma 1 Cost. E' finalizzato alla tutela delle situazioni soggettive qualificate che il cittadino vanta nei confronti della Pa: interessi legittimi e in particolari materie indicate dalla legge, anche diritti soggettivi (art. 103 comma 1 Cost.). Il modello processuale confacente a tali esigenze di tutela è un processo di parti, ove esse e non il giudice hanno il potere di darvi inizio, di farlo proseguire, di fornire le prove ed eventualmente di farlo terminare senza che il giudizio sia reso. Quando non sono coinvolti interessi generali e come tali indisponibili, il processo di parti comporta che esse abbiano la piena disponibilità del processo. E' dunque un modello che risponde al principio dispositivo seppur con il temperamento, peraltro oggi attenuato dal nuovo codice del processo amministrativo, del metodo acquisitivo. Come processo di parti dunque è caratterizzato da una peculiare distribuzione dei poteri tra giudice ed esse. Al giudice è affidata la decisione della controversia e la direzione del processo. Alle parti è attribuita l'intera iniziativa processuale seppur con qualche eccezione. I principi e caratteri che contraddistinguono tale

processo sono: il principio della domanda, comune peraltro a qualsiasi modello processuale; il principio dell'impulso di parte e della disponibilità del processo. Altro principio connesso con quello del carattere dispositivo è quello di non contestazione: a tal proposito il giudice è tenuto a prendere in esame solo le questioni effettivamente controverse: il *thema decidendum* è cioè solamente quello in cui vi sia contestazione e da ciò deriva un vero e proprio onere per le altre parti. Ulteriore principio fondante è quello di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato. E' un modello processuale calibrato per proteggere il singolo e non ha come compito principale l'attuazione della legalità in assoluto. Tale evoluzione è avvenuta pur nella consapevolezza che, a stretto rigore, esiste una norma, l'art. 103 Cost., che parla di attuazione della giustizia nell'amministrazione. Principio dispositivo ed *effectiveness* impediscono che la funzione giurisdizionale si confonda con l'amministrazione, garantendo una pronuncia che verta sulla sola situazione subiettiva individuale dibattuta. Il giudice non diventa interprete delle esigenze della legalità che si collocano *extra moenia petitum*, evitando così di divenire organo della coscienza sociale. L'equilibrio tra autorità e libertà è assicurato dando ingresso nel processo a pretese individuali effettivamente tali, senza ammettere doglianze che reclamano la cura dell'interesse della legge. In tal modello processuale non c'è posto per la giurisdizione di diritto oggettivo che infatti inesorabilmente declina sino a scomparire, sopravvivendo solo in casi marginali, come per l'ipotesi del processo nei confronti dei regolamenti, ove l'accoglimento del ricorso provoca l'annullamento degli stessi con effetti *erga omnes* (la giustificazione adottata a sostegno di tale forma di giurisdizione è nel limite del controllo – solo sulle leggi - svolto dalla Consulta, che lascerebbe scoperti i regolamenti da ogni sindacato giurisdizionale di legittimità). I caratteri della giurisdizione di diritto oggettivo c.d. pura stanno invece nel fatto che il giudice non tutela solo situazioni soggettive individuali, ma ha di mira l'interesse generale alla legalità, al buon andamento, alla imparzialità dell'*agere amministrativo*. Il giudice poi non si pronunzia solo sullo specifico vizio-motivo dedotto dal ricorrente, ma spazia sino a ponderare l'interesse generale che viene in gioco secondo la volontà dell'ordinamento. La sentenza non produce mai un effetto limitato alla sfera giuridica del ricorrente ed anzi ha un effetto espansivo verso i terzi. Anche dal punto di vista sostanziale, l'allontanamento dalla giurisdizione di diritto oggettivo è inesorabile: la figura stessa dell'interesse legittimo infatti, posizione giuridica soggettiva riconosciuta e tutelata dall'ordinamento proprio nel momento in cui l'interesse del privato coinvolto dall'agire amministrativo entra in collisione con l'attività e la finalità stessa dell'amministrazione, si allontana fortemente dal modello di giurisdizione sopra descritto, trattandosi in primo luogo di posizione

protetta solo se ed in quanto differenziata da quella della massa indistinta dei consociati, concreta e attuale. Il D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, c.d. Codice del Processo Amministrativo porta a conclusione il *decennium mirabilis* della giustizia amministrativa, iniziato con il D.lgs 31 marzo 1998, n. 80. Decennio che vede il legislatore cercare di superare il tradizionale criterio di riparto della giurisdizione, incentrato sulla dicotomia diritti soggettivi-interessi legittimi, adottando il criterio dei blocchi di materie; l'oggetto della giurisdizione esclusiva si espande sino ai comportamenti (sui due punti però interverrà in maniera decisa Corte Cost. n. 204/2004); infine con la Sentenza della Suprema Corte di Cassazione, n. 500 del 1999 si apre al riconoscimento della risarcibilità degli interessi legittimi e alla competenza in capo al giudice amministrativo a conoscere anche del risarcimento del danno. Il percorso di consolidamento del modello processuale di giurisdizione di diritto soggettivo è in buona parte compiuto con il nuovo codice del processo amministrativo, che esalta il ruolo delle parti, ponendo in apertura al codice un inedito articolo dedicato alla effettività della tutela giurisdizionale, ancora, richiamando espressamente i principi di cui al Codice di Procedura Civile, ampliando gli strumenti processuali a difesa del ricorrente e la platea delle azioni esperibili nel processo sino ad introdurre, prima con intervento del Legislatore e poi in un secondo momento, in seguito al ripensamento dello stesso, con apertura da parte della giurisprudenza, una azione modellata su quella del processo amministrativo tedesco, c.d. azione di adempimento, idonea ad ottenere dal giudice una pronuncia effettiva, che possa "costringere" l'amministrazione ad un *facere* provvedimentale, pur con i limiti indicati dall'art. 31 comma 3 c.p.a. Anche se il nuovo codice del processo amministrativo dirige indubbiamente il processo verso un modello di tipo "individualistico",

1.2. Le nuove forme di giurisdizione oggettiva nel sistema della giustizia amministrativa.

Lo stato di attuale crisi globale politico-economica ed istituzionale, coniugato alla presa di coscienza dell'incapacità del mercato di autoregolamentarsi, assieme ad una rinnovata domanda di "interventismo" pubblico anche da parte delle collettività nazionali ha comportato e comporta un ripensamento del dogma neo-liberista, che si riaffaccia timidamente e forse non del tutto consapevolmente anche nella legislazione speciale e dell'emergenza che caratterizza questa fase temporale. Così sembra riaffiorare, anche nel processo amministrativo, quella giurisdizione di tipo oggettivo che si credeva scomparsa, tanto avversata quanto stigmatizzata da chi vedeva e vede di cattivo occhio quell'antica (asserita?) rivendicazione della giurisprudenza di ergersi ad organo della

coscienza sociale, intollerabile nel giudizio sull'atto autoritativo ed ancor più nel giudizio "sul rapporto amministrativo", forma di giudizio quest'ultimo che sembra ormai chiaramente delinearli nel nuovo processo amministrativo. Perché un ricorso possa dirsi ammissibile contro un provvedimento amministrativo sono richiesti una posizione differenziata e la corrispondente legittimazione ad agire; un interesse ad agire quale ulteriore condizione dell'azione; un interesse legittimo, quale posizione soggettiva sostanziale. Ebbene, ci si ritrova oggi a fare i conti con alcune figure spurie che possono fare entrare in crisi il modello c.d. puro di giurisdizione soggettiva così come sopra delineato. Ci si chiede se ciò comporti un ritorno al passato o sia invece da inscrivere in quel più ampio percorso di evoluzione del processo amministrativo verso la tutela effettiva richiesta dal diritto europeo e dalla Carta costituzionale. Si pensi all'evoluzione in materia di interessi diffusi o di giustiziabilità degli interessi meta-individuali, caratterizzati da un debole profilo soggettivo ma da una accentuata rilevanza sociale. Si tratta di interessi privi del requisito della personalità, non riferibili esclusivamente ad alcun soggetto, ma socialmente rilevanti. Il primo passo è stato compiuto con riferimento ai beni ambientali e alla c.d. *consumer protection*, rispetto ai quali si è previsto una vera e propria legittimazione speciale *ex lege* in capo a tutte le associazioni che vantino un riconoscimento ministeriale, sulla base di requisiti di rappresentatività e democraticità. L'attribuzione del potere di agire in giudizio avviene qui in deroga agli ordinari criteri di legittimazione, prescindendo cioè dalla lesione di una posizione di vantaggio qualificata dall'ordinamento. La tutela degli interessi superindividuali sposta così il processo amministrativo verso forme di giurisdizione di tipo oggettivo, trasformando gli organismi riconosciuti in una sorta di pubblici ministeri (privati). La giurisprudenza si è spinta oltre, ampliando la platea dei soggetti che, pur non dotati della c.d. patente ministeriale, vogliono far valere in giudizio la lesione di un interesse, per sua natura indifferenziato e di respiro sociale, valutando caso per caso la meritevolezza della posizione vantata. Si è trattato di giurisprudenza creativa, volta ad allargare le maglie del processo amministrativo, facendo leva sulla posizione soggettiva di base, applicando a situazioni di vantaggio adespote e senza struttura i criteri della legittimazione utilizzati per ammettere nel processo i cittadini che assumono come leso un interesse che reclamano come legittimo. Si tratta, per esempio, del requisito della *vicinitas* o del radicamento territoriale, della partecipazione procedimentale. La *class action* amministrativa è volta ad elevare il livello di tutela sotto la spinta del diritto comunitario, e prevede l'istituzione di nuove azioni processuali destinate a rendere più efficace la protezione delle situazioni giuridiche a carattere multi-individuale, soprattutto riguardo alle problematiche della *consumer protection*, affiancando ai

classici strumenti di *private enforcement* presenti nell'ordinamento, un apparato strumentale di rafforzamento della tutela anche sul versante pubblicistico (c.d. *public enforcement*). I problemi di innesto nell'ordinamento italiano di una figura processuale tipica degli ordinamenti di common law (dovuti alla differente impostazione del nostro processo), ha spinto il legislatore verso una sorta di *public interest litigation*, ad effetto dissuasivo. Anche la nuova azione per l'efficienza della pubblica amministrazione di cui al D.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198, nuova azione di classe pubblica nei confronti delle inefficienze delle pubbliche amministrazioni e dei concessionari di pubblici servizi, possiede la medesima *ratio*. Il ricorrente agisce in una veste che sembra avvicinarsi di molto al ruolo svolto dal Pubblico Ministero. Si configura come un rimedio a carattere residuale, posto *ad adiuvandum* dell'azione di classe, ma si è previsto comunque un criterio di coordinamento con la stessa per evitare sovrapposizioni. La peculiarità, che fa propendere per una sua possibile configurazione quale ipotesi di giurisdizione oggettiva è dovuta al fatto che chi agisce lo fa per ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio quando si siano verificati comportamenti di *maladministration*. Inoltre chi agisce non lo fa per ottenere un risarcimento del danno, ma per ottenere una sentenza di accertamento e di condanna ad un *facere* che ordini in via generica all'amministrazione la rimozione delle cause e degli effetti del disservizio. L'oggetto della tutela è il bene pubblico, rappresentato dall'interesse all'esatta erogazione di un servizio o al corretto svolgimento di una funzione pubblica. La posizione giuridica subiettiva è garantita solo indirettamente ed in maniera accessoria, anche se diviene comunque ed in ogni caso azionabile solo nel momento in cui si configuri una lesione diretta, concreta e attuale degli interessi del ricorrente, ponendosi comunque, al di là di ciò che si possa ritenere *ictu oculi*, in posizione inferiore rispetto all'interesse a rimuovere la disfunzione pubblica e a ripristinare l'integrità del bene pubblico. La legittimazione processuale, si avvicina a quella richiesta per l'azione popolare. In ogni caso, in parte qua, permane sullo sfondo, sempre e comunque, un soggetto (privato o associazione di cittadini) portatore di un interesse più o meno differenziato, che si attiva per agire dinanzi al giudice amministrativo.

1.3. L'art. 21-bis della Legge n. 287/1990: la dimensione ontologica del bene "concorrenza".

L'art. 35 del d.l. n. 201 del 2011, rubricato "*Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici*" c.d. decreto salva Italia, è intitolato al potenziamento dell'AGCM e al rilancio dell'economia attraverso la valorizzazione dell'effettività della concorrenza, ed incide concretamente sul processo amministrativo e sui suoi caratteri ormai consolidati. Tale fonte normativa ha introdotto nella L. 10 ottobre 1990, n. 287 "*norme per la tutela della concorrenza e del mercato*" il nuovo art. 21 bis, a sua volta intitolato ai "*Poteri dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato sugli atti amministrativi che determinano distorsioni della concorrenza*" ⁽³⁷⁶⁾. Tale norma affida ad AGCM (che è pur sempre un'amministrazione) una legittimazione amplissima ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato. Il co. 2 della norma *de quibus* detta una particolare sequenza processuale che l'Autorità deve rispettare. Essa quando ritiene che una amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette un parere motivato ⁽³⁷⁷⁾, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se l'amministrazione non si conforma nei 60 giorni successivi l'Autorità ha 30 giorni di tempo per proporre ricorso, con il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato (schema simile all'informativa di ricorso di cui all'art 243-bis del D.lgs. n. 163/2006). Ai sensi del co. 3 dell'art. 21-bis, tale giudizio è sottoposto alla disciplina concernente i riti abbreviati, di cui al titolo V del libro IV del c.p.a. (art. 119 e ss. c.p.a.). Si tratta di una novità dirompente (un lontano precedente può forse essere ricercato nel potere di agire in giudizio originariamente riconosciuto al Garante per l'editoria, ancorché poi eliminato), poiché il Legislatore ha di fatto assegnato ad un ente pubblico e cioè ad una amministrazione, una legittimazione processuale amplissima per l'impugnazione di atti amministrativi di qualsiasi amministrazione, incidenti sulla disciplina della concorrenza (si ritiene comunque che la regola, in quanto eccezionale, trovi applicazione solo alle pubbliche amministrazioni indicate dall'art. 1 co. 2 del D.lgs. n. 165/2001), dando così alla esigenza di tutela della concorrenza (cui il diritto comunitario assegna un valore rilevante) un valore primario che

⁽³⁷⁶⁾ In dottrina, sul tema cfr. M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell'AGCM ai sensi del nuovo art. 21-bis della l. n. 287/1990*, in *justice.luiss.it*, 2013, ed anche R. CIFARELLI, *Verso un nuovo protagonismo delle Autorità amministrative indipendenti? Spunti di riflessione intorno al nuovo art. 21-bis della l. n. 287/1990*, in *Amministr. in camm., Riv. Dir. Pubb., econ. e di scienza*, a cura del Centro di Ricerca sulle Amministrazioni pubbliche V. Bachelet, 2013; L. TORCHIA, *Il diritto antitrust di fronte al giudice amministrativo*, in *Irpa.eu*, 2013.

⁽³⁷⁷⁾ L'obbligatorietà o meno del parere cit., era dubbia sino alla recente sentenza del TAR Lazio, n. 2720/2013, la quale ha chiarito che la previsione del procedimento di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 21 bis è volta ad assicurare un momento interlocutorio tra AGCM e l'amministrazione evocata, per stimolare lo spontaneo adeguamento di quest'ultima ai principi in materia di libertà di concorrenza.

giustifica una deroga alle tradizionali regole del processo amministrativo, in favore della tutela di un interesse particolare (ma facente capo ad un soggetto pubblico) soddisfatto attraverso il mero rispetto della legge. Da una interpretazione evolutiva della norma, che apre alla legittimazione pubblica “nell’interesse della legge”, riaffiora alla mente quell’idea, mai sopita, di inserire il Pubblico Ministero nel processo amministrativo. Idea portata avanti anche in sede istituzionale per mezzo di alcuni disegni di legge, mai attuati, ma già sufficienti a sollevare un dibattito anche aspro e dai contorni accesi. Occorre però sottolineare sin da subito che, nella realtà, il Pubblico Ministero agisce nell’interesse della legge, senza farsi portavoce di alcun interesse particolare (esercita la giurisdizione in via di azione), mentre AGCM agisce a tutela dell’interesse (proprio o di terzi) al rispetto delle regole sulla concorrenza (posizione assimilabile all’azione del Procuratore della Corte dei Conti a tutela dell’Erario). Secondo una parte della dottrina tale sviluppo può iscriversi in quella visione delle *Authorities* come *amici curiae*, già proposta dall’art. 15, co. 3, del Regolamento europeo n. 1 del 2003. (il TAR Lazio, sent. cit. nella nota a piè pagina precedente, pone il parallelo pure con il procedimento di ricorso per inadempimento promosso dalla Commissione europea dinanzi alla Corte di giustizia contro lo Stato che violi gli obblighi derivanti dal diritto dell’Unione ai sensi dell’art. 258 TFUE). Alcuni ordinamenti nazionali hanno previsto poteri più ampi per le autorità nazionali di concorrenza, come quello tedesco, tuttavia il nostro ordinamento mediante tale previsione segna un balzo in avanti, conferendo ad AGCM un autonomo potere di iniziativa, trasformando l’autorità da mero interveniente in una controversia già insorta ad autonomo promotore. Secondo una parte della dottrina, l’approdo a forme di *public enforcement* di tale portata sarebbe inevitabile, attesa l’insufficienza del controllo affidato alla sola iniziativa dei soggetti privati (non si può pretendere che siano i singoli cittadini gli unici guardiani dell’ordinamento), attesa anche l’eccessiva onerosità del contributo unificato in particolari materie sensibili al tema della concorrenza come quello degli appalti pubblici. L’obiezione elementare, oltre al fatto che non è riconducibile, l’interesse alla tutela della concorrenza, alle posizioni soggettive di interesse legittimo (e in particolari materie di diritto soggettivo), è che la giurisdizione amministrativa non potrebbe giungere sino ad un sindacato pieno su interessi generali, superando persino la soglia del dedotto. Secondo una parte della dottrina si tratterebbe di una giurisdizione piena e sindacatoria assimilabile ad una funzione di controllo, suscettibile di sconfinare nel merito dell’azione amministrativa, capace di violare i limiti esterni della giurisdizione e i criteri generali di divisione dei poteri nonché la riserva di amministrazione rispetto alla giurisdizione, con violazione quindi del disposto di cui all’art. 103 Cost., che assegna alla

giurisdizione il compito di tutelare solo le situazioni soggettive. Per altra dottrina invece la lesione di un interesse personale, specifico e qualificato, ben sarebbe riconoscibile in capo ad un soggetto creato proprio per tutelare un determinato interesse pubblico, nell'ipotesi di violazione delle regole poste, da esso o da altri, a tutela dello stesso interesse. Se si argomentasse in tal modo si riuscirebbero a superare i nodi di legittimità costituzionale derivanti dall'art. 103 Cost. I dubbi sarebbero superabili ponendo l'accento sul fatto che l'AGCM è *ope legis* affidataria dell'interesse alla concorrenza, interesse sostanziale protetto dall'ordinamento, “*nella forma dell'interesse legittimo che si soggettivizza in capo ad essa*”. Secondo una certa dottrina, la difficoltà all'accesso diretto alla giustizia, per una autorità come AGCM non starebbe nella inconfigurabilità in capo ad essa di un interesse sostanziale qualificato, ma semmai nella difficile configurabilità di un interesse processuale (possibilità di conseguire un vantaggio personale, concreto ed attuale dalla decisione). Trattandosi tuttavia di fonti di pari rango, la fonte sopravvenuta e speciale che identifica l'interesse nel rispetto della legge, prevarrebbe. Altra dottrina invece giunge a conclusioni diametralmente opposte, concludendo nel senso che non è possibile ritenere che l'Autorità, in quanto tale, sia titolare di un interesse legittimo in senso proprio, dato che si attiva per la tutela di un interesse generale alla concorrenza, coincidente con una sommatoria di interessi di mero fatto ascrivibili alla collettività. Il *punctum dolens* sarebbe proprio questo, e l'unica maniera di aggirarlo sarebbe nel ritenere che il nuovo potere di AGCM, più che come potere di azione nell'interesse generale della legge, sia diretta e naturale espressione dell'interesse pubblico, però particolare e differenziato, alla migliore attuazione del valore concorrenza di cui è specifico affidatario, anche in contrapposizione coi diversi interessi, pubblici o privati, di altri soggetti; interesse leso dalla mera violazione della legge e dall'inosservanza dell'invito (il parere) a rispettarla, e dunque direttamente soddisfatto dal ripristino della legalità violata. Non si tratterebbe insomma, secondo tale dottrina, di un interesse generale e vuoto al mero rispetto della legge.

Secondo altra dottrina invece occorrerebbe incardinare il PM all'interno del processo amministrativo per contribuire ad accentuare il connotato sociale della giustizia amministrativa. Anche il g.a. eserciterebbe così una sorta di funzione sociale, a tutela dell'interesse generale, garantendo il corretto esercizio del potere pubblico, il quale ultimo non interessa unicamente il singolo cittadino-ricorrente, ma l'intera collettività. Sarebbero così coperte una serie di illegittimità altrimenti non rilevabili, contribuendo a garantire una correzione del potere pubblico, attuando così la “giustizia nell'amministrazione”. A supporto di tale argomentazione viene posto l'art. 100 Cost., ed il ruolo di

garanzia della "giustizia nell'amministrazione" affidato al Consiglio di Stato e l'art. 108 Cost., il quale impone che la legge assicuri l'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali e del Pubblico Ministero presso di esse. Tuttavia oggi l'ingresso del PM nel processo amministrativo, visto in un'ottica di miglioramento della prospettiva di indagine, deve fare i conti con le modifiche introdotte dapprima con la L. 205/2000 e in seguito con il Codice del Processo Amministrativo, che contribuiscono ormai a caratterizzare sempre più il giudizio amministrativo come giudizio sul rapporto e sulla spettanza della pretesa sostanziale anziché come giudizio sull'atto. Anche il concetto stesso di interesse legittimo rifiuta oggi, al netto delle modifiche processuali e organizzative del processo, la definizione tradizionale di "*interesse a che l'amministrazione agisca in conformità con la legge*" ed anzi l'avvicinamento con la figura del diritto soggettivo è tale che anche nel primo affiora e viene alla luce prepotentemente il bene della vita sotteso all'interesse che spinge a mettere in moto la macchina della giustizia. Sia che l'interesse sia di tipo oppositivo, che pretensivo, il ruolo del bene della vita cui aspira il cittadino-ricorrente assume un'ultravalenza tale che spinge il modello processuale sempre più verso la ricerca di una forma di giurisdizione che esalti il momento individuale a scapito della funzione "per così dire pubblica" dell'agire in giudizio. Ogni scostamento da tale paradigma è da considerare atipico; deroga di stretta interpretazione, legittimata forse da quel bene superiore o quell'interesse "indisponibile" di cui già parlava Silvio Spaventa, da ricercarsi di volta in volta nella tutela della concorrenza, dell'ambiente, della *consumer protection*. In ogni caso tali emergenze fattuali non debbono portare a ritenere intaccato il patrimonio tecnico-giuridico e concettuale a cui la giurisprudenza è approdata nel corso degli anni dell'evoluzione del diritto amministrativo processuale. Il patrimonio giuridico sedimentato è oramai irrinunciabile e irreversibile; residueranno spazi di giurisdizione oggettiva o parzialmente oggettiva perché l'interesse legittimo è situazione giuridica soggettiva dialettica (con il potere pubblico e con l'esercizio della funzione pubblica) e il soddisfacimento del bene della vita è accordato in seguito all'intermediazione dell'attività amministrativa. L'accertamento giurisdizionale incide sul potere pubblico e la decisione assume anche portata generale. L'evoluzione verso un modello di giurisdizione soggettiva caratterizzato da alcuni momenti di giurisdizione oggettiva peraltro è stato anticipato anche dall'art. 146 co. 11 del Codice dei beni culturali e del paesaggio nel testo approvato con il D.lgs. n. 42 del 2004, disposizione che prevedeva da un lato l'obbligo di decisione dei ricorsi proposti avverso i provvedimenti di autorizzazione paesistica anche in ipotesi di rinuncia o di sopravvenuto venir meno dell'interesse da parte del ricorrente (co. 11, primo periodo) e dall'altro, la possibilità dei soggetti

legittimati a ricorrere avverso l'autorizzazione (associazioni ambientaliste) di proporre appello avverso le ordinanze o le sentenze del TAR in materia, anche nelle ipotesi in cui non avessero proposto il ricorso di primo grado. La prima parte della norma aveva fatto parlare di apertura del Legislatore verso un giudizio amministrativo più oggettivo. Anche il nuovo codice del processo amministrativo, pur esaltando il momento dispositivo, ha previsto nelle disposizioni dedicate al rito speciale sulle controversie in materia di contratti pubblici (in attuazione della Direttiva 2007/66/CE) un procedimento a tutela dell'interesse generale al rispetto delle regole dell'evidenza pubblica. In deroga al principio di stretta corrispondenza tra chiesto e pronunciato, il legislatore ha riconosciuto al g.a. il potere/dovere di dichiarare in ogni caso la cessazione di efficacia del contratto stipulato nelle ipotesi di grave violazione delle regole concorrenziali, *"a prescindere da una richiesta in tal senso"*. Idem per il nuovo sistema di sanzioni amministrative, che il giudice, d'ufficio, è chiamato a disporre in alternativa alla dichiarazione di inefficacia assoluta del contratto, quando questa non sia in ogni caso possibile. Lo sguardo pare comunque rivolto a creare un processo in grado di tutelare anche interessi generali primari (ambiente, sicurezza, salute, paesaggio, etc.) attraverso inedite forme di legittimazione pubblica a ricorrere. Si tenderebbe poi verso una erosione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, anche mediante l'eventuale previsione di irrinunciabilità dell'azione o con l'introduzione di ulteriori sanzioni. Occorrerà domandarsi se basterà la previsione di cui all'art. 100 Cost. a copertura di questa tendenza, con il richiamo al ruolo di garanzia della giustizia nell'amministrazione affidato al Consiglio di Stato, già peraltro evidenziato dalla discussa Sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004, o se prevarrà, col tempo, lo sbarramento che altra dottrina legge nell'art. 103 Cost. Sicuramente in un giudizio di bilanciamento tra principi e norme costituzionali, apparentemente confliggenti, occorrerà inserire, seppur prudentemente, anche quei valori e principi che si crede capaci di rimettere in moto l'economia dei paesi occidentali, anche alla luce delle emergenze del diritto comunitario e della preminenza che assume la concorrenza per il rilancio dell'economia nei paesi membri dell'UE. La giurisprudenza, sia amministrativa che costituzionale ha già avuto occasione di pronunciarsi in argomento.

L'AGCM ha condivisibilmente mostrato di saper utilizzare in maniera prudente i poteri straordinari ex art. 21-bis della l. 287/1990, e così, anche per l'anno 2016, come si può evincere dalla tabella che si espone di seguito ⁽³⁷⁸⁾:

⁽³⁷⁸⁾ Fonte: AGCM, relazione annuale al Parlamento 2017, in agcm.it

Pareri adottati ai sensi dell'articolo 21-bis per settori di attività economica

Settore	
Energia	4
Industria petrolifera	1
Smaltimento rifiuti	3
Comunicazioni	2
Informatica	2
Trasporti	3
Trasporti e noleggio di mezzi di trasporto	3
Servizi	5
Sanità e altri servizi sociali	3
Servizi vari	2
Totale	14

1.4. La giurisprudenza in tema di speciale legittimazione ad agire in giudizio di AGCM.

Il TAR Lazio, Roma, con la Sentenza 15 marzo 2013, n. 2720, ha preso posizione sulla diatriba nata attorno alla natura del ricorso ex art. 21-bis, mostrando di aderire alle tesi di quella parte della dottrina che vede nella legittimazione speciale demandata all'Autorità una conferma della dimensione ontologica del bene della vita "concorrenza" che, dato anche il rilievo costituzionale e comunitario dello stesso, impone la giustiziabilità dell'interesse al libero mercato anche nelle ipotesi in cui non si configuri una lesione di un interesse particolare. Il TAR Lazio chiarisce che non si tratta di una ipotesi eccezionale di giurisdizione di diritto oggettivo, ma di un ordinario potere di azione a tutela di situazioni giuridiche individuali qualificate e differenziate anche se riferite ad una Autorità

pubblica. L'interesse sostanziale sotteso all'azione ex art. 21-bis assumerebbe i connotati dell'interesse ad un bene della vita (il corretto funzionamento del mercato). Il bene della vita non si risolverebbe nel mero interesse generale al rispetto delle regole ed alla legalità dell'azione amministrativa. Le norme sulla libertà di concorrenza fondano situazioni giuridiche soggettive in capo a tutti coloro che agiscono nel mercato e la violazione di esse consentirebbe l'attivazione del rimedio giurisdizionale. L'interesse al corretto funzionamento del mercato si soggettivizza in capo ad AGCM, come posizione differenziata rispetto a quella degli attori del mercato. Di più, il TAR Lazio afferma che l'interesse pubblico di AGCM è differenziato rispetto all'interesse generale ed a quello particolare. La scelta del legislatore è secondo il TAR Lazio, di stretto diritto positivo è non è influenzata dal vigente quadro costituzionale, ma si inserirebbe nell'ambito degli strumenti di garanzia dell'effettività del valore costituzionale corrispondente, per garantire una forma di tutela completa. In fondo sarebbe diretta esplicazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale: assicurare piena effettività alle regole poste a tutela della concorrenza.

Le coordinate tracciate dalla giurisprudenza di merito cit., sono peraltro state confermate dalla presa di posizione del Consiglio di Stato, il quale, non solo ha legittimato il ruolo assunto da AGCM, ma ne ha addirittura delineato anche portata ed effetti, stabilendo che *“il ricorso all'Autorità giudiziaria amministrativa (deve ritenersi) extrema ratio, non essendo l'Autorità dotata di poteri coercitivi nei confronti dell'amministrazione pubblica* (Cons. Stato, 30 aprile 2014, n. 2246). Inoltre, anche la Corte Costituzionale, mediante la Sentenza 14 febbraio 2013, n. 20, ha dichiarato inammissibile la q.l.c. sollevata dalla Regione Veneto nei confronti del nuovo potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM ex art. 21-bis, cit., con ciò contribuendo a risolvere in senso positivo la diatriba sorta nei confronti dell'azione sopra citata.

Il Consiglio di Stato, con Sentenza 30 febbraio 2014, n. 2246, è poi intervenuto a dissipare altro quesito che era sorto intorno al procedimento attivato dall'AGCM ex art. 21-bis e lo ha fatto chiarendo che il potere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato di agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti e i provvedimenti amministrativi da essa ritenuti lesivi della libertà di concorrenza e mercato *“deve essere necessariamente preceduto, a pena di inammissibilità, da una fase precontenziosa caratterizzata dall'emanazione, da parte sua, di un parere motivato rivolto alla p.a. nel quale sono segnalate le violazioni riscontrate e indicati i rimedi per eliminarli e ripristinare il corretto funzionamento della concorrenza e del mercato, al fine di sollecitare la p.a. a rivedere le proprie determinazioni e a conformarsi agli indirizzi dell'Autorità, mediante uno speciale*

esercizio del potere di autotutela giustificato dalla particolare rilevanza dell'interesse pubblico in gioco, in tal modo auspicando che la tutela di quest'ultimo sia assicurata innanzitutto all'interno della stessa p.a., anche al fine di garantire una significativa deflazione del contenzioso, potendo ammettersi che il legislatore guardi con disfavore le situazioni in cui due soggetti pubblici si rivolgano direttamente ed esclusivamente al giudice per la tutela di un interesse pubblico”.

Quel che è certo è che da un lato, lo Stato sociale rende più sfuggente la categoria dell'interesse pubblico oggettivo, mentre dall'altro, la conflittualità degli interessi nella società moderna, ha perso il carattere della individualità, per assumere connotazioni categoriali, e ciò, secondo alcuni, finisce per ingenerare un assetto tale per cui attraverso la tutela degli interessi generali si genererebbe tutela anche per l'interesse individuale. I conflitti sociali, nell'era della “glocalizzazione”, non sono più solo quelli tra cittadino ed amministrazione, ma anche e soprattutto quelli tra interessi categoriali (oltre che all'interno della categoria stessa) o dei settori produttivi. Lo Stato diviene un mediatore, un compositore di conflitti e non più un determinatore, insomma uno Stato anfibio. Non stupisce perciò l'esigenza che ha portato alla definizione della L. n. 180/2011 sullo statuto delle imprese, che ha riconosciuto alle associazioni di categoria la legittimazione ad agire non solo a tutela degli interessi appartenenti alla categoria in generale, ma anche a tutela degli interessi omogenei, appartenenti solo ad alcuni soggetti. Accanto all'interesse personale e diretto del singolo e ad un interesse collettivo di natura categoriale, vengono riconosciuti interessi differenziati di settore, di volta in volta classificabili in termini di omogeneità, meritevoli di particolare tutela. Secondo una parte della dottrina, l'emersione di questi interessi tenderebbe ad ingenerare un meccanismo tale per cui emergerebbe una duplice valenza della giurisdizione amministrativa, la quale perseguirebbe da un lato la tutela piena ed effettiva delle posizioni giuridiche classiche e dall'altro la giustizia nell'amministrazione in termini di legalità, correttezza ed imparzialità esaltando il ruolo attribuito al Consiglio di Stato dall'art. 100 Cost. Mentre il ruolo attribuito ad AGCM, oltre a dare nuova linfa a tale prospettiva sarebbe potenzialmente idoneo a modificare (ancora una volta) la nozione, il ruolo e la definizione di interesse legittimo, dimostrando ancora una volta la grande duttilità del processo amministrativo e la capacità di aderenza dello stesso alle trasformazioni dello Stato e quindi del potere. E' pur vero che il principio di effettività della tutela giurisdizionale richiede l'ampliamento della platea delle posizioni giuridiche tutelabili, ed è naturale che sia il giudice amministrativo, definito dall'ex Presidente del Consiglio di Stato, come *“il giudice naturale dell'interesse pubblico nell'economia”*, a farsi portavoce e carico di questa nuova esigenza di cambiamento; tuttavia ciò non deve ingenerare

un equivoco: il processo amministrativo moderno è volto a scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata, pretesa che assume, anche nella lettura datane di recente dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, ruolo centrale; ciò porta a configurare come eccezionali -e dunque di stretta interpretazione- le fattispecie introdotte di recente dal legislatore.

2. I NUOVI PECULIARI POTERI AFFIDATI DAL LEGISLATORE ALLE ALTRE AUTORITA' AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI: L'UTILIZZO DA PARTE DI ANAC DEI POTERI SPECIALI AD ESSA AFFIDATI DALL'ART. 192 DEL D.LGS. N. 50/2016.

2.1. Struttura e profili dell'art. 192 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50: la natura pro-concorrenziale della norma.

Il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (di seguito solo codice degli appalti pubblici), è stato introdotto in attuazione della legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, per il recepimento *«delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture»*. La legge n. 11/2016, tra le altre cose, all'art. 1 lett. eee), ha delegato il Governo ad adottare specifiche norme volte a garantire *«adeguati livelli di pubblicità e trasparenza delle procedure anche per gli appalti pubblici e i contratti di concessione tra enti nell'ambito del settore pubblico, cosiddetti affidamenti in house, prevedendo, anche per questi enti, l'obbligo di pubblicazione di tutti gli atti connessi all'affidamento, assicurando, anche nelle forme di aggiudicazione diretta, la valutazione sulla congruità economica delle offerte, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, e prevedendo l'istituzione, a cura dell'ANAC, di un elenco di enti aggiudicatori di affidamenti in house ovvero che esercitano funzioni di controllo o di collegamento rispetto ad altri enti, tali da consentire gli affidamenti diretti. L'iscrizione nell'elenco avviene a domanda, dopo che sia stata riscontrata l'esistenza dei requisiti. La domanda di iscrizione consente all'ente aggiudicatore, sotto la propria responsabilità, di conferire all'ente con affidamento in house, o soggetto al controllo singolo o congiunto o al collegamento, appalti o concessioni mediante affidamento diretto»*.

La norma cit. è stata recepita nel nuovo codice degli appalti dall'art. 192, rubricato “*regime speciale degli affidamenti in house*”. Si tratta di una norma di natura eminentemente pro-concorrenziale nonché di salvaguardia e controllo della spesa pubblica che però non costituisce immediata attuazione o recepimento di norme contenute nelle Direttive 2014/23-24-25/UE ⁽³⁷⁹⁾, ma che deve essere letta nella volontà, più volte manifestata dal legislatore nazionale, di contenere il fenomeno degli affidamenti diretti che si iscrive in quel percorso più ampio avviato ormai da più di un decennio dal legislatore nazionale volto al disimpegno dell'intervento pubblico nell'economia ⁽³⁸⁰⁾. Le Direttive del 2014, infatti, e più in generale il diritto e la giurisprudenza europei, in realtà manifestano neutralità per la scelta sulle modalità di gestione e di affidamento di un servizio atteso che, in generale, i servizi possono essere gestiti indifferentemente mediante ricorso al mercato, alla società mista con svolgimento di gara a doppio oggetto, ovvero ancora mediante ricorso all'autoproduzione con affidamento diretto. La disciplina europea pone sullo stesso piano i tre teorici modelli gestionali, i quali, si dice, offrirebbero identiche garanzie. Il legislatore nazionale, invece, mediante l'art. 11 della legge delega cit., e poi attraverso il nuovo art. 192 comma 2, dimostra di ritenere l'affidamento diretto una scelta in qualche modo da contenere o comunque disincentivare e porre sotto stretta sorveglianza attraverso una norma espressione di rafforzate esigenze pro-concorrenziali e di *public-enforcement* che persegue lo scopo di contribuire all'intrapreso percorso di razionalizzazione delle partecipazioni pubbliche e di riduzione dell'intervento dello Stato e delle autonomie territoriali nell'economia (cfr. anche art. 4 d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175), al fine di ridurre la spesa pubblica e garantire la promozione di adeguati livelli di pubblicità e trasparenza nel settore degli appalti pubblici. La norma, tuttavia, se interpretata in maniera lasca pone rilevanti problemi pratici e concreti per le amministrazioni aggiudicatrici e per gli enti aggiudicatori in fase di giustificazione sulla scelta del mancato ricorso al mercato.

⁽³⁷⁹⁾ Oltre che dal raffronto con le norme contenute nelle Direttive cit., l'evidenza che si tratta di una norma di emanazione diretta del Legislatore nazionale emerge anche dall'esame della “*tabella di concordanza*” contenuta nel Supplemento ordinario alla Gazzetta Ufficiale n. 11 del 19 aprile 2016, Serie Generale – n. 91, p. 1024 e ss., nella quale per ogni articolo del nuovo codice degli appalti si raffronta il principio di delega recepito con il principio di direttiva attuato. Per l'art. 192 sussiste esclusivamente un mero richiamo agli artt. 17 della Direttiva 2014/23/UE, 12 della Direttiva 2014/24/UE e 28 della Direttiva 2014/25/UE, norme che si limitano a individuare i casi in cui si può derogare alle previsioni stabilite nelle Direttive stesse e quindi i requisiti per poter procedere mediante affidamenti diretti; principi e criteri recepiti, invero, nell'art. 5 del nuovo codice degli appalti.

⁽³⁸⁰⁾ Si raffronti, in tal senso, anche il nuovo d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, recante Testo Unico delle società a partecipazione pubblica e segnatamente gli artt. 4 e 16 dello stesso.

Il nuovo codice degli appalti pubblici fornisce poi ad ANAC un ruolo di primo piano, affidando all'Autorità anticorruzione compiti non solo di vigilanza e controllo ma anche di regolazione di talché è possibile oggi parlare di ANAC anche come di un'autorità di regolazione dei contratti pubblici ⁽³⁸¹⁾. L'art. 192 comma 1, prevede l'istituzione presso ANAC di un elenco dei soggetti affidatari che operano mediante affidamenti diretti nei cfr. delle proprie società *in house*. L'Autorità ha adottato apposite Linee Guida per l'iscrizione, la permanenza e la cancellazione dall'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori nonché dei loro soggetti *in house* che manifesta e rende evidente l'intensità dei nuovi poteri affidati ad ANAC e la permanente equivocità circa la natura giuridica delle Linee Guida stesse. Le regole introdotte dalle Linee Guida proposte da ANAC ai sensi dell'art. 192 comma 2, infatti, si avvicinavano più al contenuto tipico dei Regolamenti e sono state oggetto di rilevanti modifiche da parte del Consiglio di Stato con il Parere del 1 febbraio 2017, n. 282, poiché connotate, almeno in prima battuta, da una marcata impronta normativa, regolatoria ed anche sanzionatoria non prevista dalla legge. La soluzione adottata dal Supremo organo amministrativo, soddisfacente sul piano dogmatico, lascia tuttavia inalterati molti dei nodi già rilevati più volte dalla dottrina sulla portata, contenuti e limiti delle Linee Guida.

2.2. Il nuovo elenco speciale delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house* istituito presso ANAC e le linee guida per l'esercizio dei nuovi poteri affidati.

ANAC, in attuazione del disposto normativo sopra richiamato, ha redatto apposite Linee Guida ⁽³⁸²⁾ sulle modalità e criteri di svolgimento del procedimento amministrativo per l'iscrizione nell'elenco speciale di cui al comma 1, dell'art. 192, del codice dei contratti pubblici. La prima

⁽³⁸¹⁾ In tal senso, l'art. 213, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 afferma chiaramente che «la vigilanza e il controllo sui contratti pubblici e l'attività di regolazione degli stessi, sono attribuiti, nei limiti di quanto stabilito dal presente codice, all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) di cui all'articolo 19 del decreto legge 24 giugno 2014, n.90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, che agisce anche al fine di prevenire e contrastare illegalità e corruzione». Sul nuovo ruolo affidato ad ANAC dal codice dei contratti pubblici si veda R. CALZONI, *Autorità nazionale anticorruzione e funzione di vigilanza collaborativa: le novità del Codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, 30 novembre 2016, n. 23, 5 e ss.

⁽³⁸²⁾ Sul tema, cfr. G. MORBIDELLI, *Linee Guida ANAC: comandi o consigli?*, Roma, 2016; C. DEODATO, *Le Linee Guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in *Giustamm.it*, n. 4, 2016; S. STICCHI DAMIANI, *Autorità amministrative indipendenti, I nuovi poteri dell'Autorità Anticorruzione*, in *Libro dell'Anno del Diritto Treccani*, 2016, 222 e ss.

versione delle Linee Guida (ante modifiche suggerite dal Consiglio di Stato mediante il parere cit.), distingueva tra quattro punti di rilievo ⁽³⁸³⁾.

Per quanto attiene al contenuto dell'elenco, si chiarisce che lo stesso conterrà i dati dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore e del proprio organismo *in house*.

Tra i dati dell'organismo *in house* dovranno essere indicati anche le quote di partecipazione nell'organismo (dirette e indirette con indicazione della società tramite); gli indici della presenza del controllo analogo maggiormente specifici rispetto a quelli canonici più volte richiamati dalla giurisprudenza europea ed oggi recepiti nell'art. 5 del codice dei contratti pubblici vigente. In tal senso è richiesta anche l'indicazione della presenza di rappresentanti dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore negli organi di governo dell'organismo *in house*; l'indicazione di tutte le clausole statutarie e soprattutto di quelle relative alle percentuali di fatturato da svolgere in favore ente affidante; la presenza di eventuali patti parasociali; l'indicazione del contratto di servizio; l'indicazione della tipologia concreta di esercizio del controllo (se si tratta cioè di un *in house* orizzontale, invertito o a cascata) nonché l'indicazione delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori che hanno manifestato l'intenzione di operare affidamenti diretti all'organismo *in house* controllato dal soggetto iscritto.

Circa le amministrazioni o gli enti legittimati a chiedere l'iscrizione nell'elenco speciale, le Linee guida individuano i seguenti soggetti: le amministrazioni aggiudicatrici ovvero gli enti aggiudicatori (la loro definizione si ritrova all'art. 3 del codice dei contratti ⁽³⁸⁴⁾), che intendono operare affidamenti diretti in favore di propri organismi *in house*; le amministrazioni aggiudicatrici ovvero gli enti

⁽³⁸³⁾ La bozza di Linee Guida è suddivisa nei seguenti quattro punti: il contenuto dell'elenco; i soggetti legittimati a chiedere l'iscrizione; il procedimento amministrativo per l'iscrizione; la verifica dei requisiti di cui agli artt. 5 cod. app. e di cui agli artt. 4 e 16 del T.U. Partecipate.

⁽³⁸⁴⁾ il codice dei contratti, all'art. 3 rubricato "definizioni", infatti, così recita: «*ai fini del presente codice si intende per:* // a) «amministrazioni aggiudicatrici», *le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti; // e) «enti aggiudicatori», ai fini della disciplina di cui alla:* // 1) *parte II del presente codice, gli enti che:* // 1.1. *sono amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche che svolgono una delle attività di cui agli articoli da 115 a 121; // 1.2. pur non essendo amministrazioni aggiudicatrici né imprese pubbliche, esercitano una o più attività tra quelle di cui agli articoli da 115 a 121 e operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente; // 2) parte III del presente codice, gli enti che svolgono una delle attività di cui all'allegato II ed aggiudicano una concessione per lo svolgimento di una ditali attività, quali:* // 2.1 *le amministrazioni dello Stato, gli enti pubblici territoriali, gli organismi di diritto pubblico o le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da uno o più di tali soggetti; // 2.2 le imprese pubbliche di cui alla lettera t) del presente comma; // 2.3 gli enti diversi da quelli indicati nei punti 2.1 e 2.2, ma operanti sulla base di diritti speciali o esclusivi ai fini dell'esercizio di una o più delle attività di cui all'allegato II. Gli enti cui sono stati conferiti diritti speciali o esclusivi mediante una procedura in cui sia stata assicurata adeguata pubblicità e in cui il conferimento di tali diritti si basi su criteri obiettivi non costituiscono «enti aggiudicatori» ai sensi del presente punto 2.3»;*

aggiudicatori che intendono operare affidamenti diretti in favore di organismi in house di altre amministrazioni (si tratta dei casi del controllo invertito, orizzontale o a cascata); gli enti di governo degli ambiti ottimali istituiti o designati ai sensi dell'art. 3-bis, comma 1, del d.l. n. 138/2011 ⁽³⁸⁵⁾ per i servizi a rete di rilevanza economica.

Per quanto riguarda il procedimento amministrativo per l'iscrizione nell'elenco speciale, si distinguono due sub-procedimenti, di cui il primo ad istanza di parte per l'iscrizione **(a)** ed il secondo d'ufficio per il mantenimento ovvero per la cancellazione **(b)**.

(a) in relazione al procedimento ad istanza di parte per l'iscrizione, la domanda deve essere presentata in modalità telematica sul sito di ANAC con l'apposito modello che sarà reso disponibile sul sito medesimo. La domanda deve essere proposta a pena di inammissibilità dal legale rappresentante del soggetto richiedente (nel caso di controllo a cascata, orizzontale o invertito deve essere presentata dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore che esercita il controllo analogo sull'organismo *in house*. Nel caso, invece, di controllo congiunto deve essere presentata un'unica domanda riferita a tutti i soggetti dell'iscrizione). L'autorità acquisisce d'ufficio le informazioni attraverso le proprie banche dati e attraverso le informazioni comunicate mediante il modello di domanda predisposto dalla stessa autorità. Entro trenta giorni dalla presentazione della domanda è avviato il procedimento amministrativo per l'accertamento dei requisiti di iscrizione. Il termine per la conclusione del procedimento è fissato in novanta giorni dall'avvio. Se le verifiche hanno esito positivo l'Autorità dispone senza indugio l'iscrizione nell'elenco dandone comunicazione all'istante.

⁽³⁸⁵⁾ Il comma 1 della norma cit., così recita: «a tutela della concorrenza e dell'ambiente, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano organizzano lo svolgimento dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica definendo il perimetro degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio e istituendo o designando gli enti di governo degli stessi, entro il termine del 30 giugno 2012. La dimensione degli ambiti o bacini territoriali ottimali di norma deve essere non inferiore almeno a quella del territorio provinciale. Le regioni possono individuare specifici bacini territoriali di dimensione diversa da quella provinciale, motivando la scelta in base a criteri di differenziazione territoriale e socio-economica e in base a principi di proporzionalità, adeguatezza ed efficienza rispetto alle caratteristiche del servizio, anche su proposta dei comuni presentata entro il 31 maggio 2012 previa lettera di adesione dei sindaci interessati o delibera di un organismo associato e già costituito ai sensi dell'articolo 30 del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267. Fermo restando il termine di cui al primo periodo del presente comma che opera anche in deroga a disposizioni esistenti in ordine ai tempi previsti per la riorganizzazione del servizio in ambiti, e' fatta salva l'organizzazione di servizi pubblici locali di settore in ambiti o bacini territoriali ottimali già prevista in attuazione di specifiche direttive europee nonché ai sensi delle discipline di settore vigenti o, infine, delle disposizioni regionali che abbiano già avviato la costituzione di ambiti o bacini territoriali in coerenza con le previsioni indicate nel presente comma. Decorso inutilmente il termine indicato, il Consiglio dei ministri, a tutela dell'unità giuridica ed economica, esercita i poteri sostitutivi di cui all'articolo 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131, per organizzare lo svolgimento dei servizi pubblici locali in ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei, comunque tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio».

In caso di accertamento di carenza dei requisiti l’Autorità comunica l’esito delle risultanze istruttorie agli interessati, indicando gli elementi carenti, con invito a presentare controdeduzioni e/o ulteriore documentazione integrativa entro trenta giorni. Mediante le controdeduzioni l’istante può chiedere l’iscrizione “con riserva” con impegno a rimuovere la causa ostativa entro ulteriori novanta giorni. In tale ultimo caso il termine di conclusione del procedimento resta sospeso. L’Autorità esamina le controdeduzioni e la nuova documentazione allegata può disporre l’iscrizione nell’elenco; rigettare l’iscrizione nell’elenco oppure disporre l’iscrizione con riserva.

Durante il periodo di iscrizione con riserva l’amministrazione aggiudicatrice o l’ente aggiudicatore non può procedere a nuovi affidamenti diretti al proprio organismo *in house*. Alla scadenza del termine l’Autorità dispone l’iscrizione o la rigetta se l’elemento ostativo non è stato rimosso.

Il provvedimento finale di rigetto dell’iscrizione è comunicato all’istante con indicazione dei presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione, oltre all’indicazione dei termini e della autorità cui è possibile ricorrere per ottenere l’annullamento del provvedimento di rigetto. Il rigetto della domanda di iscrizione comporta l’impossibilità di operare mediante affidamenti diretti nei confronti di propri organismi *in house*. Il rigetto della domanda, in ogni caso, non preclude la possibilità di presentare una nuova domanda al ricorrere dei requisiti previsti dalla legge e dalle Linee guida stesse ovvero una volta venuti meno gli elementi ostativi posti a base del rigetto. Nella versione ante intervento del Consiglio di Stato, era poi specificato che dalla data di cancellazione dall’elenco, l’amministrazione aggiudicatrice o l’ente aggiudicatore non avrebbe potuto effettuare nuovi affidamenti diretti in favore dell’organismo *in house* ed i contratti già aggiudicati avrebbero dovuto essere revocati ed affidati nuovamente però mediante le procedure di evidenza pubblica previste dal Codice degli appalti. In tal caso, la continuità del servizio sarebbe stata garantita comunque, atteso la previsione che nelle more dello svolgimento delle procedure di gara, l’esecuzione del contratto sarebbe proseguita da parte dell’organismo controllato.

(b) per quanto attiene al procedimento d’ufficio per il mantenimento: la conoscenza circa la carenza dei requisiti richiesti per l’iscrizione nell’elenco, in qualsiasi modo acquisita da parte dell’Autorità, anche all’esito di controlli periodici a campione sugli iscritti, comporta l’avvio di un procedimento finalizzato ad accertare il mantenimento o la perdita delle condizioni necessarie per l’iscrizione. Tale procedimento d’ufficio è avviato anche laddove l’Autorità o gli altri enti preposti alla vigilanza sulle società a partecipazione pubblica accertino il mancato rispetto da parte delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori e degli organismi *in house* nello svolgimento della propria

attività, delle disposizioni contenute nell'art. 5 del Codice degli appalti e negli artt. 4 e 16 del Testo Unico Partecipate. Anche in tal caso, l'Autorità comunica l'avvio del procedimento d'ufficio, con invito a presentare controdeduzioni e/o documentazione integrativa entro trenta giorni dalla ricezione della comunicazione. Con le controdeduzioni, l'interessato può chiedere il mantenimento dell'iscrizione nell'elenco "con riserva" impegnandosi ad eliminare la causa ostativa nel termine di ulteriori novanta giorni. L'Autorità, esaminata la documentazione può disporre il mantenimento dell'iscrizione; accogliere con riserva il mantenimento ed assegnare un termine di novanta giorni per eliminazione della causa ostativa all'iscrizione. Durante il periodo di iscrizione "con riserva" non si potrà procedere a nuovi affidamenti diretti.

L'Autorità può disporre la cancellazione dall'elenco speciale nel caso in cui l'elemento ostativo non sia stato successivamente eliminato. Il provvedimento finale di rigetto del mantenimento è comunicato all'istante con l'indicazione dei presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione oltre all'indicazione dei termini e dell'autorità cui sarà possibile ricorrere per ottenere l'annullamento del provvedimento.

Circa l'importante punto riguardante la verifica dei requisiti di cui agli artt. 5 cod. app., e 4 e 16 del T.U. Partecipate, le Linee guida stabiliscono che ANAC ai fini dell'iscrizione nell'elenco speciale svolgerà una serie di pregnanti controlli sia in sede di iscrizione che di mantenimento e per fare ciò ha posto alcune importanti condizioni e precisazioni. L'estrinsecazione degli elementi necessari per l'iscrizione ed il mantenimento, stabiliti dalla stessa Autorità è molto importante perché permette di ricostruire mediante procedimento logico inverso quali sono gli assetti cui deve conformarsi l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore. Appare immediatamente percepibile che la disamina del contenuto delle verifiche è estremamente utile anche al fine di redigere una parte della relazione richiesta dal comma 2, dell'art. 192 cod. app. (in tal senso, una parte della relazione dovrà essere appositamente dedicata alla verifica della sussistenza dei requisiti richiesti da art. 5 cod. app. pubb.).

Ciò posto, ANAC, per mezzo degli uffici preposti, esamina la presenza nell'atto costitutivo e nello statuto dell'organismo *in house*, di un oggetto sociale esclusivo ossia dello svolgimento di una o più delle attività di cui all'art. 4 comma 2 lettere a), b), d), e) del Testo Unico Partecipate; l'esercizio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore del controllo analogo tramite la verifica della sussistenza di poteri di controllo, ingerenza, condizionamento superiori a quelli civilistici previsti in specifiche disposizioni dell'atto costitutivo, dello statuto o in appositi patti

parasociali ed eventualmente nel contratto di servizio; Il controllo analogo deve avere ad oggetto sia gli organi che gli atti e deve riguardare gli aspetti economici, patrimoniali, finanziari, di qualità dei servizi e della gestione.

ANAC individua tre diversi momenti in cui si deve estrinsecare il controllo analogo:

Un controllo ex ante avente ad oggetto:

- la previsione nel documento di programmazione dell'amministrazione aggiudicatrice degli obiettivi da perseguire con l'*in house* anche mediante l'utilizzo di indicatori qualitativi e quantitativi.
- la preventiva approvazione degli atti fondamentali della gestione (bilancio, relazione programmatica, piano degli investimenti, piano di sviluppo, piano industriale, piano economico-finanziario, piano occupazionale, acquisti, alienazioni patrimoniali, impegni di spesa etc.).

Un controllo contestuale avente ad oggetto:

- la richiesta di relazioni periodiche sull'andamento della gestione.
- la verifica dello stato di attuazione degli obiettivi, con individuazione delle azioni correttive in caso di squilibrio finanziario.
- la possibilità di fornire indirizzi vincolanti sulle modalità di gestione economica e finanziaria dell'organismo *in house*.
- la previsione di controlli ispettivi.
- il potere di modifica degli schemi tipo degli eventuali contratti di servizio con l'utenza.

Un controllo ex post da esercitare in fase di approvazione del rendiconto dando atto dei risultati raggiunti con l'affidamento *in house* e circa il conseguimento degli obiettivi prefissati ed avente ad oggetto:

- l'assenza di partecipazione di capitali privati salvo quelli prescritti da norme di legge (ANAC parla della presenza dei privati come di un caso eccezionale). In tal caso ANAC verifica che la partecipazione non comporti poteri di controllo, veto, influenza determinante.
- la previsione che oltre 80% fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti affidati all'organismo *in house* dall'amministrazione aggiudicatrice/ente aggiudicatore. Inoltre, il restante 20% di fatturato ottenuto da svolgimento di compiti affidati da altri soggetti terzi deve essere giustificato ulteriormente per realizzare economie di scala e o altri recuperi di efficienza (in tal senso, appare evidente anche da tale previsione che sia ANAC che il Legislatore sono ben consapevoli che le società *in house* scontano un deficit di efficienza rispetto agli altri operatori economici).

2.3. I correttivi apposti dal Consiglio di Stato, Comm. Spec., parere del 1 febbraio 2017, n. 282, alla bozza di Linee Guida proposte da ANAC, poi recepiti nella pubblicazione ufficiale del 15 febbraio 2017.

Il Consiglio di Stato, mediante il parere n. 282/2017, chiarisce che l'art. 192, comma 1, del codice dei contratti ha investito l'ANAC del potere di dettare disposizioni vincolanti sulla tenuta dello speciale elenco, *nell'esercizio di un potere che si traduce in atti che non sono regolamenti in senso proprio* (art. 213, comma 2, del codice ⁽³⁸⁶⁾), ma atti di regolazione flessibile, di portata generale e con efficacia vincolante, come tali sottoposti alle garanzie procedurali e giustiziabili davanti agli organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'art. 120 del codice del processo amministrativo⁽³⁸⁷⁾. Il Consiglio di Stato ribadisce che le Linee guida si devono occupare dei soli requisiti "soggettivi" dell'*in house*, e non delle regole di trasparenza dei singoli affidamenti, quali l'onere per le stazioni appaltanti di motivare il mancato ricorso al mercato di cui all'art. 192, comma 2 (amplius ultra § 4) e l'obbligo di pubblicazione e aggiornamento di tutti gli atti connessi all'affidamento, ove non secretati (art. 192, comma 3).

Il parere cit., contiene un passaggio fondamentale su un tema di sicura rilevanza ermeneutica, ossia la natura giuridica dell'elenco speciale e gli effetti derivanti dall'iscrizione (e di conseguenza anche dalla eventuale cancellazione).

La Commissione speciale, in parte qua, richiamato il proprio precedente parere n. 855/2016, nel quale si era già affermato che *"muovendo dall'assunto della sufficienza, come fattore di legittimazione all'affidamento domestico, della mera presentazione della domanda, e non dell'effettiva iscrizione nell'elenco la pubblicità prevista dal codice ha certamente efficacia dichiarativa, non avendo il*

⁽³⁸⁶⁾ la norma cit., afferma, infatti, che *«l'ANAC, attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche. Trasmette alle Camere, immediatamente dopo la loro adozione, gli atti di regolazione e gli altri atti di cui al precedente periodo ritenuti maggiormente rilevanti in termini di impatto, per numero di operatori potenzialmente coinvolti, riconducibilità a fattispecie criminose, situazioni anomale o comunque sintomatiche di condotte illecite da parte delle stazioni appaltanti. Resta ferma l'impugnabilità delle decisioni e degli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa. L'ANAC, per l'emanazione delle linee guida, si dota, nei modi previsti dal proprio ordinamento, di forme e metodi di consultazione, di analisi e di verifica dell'impatto della regolazione, di consolidamento delle linee guida in testi unici integrati, organici e omogenei per materia, di adeguata pubblicità, anche sulla Gazzetta Ufficiale, in modo che siano rispettati la qualità della regolazione e il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalla legge n. 11 del 2016 e dal presente codice».*

⁽³⁸⁷⁾ Sulle linee guida vincolanti ANAC e atti assimilabili, cfr. parere Cons. Stato, Commissione speciale del 1° aprile 2016, n. 855, sullo schema di codice dei contratti pubblici, punto II. g).5).

legislatore inteso assoggettare l'esercizio della facoltà di avvalersi del modulo in house ad un accertamento costitutivo o a un'iscrizione con efficacia abilitante" ⁽³⁸⁸⁾, afferma che l'iscrizione nell'Elenco speciale non ha comunque portata meramente dichiarativa, volta esclusivamente a sollecitare un controllo esterno del "mercato", poiché l'iscrizione è disposta «anche al fine di garantire livelli di pubblicità e trasparenza nei contratti pubblici», così sottintendendo la sussistenza di altri e più pregnanti effetti giuridici del meccanismo pubblicitario e dei poteri ad esso connessi. In tal senso, la medesima norma stabilisce che la domanda di iscrizione «consente» agli enti pubblici di effettuare «sotto la propria responsabilità» affidamenti diretti e che, prima dell'iscrizione nell'elenco, deve essere «riscontrata [da parte dell'ANAC] l'esistenza dei requisiti» per procedere all'affidamento diretto. La Commissione "in presenza di tale dettato legislativo ritiene di accedere a un'interpretazione, coerente con il sistema normativo di riferimento, in cui la funzione di controllo assegnata all'ANAC sia pienamente compatibile con lo schema funzionale secondo cui l'autoproduzione mediante organismi domestici è subordinata soltanto al rispetto delle condizioni fissate direttamente dalla legge".

La domanda di iscrizione nell'elenco – doverosa e presidiata dalle sanzioni di cui all'art. 213 del codice – non costituisce, quindi, un atto di iniziativa procedimentale diretto ad assegnare all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore un "titolo" abilitativo necessario per procedere ad affidamenti diretti, ma piuttosto, da un lato consente di procedere all'affidamento senza gara, rendendo operativa in termini di attualità concreta, senza bisogno dell'intermediazione di un'attività provvedimentale preventiva, la legittimazione astratta riconosciuta dal legislatore ⁽³⁸⁹⁾,

⁽³⁸⁸⁾ Il Consiglio di Stato ritiene che l'art. 192 comma 1, non abbia ampliato il catalogo dei requisiti sostanziali che consentono all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore l'affidamento di compiti di autoproduzione a "proprie" strutture organizzative, senza procedure competitive, e in alternativa al ricorso al mercato secondo logiche di outsourcing. Tale conclusione "sarebbe suffragata da diversi argomenti: // - le condizioni di esclusione di un appalto pubblico (o di una concessione) dall'ambito di applicazione del codice e, quindi, gli elementi costitutivi della fattispecie dell'affidamento in house, sono dettate esclusivamente dall'art. 5 del codice - norma di portata generale e "auto-sufficiente" - che non contiene alcun riferimento all'elenco; // - in linea di continuità con detta normativa, anche l'art. 16 del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, fissa i requisiti sostanziali di tale modello alternativo all'esternalizzazione (controllo analogo, attività dedicata, partecipazione pubblica qualificata), senza contemplare il profilo pubblicitario; // - i criteri direttivi per il recepimento delle direttive comunitarie vietano l'introduzione, ovvero il mantenimento, di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive medesime, c.d. goldplating; // - rispetto alle finalità perseguite, da leggere nel quadro comunitario di riferimento, sarebbe priva di proporzionalità una regola che, pur in presenza dei requisiti sostanziali, subordinasse la praticabilità dell'affidamento all'iscrizione nell'elenco, paralizzando, nelle more della definizione della procedura pubblicitaria, l'esercizio di un potere discrezionale attribuito dalla legge".

⁽³⁸⁹⁾ La Commissione, in parte qua, esprime un interessante parallelo con la disciplina della SCIA e afferma che il meccanismo opera secondo uno schema concettuale che estende al potere amministrativo sottoposto a controllo pubblicitario il paradigma della segnalazione certificata delle attività private di cui all'art. 19 della legge 7 agosto 1990, n. 241.

mentre dall'altro lato innesca una fase di controllo dell'ANAC, tesa a verificare la sussistenza dei presupposti soggettivi ai quali la normativa – comunitaria e nazionale – subordina la sottrazione alle regole della competizione e del mercato. Tale controllo, quando si esercita con esito positivo, non si realizza mediante l'espressione di un “*consenso*”, incompatibile con l'assenza di un regime autorizzatorio, bensì si esaurisce nel mero “*riscontro*” della sussistenza dei requisiti di legge, con conseguente iscrizione che consolida una legittimazione già assicurata, nei termini descritti, dalla presentazione della domanda.

La verifica dell'ANAC si traduce in “provvedimento” solo se si conclude con un esito negativo (diniego di iscrizione nell'elenco o cancellazione dallo stesso). In tal caso, l'Autorità non adotta un provvedimento di rigetto di un'istanza, bensì un atto di accertamento negativo, assimilabile a un provvedimento di esercizio del potere inibitorio analogo a quello del citato art. 19 della legge n. 241 del 1990 ⁽³⁹⁰⁾. Tale determinazione rende le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori incapaci (*rebus sic stantibus*) di procedere (per il futuro) ad affidamenti diretti a quella specifica società. È evidente, infatti, che se la domanda di iscrizione consente all'ente controllato di avvalersi della facoltà legale di affidamento domestico, il rigetto della medesima o la cancellazione dell'iscrizione non può non riverberarsi, per coerenza nel sistema, nel venir meno, per il futuro, del presupposto legittimante. L'effetto pregiudizievole evidenziato da tale *deminutio* consente di qualificare tali atti alla stregua di provvedimenti amministrativi, esercizio di potere autoritativo, come tali impugnabili davanti agli organi della giustizia amministrativa.

⁽³⁹⁰⁾ Il parallelo con la disciplina della SCIA richiama alla mente alcune pregevoli argomentazioni contenute nella nota sentenza del Consiglio di Stato, Ad. Plen, 29 luglio 2011, n. 15, nella parte in cui afferma che «*ai fini dello scrutinio delle tecniche di tutela praticabili dal terzo si deve allora approfondire la questione della natura giuridica del silenzio osservato dall'amministrazione nel termine perentorio previsto dalla legge per l'esercizio del potere inibitorio. // Riprendendo le considerazioni in precedenza svolte sul tema, detto silenzio si distingue dal silenzio rifiuto (o inadempimento) in quanto, mentre quest'ultimo non conclude il procedimento amministrativo ed integra una mera inerzia improduttiva di effetti costitutivi, il decorso del termine in esame pone fine al procedimento amministrativo diretto all'eventuale adozione dell'atto di divieto; pertanto, nella fattispecie in esame, il silenzio produce l'effetto giuridico di precludere all'amministrazione l'esercizio del potere inibitorio a seguito dell'infruttuoso decorso del termine perentorio all'uopo sancito dalla legge. In definitiva, a differenza del silenzio rifiuto che costituisce un mero comportamento omissivo, ossia un silenzio non significativo e privo di valore provvedimentoale, il silenzio di che trattasi, producendo l'esito negativo della procedura finalizzata all'adozione del provvedimento restrittivo, integra l'esercizio del potere amministrativo attraverso l'adozione di un provvedimento tacito negativo equiparato dalla legge ad un, sia pure non necessario, atto espresso di diniego dell'adozione del provvedimento inibitorio*». La costruzione pretoria del provvedimento tacito negativo, in tema di SCIA, volta ad ampliare la tutela del terzo era poi stata superata dall'articolo 6, comma 1, lettera c), del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, che ha introdotto il comma 6-ter all'art. 19 della l. n. 241/1990, che così recita: «*la segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili. Gli interessati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l'azione di cui all' art. 31, commi 1, 2 e 3 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104*».

In assenza di norma di legge abilitante, e in conformità ai principi comunitari di tutela del legittimo affidamento e di salvaguardia della *sécurité juridique*, si deve, invece, escludere che il diniego di iscrizione o la cancellazione possa produrre l'automatica caducazione degli affidamenti in essere e, a fortiori, dei contratti già stipulati.

Su queste basi, il Consiglio di Stato afferma quindi che le linee guida non possono integrare i presupposti legittimanti l'*in house providing*, come definiti dall'art. 12 della direttiva 24/2014/UE e recepiti nell'art. 5 del codice e dall'art. 16 del d.lgs. n. 175 del 2016, ma devono limitarsi a una loro prudente esemplificazione ⁽³⁹¹⁾.

La Commissione speciale, relativamente ai punti 2.1., 6.3. e 6.3.3. della bozza di Linee guida, afferma che tra i possibili indici della presenza del controllo analogo sarebbero inserite anche le prerogative speciali garantite all'ente affidante da non meglio precisati «strumenti di diritto pubblico» o dal «contratto di servizio» e che tali indicazioni non sono compatibili con gli strumenti giuridici utilizzabili per realizzare il controllo analogo, come definiti all'art. 16 del citato d.lgs. n. 175 del 2016, il quale sul presupposto che il soggetto *in house* non configuri un tipo societario aggiuntivo, ha ritenuto di introdurre le sole deroghe al diritto societario strettamente necessarie alla realizzazione dell'assetto di controllo analogo ⁽³⁹²⁾.

La Commissione speciale afferma quindi che in tale contesto normativo, gli «strumenti di diritto pubblico» e il «contratto di servizio» non rientrano tra le soluzioni giuridiche attraverso le quali è possibile introdurre nello schema societario il requisito del controllo analogo e le Linee guida non devono suggerire alle amministrazioni aggiudicatrici deroghe al diritto societario non consentite dall'ordinamento ⁽³⁹³⁾. Il tema più delicato contenuto nella bozza di Linee guida è certamente quello

⁽³⁹¹⁾ Il Consiglio di Stato, in parte qua suggerisce ad ANAC di “*rinvviare ai requisiti legali o, in alternativa, di chiarire che i parametri fissati, con particolare riferimento al cd. “controllo analogo”, sono esemplificativi e non fissano una griglia esaustiva, che si tradurrebbe in non consentiti precetti integrativi o modificativi delle elastiche regole fissate dalla legge. Va segnalato, a conferma di quanto prima rilevato, che l’art. 192, comma 1, secondo periodo, attribuisce all’ANAC il potere di fissare le “modalità” e i “criteri” di iscrizione, senza investirla del compito di dettare regole innovative sui requisiti sostanziali dell’istituto*”.

⁽³⁹²⁾ Ossia la facoltà di attribuzione ai soci di poteri ulteriori rispetto al criterio ordinario di distribuzione delle competenze tra assemblea e amministratori; la possibilità di durata dei patti parasociali superiore a quella massima quinquennale.

⁽³⁹³⁾ Secondo la Commissione speciale, inoltre, la proposizione normativa di cui al punto 6.3. non pare allineata a quella, più duttile ed essenziale, utilizzata dall'art. 5 del codice, secondo cui all'amministrazione affidante deve essere consentito di esercitare «un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata». Relativamente al punto 6.3.1., che individua tre diversi momenti del controllo analogo: *ex ante*, contestuale, *ex post*., la Commissione speciale afferma che l'eccesso di esemplificazione (peraltro, con l'utilizzo di espressioni non prive di indeterminatezza: «documento di programmazione dell'amministrazione aggiudicatrice»; «deliberazioni societarie di amministrazione straordinaria») può avere l'effetto indesiderato di irrigidire oltremodo i margini operativi delle stazioni appaltanti e che qualche riferimento, inoltre, appare ultroneo (il bilancio, secondo il regime del diritto societario, deve già essere approvato dall'assemblea dei soci). Andrebbe, da ultimo, precisato se le tre

relativo alle conseguenze della cancellazione dall'elenco speciale ⁽³⁹⁴⁾, in special modo relativamente a quelli già aggiudicati. La bozza, al punto 8.8., prevede che, dalla data di cancellazione dall'elenco, «i contratti già aggiudicati devono essere revocati e affidati con le procedure di evidenza pubblica previste dal Codice. La continuità del servizio può essere garantita disponendo che, nelle more dello svolgimento delle procedure di gara, l'esecuzione del contratto prosegua da parte dell'organismo controllato».

Il Consiglio di Stato, afferma che “tale disposizione non gode della necessaria copertura legislativa”. Scrive la Commissione speciale che “il legislatore non assegna all'ANAC un potere diretto di annullamento straordinario dell'affidamento disposto senza gara o di revoca dei contratti già stipulati, ma il diverso potere di raccomandazione ⁽³⁹⁵⁾, finalizzato alla rimozione dell'atto illegittimo da parte della pubblica amministrazione che lo abbia adottato” ⁽³⁹⁶⁾. Il Consiglio di Stato, quindi, afferma che è necessario “eliminare il secondo periodo del punto 8.8 e i precetti che trovano fondamento sull'atecnica e irrituale fattispecie di revoca del contratto ivi prevista, introducendo una norma che richiami il potere dell'ANAC di verificare la sussistenza dei presupposti per l'adozione di una raccomandazione vincolante, ex articolo 211, comma 2, finalizzata all'eliminazione dell'affidamento *contra legem*” e che la “sorte” del contratto resta disciplinata dalle apposite norme

anzidette modalità “temporali” del controllo analogo siano alternative o (come pare preferibile, alla stregua delle indicazioni ermeneutiche ricavabili dalla giurisprudenza) cumulative.

⁽³⁹⁴⁾ Il tema dei poteri di indagine e di verifica di ANAC e la conseguente possibilità di disporre la cancellazione dall'elenco speciale riguarda anche i criteri individuati dall'art. 4 del d.lgs. n. 175 del 2016. Ai sensi di tale norma, le società in house hanno, come oggetto sociale esclusivo, una o più delle seguenti attività: produzione di un servizio di interesse generale; progettazione e realizzazione di un'opera pubblica; autoproduzione di beni o servizi strumentali; servizi di committenza. La Commissione speciale afferma che sarebbe utile che le linee guida esplicitassero meglio i termini di tale tipologia di controllo, integrando ad esempio il punto 2.1.lettera d.7 («Settori di attività»).

⁽³⁹⁵⁾ Sulla natura giuridica dell'istituto della raccomandazione, il rinvio è al parere reso dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato, 28 dicembre 2016, n. 2777, sullo schema di regolamento di attuazione predisposto dall'ANAC.

⁽³⁹⁶⁾ Il riferimento normativo è all'art. 211, comma 2, del codice dei contratti pubblici nella parte in cui afferma che: «qualora l'ANAC, nell'esercizio delle proprie funzioni, ritenga sussistente un vizio di legittimità in uno degli atti della procedura di gara invita mediante atto di raccomandazione la stazione appaltante ad agire in autotutela e a rimuovere altresì gli eventuali effetti degli atti illegittimi, entro un termine non superiore a sessanta giorni. Il mancato adeguamento della stazione appaltante alla raccomandazione vincolante dell'Autorità entro il termine fissato è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria entro il limite minimo di euro 250 e il limite massimo di euro 25.000, posta a carico del dirigente responsabile. La sanzione incide altresì sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti, di cui all'articolo 36 del presente codice. La raccomandazione è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo».

in tema di risoluzione (art. 108 del codice dei contratti ⁽³⁹⁷⁾), recesso (art. 109 del codice dei contratti³⁹⁸) e inefficacia (art. 121 c.p.a. ³⁹⁹).

⁽³⁹⁷⁾ La norma così recita: «fatto salvo quanto previsto ai commi 1, 2 e 4, dell'articolo 107, le stazioni appaltanti possono risolvere un contratto pubblico durante il periodo di sua efficacia, se una o più delle seguenti condizioni sono soddisfatte: // a) il contratto ha subito una modifica sostanziale che avrebbe richiesto una nuova procedura di appalto ai sensi dell'articolo 106; // b) con riferimento alle modificazioni di cui all'articolo 106, comma 1, lettere b) e c) sono state superate le soglie di cui al comma 7 del predetto articolo; con riferimento alle modificazioni di cui all'articolo 106, comma 1, lettera e) del predetto articolo, sono state superate eventuali soglie stabilite dalle amministrazioni aggiudicatrici o dagli enti aggiudicatori; con riferimento alle modificazioni di cui all'articolo 106, comma 2, sono state superate le soglie di cui al medesimo comma 2, lettere a) e b); // c) l'aggiudicatario si è trovato, al momento dell'aggiudicazione dell'appalto in una delle situazioni di cui all'articolo 80, comma 1, sia per quanto riguarda i settori ordinari sia per quanto riguarda le concessioni e avrebbe dovuto pertanto essere escluso dalla procedura di appalto o di aggiudicazione della concessione, ovvero ancora per quanto riguarda i settori speciali avrebbe dovuto essere escluso a norma dell'articolo 136, comma 1; // d) l'appalto non avrebbe dovuto essere aggiudicato in considerazione di una grave violazione degli obblighi derivanti dai trattati, come riconosciuto dalla Corte di giustizia dell'Unione europea in un procedimento ai sensi dell'articolo 258 TFUE, o di una sentenza passata in giudicato per violazione del presente codice. // Le stazioni appaltanti devono risolvere un contratto pubblico durante il periodo di efficacia dello stesso qualora: // a) nei confronti dell'appaltatore sia intervenuta la decadenza dell'attestazione di qualificazione per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci; // b) nei confronti dell'appaltatore sia intervenuto un provvedimento definitivo che dispone l'applicazione di una o più misure di prevenzione di cui al codice delle leggi antimafia e delle relative misure di prevenzione, ovvero sia intervenuta sentenza di condanna passata in giudicato per i reati di cui all'articolo 80. // Quando il direttore dei lavori o il responsabile dell'esecuzione del contratto, se nominato, accerta un grave inadempimento alle obbligazioni contrattuali da parte dell'appaltatore, tale da comprometterne la buona riuscita delle prestazioni, invia al responsabile del procedimento una relazione particolareggiata, corredata dei documenti necessari, indicando la stima dei lavori eseguiti regolarmente, il cui importo può essere riconosciuto all'appaltatore. Egli formula, altresì, la contestazione degli addebiti all'appaltatore, assegnando un termine non inferiore a quindici giorni per la presentazione delle proprie controdeduzioni al responsabile del procedimento. Acquisite e valutate negativamente le predette controdeduzioni, ovvero scaduto il termine senza che l'appaltatore abbia risposto, la stazione appaltante su proposta del responsabile del procedimento dichiara risolto il contratto. // Qualora, al di fuori di quanto previsto al comma 3, l'esecuzione delle prestazioni ritardi per negligenza dell'appaltatore rispetto alle previsioni del contratto, il direttore dei lavori o il responsabile unico dell'esecuzione del contratto, se nominato gli assegna un termine, che, salvo i casi d'urgenza, non può essere inferiore a dieci giorni, entro i quali l'appaltatore deve eseguire le prestazioni. Scaduto il termine assegnato, e redatto processo verbale in contraddittorio con l'appaltatore, qualora l'inadempimento permanga, la stazione appaltante risolve il contratto, fermo restando il pagamento delle penali. // Nel caso di risoluzione del contratto l'appaltatore ha diritto soltanto al pagamento delle prestazioni relative ai lavori, servizi o forniture regolarmente eseguiti, decurtato degli oneri aggiuntivi derivanti dallo scioglimento del contratto. // Il responsabile unico del procedimento nel comunicare all'appaltatore la determinazione di risoluzione del contratto, dispone, con preavviso di venti giorni, che il direttore dei lavori curi la redazione dello stato di consistenza dei lavori già eseguiti, l'inventario di materiali, macchine e mezzi d'opera e la relativa presa in consegna. // Qualora sia stato nominato, l'organo di collaudo procede a redigere, acquisito lo stato di consistenza, un verbale di accertamento tecnico e contabile con le modalità di cui al presente codice. Con il verbale è accertata la corrispondenza tra quanto eseguito fino alla risoluzione del contratto e ammesso in contabilità e quanto previsto nel progetto approvato nonché nelle eventuali perizie di variante; è altresì accertata la presenza di eventuali opere, riportate nello stato di consistenza, ma non previste nel progetto approvato nonché nelle eventuali perizie di variante. // Nei casi di cui ai commi 2 e 3, in sede di liquidazione finale dei lavori, servizi o forniture riferita all'appalto risolto, l'onere da porre a carico dell'appaltatore è determinato anche in relazione alla maggiore spesa sostenuta per affidare ad altra impresa i lavori ove la stazione appaltante non si sia avvalsa della facoltà prevista dall'articolo 110, comma 1. // Nei casi di risoluzione del contratto di appalto dichiarata dalla stazione appaltante l'appaltatore deve provvedere al ripiegamento dei cantieri già allestiti e allo sgombero delle aree di lavoro e relative pertinenze nel termine a tale fine assegnato dalla stessa stazione appaltante; in caso di mancato rispetto del termine assegnato, la stazione appaltante provvede d'ufficio addebitando all'appaltatore i relativi oneri e spese. La stazione appaltante, in alternativa all'esecuzione di eventuali provvedimenti giurisdizionali cautelari, possessori o d'urgenza comunque denominati che inibiscono o ritardano il ripiegamento dei cantieri o lo sgombero delle aree di lavoro e relative pertinenze, può depositare cauzione in conto vincolato a favore dell'appaltatore o prestare fidejussione

bancaria o polizza assicurativa con le modalita' di cui all'articolo 93, pari all'uno per cento del valore del contratto. Resta fermo il diritto dell'appaltatore di agire per il risarcimento dei danni».

⁽³⁹⁸⁾ La norma così recita: «fermo restando quanto previsto dagli articoli 88, comma 4-ter e 92, comma 4, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, la stazione appaltante puo' recedere dal contratto in qualunque tempo previo il pagamento dei lavori eseguiti o delle prestazioni relative ai servizi e alle forniture eseguiti nonche' del valore dei materiali utili esistenti in cantiere nel caso di lavoro o in magazzino nel caso di servizi o forniture, oltre al decimo dell'importo delle opere, dei servizi o delle forniture non eseguite. // Il decimo dell'importo delle opere non eseguite e' calcolato sulla differenza tra l'importo dei quattro quinti del prezzo posto a base di gara, depurato del ribasso d'asta e l'ammontare netto dei lavori, servizi o forniture eseguiti. // L'esercizio del diritto di recesso e' preceduto da una formale comunicazione all'appaltatore da darsi con un preavviso non inferiore a venti giorni, decorsi i quali la stazione appaltante prende in consegna i lavori, servizi o forniture ed effettua il collaudo definitivo e verifica la regolarita' dei servizi e delle forniture. // I materiali, il cui valore e' riconosciuto dalla stazione appaltante a norma del comma 1, sono soltanto quelli gia' accettati dal direttore dei lavori o del direttore dell'esecuzione del contratto, se nominato, o del RUP in sua assenza, prima della comunicazione del preavviso di cui al comma 3. // La stazione appaltante puo' trattenere le opere provvisoriale e gli impianti che non siano in tutto o in parte asportabili ove li ritenga ancora utilizzabili. In tal caso essa corrisponde all'appaltatore, per il valore delle opere e degli impianti non ammortizzati nel corso dei lavori eseguiti, un compenso da determinare nella minor somma fra il costo di costruzione e il valore delle opere e degli impianti al momento dello scioglimento del contratto. // L'appaltatore deve rimuovere dai magazzini e dai cantieri i materiali non accettati dal direttore dei lavori e deve mettere i magazzini e i cantieri a disposizione della stazione appaltante nel termine stabilito; in caso contrario lo sgombero e' effettuato d'ufficio e a sue spese».

⁽³⁹⁹⁾ La norma così recita: «il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto nei seguenti casi, precisando in funzione delle deduzioni delle parti e della valutazione della gravita' della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto, se la declaratoria di inefficacia e' limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo o opera in via retroattiva: a) se l'aggiudicazione definitiva e' avvenuta senza previa pubblicazione del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, quando tale pubblicazione e' prescritta dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163; // b) se l'aggiudicazione definitiva e' avvenuta con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti e questo abbia determinato l'omissione della pubblicita' del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, quando tale pubblicazione e' prescritta dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163; // c) se il contratto e' stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito dall'articolo 11, comma 10, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, qualora tale violazione abbia privato il ricorrente della possibilita' di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e sempre che tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilita' del ricorrente di ottenere l'affidamento; // d) se il contratto e' stato stipulato senza rispettare la sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva, ai sensi dell'articolo 11, comma 10-ter, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, qualora tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilita' del ricorrente di ottenere l'affidamento. // Il contratto resta efficace, anche in presenza delle violazioni di cui al comma 1 qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti. Tra le esigenze imperative rientrano, fra l'altro, quelle imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo, tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutore attuale. Gli interessi economici possono essere presi in considerazione come esigenze imperative solo in circostanze eccezionali in cui l'inefficacia del contratto conduce a conseguenze sproporzionate, avuto anche riguardo all'eventuale mancata proposizione della domanda di subentro nel contratto nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporta l'obbligo di rinnovare la gara. Non costituiscono esigenze imperative gli interessi economici legati direttamente al contratto, che comprendono fra l'altro i costi derivanti dal ritardo nell'esecuzione del contratto stesso, dalla necessita' di indire una nuova procedura di aggiudicazione, dal cambio dell'operatore economico e dagli obblighi di legge risultanti dalla dichiarazione di inefficacia. // A cura della segreteria, le sentenze che provvedono in applicazione del comma 2 sono trasmesse alla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per le politiche comunitarie. // Nei casi in cui, nonostante le violazioni, il contratto sia considerato efficace o l'inefficacia sia temporalmente limitata si applicano le sanzioni alternative di cui all'articolo 123. // La inefficacia del contratto prevista dal comma 1, lettere a) e b), non trova applicazione quando la stazione appaltante abbia posto in essere la seguente procedura: // a) abbia con atto motivato anteriore all'avvio della procedura di affidamento dichiarato di ritenere che la procedura senza previa pubblicazione del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea ovvero nella

Inoltre, la Commissione speciale sottolinea che la previsione della revoca del contratto è anche “eccentrica” rispetto all’art. 16 del citato d.lgs. n. 175 del 2016 sulle società pubbliche, il quale, in caso di mancato rispetto del requisito dell’attività prevalente (produzione “internalizzata” inferiore ad oltre l’80 per cento del fatturato), non prevede lo scioglimento automatico del contratto, bensì attribuisce all’affidatario (e, indirettamente, all’ente controllante) la possibilità di scegliere se rientrare nei limiti della soglia, ovvero recedere unilateralmente da tutti i rapporti in affidamento diretto.

Il Consiglio di Stato ha quindi rassegnato parere favorevole alla bozza, seppur “nei termini esposti” nel parere, ed il 15 febbraio 2017, l’ANAC ha pubblicato le nuove Linee Guida n. 7 di attuazione dell’art. 192 cod. app. Da un raffronto tra la bozza e la versione definitiva si evince che l’Autorità ha recepito, seppur non del tutto integralmente, le indicazioni del Consiglio di Stato.

Il tema degli effetti del provvedimento di accertamento negativo è stato modificato in maniera incisiva a seguito del Parere del Consiglio di Stato ed oggi il par. 5.7. così recita: *«il provvedimento di accertamento negativo comporta l'impossibilità di operare mediante affidamenti diretti nei confronti dello specifico organismo in house oggetto di verifica. Per i contratti già aggiudicati mediante il modulo dell'in house providing l'Autorità può esercitare il potere di raccomandazione vincolante di cui all'art. 211, comma 2, del d.lgs. 50/2016. Il provvedimento di accertamento negativo non preclude la possibilità di presentare una nuova domanda di iscrizione al ricorrere dei requisiti previsti dalla legge, ovvero, una volta venuti meno gli elementi alla base del provvedimento medesimo»*⁽⁴⁰⁰⁾.

E’ in ogni caso evidente che permangono comunque problemi poiché le Linee Guida a rigore non dovrebbero avere contenuti sanzionatori non previsti dalle norme e soprattutto poiché l’iscrizione nell’elenco, al di là del richiamo all’art. 19 della l. n. 241/1990 in tema di SCIA, ha comunque efficacia dichiarativa. Tale aspetto si pone quindi in contraddizione con quanto previsto nel sopra citato par.

Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana sia consentita dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163; // b) abbia pubblicato, rispettivamente per i contratti di rilevanza comunitaria e per quelli sotto soglia, nella Gazzetta Ufficiale dell’Unione europea ovvero nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana un avviso volontario per la trasparenza preventiva ai sensi dell’articolo 79-bis del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, in cui manifesta l’intenzione di concludere il contratto; // c) il contratto non sia stato concluso prima dello scadere di un termine di almeno dieci giorni decorrenti dal giorno successivo alla data di pubblicazione dell’avviso di cui alla lettera b)».

⁽⁴⁰⁰⁾ Come anticipato al par. 2 sopra, nella versione ante intervento del Consiglio di Stato si affermava che i contratti già aggiudicati avrebbero dovuto essere revocati ed affidati nuovamente mediante le procedure di evidenza pubblica previste dal Codice degli appalti. In tal caso, la continuità del servizio, nelle more dello svolgimento delle procedure di gara, sarebbe stata garantita da parte dell’organismo controllato.

5.7. La versione definitiva delle Linee Guida recepisce le indicazioni del Consiglio di Stato relative ai possibili indici della presenza del controllo analogo di cui ai punti 2.1., 6.3. e 6.3.3. della bozza, per i quali la Commissione speciale aveva chiesto la rimozione dei “non meglio precisati «strumenti di diritto pubblico» e del richiamo al «contratto di servizio» poiché non compatibili con gli strumenti giuridici utilizzabili per realizzare il controllo analogo, come definiti all’art. 16 del d.lgs. n. 175 del 2016. Occorre affermare, in generale, che il Consiglio di Stato si era comunque espresso nel senso di evitare di introdurre elementi diversi o ulteriori ovvero integrativi della normativa europea e che gli elenchi esemplificativi di cui al par. 6.3.2., seppur utili per le amministrazioni aggiudicatrici sul piano pratico, non sembrano pienamente in linea con il dettato normativo e con quanto affermato dalla Commissione speciale.

Per quanto riguarda, infine, gli effetti derivanti dalla cancellazione dall’Elenco speciale, la versione finale delle Linee Guida sembra coerente con quanto richiesto dal Consiglio di Stato. Infatti, al punto 8.8. è ora stabilito che *«dalla data di cancellazione dall’Elenco, l’amministrazione aggiudicatrice o l’ente aggiudicatore non può effettuare nuovi affidamenti diretti in favore dello specifico organismo in house oggetto di accertamento. Per i contratti già aggiudicati mediante il modulo dell’in house providing l’Autorità può esercitare il potere di raccomandazione vincolante di cui all’art. 211, comma 2, del d.lgs. 50/2016».*

2.4. I nuovi adempimenti richiesti alle stazioni appaltanti dal comma 2 dell’art. 192 per gli affidamenti diretti di contratti aventi ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza.

Il comma 2 dell’art. 192 del d.lgs. n. 50/2016 afferma che *«ai fini dell'affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche».*

La norma, come anticipato, è stata introdotta dal legislatore nazionale con la legge delega n. 11/2016, all'art. 1 lett. eee), al fine di prevedere che per gli affidamenti in house sia compiuta una valutazione sulla congruità economica delle offerte, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione; non è attuazione delle direttive comunitarie 2014/23-24-25/UE, ma espressione di esigenze pro-concorrenziali e di public enforcement nel quadro del percorso intrapreso dal legislatore nazionale circa la razionalizzazione delle partecipazioni pubbliche, la riduzione dell'intervento dello Stato e delle autonomie territoriali nell'economia (cfr. anche art. 4 D.lgs. 175/2016), e la riduzione della spesa pubblica.

La norma, di non agevole interpretazione, prescrive all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore un onere motivazionale particolarmente intenso e rafforzato (rispetto a quello ordinario richiesto per ogni provvedimento amministrativo dall'art. 3 della l. 7 agosto 1990, n. 241), per l'affidamento ai propri soggetti *in house* di tutti quei contratti che hanno ad oggetto "servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza". Con la locuzione da ultimo cit., il legislatore ha inteso includere sostanzialmente tutti i tipi di servizi economici atteso che è sufficiente si tratti di un servizio passibile di valutazione economica la cui modalità di erogazione non sia talmente onerosa e antieconomica da non trovare pressoché alcun operatore sul mercato disposto a svolgere la prestazione oppure che il servizio non sia presente sul mercato perché già oggetto di una privata. Peraltro se l'organismo in house propone un'offerta economica per svolgere quel dato servizio significa che già svolge o è in grado di svolgere quel servizio perché annoverato tra le attività statutarie. Se così fosse, però, ci si troverebbe di fronte ad una inutile duplicazione motivazionale poiché nei fatti la scelta sull'autoproduzione e quindi sul mancato ricorso al mercato sarebbe già stata effettuata a monte dall'amministrazione aggiudicatrice all'atto della costituzione o della partecipazione al soggetto in house e si tratterebbe di ribadire nuovamente la scelta effettuata.

Si deve perciò ritenere che la norma si applichi solo a quei contratti che riguardano l'affidamento di "nuovi servizi" diversi da quelli già affidati all'organismo in house e non annoverati in precedenza tra quelli che l'amministrazione aggiudicatrice autoproduce per il tramite del rapporto di delegazione interorganica intercorrente con il soggetto in house; tuttavia, si deve trattare però di servizi che restano inclusi tra quelli per i quali sia stato costituito o partecipato l'organismo in house ossia tra quelli inclusi nell'oggetto statutario dello stesso.

Un altro aspetto di non agevole interpretazione riguarda la natura e tipologia dei servizi cui la norma si riferisce. Nella prima parte della stessa, infatti, si utilizza una terminologia che sembrerebbe

richiamare contratti riguardanti servizi di tipo strumentale mentre nella seconda parte si utilizzano locuzioni che richiamano affidamenti di servizi pubblici atteso che si parla di “*benefici per la collettività*” e si fa riferimento “*agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio*” tipici dei principi giuridici in materia di servizi pubblici. Se è così, la relazione o valutazione richiesta dalla norma non si può certamente fermare alla sola “*congruità dell’offerta economica*”, atteso che al fine di valutare l’an di assunzione di un servizio pubblico e le modalità di gestione e di affidamento dello stesso occorre effettuare una valutazione globale di ogni aspetto di socialità, doverosità, parità di trattamento, universalità, abbordabilità ed anche giustappunto di economicità, mentre per quanto riguarda l’affidamento di servizi strumentali, la valutazione economica assume certamente un ruolo primario ancorché non unico atteso che il medesimo d.lgs. n. 50/2016, prescrive il principio dell’offerta economicamente più vantaggiosa (e non quello del massimo ribasso) come criterio cardine di ogni valutazione. Come noto, il criterio dell’offerta più vantaggiosa comprende valutazioni comparative di tipo tecnico e non solo economico. Pertanto, si ritiene che la valutazione o relazione di congruità dovrà essere svolta, in entrambe le ipotesi (affidamenti di servizi strumentali o di servizi pubblici), in modo tale da non dare conto solamente delle ragioni di economicità sottese alla scelta che si andrà a giustificare. Sarebbe comunque stato opportuno che il legislatore avesse meglio chiarito la natura e la portata della norma nonché la sua applicabilità, mentre spetterà invece alla prassi chiarire meglio tali aspetti.

La relazione o valutazione di congruità oltre che omnicomprensiva secondo le coordinate tracciate sopra, dovrà rappresentare anche una relazione di *benchmarking* e dovrà necessariamente tenere a riferimento l’oggetto ed il valore della prestazione e relazionare l’offerta economica proposta dall’organismo *in house* con le altre offerte presenti sul mercato. Prima di passare ad ipotizzare come potrà essere redatta e cosa potrà contenere tale relazione occorre svolgere alcune considerazioni. Si è detto che la valutazione dovrà essere omnicomprensiva per rispondere appieno ai requisiti prospettati dalla norma. Ciò è necessario anche per un altro ordine di ragioni: è evidente che se si effettuasse il semplice raffronto tra l’offerta economica proposta dal proprio organismo *in house* con le offerte economiche presenti sul mercato si rischierebbe di precludere o limitare molti affidamenti legittimi poiché un organismo *in house*, che deve svolgere oltre l’80% del proprio volume di affari con l’ente o gli enti affidanti e che svolge la propria attività sostanzialmente su un territorio limitato, non raggiunge per definizione la competitività che può raggiungere un soggetto che agisce liberamente sul mercato, il quale può svolgere la propria attività per chiunque e su di un territorio illimitato,

godendo di rilevanti economie di scala, in modo da abbattere notevolmente il costo unitario della singola prestazione. Ciò è talmente vero che ne è consapevole persino lo stesso legislatore, il quale all'art. 16 comma 3 del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, si premura di affermare che *«gli statuti delle società di cui al presente articolo devono prevedere che oltre l'ottanta per cento del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci e che la produzione ulteriore rispetto al suddetto limite di fatturato sia consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società»* [sottolineatura aggiunta]. E' il legislatore stesso che permette agli organismi in house di svolgere la propria attività sul mercato per un 20% del proprio volume di affari al fine di conseguire economie ed efficientamento. E' evidente che lo stesso legislatore è consapevole che i soggetti in house non possono essere (per definizione e per struttura) competitivi come i soggetti che svolgono la propria attività liberamente sul mercato ed infatti ricercano ulteriore efficientamento e maggiori economie svolgendo una parte di attività sul mercato.

Chiarito ciò, emerge come da un lato la valutazione o relazione di congruità dovrà essere svolta includendo tutte le voci necessarie e sopra richiamate nell'operazione di benchmarking e dall'altro lato, che la valutazione delle offerte dovrà sempre avvenire secondo il metodo dell'offerta più vantaggiosa e non secondo il metodo del massimo ribasso ovvero privilegiando esclusivamente l'economicità di svolgimento del servizio. Solo tale metodo permetterà di svolgere una corretta relazione di benchmarking garantendo al contempo l'affidamento diretto e l'autoproduzione tutte le volte che alla luce di tutti i parametri richiamati apparirà effettivamente più vantaggiosa.

Come anticipato, si tratta di un onere di motivazione aggravato o rafforzato rispetto a quello ordinario ex art. 3 L. 7 agosto 1990, n. 241 [che chiede esplicitazione dei presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche che determinano decisione della pa in relazione alle risultanze dell'istruttoria, spesso richiamate per relationem], che consente un penetrante controllo della scelta effettuata dall'amministrazione sul piano dell'efficienza amministrativa e del razionale impiego delle risorse pubbliche (Cons. Stato parere n. 855/2016 cit.). Si pensi che tale penetrante controllo è reso ancora più intenso dalla dilatazione del concetto di interesse ad agire in tema di contestazione della scelta della forma di gestione, che la giurisprudenza amministrativa riconosce in capo a qualunque imprenditore del settore potenziale concorrente (Cons. Stato, Sez. III, 26 maggio 2016, n. 2228).

Secondo la giurisprudenza amministrativa nazionale, la disciplina comunitaria *de minimis* pone sullo stesso piano i teorici modelli gestionali (individuati dapprima dalla giurisprudenza comunitaria e

poi recepiti nelle Direttive 2014/23-24-25/UE), i quali offrono identiche garanzie. I servizi quindi possono essere gestiti indifferentemente mediante ricorso al mercato, al partenariato pubblico privato con società mista e gara a doppio oggetto oppure con il ricorso all'autoproduzione con affidamento diretto. La giurisprudenza nazionale afferma che l'affidamento in house rappresenta una scelta discrezionale dell'ente all'interno delle possibilità previste dall'ordinamento, tuttavia, tale scelta discrezionale, deve essere adeguatamente motivata con motivazione non meramente enunciativa, al fine di rendere percepibili esternamente le motivazioni concrete in ordine alla scelta sulla modalità di gestione (Cons. Stato, Sez. V, 10 settembre 2014, n. 4599).

Il nostro ordinamento nazionale, peraltro, non è nuovo a tali previsioni e la richiesta di estrinsecare le ragioni giustificative della scelta discrezionale in ordine all'opzione sul modello di gestione di un servizio si ritrova in varie norme succedutesi nel tempo.

2.5. Il raffronto tra la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house richiesta alla Stazione appaltante dal comma 2 dell'art. 192 ed i precedenti casi in cui il legislatore ha previsto la redazione di apposite relazioni giustificative.

Una delle prime fonti normative a richiedere la redazione di relazioni valutative sulla congruità tecnico-economica delle modalità di gestione e di affidamento dei servizi al fine di non scadere in argomentazioni motivazionali meramente enunciative risale all'art. 10 del T.U. sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle province, l. 15 ottobre 1925, n. 2578, recante norma sul procedimento per l'attuazione diretta di un pubblico servizio e per la costituzione di aziende speciali. La norma afferma che *«l'assunzione diretta deve essere deliberata da Comuni e Province e la delibera deve indicare mediante un “progetto di massima tecnico-finanziario”, i mezzi con i quali si intende fare fronte alle spese per la gestione che si vuole assumere e per gli impianti»*.

La giurisprudenza amministrativa afferma che occorre redigere una relazione che confronti i risultati economici prevedibilmente derivanti dalle varie possibili forme di gestione tenendosi conto della qualità del servizio erogato e del diverso grado di efficienza nello svolgimento attraverso l'uno e l'altro strumento, mediante un calcolo dettagliato dei costi e benefici di ciascuno di essi (Cons. Stato, 12 marzo 1990, n. 374).

Un'altra fonte normativa a forte vocazione pro-concorrenziale che prevedeva la redazione di una articolata relazione accompagnata da una analisi di mercato discende dal più recente art. 23-bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112. La norma, poi travolta dai Referendum del 2011, legittimava il ricorso ad affidamenti diretti solo nel caso di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento ed era richiesto che l'ente affidante desse adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad una analisi di mercato e ad una relazione di accompagnamento da trasmettere ad AGCM per l'espressione di un parere preventivo da rendere entro 60 giorni, cui si accompagnava il meccanismo del silenzio-assenso.

La norma abrogata era stata poi sostituita dall'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138. E' mediante tale norma che la sfiducia del legislatore per l'autoproduzione raggiunge il suo culmine. Infatti, l'art. 4 cit., limita l'attribuzione di diritti di esclusiva alla sola ipotesi in cui la libera iniziativa economica fallisca e non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della collettività. Oltre a ciò, si prevedeva un tetto massimo di importo pari ad Euro 200.000/anno per gli affidamenti *in house*. In tal caso, all'esito negativo della verifica sulla fattibilità dell'esternalizzazione, l'Ente affidante doveva adottare una delibera quadro per illustrare l'istruttoria compiuta evidenziando le ragioni della decisione ed i benefici per la comunità locale derivanti dal mantenimento del regime di esclusiva. Per enti con popolazione al di sotto dei 10.000 abitanti era previsto anche la redazione di un parere preventivo obbligatorio da parte di AGCM da adottare sulla delibera quadro.

Dopo l'intervento della Consulta sull'art. 4 cit., si è nuovamente adottato un atto normativo che prevede l'adozione di una apposita relazione ancorché la norma si limiti a chiedere di dar conto della sussistenza dei requisiti (minimi) richiesti dall'ordinamento europeo per la modalità di affidamento prescelta. Infatti, l'art. 34 comma 20 del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, afferma che per i servizi pubblici di rilevanza economica, l'affidamento dev'essere effettuato sulla base di una apposita relazione da pubblicarsi sul sito internet dell'Ente stesso, che dia conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta.

Mentre per i servizi a rete di rilevanza economica, l'art. 3-bis, comma 1-bis del d.l. n. 179/2012, prevede che la relazione ex comma 20 cit. sia rafforzata ed accompagnata da un piano economico finanziario asseverato: è prevista l'introduzione di un piano economico finanziario asseverato da un istituto di credito e contenente la proiezione dei costi e dei ricavi, degli investimenti e dei finanziamenti con specificazione, se *in house*, dell'assetto economico-patrimoniale della società, del capitale proprio investito e dell'ammontare dell'indebitamento da aggiornare ogni 3 anni. Gli enti

affidanti devono procedere ad accantonamenti a bilancio di una somma pari all'impegno finanziario complessivamente al capitale investito oltre alla redazione del bilancio consolidato.

2.6. I possibili contenuti della valutazione di congruità economica alla luce delle coordinate tracciate dal legislatore e dalla giurisprudenza.

Le ipotesi di modalità di redazione della relazione ex art. 192 comma 2 d.lgs. n. 50/2016, alla luce di quanto esposto *supra*, potranno essere le seguenti. Per i SIEG (art. 4 lett. a t.u. partecipate), la descrizione delle attuali forme di gestione (se sussistenti) con cui il servizio è attualmente espletato; la verifica circa le possibilità di liberalizzare l'intero servizio o singole fasi di esso anche alla luce delle esigenze della comunità e quindi alle caratteristiche sociali, demografiche, economiche, geomorfologiche del bacino di riferimento; la descrizione dell'articolazione operativa del servizio (eventuale distinzione in fasi); il valore economico stimato del servizio sia globale che distinto in fasi; se non è possibile stimare la redditività occorre svolgere raffronto con altre imprese e avviare procedura di consultazione; raffronto dei risultati economici prevedibilmente derivanti da varie possibili forme di gestione tenendo conto della qualità del servizio erogato, del diverso grado di efficienza dello svolgimento attraverso l'uno o l'altro strumento mediante un calcolo dettagliato costi/benefici di ciascuno di essi. Se dalla verifica non emerge la realizzabilità o la convenienza della gestione concorrenziale o di singole fasi del servizio l'ente potrà procedere all'affidamento diretto. Dopodiché, si potrà procedere all'individuazione del soggetto affidatario ed alla verifica della sussistenza dei requisiti richiesti da art. 5 cod. app. pubb.

Per le società strumentali (art. 4 lett. d) t.u. partecipate): la descrizione del servizio e sue particolarità [se standardizzato o se sussiste l'esigenza di personalizzazione] e la verifica della presenza e disponibilità di operatori economici sul mercato in regime di concorrenza in grado di offrire il servizio alle medesime condizioni richieste nonché la presenza del medesimo servizio tra le offerte dei soggetti aggregatori nazionali e regionali da cui occorre normalmente approvvigionarsi [occorre valutare se si tratta di servizio standardizzato tipo pacchetto completo e se ciò è sufficiente per le esigenze dell'ente o se vi è necessità di personalizzazione] anche con riferimento alle caratteristiche sociali, ambientali, geomorfologiche, economiche di riferimento; raffronto dei risultati economici prevedibilmente derivanti da varie possibili forme di gestione tenendo conto della qualità del servizio

erogato, del diverso grado di efficienza dello svolgimento attraverso l'uno o l'altro strumento mediante un calcolo dettagliato costi/benefici di ciascuno di essi. Se dalla verifica non emerge la realizzabilità [solo standardizzazione e no personalizzazione se non a prezzi molto elevati] o convenienza gestione concorrenziale [occorre frammentare servizi che per loro natura o per esigenze particolari debbono restare omogenei] o di singole fasi del servizio l'ente può procedere all'affidamento diretto. Quindi si passerà alla individuazione del soggetto affidatario previa valutazione della congruità dell'offerta del soggetto in house (in tal senso, il parametro di riferimento per la congruità non potrà essere il prezzo più basso ma il valore della prestazione qualificato secondo i criteri utilizzati per l'estrinsecazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa [globalmente intesa]); e verifica della sussistenza dei requisiti richiesti da art. 5 cod. app. pubb. per affidamenti diretti.

IV. Conclusioni.

Si è dimostrato che il settore dei servizi pubblici locali è un sistema giuridico/economico attraversato da tensioni apparentemente contrastanti: il mercato da una parte e la tutela dei diritti fondamentali dall'altra. L'equilibrio è difficoltoso poiché da un lato si è portati a ritenere che solo la concorrenza "nel mercato" potrebbe garantire efficienza ed economicità alle imprese che svolgono tali attività (addirittura, per alcuni, solo le imprese private potrebbero farlo), mentre dall'altro si è portati a ritenere che ciò causerebbe fenomeni distorsivi, poiché i meccanismi di regolazione non sarebbero in grado di contrastare dovutamente nel tempo le spinte del mercato verso assetti monopolistici od oligopolistici, con aumento dei costi a fronte di scarsi investimenti e ciò, a danno delle fasce più deboli della popolazione.

Il diritto europeo nel frattempo, anche per via delle pressioni derivanti dalle nuove istanze sociali starebbe lentamente abbandonando le teorie liberiste più spinte lasciando il passo ad una economia sociale di mercato che non vede aprioristicamente nell'impresa pubblica inefficienza, incapacità e violazione del "principio" di concorrenza. Anzi, in questo nuovo disegno la concorrenza sarebbe uno "strumento" piuttosto che "un fine", una "regola" piuttosto che "un principio".

In tal senso, con riferimento alle modalità organizzative e gestionali dei servizi pubblici, le Istituzioni europee esprimerebbero oggi una visione neutrale, potendo l'amministrazione pubblica scegliere se liberalizzare tout court un servizio o assumerlo come pubblico, ricorrendo poi in tal caso

all'affidamento mediante "gara" ovvero con ricorso alla "mista" o "all'autoproduzione" senza dover ricorrere a particolari oneri motivazionali o giustificativi. Un raffronto comparato con gli altri maggiori Paesi europei ci consegna, non senza sorpresa, inaspettati ritorni al passato relativamente a taluni mercati per i quali si era raggiunta nel passato la totale liberalizzazione (cfr. l'esperienza inglese supra relativamente ad acqua e trasporti pubblici locali), con istanze di "re-regulation" e dibattiti sul ripristino delle imprese pubbliche. Ciò poiché alla prematura liberalizzazione non era seguita un'adeguata regolazione del mercato di riferimento e le inefficienze e i difetti del pubblico si erano trasferiti al privato. Tali esperienze negative portano alcuni insegnamenti e regole d'oro da osservare per quei Paesi che intendono perseguire la liberalizzazione di taluni mercati dei servizi pubblici. Al fine di liberalizzare un mercato dei servizi occorre che quel mercato sia "maturo" ovvero che sia già dotato delle infrastrutture di rete e che abbia già raggiunto un buon sviluppo oltre che un buon assetto di regolazione. In tal senso, i mercati poco o per nulla sviluppati sono soggetti ad innumerevoli rischi ed abbisognano di regolatori forti, già dotati (o da dotare rapidamente) di elevati poteri da parte del legislatore. Per tali mercati, poi, occorrerebbe che i *players* fossero misti, ossia non tutti solo privati o solo pubblici e che la normativa fosse semplice, omogenea, equilibrata ed in grado di prevedere meccanismi di compensazione nonché obblighi di pubblico servizio.

Il nostro Paese rispetto a tali coordinate, come si è appurato *supra*, risulta disallineato su più punti e livelli, per varie ragioni non riconducibili solo al perseguimento di un regime economico di stampo liberista. Un elevato debito pubblico, norme disomogenee e poco chiare, nonché la presenza di una miriade di partecipate pubbliche spinge il legislatore a mantenere da un lato un assetto di "non neutralità" nei confronti delle modalità di organizzazione e gestione dei servizi e dall'altro ad imbastire continuamente pacchetti normativi volti a dismettere le partecipazioni locali, disincentivare il ricorso all'autoproduzione richiedendo alle amministrazioni locali sempre nuovi aggravati impegni giustificativi e motivazionali, piani di razionalizzazione e dismissione, i cui risultati, come emerge dalle tabelle inserite nel presente elaborato non sono sempre lusinghieri ed anzi alcune volte sortiscono effetti contrari a quelli sperati.

Le authorities sono chiamate a contribuire allo sforzo di sviluppo dei mercati locali dei servizi pubblici al fine di agevolare il cammino verso la maturità degli stessi poiché, come anticipato, senza il raggiungimento di mercati sviluppati e maturi non potranno ottenersi i benefici dello strumento concorrenziale. In tal senso, il legislatore dovrà essere estremamente capace nell'aumentare i poteri regolatori delle stesse senza alterare le garanzie, nella consapevolezza che le autorità indipendenti si

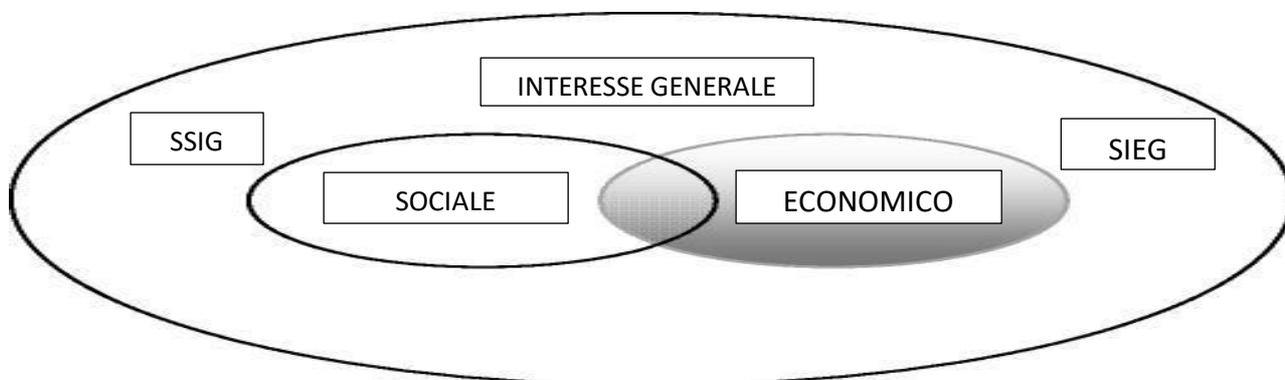
muovono lungo un sentiero che resta amministrativo e non giurisdizionale, con tutto ciò che ne consegue.

Da ultimo sembra che gli errori del passato stiano convincendo il legislatore ad utilizzare tecniche normative omogenee ed organiche e ad abbandonare la via delle imposizioni per quella delle incentivazioni anche per mezzo di aggregazioni al fine di cercare quelle economie di scala necessarie per competere con i *players* europei in un settore come quello dei servizi pubblici locali nazionali che prima o poi dovrà confrontarsi con il mercato unico europeo. In tal senso, la direzione è intrapresa anche se i rallentamenti dovuti alla crisi economica eccezionale che ha travolto il continente hanno rallentato il cammino.

L'Italia dovrà impegnarsi per farsi trovare preparata quando sarà il momento di competere con gli altri Paesi ad armi pari sull'intero mercato europeo.

V. RIEPILOGO TABELLE E GRAFICI

TAB. 1) Quadro sinottico SIG E SIEG



TAB. 2) Organismi partecipati distinti per stato e forma giuridica

Forma giuridica	Attivi	In liquidazione	Cessati	Totale	
				n.	%
Società per azioni	1.628	217	18	1.863	25,94
Società a responsabilità limitata	1.833	273	48	2.154	30,00
Società consortile	609	87	10	706	9,83
Società cooperativa	187	4	1	192	2,67
Consorzio	775	84	10	869	12,10
Fondazione	559	10	3	572	7,97
Istituzione	134	5	4	143	1,99
Azienda speciale	214	11	1	226	3,15
Altre forme*	425	26	5	456	6,35
TOTALE	6.364	717	100	7.181	100,00

TAB. 3) Organismi partecipati distinti per tipologia di partecipazione

Tipologia di partecipazione	Società	Altro*	Totale
Totalmente pubblica con unico partecipante/socio	998	528	1.526
Totalmente pubblica con più partecipanti/soci	698	418	1.116
Mista a prevalenza pubblica	1.727	932	2.659
A partecipazione paritaria 50% pubblica 50% privata	43	39	82
Mista a prevalenza privata	1.449	349	1.798

TOTALE	4.915	2.266	7.181
---------------	--------------	--------------	--------------

TAB. 4) Organismi partecipati distinti per modalità di partecipazione

Tipologia di partecipazione	Modalità di partecipazione			Totale
	Diretta	Indiretta	Entrambe *	
Totalmente pubblica con unico partecipante/socio	58	18	6	82
Totalmente pubblica con più partecipanti/soci	983	630	185	1.798
Mista a prevalenza pubblica	2.199	190	270	2.659
A partecipazione paritaria 50% pubblica 50% privata	981	66	69	1.116
Mista a prevalenza privata	1.339	186	1	1.526
TOTALE	5.560	1.090	531	7.181

Fonte: Corte dei conti, banca dati SIQUEL – rilevazione dell'8 luglio 2016

* La modalità "Entrambe" indica gli organismi partecipati direttamente e indirettamente dagli Enti territoriali, anche a mezzo holding.

TAB. 5) Organismi partecipati distinti per forma giuridica e tipologia di partecipazione

Tipologia di partecipazione	Tipologia di partecipazione						
	Totalmente pubblica			Mista prevalenza pubblica	Paritaria pubblica privata	Mista prevalenza privata	Totale
	Unico socio o partecipante	Più soci o partecipanti	Totale				
<i>Società per azioni</i>	297	299	596	744	15	508	1.863
<i>Società a responsabilità limitata</i>	689	295	984	611	23	536	2.154
<i>Società consortile</i>	12	93	105	326	5	270	706
<i>Società cooperativa</i>		11	11	46		135	192
<i>Consorzio</i>	9	231	240	519	13	97	869
<i>Fondazione</i>	113	74	187	170	21	194	572
<i>Istituzione</i>	135	5	140	3			143
<i>Azienda speciale</i>	181	16	197	29			226
<i>Altre forme*</i>	90	92	182	211	5	58	456
TOTALE	1.526	1.116	2.642	2.659	82	1.798	7.181

Fonte: Corte dei conti, banca dati SIQUEL – rilevazione dell'8 luglio 2016

TAB. 6) Distribuzione delle partecipate dalle amministrazioni locali per categorie giuridiche e tipologia di controllo

Forma giuridica/tipo di controllo	Dirette*	Indirette	Totale	% sul totale
Società a responsabilità limitata	1.835	712	2.547	33%
Società per azioni	1.625	368	1.993	26%
Consorzio	874	71	945	12%
Società consortile	789	135	924	12%
Associazioni e Fondazioni	542	8	550	7%

Società cooperativa	183	50	233	3%
Altro	197	32	229	3%
Azienda speciale e di Ente Locale	155	0	155	2%
Azienda servizi alla persona-asp	47	0	47	1%
Ente pubblico economico	40	0	40	1%
Istituzioni	36	0	36	0%
Ente di diritto pubblico	24	0	24	0%
Società in accomandita per azioni	2	1	3	0%
Totale	6.349	1.377	7.726	100%

*Includono le imprese a partecipazione mista, cioè partecipate sia direttamente che indirettamente Fonte: Banca dati MEF- Anno 2012

TAB. 7) Organismi partecipati osservati* distinti per Regione

OO.PP. con sede legale nella Regione	Numero organismi	% sul totale
Valle d'Aosta	63	1,49
Piemonte	377	8,94
Lombardia	897	21,27
Liguria	149	3,53
Totale Nord Ovest	1.486	35,24
Trentino-Alto Adige	316	7,49
Veneto	448	10,62
Friuli-Venezia Giulia	105	2,49
Emilia-Romagna	462	10,96
Totale Nord Est	1.331	31,56
Toscana	512	12,14
Umbria	63	1,49
Marche	177	4,20
Lazio	115	2,73
Totale Centro	867	20,56
Abruzzo	64	1,52
Molise	18	0,43
Campania	106	2,51
Puglia	136	3,23
Basilicata	10	0,24
Calabria	33	0,78
Totale Sud	367	8,70
Sicilia	76	1,80
Sardegna	90	2,13
Totale Isole	166	3,94
Totale	4.217	100,00

Fonte: Corte dei conti, banca dati SIQUEL – rilevazione dell'8 luglio 2016

TAB. 8) Articolazione delle partecipate dalle Amministrazioni Locali per tipologia di attività*

Totale delle Società	Attività strumentali	Servizio Pubblico privo di rilevanza economic	"SPL a rete" (Acqua, Gas, Energia, Rifiuti, TPL)	Altro	Totale
Attività professionali, scientifiche e tecniche				550	550
Banche e Attività finanziarie				153	153
Commercio al dettaglio				56	56
Commercio all'ingrosso				56	56
Consorzio bacino Imbrifero		23			23
Costruzione e gestione di strade e autostrade		57			57
Edilizia Pubblica		121			121
Energia			269		269
Farmacia comunale				182	182
GAS			108		108
Gestione terme e fonti				46	46
Gestioni Immobili	229				229
Illuminazione		5			5
Informatica	194				194
Infrastrutture		193			193
Ingegneria civile		32			32
Magazzinaggio e attività di supporto ai trasporti				112	112
Multiservizi		145			145
Multiutility			315		315
Parcheggi				41	41
Patrimoniali	77				77
Patrimonio naturale		81			81
Ricerca scientifica e sviluppo		396			396
Rifiuti			444		444
Servizi a domanda individuale – persone (1)		1.434			1.434
Servizi Amministrativi	444				444
Servizio a domanda individuale – imprese (2)		791			791
Servizio Idrico Integrato			387		387
Settore Industriale				251	251
Sicurezza	14				14
Società Finanziarie Regionali	16				16
Società di Trasformazione Urbana	13				13
TPL			281		281
Turismo				143	143
Verde Pubblico		6			6
Non classificabili				61	61
Totale complessivo	987	3.284	1.804	1.651	7.726
Composizione percentuale sul totale	12,8%	42,5%	23,3%	21,4%	100,0%

* Elaborazione su Banca dati MEF- Anno 2012

(1) Incluso: assistenza sanitaria/sociale, attività artistiche/sportive/intrattenimento, attività dei servizi di alloggio e di ristorazione, attività di organizzazioni associative, formazione/istruzione/biblioteche, mercato

ittico, mattatoi, agroalimentari, rete museale, servizi cimiteriali, servizi sociali /sanitari o alla persona, asilo nido, altri servizi a domanda individuale - persone

(2) Incluso: fiere, gruppi di azione locale, organizzazione convegni, eventi culturali, polo/parco tecnologico, servizi di supporto alle imprese, servizi portuali, società gestione patto territoriale, sviluppo locale, altri servizi a domanda individuale - imprese

TAB. 9) Gestione caratteristica e risultati di esercizio degli organismi partecipati osservati*

OO.PP. con sede legale nella Regione	Valore della produzione	Costo della produzione	Costo del personale	Utile Netto	Perdite	Numero organismi partecipati
Valle d'Aosta	729.738.551	618.014.195	159.626.646	49.542.298	28.066.533	63
Piemonte	5.249.889.631	4.990.378.874	1.064.572.114	345.631.033	88.341.484	377
Lombardia	15.144.741.042	14.367.531.101	2.704.076.343	608.814.457	240.908.301	897
Liguria	3.830.147.530	3.689.398.216	433.976.743	124.451.597	28.076.511	149
Trentino-Alto Adige	4.892.536.926	4.527.235.940	571.065.564	367.758.014	29.219.580	316
Veneto	5.133.962.015	4.835.685.937	1.115.012.217	220.678.718	150.488.611	448
Friuli-Venezia Giulia	1.280.163.045	1.165.523.066	330.513.683	99.558.169	67.478.497	105
Emilia-Romagna	6.875.795.975	6.460.305.826	1.377.072.377	392.960.845	37.275.229	462
Toscana	4.097.399.379	3.802.579.994	917.496.485	216.964.099	127.178.727	512
Umbria	878.761.329	888.250.338	122.567.559	12.281.277	5.902.583	63
Marche	1.241.796.351	1.153.905.248	247.194.610	85.050.826	19.458.643	177
Lazio	2.570.883.861	2.131.505.305	552.838.938	242.094.274	29.735.409	115
Abruzzo	406.336.080	395.738.011	109.720.800	18.577.083	7.040.471	64
Molise	24.121.124	29.539.750	11.611.663	107.888	4.245.403	18
Campania	1.000.066.610	980.373.706	482.815.857	34.607.881	48.382.159	106
Puglia	745.517.496	720.935.141	308.581.693	17.480.734	12.374.526	136
Basilicata	81.424.523	78.284.638	19.517.572	79.884	41.627	10
Calabria	115.888.229	122.551.049	59.036.422	1.812.562	4.014.430	33
Sicilia	318.181.016	329.810.355	141.841.486	2.857.521	20.017.057	76
Sardegna	930.455.076	875.879.048	341.162.538	55.046.954	14.359.899	90
Totale	55.547.805.789	52.163.425.738	11.070.301.310	2.896.356.114	962.605.680	4.217

Fonte: Corte dei conti, banca dati SIQUEL – rilevazione dell'8 luglio 2016; importi in euro

TAB. 10) Gestione caratteristica e risultati di esercizio degli organismi partecipati osservati* a totale partecipazione pubblica

OO.PP. con sede legale nella Regione	Valore della produzione	Costo della produzione	Costo del personale	Utile Netto	Perdite	Numero organismi partecipati
Valle d'Aosta	165.963.907	195.527.676	68.259.821	5.167.333	21.557.725	10
Piemonte	978.784.787	955.834.171	385.963.585	35.167.925	8.176.454	100
Lombardia	5.042.809.183	4.876.773.061	1.165.146.009	137.354.380	99.072.730	421
Liguria	697.142.584	678.091.287	277.111.967	22.372.893	7.659.709	60
Trentino-Alto Adige	1.545.329.287	1.460.486.410	219.857.037	74.641.977	3.137.272	80
Veneto	1.024.785.848	1.015.525.396	309.769.528	25.649.921	28.921.529	165
Friuli-Venezia Giulia	247.633.221	231.421.329	80.397.968	6.657.863	1.895.508	22
Emilia-Romagna	1.469.100.474	1.435.560.473	270.152.658	42.485.108	7.830.232	158
Toscana	847.205.877	828.334.131	224.144.048	22.805.920	22.890.725	173
Umbria	145.611.559	166.295.992	44.776.256	4.899.507	1.297.043	18
Marche	269.786.655	258.312.212	55.642.752	15.134.152	6.778.374	69
Lazio	927.278.232	781.034.781	240.312.279	82.448.642	18.710.753	52
Abruzzo	124.092.277	120.480.756	36.632.767	2.615.051	1.960.608	25
Molise	19.461.728	23.843.785	9.753.988	62.251	3.509.260	10
Campania	750.621.264	743.504.617	399.564.328	15.350.182	33.390.556	54

Puglia	536.411.267	515.993.774	222.241.005	14.472.266	9.414.362	58
Basilicata	799.061	784.500	613.702	495		2
Calabria	40.363.196	41.798.820	24.929.696	1.281.795	471.169	8
Sicilia	113.298.523	112.342.577	54.494.457	915.513	1.890.779	37
Sardegna	445.114.906	437.696.649	220.196.370	28.933.646	8.552.533	53
Totale	15.391.593.836	14.879.642.397	4.309.960.221	538.416.820	287.117.321	1.575

Fonte: Corte dei conti, banca dati SIQUEL – rilevazione dell'8 luglio 2016; importi in euro

TAB. 11) Confronto con il TPL dei principali paesi europei (valori in euro)

	Costi operativi per Km	Ricavi da traffico per km	Load factor
Italia	3,3	1,4	22%
Francia	3,3	1,6	42%
Spagna	3,2	2,2	45%
Germania	2,8	2,4	20%
Inghilterra	1,8	1,5	29%

Fonte: Bain & Company (2012), Il trasporto pubblico locale in Italia ed in Europa

TAB. 12) Confronto tra tariffe urbane italiane ed europee, 2013 (valori in euro)

	Biglietto ordinario	Abbonamento mensile ordinario	Abbonamento annuale ordinario
Londra	2,5	137,0	1428,0
Parigi	1,7	65,1	679,8
Berlino	2,4	77,0	710,0
Madrid	1,5	54,6	546,0
Roma	1,5	35,0	250,0
Milano	1,5	35,0	330,0
Torino	1,5	38,0	310,0

Fonte: Asstra

TAB. 13)

Pareri adottati ai sensi dell'articolo 21-bis per settori di attività economi

Settore

Energia

Industria petrolifera	1	
Smaltimento rifiuti	3	
Comunicazioni		2
Informatica	2	
Trasporti		3
Trasporti e noleggio di mezzi di trasporto	3	
Servizi		5
Sanità e altri servizi sociali	3	
Servizi vari	2	
Totale		14

VI. BIBLIOGRAFIA

AICARDI N., *Energia*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, CHITI M. P. e GRECO G. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Parte speciale, Milano, Tomo II, 2007;

AICARDI N., *Le società miste*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da SANDULLI M. A., DE NICOTLIS, GAROFOLI R., vol. I, Milano, 2008;

AMATO G., *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Rivista trimestrale diritto pubblico*, 1997;

AMATO G., *Gli anni del radicamento e i problemi di oggi*, in *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, a cura di RABITTI BEDOGNI C. e BARUCCI P., Tomo I, Torino, 2010;

AMATO G., *Il gusto della libertà. L'Italia e l'Antitrust*, Roma-Bari, 1998;

AMATO G., *Il mercato nella Costituzione*, in *Quaderni Cost.*, 1992;

AMMANATI L., CABIDDU A., DE CARLI P. (a cura di), *Servizi pubblici concorrenza diritti*, Milano, 2001;

AMMANATI L., *La privatizzazione delle imprese pubbliche in Italia*, Milano, 1995;

ANGELETTI A., (a cura di), *Privatizzazioni ed efficienza della pubblica amministrazione alla luce del diritto comunitario*, Milano, 1996;

ANTONIAZZI S., *La privatizzazione del servizio idrico in Inghilterra e in Galles e la riforma Water Act 2014*, in M. Midiri S. Antoniazzi (a cura di), Napoli, 2016;

APRILE F., *Tendenze recenti della giurisprudenza amministrativa in materia di antitrust*, in *Annali Genova* 2002;

BARDUSCU A., *Azienda municipalizzata*, in *Dig. disc. pubb.*, vol. XIII, Torino, 1967;

BARRON A. - SCOTT C., *The Citizen's Charter Programme*, in *Modern law review*, London, 1992;

BASSI F. e MERUSI F., *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993;

BASSI F., *Natura giuridica dell'azienda municipalizzata*, Milano, 1957;

BASSI G., *La riforma dei servizi pubblici locali*, Rimini, 2008;

BENVENUTI F., *Disegno dell'Amministrazione italiana - Linee positive e prospettive*, Padova, 1996;

BERLINGERIO G.E., *Studi sul pubblico servizio*, Milano, 2003;

BERTOLINI E., *Le autorità di regolazione nei servizi pubblici locali in Germania*, in *Servizi pubblici locali e autorità di regolazione in Europa*, in FERRARI G. F. (a cura di), *Servizi pubblici locali e autorità di regolazione in Europa*, Bologna, 2010;

BERTONAZZI L. e VILLATA R., *Servizi di interesse economico generale*, in CHITI M.P. e GRECO G. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007;

BIAGI P., *I pubblici servizi industriali dei comuni e delle province*, Milano, 1975;

BIANCO M. SESTITO P (a cura di), *I servizi pubblici locali. Liberalizzazione, regolazione e sviluppo industriale*, in AA.VV., Bologna, 2010;

BOITANI A., *Servizi pubblici: struttura dei mercati, regolamentazione e concorrenza*, Quad. n. 19, Dipartimento di Scienze Economiche, Univ. Cattolica, Milano, 1992;

BORSI U., *Le funzioni del Comune italiano*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, II, Milano, 1915, 270;

BOSCHETTI B., *La tutela degli utenti. Commento all'art. 35 della legge n. 448/2001*, in TRAVI A. (a cura di), *Le nuove leggi civili commentate*, Milano, 2003;

BOZZI G., *Riflessioni sulla disciplina dei servizi pubblici nella legge sull'ordinamento delle autonomie locali*, in *Trib. Amm. Reg.*, 1994, II, 273;

BRACCHITTA L., STEFANINI E. e TARZIA A., *I servizi idrici in Europa*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2007;

BROSIO G., *Economia e finanza pubblica*, Roma, 1993;

BRUNETTI F., SCANZANO F., *L'Ente pubblico come regolatore. L'evidenza pubblica, il contratto di servizio, le carte dei servizi*, in *Analisi economica e metodo giuridico. I servizi pubblici locali*, Milano, 2003;

BRUNO C. E. e MANFREDA S., *Diritti inviolabili della persona e globalizzazione economica dei mercati*, in *I diritti della personalità*, S. RUSCICA (a cura di), Padova, 2013;

CAIA G., *Le nuove discipline dei servizi pubblici*, *Diritto amministrativo dell'economia*, *Libro dell'anno del diritto* Treccani, 2013;

CAIA G., *I servizi pubblici locali di rilevanza economica (liberalizzazioni, deregolazione ed adeguamento alla disciplina comunitaria)*, in AA.VV., *Scritti in ricordo di F. Pugliese*, a cura di E. Follieri, L. Iannotta, Napoli, 2010, 515;

CAIA G., *I servizi pubblici nell'attuale momento ordinamentale*, in *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, Napoli;

CAIA G., *la disciplina dei servizi pubblici*, in *Diritto amministrativo*, Bologna, 1993, 736;

CAIA G., *La quotazione in borsa delle società a prevalente capitale pubblico locale*, in *Serv. pubb. appal.*, 2003;

CAIA G., *Le novità introdotte dal d.l. n. 66 del 2014*, in *Il libro dell'anno del diritto*, Treccani, 2015;

CAIA G., *Municipalizzazione dei servizi pubblici*, in Enc. Giur. Treccani, Roma, 1990;

CAIA G., NANNI L., LUGARESI N., *Regolamento recante norme sulla costituzione di società miste in materia di servizi degli enti territoriali*, in NLCC, 1997;

CAIA G., *Organizzazione dei servizi pubblici locali. Figure, regime e caratteristiche*, in *Foro amm.*, 1991;

CAIANIELLO V., *Il difficile equilibrio delle autorità indipendenti*, in *Il diritto dell'economia*, 1998;

CALCAGNILE M., *Monopolio e privativa di fronte alla tutela della concorrenza*, in *Giustamm.it*, 2015;

CALCAGNILE M., *Regime di proprietà degli impianti e delle reti e vincolo di destinazione a servizio pubblico*, in *Le proprietà pubbliche: tutela, valorizzazione e gestione*, (a cura di) SCOCA F. G. - DI SCIASCIO A. F., Napoli, 2016;

CALZONI R., *Autorità nazionale anticorruzione e funzione di vigilanza collaborativa: le novità del Codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, 2016, n. 23;

CAMMELLI M., *Concorrenza e innovazione nei servizi di trasporto pubblico locale*, in BUCCI O. (a cura di), *Il trasporto pubblico locale. Una prospettiva per l'Italia*, Bologna, 2006;

CARANTA R., *Il sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, a cura di E. Ferrari, M. Ramajoli, M. Sica, Torino, 2006;

CARINGELLA F., *I servizi pubblici*, in *Corso di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2003;

CARINGELLA F., *Il Diritto Amministrativo del Mercato, Le Autorità Indipendenti*, Roma, 2012;

CARINGELLA F., *Nuovi percorsi monografici di diritto amministrativo*, Roma, 2003;

CARPANI G., *Le aziende degli enti locali, vigilanza e controlli*, Milano, 1992;

CARTEI G. F., *Servizio universale*, in *Enc. dir., Annali III*, Milano, 2010;

CASABURI G., *La tutela civilistica del consumatore avverso la pubblicità ingannevole dal d.lg. n. 74 del 1992 al Codice del consumo*, in *Giur. merito* 2006;

CASSESE S., (a cura di) *La nuova Costituzione economica*, Bari, 2011;

CASSESE S., (a cura di), *La nuova Costituzione economica*, Roma-Bari, 2007;

CASSESE S., *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano, 1962;

CASSESE S., *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, in Riv. trim.dir. pubb., 2000;

CAVALIERE P. e VEDASCHI A., *Il mercato europeo del gas naturale: un obiettivo ancora da raggiungere*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2007;

CAVALIERE P., *L'autorità di regolazione e controllo dei mercati energetici nell'ordinamento britannico*, in *Servizi pubblici locali e autorità di regolazione in Europa*;

CAVAZZUTI F., MOGLIA G., *Regolazione, controllo e privatizzazioni nei servizi di pubblica utilità*, in *Economia italiana*, 1994;

CERULLI IRELLI V., *La giurisdizione esclusiva e i servizi pubblici*, in *L'evoluzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, Atti del XLIX Convegno di Varenna, Milano, 2004;

CHADWICK E., *Results of different principles of legislation and administration in Europe, of competition for the field, as compared with competition within the field of service*, Royal Sta., Journal;

CIFARELLI R., *Verso un nuovo protagonismo delle Autorità amministrative indipendenti? Spunti di riflessione intorno al nuovo art. 21-bis della l. n. 287/1990*, in *Amministr. in camm., Riv. Dir. Pubbl., econ. e di scienza*, a cura del Centro di Ricerca sulle Amministrazioni pubbliche V. Bachelet, 2013;

CINTIOLI F., *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010;

CINTIOLI F., *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Milano, 2005;

CINTIOLI F., *La nuova giurisdizione esclusiva e le controversie risarcitorie*, in CAIANELLO V., *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2004;

CLARICH M., *Per uno studio sui poteri dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. Amm.*, 1993;

CLARICH M., *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005;

CLARICH M., *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005;

CLARICH M., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2013;

CLARICH M., *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004;

CLARICH M., *Garanzie del contraddittorio nel procedimento, relazione al convegno "Le autorità amministrative indipendenti"* in memoria di CAIANIELLO V., Palazzo Spada, il 9 maggio 2003;

CLARICH M., *Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in BASSI F. - MERUSI F. (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993;

CLARICH M., *Riparte la riforma dei servizi pubblici locali*, in *Diritto e pratica amministrativa*, n. 1/2006;

CORSO G., *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Riv. Giur. Quad. serv. Pubb.*, n. 1/1999;

CRAIG P., *Administrative Law*, London, 2008;

CUOCOLO L. e LEMBECK G., *Le autorità di regolazione e controllo dei servizi di interesse generale in Europa: una prospettiva comparata*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2007;

CUOCOLO L., *I servizi pubblici negli ordinamenti europei*, in *Mercato, concorrenza e politiche sociali*, Milano, 2007;

D'ALEBERTI M., *Voce Autorità indipendenti*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, 1995;

D'ALBERGO S., *Partecipazioni statali*, in *Nss. D.I.*, Appendice, V, Torino, 1984;

D'ALBERTI M., *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 1992;

D'ALBERTI M., *Il diritto amministrativo fra imperativi economici e interessi pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008;

DARAIIO G., *“Le rogatorie internazionali”*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di SPANGHER G., VI, *Esecuzione e rapporti con autorità giurisdizionali straniere*, a cura di KALB L., Torino, 2009;

DE LISE P., *Indagine conoscitiva sulle Autorità Amministrative Indipendenti*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2011;

DE MORAIS B., *As Autoridades Administrativas Independentes na ordem juridica portuguesa*, in *Rev. Ordem Advogados*, 2011;

DE NICOLA A., *Antitrust, il rischio delle prediche inutili*, in *Affari&Finanza*, inserto *La Repubblica*, 2013, n.23;

DE NICTOLIS R., CAMERIERO L., *Le società pubbliche in house e miste*, Milano, 2008;

DELLA CANANEA G., *L'organizzazione comune dei regolatori per l'energia elettrica e il gas*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004;

DELLO SBARBA F., *I servizi pubblici locali, modelli di organizzazione e di gestione*, Torino, 2009;

DEMSETZ H., *Why regulate utilities?*, in *The Journal of Law and Economics*, April, 1968;

DEODATO C., *Le Linee Guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in *Giustamm.it*, n. 4, 2016;

DI CRISTINA F., *Il partenariato pubblico privato quale "archetipo generale"*, in *Giornale dir. amm.*, 2016;

DI FILIPPO E., *Servizi pubblici locali: un percorso con tante nostalgie del passato*, in cisl.it/finanziaria2004.htm;

DONATI F., *Le autorità indipendenti tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Dir. Un. Eur.*, 2006;

DREYFUS J. D., *Pourquoi des autorités administratives indépendantes (ou AAI)? Approche phénoménologique*, in BOULOC B. (a cura di), *Autorités de régulation et vie des affaires*, Paris, 2006;

DUGATO M., *I servizi pubblici degli enti locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002;

DUGATO M., *I servizi pubblici locali*, in CASSESE S. (a cura di), *Tratt. dir. amm., Diritto amministrativo speciale*, t. III, II ed., Milano, 2003;

DUGATO M., *Proprietà e gestione delle reti nei servizi pubblici locali*, in *Riv. Trim. appalti*, 2003;

EBERLEIN B., *To regulate or not to regulate electricity: explaining the German Sonderweg in the EU context*, in *Journal of Networking Industries*, 2, 2001;

F. CINTIOLI F. – DONATI F. (a cura di), *Recenti innovazioni in materia di sanzioni antitrust*, Torino, 2008;

F. SPIEZIA F., MONEA P., IORIO E., *I servizi pubblici locali*, Milano, 2004;

FERRARI G. F., *Servizi pubblici locali e autorità di regolazione in Europa*, Bologna, 2010;

FRANCESCHIN A., *Il ruolo della Guardia di Finanza nell'esercizio dei poteri istruttori da parte dell'AGCM e della Commissione*, in *Dizionario Sistematico della Concorrenza*, a cura di F. PACE, Napoli, 2013;

FREGO LUPPI S. A., *L'amministrazione regolatrice*, Torino, 1999;

FRISON-ROCHE M. A., *Étude dressant un bilan des autoités administratives indépendantes: l'état des lieux*, in *Rapport établi par le sénateur P. Gélard pour l'Office parlementaire d'évaluation de la législation*, 2006;

GALGANO G., (da ultimo in) GALGANO F. e GENGHINI R., *Il nuovo diritto societario*, II ed., tomo I, Padova, 2004;

GALLO D., *L'art. 106 § 2 TFUE quale deroga antitrust atipica*, in PACE L F. (a cura di), *Dizionario sistematico della concorrenza*, Napoli, 2013;

GAMBARDELLA F., *Autorità indipendenti, semi-indipendenti e garanzie del contraddittorio*, in *Foro amm. CDS* 2006, 11;

GAROFOLI R., *L'affidamento diretto a società in house e a società a capitale misto: ricognizione degli indirizzi sul tappeto*, in *giustamm.it*, 2007;

GAROFOLI R., *Procedimento, accesso e autorità indipendenti*, in *Foro amm.*, 1998;

GIANNINI M. S., *Diritto amministrativo*, vol. I, III ed. Milano 1993;

GIANNINI M. S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981;

GIANNINI M. S., *Problemi relativi all'abrogazione delle leggi*, Padova, 1942;

GIOVAGNOLI R., *Gli affidamenti in house tra lacune del codice e recenti interventi legislativi*, in *giustizia-amministrativa.it*, n. 11/2007;

GIOVAGNOLI R., *Liberalizzazioni, semplificazioni ed effettività della tutela*, in *giustamm.it*;

GLENDI C., *Indagini tributarie e tutela giurisdizionale*, in *Corriere tributario* n. 44/2009;

GRUNER G., *Enti pubblici a struttura di spa. Contributo allo studio delle società "legali" in mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino, 2009;

HAGUE D. MACKENZIE W. BAKER A., *Public policy and private interest: the institution of compromise*, London, 1975;

HIBBS J., *The danger of Bus Re-regulation and Other Perspectives on Market in Transport*, The Institute of Economic Affairs, MacGuru Ltd, Londra, IEA, 2005;

IBBA, C., *Società legali e società legificate*, in *Enc. giur.* Treccani, Roma, 1993;

LA SPINA S. e MAGONE G., *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000;

LALLI F., *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, 2008;

LANOTTE M., *Il testo unico dell'intermediazione finanziaria*, a cura di RABITTI BEDOGNI C., Milano 1998;

LAZZARA P., *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001;

LEMAIRE C., *Énergie et concurrence. Recherches sur les mutations juridiques induites par la libéralisation des secteurs de l'électricité et du gaz*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003;

LIBERTINI M., *Le misure cautelari amministrative nella disciplina antitrust*, in *Riv. dir. ind.* 2008;

LIBERTINI M., voce *Concorrenza*, in *Enc. dir., Annali*, vol. III, Milano, 2010;

LIGUORI F., *I servizi pubblici locali. Contendibilità del mercato e impresa pubblica*, Torino, 2004;

LISSOUCK F. F., *La régulation des services publics en réseau: réflexions sur la recherche d'un équilibre entre l'ouverture à la concurrence et l'exigence de service public*, in *Droit prospectif*, 2014;

LOMBARD M., *Les conséquences juridiques du passage de l'État propriétaire a l'État actionnaire: les contraintes du droit de la concurrence*, in *Revue française d'administration publique*, 2007;

LONGOBARDI N., *Autorità amministrative indipendenti e diritti: la tutela dei cittadini e delle imprese*, in *Foro amm. TAR* 2007;

LONGOBARDI N., *Le autorità amministrative indipendenti nel diritto globale*, in *Dir. e proc. amm.*, 2009;

LUCARELLI A., *Considerazioni (critiche) sul ddl Lanzillotta e il processo di privatizzazione dei servizi pubblici locali in Italia*, in *La Gazzetta degli Enti Locali*, 2007;

LUCIANI M., *Liberalizzazioni. Il quadro costituzionale nella prospettiva della giurisprudenza*, in STICCHI DAMIANI E. (a cura di), *Studi in tema di liberalizzazioni*;

LUCIANI M., *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, relazione al *Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, Torino, 27-29 ottobre 2011, in associazionedeicostituzionalisti.it;

M. CLARICH M., *I poteri di impugnativa dell'AGCM ai sensi del nuovo art. 21-bis della l. n. 287/1990*, in *justice.luiss.it*, 2013;

MALINCONICO C., *Le funzioni amministrative delle autorità indipendenti*, in S. Cassese – C. Franchini, *I garanti delle regole*, Bologna, 1996;

MAMELI B., *Servizio pubblico e concessione*, Milano, 1998;

MANCAZZO A., *Confronti tra la nuova e la vecchia disciplina sulle modalità di scelta del socio privato di minoranza nelle società miste*, in *Urbanistica e appalti*, n. 7/2002;

MARCHESE C., *La domanda di servizi pubblici locali: una rassegna dei metodi di misurazione*, in *Il nuovo governo locale*, 1989;

MASSERA A. (a cura di), *I servizi pubblici in ambiente europeo*, Pisa, 2004;

MASSERA A., “Autonomie” e “indipendenza” nell’amministrazione dello Stato, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, III;

MASSERA A., *Partecipazioni statali e servizi di interesse pubblico*, Bologna, 1978;

MAZZA M. e RANDO G., *La gestione dei rifiuti nel diritto comparato dei servizi pubblici locali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2007;

MELI V., *I rimedi per la violazione del divieto di pubblicità ingannevole*, in *Riv. dir. ind.*, 2000;

MERUSI F. e PASSARO M., *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2003;

MERUSI F., *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in Id., *Le leggi del mercato*, Bologna, 2002;

MERUSI F., *La regolazione dei servizi di interesse economico generale nei mercati (parzialmente) liberalizzati: una introduzione*, in BRUTI LIBERATI E. e DONATI F. (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010;

MERUSI F., *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, II ed., Milano 1977;

MIDENA E., *Le Autorità Amministrative Indipendenti e sindacato giurisdizionale. I principali orientamenti del giudice*, in serforma.it, 2010;

MIDIRI M., *La promozione della concorrenza nei servizi pubblici locali*, in *Tutela della concorrenza e giurisdizione*, Napoli, 2013;

MIDIRI M., *Servizi pubblici locali e sviluppo economico: la cornice istituzionale*, in *Servizi pubblici locali e regolazione*, a cura di M. MIDIRI ed S. ANTONIAZZI, Napoli, 2015;

MODERNE F., MARCOU G., (a cura di), *L'idée de service public dans le droit des États de l'Union Européenne*, Paris, 2001;

MORBIDELLI G., *Linee Guida ANAC: comandi o consigli?*, Roma, 2016;

MORBIDELLI G., *Poteri impliciti delle a.a.i. e principi di legalità e buon andamento*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2013;

MORBIDELLI G., *Poteri impliciti*, Milano, 2012;

MORBIDELLI G., *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2001;

MOSTACCI e ROMEO G., *La regolazione del trasporto pubblico locale in Europa: un'analisi comparata*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2007;

MOSTACCI E., ROMEO G., *La regolamentazione del trasporto pubblico locale in Europa: un'analisi comparata*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006;

MOZZATI A., *Il contratto di servizio nell'ordinamento comunitario*, in *Econ. Dir, terz.*, 2003;

NAPOLITANO G., *L'energia elettrica e il gas*, in CASSESE S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Tomo III, Milano;

NAPOLITANO G., *Regolazione e programmazione nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali?*, in *Riv. Giur. Quadr. Pubbl. Serv.*, 2002;

OSTI C., *Un giudice a Berlino: equità ed efficienza nel riesame giudiziale dei provvedimenti dell'Autorità della concorrenza*, in *Giur. comm.*, 2008;

PASSARO M., *Le amministrazioni indipendenti*, Torino, 1996;

PERFETTI L., *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001;

PERICU A., *Imprese e obblighi di servizio pubblico. L'impresa di gestione dei servizi pubblici locali*, Milano, 2001;

PERINI A., *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Dir. Amm.*, 1994;

PICOT A. (a cura di), *“10 Jahre wettbewerbsorientierte Regulierung von Netzindustrien in Deutschland”*, München, 2008;

PIPERATA G., *La disciplina dei servizi pubblici locali negli ultimi interventi legislativi di stabilità economica*, in *Giorn. dir. amm.* 2012;

PIPERATA G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005;

POLICE A., *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007;

POLICE A., *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, 2007; F.G. SCOCA - F. DEGNI, *Autorità amministrative indipendenti e sindacato giurisdizionale: il complesso rapporto tra esercizio del potere ed effettività della tutela*, in *Authorities*, a cura di L. Paganetto, Roma, 2007;

POTOTSHING U., *I pubblici servizi*, Padova, 1964;

PREDIERI F., *L'erompere delle Autorità Amministrative indipendenti*, Firenze, 1997;

PROSSER T., *Constitutional limitations on privatization*, in J. W. BRIDGE (a cura di), *UK Law for the millenium*, London, UKNCCL, 2000;

PROSSER T., *Regulation, markets, and legitimacy* in JOWELL J. e OLIVER D. (ed.), *The Changing Constitution*, Oxford, 2007;

RAMAJOLI M., *La tutela degli utenti nei servi pubblici a carattere imprenditoriale*, in *Dir. amm.*, 2000;

RAMAJOLI M., *Liberalizzazioni, una lettura giuridica*, in *Liberalizzare o regolamentare: il diritto amministrativo di fronte alla crisi*, Milano, 2013;

RAMAJOLI M., *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2006;

RENNA M., *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004;

RENNA, M., *Le società per azioni in mano pubblica: il caso delle spa derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici e aziende autonome statali*, Torino, 1997;

RESCIGNO G. U., voce *Deroga (in materia legislativa)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1964;

RICHER L., *La régulation et les collectivités locales: l'exemple de l'électricité*, in *Cahiers juridiques de l'électricité et le gaz*, 2004;

ROMANO TASSONE A., *Il contratto di servizio*, in *Dir. Trasp.*, 1998;

ROSSI G., *Liberismo, diritto dei mercati e crisi economica*, in Riv. Soc., 2013;

ROSSI P.- DOMINICHELLI V., *I servizi pubblici locali tra diritto amministrativo e diritto privato*, in *Dir amm.*, 2003;

ROVERSI MONACO F., *Brevi note in tema di società per azioni «pubblica»*, in *Cons. Stato*, 1972;

ROVERSI MONACO F., *Gli enti di gestione*, Milano, 1977;

SANDULLI M. A., APERIO BELLA F., *L'evoluzione dell'in house providing*, in *Libro dell'anno del diritto 2016*, Roma, 2016;

SARACENO P., *Partecipazioni statali*, in Enc. dir., XXXII, Milano, 1982;

SCELLA A., *L'inutilizzabilità delle prove raccolte all'estero*", in *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, a cura di LA GRECA G.- MARCHETTI M. R., Torino, 2003;

SCHINAIA M. E., *Il controllo giurisdizionale sulle autorità amministrative indipendenti*, in *Foro amm.* CDS 2003;

SCHINAIA M. E., *Le sanzioni amministrative: la giurisprudenza del TAR del Lazio*, in Toffoletto – Toffoletti, *Antitrust: le sanzioni*, Milano, 1996;

SCOCA F. G., *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, in *Dir. Amm.*, 2008;

SCUTO E., *La governance del settore dell'energia e gas attraverso la rete europea delle autorità indipendenti* in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2007;

SEVERINI G., *L'affidamento dei servizi pubblici locali: caratteri e procedure*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2003;

SORBELLO P., *Il passaggio dai poteri istruttori di natura amministrativa alle funzioni di P.G.*, in *Rivista Guardia di Finanza*, n. 1/2016;

SPADONI B., *Il contratto di servizio nella regolazione e nella liberalizzazione dei servizi pubblici locali*, in dirittodeiservizipubblici.it, 2004;

STICCHI DAMIANI S., *Autorità amministrative indipendenti, I nuovi poteri dell'Autorità Anticorruzione*, in *Libro dell'Anno del Diritto Treccani*, 2016;

STIGLITZ J. E., *Economia del settore pubblico*, Milano, 2015;

STUFANO S., *Sulla utilizzabilità delle prove illecite o illegittime*, in *Corriere Tributario* n. 39/2002;

TARANTINO L., *Promozione della concorrenza e disciplina dei servizi pubblici*, relazione tenuta al 62° Convegno di Studi amministrativi su *L'Italia che cambia: dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della Pubblica Amministrazione* - Varenna, 22, 23 e 24 settembre 2016, in astrid-online.it;

TEITGEN C. – COLLY D., *Le instances de regulation et la Constitution*, in *Revue de droit public*, 1990, 1;

TESAURO F., *Esiste un ruolo paragiurisdizionale dell'Antitrust nella promozione della concorrenza?* in KOSTORIS F. PADOA SCHIOPPA T. (a cura di), *Le autorità indipendenti e il buon funzionamento dei mercati*, Milano, 2002;

THATCHER M., *Regulation after Delegation: Independent Regulatory Agencies in Europe*, in *Journal of European Public Policy*, London, 2002;

TORCHIA L., *Il diritto antitrust di fronte al giudice amministrativo*, in *Irpa.eu*, 2013;

TRAINA D. M., *I servizi pubblici locali in Francia*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001;

TRIMARCHI BANFI F., *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, in *Riv. Trim. dir. pubbl. comunit.*, 2012;

VACIAGO G., Intervento in F. KOSTORIS PADOA SCHIOPPA (a cura di), *Le Autorità indipendenti e il buon funzionamento dei mercati*, Milano, 2002;

VALENTINI S., *Diritto e istituzioni della regolazione*, Milano, 2005;

VARONE S., *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, 2004;

VEDASCHI A., *Le autorità di regolazione nello spazio europeo*, in *Servizi pubblici locali e autorità di regolazione in Europa* (a cura di), FERRARI G. F., Bologna, 2010;

VELTRI G., *L'in house nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Giornale dir. amm.*, 2016;

VESPERINI G., *Le funzioni delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. Banca e merc. fin.*, 1990;

VESPERINI G., *Le funzioni delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 1990;

VIGNERI A., *La liberalizzazione dei servizi pubblici locali*, in *Le Regioni*, n. 5/2002;

VOLPE C., *L'affidamento «in house»: situazione attuale e proposte per una disciplina specifica*, in *giustamm.it*, 2014;

VOLPE C., *Le società miste nei servizi pubblici locali: evoluzione o involuzione di un modello?*, in *Urbanistica e appalti*, 2003;

VOLPE M., *Domanda di servizi pubblici e preferenze fiscali*, in *Politica ed economia*, 1986;

VON DANWITZ T., *Regulation and liberalization of the European Electricity Market – A German View*, in *Energy Law Journal*, 2006;

WILKS S. e BARTLE I., *The Unanticipated Consequences of creating Independent Competition Agencies*, in *West European Politics*, 2002.