

**ALMA MATER STUDIORUM
UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI BOLOGNA
DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE "ANTONIO CICU"**

**DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO DEI TRASPORTI EUROPEO
XXIV CICLO
SETTORE SCIENTIFICO DISCIPLINARE IUS/06**

**GLI AFFIDAMENTI C.D. *IN HOUSE*
NELL'ORDINAMENTO COMUNITARIO E
NAZIONALE CON PARTICOLARE RIFERIMENTO
AL SETTORE DEI TRASPORTI PUBBLICI**

TESI DI DOTTORATO

**Coordinatore:
Chiar.mo Prof. Stefano Zunarelli**

**Presentata da:
Dott.ssa Elena Fiorentini
Matricola n. 0000274966**

**Relatore:
Chiar.ma Prof.ssa Chiara Alvisi**

Esame finale - anno 2012

INDICE

INTRODUZIONE

| | |
|---------------------------------------|------|
| Obiettivi e metodo della ricerca..... | p. 4 |
|---------------------------------------|------|

CAPITOLO I

La definizione di “servizio pubblico locale” a livello nazionale e comunitario

| | |
|--|-------|
| 1. Introduzione ai servizi pubblici. La definizione di “servizio pubblico” e di “servizio pubblico locale”..... | p. 9 |
| 2. I servizi pubblici nel diritto comunitario. Il concetto di “servizio di interesse economico generale”..... | p. 13 |
| 3. Autoproduzione o <i>contracting-out</i> : una scelta rimessa al libero arbitrio della Pubblica Amministrazione..... | p. 16 |

CAPITOLO II

La disciplina dei servizi pubblici locali nell'ordinamento italiano

| | |
|--|-------|
| 1. La disciplina italiana dei servizi pubblici locali dai primi del 900. La Legge Giolitti del 1903 e il Testo Unico del 1925..... | p. 21 |
| 1.1. <i>Segue</i> : Il superamento del Testo Unico del 1925 ad opera della Legge 142/1990 e i successivi interventi integrativi..... | p. 25 |
| 1.1.1. La gestione in economia..... | p. 27 |
| 1.1.2. La gestione in concessione a terzi..... | p. 27 |
| 1.1.3. La gestione a mezzo di azienda speciale..... | p. 27 |
| 1.1.4. La gestione a mezzo di istituzione..... | p. 28 |
| 1.1.5. La gestione a mezzo di società per azioni a prevalente capitale pubblico locale..... | p. 28 |
| 1.2. L'art. 12 della Legge 23 dicembre 1992, n. 498..... | p. 29 |

| | |
|---|--------------|
| 1.3. L'art. 17, comma 58, della Legge 15 maggio 1997, n. 127..... | p. 30 |
| 2. <i>Segue</i> : L'adozione del D.Lgs. 267 del 18 agosto 2000 (Testo Unico sull'ordinamento degli Enti Locali)..... | p. 31 |
| 3. L'art. 35 della Legge Finanziaria per il 2002..... | p. 32 |
| 4. L'art. 14 del D.L. 269/2003..... | p. 35 |
| 5. Il riparto di competenze legislative nella materia dei servizi pubblici locali..... | p. 41 |
| 6. La novella di cui all'art. 23- <i>bis</i> del D.L. 112/2008..... | p. 45 |
| 6.1 <i>Segue</i> : Le modifiche apportate all'art. 23- <i>bis</i> da parte del cd. Decreto Ronchi..... | p. 48 |
| 6.2 <i>Segue</i> : L'emanazione del D.P.R. 12 ottobre 2010, n. 168, regolamento attuativo dell'art. 23- <i>bis</i> | p. 52 |
| 6.3 <i>Segue</i> : Il Referendum di giugno 2011 e la conseguente abrogazione dell'art. 23- <i>bis</i> del D.L. 112/2008 e del suo Regolamento attuativo..... | p. 53 |
| 7. Le novità apportate dalla manovra economica del 2011. L'art. 4 del D.L. 13 agosto 2011 n. 138, così come modificato dalla Legge 12 novembre 2011 n. 183 e dal D.L. 24 gennaio 2012 n. 1. | p. 57 |
| Appendice normativa sulla disciplina dei servizi pubblici locali..... | p. 64 |

CAPITOLO III

La disciplina del trasporto pubblico locale in Italia

| | |
|--|--------|
| 1. Introduzione. Il trasporto pubblico locale come species di servizio pubblico locale..... | p. 89 |
| 2. Il riparto della competenza legislativa in materia di trasporto pubblico locale..... | p. 91 |
| 3. La disciplina del trasporto pubblico locale dalle origini ad oggi..... | p. 93 |
| 3.1 Le novità introdotte dal D.Lgs. 19 novembre 1997, n. 422 c.d. Decreto Burlando..... | p. 97 |
| 3.2. Il raccordo tra la disciplina settoriale del trasporto pubblico locale e la disciplina generale dei servizi pubblici locali..... | p. 105 |
| 4. Il Regolamento CE n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2007..... | p. 108 |

5. La disciplina delle modalità di affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale a seguito del referendum abrogativo di giugno 2011.....p. 115

CAPITOLO IV

***L'in house providing* come forma di affidamento dei servizi pubblici**

1. Il modello organizzativo dell'in house providing.....p. 122

2. I concetti di “amministrazione aggiudicatrice” e di “organismo di diritto pubblico” nell'ambito della disciplina sugli appalti pubblici.....p. 126

3. Le sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità Europee in materia di in house providing.....p. 129

3.1. La sentenza Teckal del 18 novembre 1999.....p. 129

3.1.1. Il requisito del controllo analogo.....p. 132

3.1.2. Il requisito dell'attività prevalente.....p. 133

3.2. Le sentenze Stadt Halle e Co.Na.Me.....p. 134

3.3. Le sentenze Mödling e Parking Brixen.....p. 136

3.4. La sentenza Anav.....p. 138

3.5. La sentenza Carbotermo.....p. 139

BIBLIOGRAFIA.....p. 140

RINGRAZIAMENTI..... p. 150

INTRODUZIONE

Obiettivi e metodo della ricerca.

Il progetto di ricerca da me sviluppato nel corso del Dottorato di Ricerca in Diritto dei Trasporti Europeo si prefigge di analizzare quella particolare forma di affidamento diretto dell'erogazione di servizi pubblici locali (da intendersi come l'insieme di tutte quelle attività preordinate al soddisfacimento di interessi essenziali della collettività) denominata *in house providing*.

Per procedere all'inquadramento del suddetto istituto giuridico non è possibile prescindere da una premessa sulle forme di gestione del "mercato pubblico" da parte della Pubblica Amministrazione, ovvero dall'analisi delle modalità in cui la stessa procede all'acquisizione dei beni e dei servizi che le sono necessari per il perseguimento delle proprie finalità e per la soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento.

In generale, la pubblica amministrazione può soddisfare le sue esigenze secondo due diverse modalità: ricorrendo al libero mercato come qualsiasi altro operatore economico oppure auto-producendo i beni e i servizi di cui necessita. Infatti, nonostante il diritto comunitario imponga il rispetto dei principi cardine del mercato interno, lascia impregiudicato il potere di auto-organizzazione in capo alle pubbliche amministrazioni negli Stati membri, le quali potranno scegliere di agire "in economia" o di ricorrere alle prestazioni di operatori terzi. Ciò nasce in considerazione del fatto che la PA non sempre si pone sul mercato come un qualsiasi operatore privato e che la stessa è vincolata al rispetto dei principi di imparzialità, buon andamento ed efficienza.

Quando si rivolge al mercato, ricorrendo agli istituti dell'appalto o della concessione di lavori o di servizi, la pubblica amministrazione pone in essere un'attività contrattuale di diritto privato e deve rispettare quanto disposto della normativa comunitaria.

Anche se non esiste nel Trattato CE alcuna norma che faccia specifico riferimento ad appalti e concessioni, la disciplina è sottoposta al rispetto dei principi generali del mercato interno e al rispetto delle norme sulla leale concorrenza. In particolare, mentre gli appalti sono stati compiutamente disciplinati da apposite direttive, le concessioni non sono dotate di una disciplina *ad hoc* e rispondono di conseguenza ai principi fondamentali stabiliti dal Trattato¹.

Ad ogni modo, sia gli appalti che le concessioni presentano un tratto comune poiché in tutti i casi in cui la PA si rivolge a terzi deve rispettare i principi di concorrenza e trasparenza del mercato interno, osservando in particolare la regola della gara pubblica. La disciplina comunitaria sugli

¹ Cfr. Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni, 12 aprile 2000, 2000/C 121/02; CGCE 18 novembre 1999, Unitron Scandinavia A/S, in causa n. C-275/98, in Racc. 1999, pp. I-8291; CGCE 7 dicembre 2000, Teleaustria GmbH e Telefonadress GmbH c. Telekom Austria AG, in causa C-324/98, in Racc. 2000, pp. I-10745.

appalti pubblici, elaborata a partire dai primi anni settanta, persegue l'obiettivo immediato di realizzare l'integrazione economica tra gli Stati membri ed attuare i principi e le libertà contenuti nei Trattati (e, in particolare, dei principi di libera circolazione dei beni e dei servizi, del diritto di stabilimento, del principio di non discriminazione e parità di trattamento), fermo restando che la tutela del mercato e della concorrenza rappresentano solo uno degli strumenti per garantire le condizioni di sviluppo delle imprese, in quanto solo la crescita di tali imprese consente il corretto impiego delle risorse finanziarie pubbliche ed uno sviluppo economico che permetta di migliorare la qualità della vita dei cittadini dell'Unione europea.

A differenza dei privati che, disponendo di un patrimonio individuale e regolamentando interessi individuali, godono di un'ampia autonomia nella scelta della controparte negoziale e nella fissazione del regolamento contrattuale, gli enti pubblici, nell'esercizio della loro capacità contrattuale, devono osservare, oltre ai principi del diritto civile e alle regole proprie del contratto che intendono porre in essere, anche una disciplina speciale prevista dall'ordinamento al fine di orientare l'attività negoziale di diritto privato verso finalità pubblicistiche. Come noto, infatti, gli effetti giuridici scaturenti dall'attività negoziale posta in essere dagli enti pubblici ricadono su un patrimonio costituito da denaro della collettività e assoggettato dall'ordinamento alla realizzazione di finalità pubbliche: proprio sulla base di tale considerazione ben si giustificano le particolari cautele che il legislatore ha introdotto nel regolamentare l'esercizio dell'autonomia negoziale della P.A.

Ogni contratto di diritto privato posto in essere da un ente pubblico risulta infatti regolato da una disciplina speciale di natura pubblicistica che si preoccupa di regolare l'esercizio della potestà contrattuale dell'ente stesso sotto il profilo procedimentale, nonché da una disciplina di natura privatistica che si inserisce nell'esecuzione del rapporto contrattuale integrando e/o derogando il dettato del codice civile.

Tale complesso *corpus* normativo al quale risultano generalmente vincolati i contratti conclusi dalla P.A. è quello che connota la categoria del diritto amministrativo della "evidenza pubblica" con la quale si indica generalmente quel complesso di norme di azione e, in particolare quella procedura che l'amministrazione deve seguire per giungere alla conclusione di un contratto al fine di esercitare correttamente la propria autonomia negoziale e realizzare nel modo migliore l'interesse ad ottenere la prestazione più vantaggiosa. È pacifico, ad ogni modo, che la presenza del diritto pubblico nel procedimento di formazione della volontà contrattuale da parte dell'amministrazione non altera la natura giuridica del negozio posto in essere tra ente pubblico e privato che resta appunto quella di contratto ai sensi dell'art. 1321 c.c.

L'introduzione del modello procedimentale dell'evidenza pubblica nell'ordinamento risponde ad esigenze ben precise, ovvero quella di evitare abusi ai danni dello Stato e quella di rendere evidenti le motivazioni che determinano la P.A. a stipulare un contratto con un determinato contraente, al fine di verificare la loro idoneità a perseguire l'interesse pubblico di volta in volta individuato.

La dottrina ha identificato una triplice *ratio* dell'istituto dell'evidenza pubblica e, precisamente:

- a) garantire alla P.A. le condizioni contrattuali più convenienti mediante l'incoraggiamento della concorrenza tra i privati;
- b) assicurare la par condicio dei concorrenti nello svolgimento del procedimento concorsuale;
- c) garantire la massima trasparenza dell'azione amministrativa.

La fase fondamentale che vale a caratterizzare la procedura dell'evidenza pubblica è senza dubbio quella gara o, altrimenti detto, del confronto concorrenziale. È ovvio, infatti, che ogniqualvolta un soggetto abbia necessità di procurarsi beni o altre utilità si attiverà alla ricerca di condizioni più vantaggiose possibili. L'esigenza di conseguire la prestazione più conveniente dal punto di vista economico vale a maggior ragione per un ente pubblico che si trova a gestire denaro pubblico e ha dunque il dovere di conseguire la prestazione migliore a fronte di costi minimi.

A partire dagli anni 70, il principio della gara è stato assunto a principio cardine anche da parte della normativa comunitaria in materia di appalti di lavori, servizi e forniture, posto che le direttive comunitarie hanno introdotto con frequenza sempre maggiore una normativa uniforme per garantire la trasparenza e la concorrenza nelle procedure di aggiudicazione degli appalti, al fine di promuovere l'effettiva realizzazione dei principi comunitari di libera circolazione delle merci, dei servizi, dei capitali nonché della libertà di stabilimento. Tuttavia, il sistema comunitario che impone il ricorso alle gare pubbliche è temperato da tutta una serie di eccezioni e deroghe.

Ad esempio l'istituto del partenariato pubblico-privato (PPP), definito dal legislatore comunitario come l'insieme di quelle "forme di cooperazione tra le autorità pubbliche e il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio"², è stato ammesso senza riserve in quanto ritenuto rispettoso dei principi comunitari sulla libera concorrenza, sulla base del fatto che la gara indetta per scegliere il socio privato sopperirebbe all'essenza di gara per l'affidamento del servizio.

Pertanto, è pacifico che la pubblica amministrazione gode di uno spazio decisionale in relazione al *modus operandi* con cui perseguire i propri scopi istituzionali, posto che la stessa può ricorrere all'esternalizzazione così come può provvedere all'autoproduzione dei servizi pubblici. È proprio nell'ambito di tale libertà di scelta che nasce e si sviluppa l'istituto dell'*in house providing*.

² Cfr. Commissione delle Comunità Europee, Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, 30/04/2004, COM (2004) 327.

Con la locuzione di derivazione comunitaria *in house providing* si definisce quel modello organizzativo mediante il quale le pubbliche amministrazioni realizzano le attività di loro competenza attraverso i propri organismi, cioè senza ricorrere al libero mercato per procurarsi i lavori, i servizi e le forniture ad esse occorrenti o per erogare alla collettività prestazioni di pubblico servizio, in deroga ai principi comunitari sulla tutela della concorrenza stabiliti nel Trattato istitutivo della Comunità Europea, che invece imporrebbero lo svolgimento di gare ad evidenza pubblica per l'affidamento di tali servizi.

La consacrazione dell'istituto dell'*in house providing*, che nacque nel Regno Unito per consentire una maggiore flessibilità d'azione alle nuove tipologie di organizzazione della pubblica amministrazione, si attribuisce alla famosa sentenza Teckal emanata nel 1999 dalla Corte di Giustizia CE³, la quale ha ammesso tale forma di affidamento qualora integri delle precise condizioni delineate dalla Corte stessa.

Lo sforzo ermeneutico della Corte di Giustizia ha permesso di stabilire caratteristiche e limiti dell'*in house providing*. La prima constatazione è che non vi è alcuna questione se la PA affida in via diretta un incarico a un proprio ente strumentale non dotato di autonoma personalità giuridica, ma, al contrario, se l'amministrazione conclude un accordo con un ente da essa stessa controllato ma dotato di autonoma personalità giuridica occorre stabilire se sia necessario il ricorso alle procedura di evidenza pubblica. Pertanto, come chiarito dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale, affinché la procedura di gara non sia necessaria, occorre che tra l'amministrazione e il prestatore ci sia sostanziale identità, nonostante le distinte personalità giuridiche, in modo tale da configurare il contratto tra le stesse intercorso come un atto di organizzazione interna.

La materia degli affidamenti diretti è oggi di grande attualità poiché, nonostante la costante opera di adeguamento ed interpretazione della giurisprudenza comunitaria e nazionale, permangono forti ambiguità in ordine ai requisiti e ai presupposti necessari per poter considerare legittimi gli affidamenti diretti in materia di servizi pubblici locali aventi rilevanza economica. Questo è dovuto soprattutto al fatto che in materia non esiste ancora una legislazione consolidata né tantomeno un'univoca definizione legislativa di affidamento *in house*.

Come noto, l'Unione Europea è una realtà a tutt'oggi in divenire, una creatura dai contorni politici e giuridici in continua crescita ed espansione. Il diritto comunitario, anche grazie alle singole esperienze degli Stati membri della UE, cresce e si specializza giorno dopo giorno, imponendosi sulle singole legislazioni nazionali e andando a colmare le loro lacune mediante l'introduzione di nuovi istituti giuridici che non avevano ancora trovato regolamentazione oppure erano disciplinati

³ Causa C-107/98, 18 novembre 1999, Teckal S.r.l. c. Comune di Viano e Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, in Racc. 1999, pp. 1-8121.

in modo insoddisfacente o ancora presentavano profili di illegittimità alla luce dei principi espressi nel Trattato CE.

Il Diritto dei Trasporti rappresenta sicuramente un esempio di questo *trend* evolutivo in quanto afferente ad un settore che per lungo tempo non è stato particolarmente interessato dall'attività normativa comunitaria, per poi conoscere una repentina e fiorente regolamentazione solo in tempi più recenti. La materia del trasporto oggi rappresenta uno degli obiettivi comunitari di maggior interesse poichè coinvolge aspetti di basilare importanza per la vita della Comunità Europea, aspetti in primo luogo economici, ma anche sociali e culturali. Lo testimonia il fatto che il Libro Bianco sui Trasporti del 2001, nel riassumere tutti i progetti comunitari di ampio respiro in materia di trasporto, ritenesse necessario il decorso di almeno trent'anni prima che si possa ritenere concluso il processo volto ad instaurare un sistema veramente sostenibile.

Per ciò che concerne la situazione nazionale, bisogna ricordare che l'Italia vanta una lunga e consolidata tradizione in materia di servizi pubblici locali in quanto fu uno dei primi Paesi sulla scena europea ad adottare, in epoca giolittiana, una legislazione in materia, con la cosiddetta "Legge sulle municipalizzazioni" (Legge n. 103 del 29 marzo 1903).

Tuttavia, dagli anni 90 la materia dei servizi pubblici locali è stata oggetto di una vera e propria alluvione normativa che ancora oggi non permette agli interpreti e agli operatori del diritto di poter individuare un regime degli affidamenti certo e stabile.

L'obiettivo precipuo che il mio progetto di ricerca si è prefissato di raggiungere è quello di analizzare i molteplici problemi posti dall'evoluzione tuttora in corso di un aspetto specifico, e di grande rilevanza, del settore dei trasporti, quale è l'affidamento dei servizi pubblici ad esso relativi, e come le novità apportate a livello comunitario andranno ad incidere sulla legislazione nazionale derivata e sull'interpretazione giurisprudenziale, in primis osservando gli effetti dell'entrata in vigore del Reg. CE 1370/2007.

In tal senso, l'analisi svolta è stata diretta a stabilire se gli affidamenti *in house* siano da considerare ammissibili anche per il trasporto pubblico locale italiano, con quali limiti ed a quali condizioni. Inoltre, si è proceduto ad interrogarsi su quale sarà la disciplina dell'affidamento *in house* nel trasporto pubblico locale in futuro e quali siano gli spazi al riguardo riconosciuti al legislatore regionale.

Capitolo I

La definizione di “servizio pubblico locale” a livello nazionale e comunitario.

SOMMARIO: -1. Introduzione. La definizione di “servizio pubblico” e di “servizio pubblico locale”. -2. I servizi pubblici nel diritto comunitario. Il concetto di “servizio di interesse economico generale”. -3. Autoproduzione o *contracting-out*: una scelta rimessa al libero arbitrio della Pubblica Amministrazione.

1. Introduzione. La definizione di “servizio pubblico” e di “servizio pubblico locale”.

Nella maggior parte dei casi, chiunque si accinge a redigere uno scritto di carattere giuridico, assume come punto di riferimento la definizione dell'istituto oggetto della propria trattazione.

Questa opportuna premessa definitoria, tuttavia, non appare realizzabile allorquando si verte in materia di servizi pubblici, dal momento che, come noto, nell'ordinamento italiano non esiste una disciplina generale da cui si possa ricavare una nozione giuridicamente precisa di servizio pubblico. La stessa Costituzione, all'art. 43⁴, menziona i servizi pubblici ma non provvede a definirli.

In verità esistono alcuni riferimenti normativi idonei ad orientare l'interprete nell'identificazione del concetto di servizio pubblico. Tra questi, ad esempio, la definizione di servizio pubblico essenziale contenuta nell'art. 1, comma 2, della l. 12 giugno 1990, n. 146⁵ secondo il quale “*sono considerati servizi pubblici essenziali, indipendentemente dalla natura giuridica del rapporto di lavoro, anche se svolti in regime di concessione o mediante convenzione, quelli volti a garantire il godimento dei diritti della persona, costituzionalmente tutelati, alla vita, alla salute, alla libertà ed alla sicurezza, alla libertà di circolazione, all'assistenza e previdenza sociale, all'istruzione ed alla libertà di comunicazione*”; nonché la definizione di incaricato di pubblico servizio di cui al disposto dell'art. 358, comma 2, del c.p., ove il servizio pubblico viene definito “*un'attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, ma caratterizzata dalla mancanza dei*

⁴ Art. 43 Cost: “*A fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale*”.

⁵ Legge 12 giugno 1990, n. 146 recante “*Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali e sulla salvaguardia dei diritti della persona costituzionalmente tutelati. Istituzione della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge*”, così come modificata dalla Legge 11 aprile 2000, n. 83.

poteri tipici di questa ultima". Tuttavia, si tratta di definizioni settoriali e scarse, dalle quali non è possibile enucleare un concetto univoco di servizio pubblico⁶.

Purtroppo, nemmeno la più eminente dottrina nazionale è mai riuscita ad elaborare una univoca nozione di servizio pubblico⁷, a fronte della difficoltà di operare una *reconductio ad unitatem* tutti i numerosi aspetti che connotano tale istituto.

Ad ogni modo, l'individuazione della fattispecie servizio pubblico è estremamente rilevante, dal momento che alla qualificazione di un'attività come servizio pubblico la normativa nazionale e comunitaria riconnette tutta una serie di conseguenze sul piano giuridico. Il tema dei servizi pubblici è sempre stato oggetto di un prolifico dibattito dottrinale posto che lo stesso reca al suo interno interessi eterogenei e contrapposti, quali esigenze di governo pubblico del mercato e di sviluppo dell'iniziativa privata, istanze sociali ed economicità della gestione⁸.

Appare d'uopo ricordare brevemente, per esigenze di completezza della trattazione, come, in merito alla qualificazione dei servizi pubblici, si siano avvicendate in passato due opposte teorie: quella soggettiva e quella oggettiva. Secondo la teoria soggettiva⁹, che veniva elaborata durante la fase storica delle municipalizzazioni, ossia nel periodo coincidente con l'emanazione della cosiddetta "Legge Giolitti" (Legge 29 marzo 1903, n. 103), il carattere pubblico di un servizio era la diretta conseguenza della decisione, assunta da un soggetto pubblico, di predisporre, organizzare e gestire una determinata attività, reputando la stessa di interesse collettivo ed escludendo conseguentemente che essa potesse essere rimessa alla libera iniziativa economica.

⁶ Cfr. Carmine Volpe, *Servizi pubblici, concessione, risoluzione e giurisdizione: certezze e incertezze del sistema*, in *Urbanistica e appalti*, 5/2005.

⁷ Ad esempio Francesco Caringella, *Il diritto amministrativo*, Napoli, Edizioni giuridiche Simone, 2001, p. 902, afferma che "il servizio pubblico comprende tutte quelle attività *latu sensu* economiche, soggette ad un particolare regime per la rilevanza sociale degli interessi perseguiti indipendentemente dall'imputazione soggettiva a pubblici poteri". Secondo Elio Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2000, p. 618, "il servizio pubblico è la complessa relazione che si instaura tra soggetto pubblico ed utenti, avente ad oggetto le prestazioni di cui il primo, predefinendone i caratteri attraverso la individuazione del programma del servizio, garantisce, direttamente o indirettamente, l'erogazione, al fine di soddisfare in modo continuativo i bisogni della collettività di riferimento. Il servizio è dunque "pubblico" in quanto reso al pubblico e per la soddisfazione dei bisogni della collettività, nonché in ragione del fatto che un soggetto pubblico lo assume come doveroso".

⁸ Laura Cesarini, *Il servizio pubblico locale: evoluzione e prospettive tra principio di sussidiarietà e regime di concorrenza*, in www.diritto.it: "Le prime teorie del diritto amministrativo distinguevano tra funzione e servizio di un pubblico potere intendendosi per funzione l'attività giuridica autoritativa posta in essere nell'esercizio di una potestà giuridica e per servizio il risultato dell'ingerenza dello Stato in settori a prevalente carattere economico e produttivo, senza estrinsecazione di un potere sovrano. Oggi tale distinzione può dirsi superata e ricercare l'essenza del pubblico servizio significa porre un problema di carattere storico e istituzionale oltre che giuridico. Infatti, come è stato giustamente evidenziato, la questione investe, da un lato, le motivazioni dell'intervento pubblico nell'economia e, dall'altro, le trasformazioni dello Stato e dell'Amministrazione nei rapporti con la società civile".

⁹ Il più importante fautore della teoria soggettiva dei servizi pubblici fu Vittorio Emanuele Orlando. Si veda in proposito la sua *Introduzione al diritto amministrativo*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1900.

La successiva, e ancor oggi prevalente, teoria oggettiva¹⁰ del servizio pubblico, invece, prescindeva dal carattere pubblico o privato del soggetto deputato ad occuparsi di una determinata attività e privilegiava la qualificazione della stessa come servizio pubblico in relazione alla sua rispondenza alla pubblica utilità e al pubblico interesse, ponendo pertanto l'accento sui destinatari dell'attività, piuttosto che sui soggetti preposti alla sua erogazione. Il superamento della concezione soggettiva del servizio pubblico prese le mosse dal combinato disposto degli artt. 41 e 43 della Carta Costituzionale, dal quale si ricavò che la possibilità di collettivizzare i servizi pubblici presuppone che vi siano servizi pubblici non in mano ai pubblici poteri e si pose l'accento sui possibili programmi e controlli posti dall'autorità nei confronti dell'iniziativa economica privata per funzionalizzarla all'interesse generale.

In particolare, emerse che per servizio pubblico deve intendersi, indipendentemente dal soggetto che la pone in essere, ogni attività economica, pubblica o privata, sottoposta ai programmi e ai controlli ritenuti dalla legge opportuni per indirizzarla e coordinarla a fini sociali in quanto l'art. 43 Cost. fa preesistere la qualificazione di servizio pubblico rispetto alla riserva e al suo trasferimento in mano pubblica.

Sicuramente un valido contributo per fare chiarezza in materia e stabilire una definizione attuale di servizio pubblico è rappresentato dalla Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 27 gennaio 1994¹¹ recante *“Principi sull'erogazione dei servizi pubblici”*, secondo la quale *“sono considerati servizi pubblici, anche se svolti in regime di concessione o mediante convenzione, quelli volti a garantire il godimento dei diritti della persona, costituzionalmente tutelati, alla salute, all'assistenza e previdenza sociale, alla istruzione e alla libertà di comunicazione, alla libertà e alla sicurezza della persona, alla libertà di circolazione, ai sensi dell'art. 1 della legge 12 giugno 1990, n. 146, e quelli di erogazione di energia elettrica, acqua e gas”*.

Anche l'elaborazione giurisprudenziale ha voluto dare il proprio contributo nella materia *de qua*, specificando che *“per servizio pubblico si intende qualsiasi attività che si concretizzi nella produzione di beni o servizi in funzione di un'utilità per la comunità locale, non solo in termini economici ma anche in termini di promozione sociale, purché risponda ad esigenze di utilità generale o ad essa destinata in quanto preordinata a soddisfare interessi collettivi”* (Cons. di Stato, 9 maggio 2001 n. 2605¹²).

¹⁰ Il maggior esponente della teoria oggettiva è da individuare in Umberto Pototsching, *I servizi pubblici*, Cedam, Padova, 1964. Si legga in proposito quanto scritto nel volume di D. Sorace, *La riflessione giuridica di Umberto Pototsching; i servizi pubblici*, in *Diritto pubblico*, 2002, p. 583 ss.

¹¹ In G.U. 22 febbraio 1994, n. 43.

¹² In *Riv. Corte dei Conti* 2001, 3, 281.

Ad ogni modo, tornando all'ambito di indagine che qui interessa, si rileva come, con riferimento agli enti territoriali, nell'ambito del concetto generale di servizio pubblico, sia individuabile quello di **servizio pubblico locale**.

Con il termine “servizi pubblici locali” si definisce quel complesso di servizi organizzati ed erogati dagli enti locali minori, che sono i Comuni e le Province. Si può quindi affermare che i servizi pubblici locali rappresentano una *species* all'interno del più ampio *genus* dei servizi pubblici. Come noto, si tratta di una serie molto cospicua di attività di interesse della collettività locale, dai trasporti all'illuminazione pubblica, dalle farmacie alla nettezza urbana, che possono essere svolte tanto dallo stesso ente locale, attraverso suoi organi o enti o società partecipate, tanto da imprenditori privati legati all'ente da uno speciale rapporto convenzionale. In dottrina¹³ i servizi pubblici locali sono stati definiti come quelle attività economiche in astratto suscettibili di essere organizzate in forma di impresa, che si caratterizzano per la loro diretta ed immediata finalizzazione alla soddisfazione di un bisogno primario della collettività locale.

Caratteristica precipua dei servizi pubblici locali è quella di essere gli unici ad aver vantato una disciplina di carattere generale, ovvero quella contenuta nel Testo Unico n. 267 del 2000 (Testo Unico degli Enti Locali) e nei successivi interventi del legislatore. Una prima definizione legislativa dei servizi pubblici locali, seppur scarna, si ricavava dall'art. 22 della Legge 142/1990, successivamente confluito nell'art. 112 del TUEL, ai sensi del quale sono tali “*i servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali*”. La medesima definizione si rinviene ora nell'articolo 4, comma 5, del DL 138/2011, convertito con modificazioni in legge 14 settembre 2011, n. 148¹⁴.

Sulla base di tale definizione è possibile concludere, quindi, che il servizio pubblico assume la denominazione di locale quando è caratterizzato dai seguenti elementi:

- imputabilità all'ente locale del servizio;
- oggetto del servizio consistente nella produzione di beni ed attività destinati alla comunità locale;
- scopo consistente nella realizzazione di fini sociali e nella promozione e sviluppo delle comunità locali.

¹³ Cfr. Marco Dugato, *I servizi pubblici locali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Parte speciale, vol. III, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 2595 ss.

¹⁴ Cfr. Capitolo II.

2. I servizi pubblici nel diritto comunitario. Il concetto di “servizio di interesse economico generale”.

Occorre preliminarmente precisare che in ambito comunitario, non sussiste una categoria di servizio pubblico esattamente corrispondente a quella del diritto interno, e ciò proprio in quanto si tratta di una nozione non univoca, che può essere utilizzata nei diversi ordinamenti con significati differenti¹⁵.

In effetti, l'unica norma del Trattato CE in cui la locuzione “servizio pubblico” è espressamente utilizzata è l'art. 93 del TFUE (ex art. 73 TCE), disposizione avente ad oggetto la regolamentazione del solo settore dei trasporti, ove viene sancita la legittimità degli aiuti statali “*richiesti dalle necessità del coordinamento dei trasporti ovvero corrispondenti al rimborso di talune servitù inerenti alla nozione di pubblico servizio*”.

L'assenza di una definizione univoca del servizio pubblico all'interno del diritto comunitario, tuttavia, non deve essere intesa come manifestazione di disinteresse per la materia *de qua*, posto che il legislatore europeo, nel rispetto delle differenti tradizioni giuridiche degli Stati membri, ha preferito utilizzare delle categorie concettuali di più ampio respiro quali quelle di “*servizio di interesse economico generale*” e di “*servizio di interesse generale*”¹⁶. Questa presa di coscienza in merito alla artificiosità di una *reconductio ad unitatem* delle nozioni di servizio pubblico presenti nelle legislazioni dei diversi Stati membri ha indotto il legislatore comunitario ad accantonare, almeno per ora, il progetto di adozione di una direttiva quadro sui servizi di interesse generale¹⁷.

¹⁵ Cfr. Leila Tessarolo, *I servizi pubblici e la politica comunitaria della concorrenza*, 2 novembre 2005, disponibile sul sito internet www.dirittodeiserviziubblici.it.

¹⁶ La Commissione Europea, nel Libro Verde sui servizi di interesse generale chiarisce il suo approccio alla materia dei servizi pubblici, affermando che “*La realtà dei servizi di interesse generale che comprendono servizi sia di interesse economico che non economico è complessa e in costante evoluzione. Riguarda un'ampia gamma di attività diverse: le attività delle grandi industrie di rete (energia, servizi postali, trasporti e telecomunicazioni) la sanità, l'istruzione e i servizi sociali; attività che hanno dimensioni diverse, dal livello europeo o persino mondiale a quello puramente locale; attività che hanno una natura diversa, dalle attività di mercato a quelle non di mercato. L'organizzazione di questi servizi varia in base alle tradizioni culturali, alla storia e alla conformazione geografica di ciascuno Stato membro, alle caratteristiche delle attività svolte, in particolare allo sviluppo tecnologico. L'Unione europea rispetta questa diversità e il ruolo delle autorità nazionali regionali e locali nel garantire il benessere dei loro cittadini e le scelte democratiche relative fra l'altro al livello della qualità dei servizi. Questa diversità spiega i diversi livelli di intervento della Comunità e l'uso di strumenti differenti*”.

Estremamente interessante è l'analisi sui servizi di interesse economico generale svolta da Gian Franco Cartei nel suo contributo *I servizi di interesse economico generale tra riflusso dogmatico e regole di mercato*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, vol. 5, pp. 1219-1236.

¹⁷ Cfr. Libro Bianco sui servizi di interesse generale, pag. 12: “*Uno dei problemi principali sollevati dal Libro verde riguardava la necessità di una direttiva quadro sui servizi di interesse generale. I pareri espressi a tal riguardo nell'ambito della consultazione pubblica rimanevano divisi e il Parlamento europeo e diversi Stati membri hanno reagito con scetticismo. Pertanto, non si è potuto stabilire con certezza che l'elaborazione di una direttiva quadro rappresenterebbe in questa fase la strategia più adeguata. Inoltre, nella consultazione non è stato finora dimostrato il valore aggiunto di un eventuale quadro orizzontale rispetto ad un approccio settoriale. La Commissione ritiene quindi opportuno allo stato attuale non presentare una proposta e riesaminare la questione in una fase successiva*”.

In particolare, il termine “servizio di interesse economico generale” viene in rilievo negli artt. 14 e 106 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea - TFUE (ex artt. 16¹⁸ e 86, comma 2¹⁹, del Trattato Ce) e nell'art. 36²⁰ della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, anche se nessun testo legislativo provvede a spiegare compiutamente cosa si intenda con questa espressione.

Si rileva, in prima battuta, come l'art. 57 del TFUE (ex art. 50 TCE) consideri “servizi” tout court *“le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone”* fornendo un definizione degli stessi che non consente alcun collegamento tra il concetto di servizio e la gestione pubblicistica.

Negli articoli 14 (ex art. 16 TCE) e 106, par. 2 (ex art. 86 TCE), del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, si rinviene l'espressione “servizi di interesse economico generale”, che tuttavia, non viene definita né all'interno del trattato, nè nella normativa derivata.

Ancora, la lettura dell'art. 106, par. 2, TFUE, in base al quale *“Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme del presente trattato e in particolare alle regole della concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata”* conduce a sottoporre i servizi alle regole della concorrenza e dunque, in linea di massima, alla libera iniziativa dei privati in base al principio di sussidiarietà orizzontale. Tale impostazione tendenziale, tuttavia, trova un limite nel servizio pubblico, ovvero nella necessità di soddisfare, anche a scapito delle regole di concorrenza, gli interessi generali sottesi al servizio stesso.

Ad ogni modo, la definizione di servizio pubblico a livello comunitario deve necessariamente prendere le mosse dai principi contenuti nella Comunicazione sui servizi d'interesse generale in

¹⁸ Ai sensi dell'art. 14 TFUE (ex art. 16 TCE) *“Fatti salvi l'art. 4 del Trattato sull'Unione europea e gli artt. 93, 106 e 107 del presente trattato, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono tali principi e fissano tali condizioni, fatta salva la competenza degli Stati membri, nel rispetto dei trattati, di fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi.”*

¹⁹ Ai sensi dell'art. 106 TFUE (ex art. 86 TCE) *“1. Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei trattati, specialmente a quelle contemplate dagli artt. 18 e da 101 a 109 inclusi. 2. Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata, lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione. 3. La Commissione vigila sull'applicazione delle disposizioni del presente articolo rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive o decisioni.”*

²⁰ Art. 36 della Carta dei diritti fondamentali: *“Al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione, questa riconosce e rispetta l'accesso ai servizi d'interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente al trattato che istituisce la Comunità europea”.*

Europa presentata dalla Commissione Europea nel 1996²¹. In tale comunicazione, la Commissione, oltre a ribadire l'importanza di tali servizi per il conseguimento degli obiettivi fondamentali dell'Unione europea, ha precisato come, a suo parere, gli stessi, il mercato interno e la politica in materia di concorrenza della Comunità, lungi dall'essere incompatibili, fossero invece complementari per il conseguimento degli obiettivi fondamentali del Trattato.

Un importante contributo alla definizione di tali servizi è fornito dal Libro Verde sui servizi di interesse generale del 2003²² e dal successivo Libro Bianco sui servizi di interesse generale del 2004²³. Tali testi chiariscono 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. E' 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”* e che *“L'espressione “servizi di interesse economico generale” è utilizzata negli articoli 16 e 86, paragrafo 2 del trattato. Non è definita nel trattato o nella normativa derivata. Tuttavia, nella prassi comunitaria vi è ampio accordo sul fatto che l'espressione si riferisce 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. Il concetto di servizi di interesse economico generale riguarda in particolare alcuni servizi forniti dalle grandi industrie di rete quali i trasporti, i servizi postali, l'energia e la comunicazione. Tuttavia, il termine si estende anche a qualsiasi altra attività economica soggetta ad obblighi di servizio pubblico”*.

La Commissione europea nel Libro Verde del 2003 ha precisato che:

- la distinzione è determinante per l'applicazione delle norme sulla concorrenza, che si applicano solo alle attività economiche;
- la distinzione ha carattere dinamico ed evolutivo e per tanto sarebbe impossibile fissare a priori un elenco definitivo dei servizi dell'uno e dell'altro tipo;
- in concreto per la qualificazione di un determinato servizio occorre valutare l'esistenza o meno di uno scopo precipuamente lucrativo, l'assunzione dei rischi connessi all'attività, l'eventuale finanziamento.

A livello comunitario, pertanto, la disciplina dei servizi pubblici è materia complessa che interessa al tempo stesso l'ambito della concorrenza e quello del mercato interno e, inoltre, è retta dai principi

²¹ Commissione Europea, Comunicazione dell'11 settembre 1996, *I servizi di interesse generale in Europa*, in G.U.C.E., 26 settembre 1996, n. 281, successivamente modificata dalla Comunicazione della Commissione europea del 20.9.2000, *I servizi di interesse generale in Europa*, in G.U.C.E., 19 gennaio 2001.

²² COM (2003) 270, in G.U.C.E. C 76 del 25 marzo 2004.

²³ COM (2004) 374.

di sussidiarietà e proporzionalità, posto che la competenza dell'Unione europea si esplica nei limiti delle sole attribuzioni espressamente conferite dai Trattati e nella misura strettamente necessaria, lasciando quindi ampio spazio di normazione agli Stati ed alle loro articolazioni territoriali.

L'art. 106 TFUE guarda al modo con cui i servizi pubblici si inseriscono in un ambiente economico in cui vige il principio dell'apertura dei mercati mentre gli artt. 49 e 56 del medesimo Trattato incidono sulle modalità di affidamento dei servizi pubblici nel Mercato unico, investendo di conseguenza la disciplina degli appalti pubblici e delle concessioni regolata da norme secondarie specifiche, in particolare dalle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE .

Il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea firmato a Lisbona all'art. 14 (ex art. 16 TCE) sottolinea con forza la responsabilità comune dell'Unione europea e degli Stati membri, stabilendo una solida base giuridica alle azioni della UE, ma insieme rafforzando il principio di sussidiarietà che sorregge l'attività normativa degli Stati nell'ambito dei limiti fissati dal Trattato e dalle norme comunitarie secondarie.

E' in questo quadro disciplinare che la Corte di giustizia ha sviluppato criteri applicativi e principi generali noti sotto il nome di *in-house providing* tendenti a contenere gli effetti devianti che la libertà degli Stati riguardo ai propri servizi pubblici potrebbe produrre onde rafforzare il modello di organizzazione economica assunto ad obiettivo del Trattato.

3. Auto-produzione o *contracting-out* in materia di servizi pubblici locali: una scelta rimessa al libero arbitrio della Pubblica Amministrazione.

Come noto, il sistema delle fonti nel settore dei servizi pubblici locali negli ultimi anni ha subito profondi mutamenti di disciplina a livello nazionale, soprattutto in seguito alla riforma del Titolo V della Costituzione Italiana. Inoltre, lo stesso è stato al centro di un dibattito particolarmente intenso, fortemente influenzato dagli orientamenti emersi in ambito comunitario.

Tutto ciò ha dato vita ad un consistente *corpus* normativo che risente della stratificazione di disposizioni più volte modificate che, tra l'altro, hanno lasciato agli enti locali grossi margini di discrezionalità, spesso non utilizzati nel modo più appropriato²⁴ con conseguenti incertezze nei comportamenti giuridici.

²⁴ Cfr. Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, *Disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Segnalazione ai sensi dell'articolo 6, comma 7, lett. e) ed f) del decreto legislativo n. 163 del 12 aprile 2006*, dd. 3 giugno 2010, disponibile sul sito www.avcp.it: "L'Autorità ha, altresì, condotto, nel corso degli ultimi anni, diverse indagini conoscitive e settoriali. In numerosi casi, tali indagini hanno portato a riscontrare la non conformità degli affidamenti alle normative generali e settoriali applicabili, unitamente ad un diffuso ricorso all'*in house providing*, oltre i limiti consentiti. Da un punto di vista più generale, gli approfondimenti effettuati hanno posto in rilievo la persistente incompiutezza del processo di transizione dei servizi pubblici locali verso assetti di mercato concorrenziali, in larga parte dovuta a profili critici propri dell'architettura complessiva del sistema"; "La lenta e

Il profondo cambiamento della concezione dei servizi pubblici si sostanzia ormai nella diminuzione dell'intervento pubblico e in una maggiore presenza del privato, soprattutto per effetto delle direttive comunitarie che hanno in un certo senso privilegiato il carattere privatistico nella gestione degli stessi.

Se i servizi pubblici per lungo tempo non sono stati presi in considerazione dalla legislazione comunitaria a fronte della mancanza di previsioni specifiche nel Trattato istitutivo e nella normativa derivata, per merito dell'affermazione graduale dei principi comunitari di libera circolazione e di concorrenza, gli stessi oggi occupano un posto di rilievo tra le politiche di matrice comunitaria.

La prospettiva comunitaria lascia impregiudicato il potere di "auto-organizzazione" degli ordinamenti nazionali, ossia la libertà per le pubbliche autorità di scegliere se ottenere una prestazione operando "in economia", tramite i propri uffici o i propri enti strumentali, oppure facendo ricorso al mercato e affidandosi ad un operatore terzo, mediante gli strumenti giuridici dell'appalto e della concessione²⁵. Infatti, la gestione in economia e l'adozione di modelli di autoproduzione del servizio si rivelano compatibili con l'ordinamento comunitario nonché con i principi enunciati dalla Corte di Giustizia Europea, la quale ha affermato che *"Un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi"*²⁶.

Sostanzialmente, per perseguire la propria *mission* istituzionale, la Pubblica Amministrazione ora si trova a mutuare le logiche aziendalistiche proprie del settore privato e, eccezion fatta per quelle funzioni in *re ipsa* non dismissibili in quanto inscindibilmente connesse al proprio *status* di ente pubblico, individua per quali attività risulti conveniente il ricorso all'outsourcing e per quali altre

difficile affermazione del principio di evidenza pubblica nella procedura di affidamento della gestione dei servizi non ha condotto, fino ad oggi, ad una vera e propria liberalizzazione dei servizi pubblici locali. La realizzazione del mercato unico, le politiche per l'innovazione e per la privatizzazione delle imprese pubbliche e la creazione di mercati più efficienti, fattori questi dai quali ci si aspettava un contributo rilevante in termini di recupero di competitività del sistema industriale, crescita economica e miglioramento del benessere collettivo, non hanno ancora raggiunto pienamente i risultati attesi. Le ragioni di tale insuccesso vengono spesso imputate all'elevata instabilità del quadro normativo, ma devono considerarsi, al contempo, le forti criticità derivanti dalla mancanza di un'adeguata regolazione di mercato, atta a consentire l'avvio del processo di liberalizzazione".

²⁵ Tale concetto è stato pacificamente accolto anche dalle Corti nazionali. Cfr. Consiglio di Stato, sezione V, 26 gennaio 2011, n. 552, in Foro Amm. CDS 2011, 1, 190 (s.m.) secondo cui *"Nessuna norma obbliga i comuni a affidare all'esterno determinati servizi (illuminazione pubblica, centri assistenziali, case di accoglienza, case di riposo, case famiglia, assistenza domiciliare per anziani e handicappati, asili nido, mense scolastiche, scuola-bus, biblioteche, impianti sportivi: tutti servizi che, notoriamente, gran parte dei comuni italiani gestiscono direttamente, senza appaltarli a privati), ove preferiscano amministrarli in via diretta e magari in economia; viceversa, nel caso di una differente scelta, il discusso conferimento a terzi deve avvenire tramite gara rispettosa del regime comunitario di libera concorrenza"*.

²⁶ Cfr. CGCE, Sez. I, sentenza 11 gennaio 2005, n. C-26/03 in Racc. pag. I-1.

attività appaia invece opportuna una gestione internalizzata che si avvale di materiali e risorse umane già appartenenti al proprio apparato organizzativo²⁷.

Tale libertà di scelta, tuttavia, ha come conseguenza imprescindibile l'obbligo di applicare una disciplina differenziata nell'uno o nell'altro caso: se si opta per il confronto tra prestatori, siano essi imprese pubbliche o *public-private partnerships*, l'autorità deve osservare le procedure ad evidenza pubblica; se, al contrario, decide per la soluzione dell'autoproduzione, può invece procedere ad affidamenti diretti senza gara²⁸. L'autoproduzione, infatti, escludendo in radice la concorrenza, non comporta l'esigenza di tutelare la parità di trattamento tra gli operatori economici e, dunque, la necessità di esperire procedure di evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi. L'opzione in favore dell'autoproduzione dei servizi pubblici viene legittimata dal c.d. principio di auto-organizzazione amministrativa che, a sua volta, trova corrispondenza nel più generale principio comunitario di autonomia istituzionale, in base al quale l'appartenenza all'Unione Europea non condiziona gli Stati membri nell'esercizio di scelte di rilievo istituzionale rispetto alle quali l'Unione rimane assolutamente neutrale²⁹.

Così come rimarcato dal Libro Verde sui partenariati pubblico-privati³⁰, 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 alla 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 all'opzione degli Stati membri se garantire un servizio pubblico attraverso i propri stessi servizi o se affidarli invece ad un terzo”*.

Il principio di auto-organizzazione, poi, trova cittadinanza anche nel testo della Carta europea delle autonomie locali³¹, il cui art. 6, n. 1, stabilisce che le collettività locali debbono *“poter definire esse stesse le strutture amministrative interne di cui intendono dotarsi, per adeguarle alle loro esigenze specifiche in modo tale da consentire un'amministrazione efficace”*.

²⁷ Cfr. A. Massari, *Sistemi alternativi all'appalto ad evidenza pubblica nell'attività contrattuale degli Enti locali*, 2005, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, p. 254 e ss.

²⁸ Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni sui partenariati pubblico-privati e sul diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni, 25 novembre 2005, COM(2005)569 def., ove al punto 1 la Commissione afferma che: *“il diritto comunitario è neutrale per quanto riguarda la scelta delle autorità pubbliche di svolgere esse stesse un'attività economica o di affidarla a terzi. Tuttavia, se le autorità pubbliche decidono di coinvolgere terzi nell'esercizio di un'attività, il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni potrebbe entrare in gioco”*.

²⁹ Cfr. C. Iaione, *Le società in house degli enti locali*, Roma, ANCI Lazio, 2006, p. 20.

³⁰ Commissione Europea, *Libro verde sulle partnership di tipo pubblico-privato e sul diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, COM(2004) 327 def.

³¹ Carta europea delle autonomie locali, firmata a Strasburgo il 15 ottobre 1985, disponibile sul sito www.europa.eu.

Ad ogni buon conto, occorre precisare che la scelta alternativa fra autoproduzione e ricorso al mercato, seppur legittima, non può essere considerata del tutto avulsa da limiti. Infatti, come affermato nel Libero Verde sui servizi di interesse generale: *“I fornitori di servizi di interesse economico generale, compresi i fornitori di servizi in-house, sono in ogni caso imprese e quindi soggette alle norme sulla concorrenza del trattato. Le decisioni di concedere diritti speciali ed esclusivi ai fornitori di servizi in-house o di favorirli in altri modi possono costituire una violazione del trattato, nonostante la parziale tutela offerta dall'articolo 86 [ndr. ora art. 106 TFUE]. La giurisprudenza ne conferma la correttezza, in particolare: nel caso in cui i requisiti di servizio pubblico che il fornitore del servizio deve soddisfare non siano correttamente specificati; nel caso in cui il fornitore del servizio sia manifestamente incapace di soddisfare la richiesta; nei casi in cui esista un modo alternativo di soddisfare i requisiti con un effetto meno negativo sulla concorrenza”*. Pertanto, la tutela della concorrenza non rappresenta solo un principio operante qualora la Pubblica Amministrazione intenda rivolgersi ai diversi *competitors* presenti sul libero mercato per ottenere i beni e i servizi di cui necessita, ma costituisce anche un limite alla scelta tra autoproduzione ed esternalizzazione. Infatti, non è mancato chi ha sostenuto che l'autoproduzione dovrebbe costituire sempre e comunque una modalità residuale, alla quale ricorrere ogniqualvolta l'operatore privato non abbia convenienza a gestire il servizio e, quindi, il ricorso al mercato si dimostri impossibile e/o inutile³².

Occorre chiedersi, di conseguenza, quale sia il criterio che permetta di operare la scelta tra internalizzazione (opzione di *make*) e opzione mercatistica (opzione di *buy*) nel rispetto del principio di tutela della concorrenza e alla cui stregua effettuare il sindacato sulla legittimità della scelta dell'ente pubblico. Nonostante in dottrina siano emersi pareri divergenti in proposito³³, si può affermare che la qualità del servizio e la tutela dell'utente-cittadino rappresentino sicuramente dei canoni di riferimento per valutare le scelte gestionali della Pubblica Amministrazione.

Pertanto, stante l'assenza di una corrispondenza necessitata fra qualità del servizio e apertura al mercato dei servizi pubblici, potranno presentarsi casi in cui tali servizi non solo possono, ma

³² Cfr. A Pericu, *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, Milano, 2001, p. 447 e ss.

³³ Ad esempio, alcuni autori hanno individuato nel principio di proporzionalità dell'azione amministrativa lo strumento attraverso il quale delimitare l'esercizio del potere di auto-produzione/auto-organizzazione (cfr. R. Cavallo Perin, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio fra ordinamento interno e ordinamento costituzionale*, in *Dir. Amm.* 2000, 73). Altri hanno ritenuto opportuno invocare il principio di sussidiarietà orizzontale come regola in base alla quale operare la scelta suddetta (cfr. G.E. Berlingiero, *Studi sul pubblico servizio*, Milano, 2003, p. 293 e ss.). Un'altra corrente di pensiero, infine, ha sottolineato come il potere di auto-organizzazione soggiaccia ad ulteriori limiti rispetto alla tutela della concorrenza, quali il contenimento della spesa pubblica nell'ottica di una sana gestione delle finanze pubbliche e la necessità di un'efficace allocazione delle risorse (cfr. G. Marchegiani, *Alcune considerazioni in tema di diritto comunitario concernente le concessioni e i c.d. “affidamenti in house”*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2004, p. 945 e ss.).

devono essere gestiti dagli enti locali in modo diretto e senza il ricorso all'opera di soggetti privati³⁴.

La strada verso la completa liberalizzazione dei servizi pubblici in Italia non è stata affatto lineare, soprattutto a causa delle difficoltà incontrate a livello pratico nel tentativo di superare gli assetti consolidatisi nel lungo periodo di vigenza del monopolio pubblico. Anzi, si può affermare che le maggiori resistenze alla liberalizzazione si sono avvertite proprio in relazione ai servizi erogati dagli enti locali.

A dimostrazione di quanto detto sopra basti osservare come la legislazione in materia sia tuttora *in itinere* e sicuramente lontana dal raggiungimento di un assetto stabile e duraturo.

³⁴ C. E. Gallo, *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici: il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza*, in *Dir. Amm.*, 2005, 2, p. 350 e ss., il quale, analizzando in particolare le vicende relative alla gestione del servizio idrico, ritiene che non necessariamente il contratto di servizio con un soggetto privato selezionato a seguito dell'esperimento di una gara ad evidenza pubblica comporti una modalità di regolazione del servizio più garantistica delle esigenze dell'utenza di quanto non possa essere l'adozione di un modulo societario. Secondo l'Autore nel contratto di servizio con un privato è insito un elevato rischio di incompletezza contrattuale che, al contrario, viene minimizzato nel caso di costituzione di società mista e addirittura eliminato nel caso di società *in house*. Infatti, "la situazione in cui l'amministrazione si trova allorchè il servizio sia gestito dal contratto di servizio è una situazione assai delicata, in quanto i poteri caratteristici dell'amministrazione pubblica concedente, in quel caso, devono essere esattamente introdotti nel contratto, a pena di non poter essere in nessun modo esercitati".

Capitolo II

La disciplina dei servizi pubblici locali nell'ordinamento italiano

SOMMARIO: 1. La disciplina italiana dei servizi pubblici locali dai primi del 900. La Legge Giolitti del 1903 e il Testo Unico del 1925. -1.1. *Segue:* Il superamento del Testo Unico del 1925 ad opera della Legge 142/1990 e i successivi interventi integrativi. -1.1.1. La gestione in economia. -1.1.2. La gestione in concessione a terzi. -1.1.3. La gestione a mezzo di azienda speciale. -1.1.4. La gestione a mezzo di istituzione. -1.1.5. La gestione a mezzo di società per azioni a prevalente capitale pubblico locale. -1.2. L'art. 12 della Legge 23 dicembre 1992, n. 498. -1.3. L'art. 17, comma 58, della Legge 15 maggio 1997, n. 127. -2. L'adozione del D.Lgs. 267 del 18 agosto 2000 (Testo Unico sull'ordinamento degli Enti Locali). -3. L'art. 35 della Legge Finanziaria per il 2002. La distinzione tra "servizi a rilevanza industriale" e "servizi privi di rilevanza industriale". -4. L'art. 14 del D.L. 269/2003. Dai "servizi a rilevanza industriale" ai "servizi a rilevanza economica". La prima apparizione dell'*in house providing* nell'ordinamento italiano. -5. Il riparto di competenze legislative nella materia dei servizi pubblici locali. -6. La novella di cui all'art. 23-bis del D.L. 25 giugno 2008 n. 112. -6.1. *Segue:* Le modifiche apportate all'art. 23-bis da parte del cd. Decreto Ronchi (D.L. 25 settembre 2009, n. 135). -6.2. *Segue:* L'emanazione del D.P.R. 12 ottobre 2010, n. 168, regolamento attuativo dell'art. 23-bis. -6.3. *Segue:* Il Referendum di giugno 2011 e la conseguente abrogazione dell'art. 23-bis del D.L. 112/2008 e del suo Regolamento attuativo. -7. Le novità apportate dalla manovra economica del 2011. L'art. 4 del D.L. 13 agosto 2011 n. 138, così come modificato dalla Legge 12 novembre 2011 n. 183 e dal D.L. 24 gennaio 2012 n. 1.

1. La disciplina italiana dei servizi pubblici locali dai primi del 900. La Legge Giolitti del 1903 e il Testo Unico del 1925.

Una trattazione avente ad oggetto la materia dei servizi pubblici non può che prendere le mosse da un *excursus* normativo in materia³⁵. Tuttavia, premesso che le esigenze della presente trattazione non permettono di approfondire compiutamente l'evoluzione legislativa dei servizi pubblici locali, ci si limiterà in questa sede ad alcuni brevi cenni.

Per ritrovare la prima vera e propria regolamentazione organica dei servizi pubblici italiani occorre risalire agli inizi del XX secolo, ossia al momento storico Comuni e Province iniziarono a gestire autonomamente tutta una serie di servizi rivolti al soddisfacimento delle necessità delle comunità locali. Lo strumento giuridico che permise tutto ciò fu la Legge 29 marzo 1903, n. 103 (cd. Legge "Giolitti"), integrata dalle disposizioni contenute nel regolamento di attuazione approvato con R.D. 10 marzo 1904, n. 108. Tale legge, che per molti anni ha costituito la cornice normativa di riferimento in materia di servizi pubblici locali, conteneva all'art. 1 un'elencazione dei servizi

³⁵ Tutte le norme menzionate nel capitolo I sono contenute in un'apposita appendice collocata nella parte finale del presente elaborato.

pubblici locali, elencazione non tassativa e da considerarsi *demonstrationis causa*³⁶. Tale norma individuava tra i servizi pubblici il cui esercizio poteva essere assunto direttamente dai comuni quelli relativi ai seguenti oggetti:

1. costruzione di acquedotti e fontane e distribuzione di acqua potabile;
2. impianto ed esercizio dell'illuminazione pubblica e privata;
3. costruzione di fognature ed utilizzazione delle materie fertilizzanti;
4. costruzione ed esercizio di tramvie a trazione animale o meccanica;
5. costruzione ed esercizio di reti telefoniche nel territorio comunale;
6. impianto ed esercizio di farmacie;
7. nettezza pubblica e sgombrò di immondizie dalle case;
8. trasporti funebri, anche con diritto di privativa, eccettuati i trasporti dei soci di congregazioni, confraternite ed altre associazioni costituite a tal fine e riconosciute come enti morali;
9. costruzione ed esercizio di molini e di forni normali;
10. costruzione ed esercizio di stabilimenti per la macellazione, anche con diritto di privativa;
11. costruzione ed esercizio di mercati pubblici, anche con diritto di privativa;
12. costruzione ed esercizio di bagni e lavatoi pubblici;
13. fabbrica e vendita del ghiaccio;
14. costruzione ed esercizio di asili notturni;
15. impianto ed esercizio di omnibus, automobili e di ogni altro simile mezzo, diretto a provvedere alle pubbliche comunicazioni;
16. produzione e distribuzione di forza motrice idraulica ed elettrica e costruzione degli impianti relativi;
17. pubbliche affissioni, anche con diritto di privativa, eccettuandone sempre i manifesti elettorali e gli atti della pubblica autorità;
18. essiccatoi di granturco e relativi depositi;
19. stabilimento e relativa vendita di semenzai e vivai di viti ed altre piante arboree e fruttifere.

La Legge 103/1903 prevedeva i seguenti tre modelli di gestione dei servizi pubblici locali:

- **gestione diretta in economia;**
- **gestione a mezzo di azienda speciale;**
- **affidamento a privati mediante concessione.**

Mentre la gestione diretta in economia era prevista nei casi di minore importanza, per i quali Comuni e Province potevano provvedere ai propri bisogni senza dar luogo ad aziende speciali, la

³⁶ Cfr. G. Bozzi, *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, in *Enc. Dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 366.

costituzione di queste ultime (le cd. municipalizzate), invece, rappresentava sostanzialmente la regola in materia di gestione dei servizi pubblici locali. Le aziende speciali erano prive di personalità giuridica ma godevano di una propria autonomia amministrativa (bilanci e conti separati, capacità di compiere tutti i negozi giuridici necessari per il raggiungimento del loro fine e di stare in giudizio per le azioni che conseguono.

Infine, lo strumento della concessione consisteva nell'affidare a soggetti esterni rispetto alla compagine amministrativa, previa gara, la gestione di servizi pubblici locali.

La scelta tra i tre suddetti moduli di affidamento dei servizi in parola era lasciata alla discrezione degli enti locali, i quali dovevano preliminarmente stabilire se sottoporre l'erogazione di un dato servizio alle regole del mercato oppure se gestire lo stesso autonomamente e in regime di monopolio.

Se la gestione in economia e quella tramite azienda speciale erano vere e proprie forme di gestione diretta da parte dell'ente locale, la concessione a terzi, invece, era da considerarsi una forma "*proto-concorrenziale*", posto che l'individuazione del concessionario doveva essere – in linea di massima – effettuata a seguito di procedura ad evidenza pubblica³⁷.

La legge Giolitti sulle municipalizzazioni, dopo essere stata riformata ad opera del R.D. 4 febbraio 1923, n. 253, confluì nel **R.D. 15 ottobre 1925, n. 2578**³⁸ recante "*Approvazione del testo unico della legge sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle province*". Per molti anni la gestione dei servizi pubblici locali avvenne mediante gli strumenti previsti e disciplinati dal suddetto Testo Unico del 1925, così come integrato dal proprio regolamento di attuazione, il D.P.R. 4 ottobre 1986, n. 902³⁹. Il Testo Unico consentiva, per la gestione dei servizi, il ricorso alle forme dell'azienda speciale, della gestione in economia e, qualora vi fosse l'intervento di operatori privati, della concessione.

Alle modalità ivi previste venne ad affiancarsi nella concreta esperienza, soprattutto a partire dagli anni 80, il ricorso a moduli ed istituti propri del diritto civile e, in particolare, di società a partecipazione azionaria degli enti locali stessi⁴⁰. Infatti, l'emersione di nuove esigenze, quali la domanda di qualità del servizio prestato e la crisi della finanza pubblica, con conseguente indisponibilità dello Stato ad accollarsi i costi dei servizi pubblici erogati dagli enti locali, mostrò ben presto l'inadeguatezza degli strumenti giuridici tradizionali e condusse alla ricerca di nuove soluzioni, offerte il più delle volte da istituti propri del diritto privato, maggiormente improntati alle logiche imprenditoriali. Apparve soprattutto necessario superare quell'idea di servizio pubblico

³⁷ Cfr. Lorenzo Cuocolo, *I servizi pubblici locali nell'ordinamento giuridico italiano ed europeo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2007, 1, pp. 347-378.

³⁸ In G.U. 4 marzo 1926, n. 52.

³⁹ In G.U. 27 dicembre 1986, n. 299.

⁴⁰ Cfr. Luciano Vandelli, *Il sistema delle autonomie locali*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 175.

locale concepito in termini di utilità sociale, che non teneva conto degli eventuali profili di natura economica, e, di conseguenza, veniva disciplinato da una normativa di tipo pubblicistico, caratterizzata da un forte potere di regolamentazione e dalla tipicità ed esclusività delle forme di gestione⁴¹.

L'erogazione dei servizi pubblici in Italia, storicamente riconducibile agli Enti locali ed in particolare ai Comuni, per oltre un secolo avvenne mediante l'elaborazione, da parte delle strutture municipali, di modelli gestionali funzionali all'erogazione di servizi qualitativamente soddisfacenti (primo fra tutti l'azienda speciale) volti a soddisfare direttamente i bisogni delle proprie comunità. Tale gestione dei servizi pubblici da parte degli enti locali solo a partire dagli anni '90 mostrò la propria inadeguatezza rispetto al mutato quadro della realtà italiana.

Diverse sono le ragioni della crisi del modello municipale della gestione diretta dei servizi pubblici locali, tra le quali si possono annoverare:

- la crescente complessità del sistema dei servizi conseguente all'emergere di nuovi e più articolati bisogni;
- l'insostenibilità dei costi connessi alla gestione diretta dei servizi;
- l'esigenza di strutture di gestione dei servizi più agili ed estranee ai vincoli del diritto amministrativo;
- il processo di integrazione europeo e la relativa pressione comunitaria per l'apertura del mercato dei servizi alla concorrenza;
- la generale crisi del modello dell'intervento pubblico in economia, aggravata in alcuni casi da fenomeni degenerativi quale quello della corruzione.

Il processo di esternalizzazione che interessò il settore dei servizi pubblici sin dall'inizio degli anni Novanta assunse differenti connotazioni, presentandosi talvolta come privatizzazione formale, mediante la creazione di società di capitali a totale partecipazione pubblica, frutto spesso della trasformazione societaria di enti pubblici economici o aziende speciali, cui affidare direttamente la gestione del servizio; oppure come privatizzazione sostanziale, consistente nella cessione a soggetti

privati della società affidataria del servizio o del controllo di essa; e infine come ricorso al mercato a seguito di affidamento del servizio a soggetti terzi (a capitale privato, pubblico o misto) scelti a seguito di gara ad evidenza pubblica.

⁴¹ Cfr. Claudio Franchini, *Le principali questioni della disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2007, I, 1.

1.1 Segue: Il superamento del Testo Unico del 1925 ad opera della Legge 8 giugno 1990 n. 142 e i successivi interventi integrativi.

Ad ogni modo, il testo unico del 1925 fu una disciplina estremamente longeva in quanto rimase in vigore senza subire particolari modificazioni fino all'emanazione della Legge 8 giugno 1990, n. 142⁴² sull'*Ordinamento delle autonomie locali*. Da quel momento si inaugurò una nuova stagione per la disciplina dei servizi pubblici locali, caratterizzata da una vera e propria alluvione legislativa⁴³ che, nonostante i ripetuti sforzi di armonizzazione compiuti dal legislatore, appare ancora oggi ben lontana dall'offrire un assetto chiaro e definitivo alla materia *de qua*⁴⁴.

L'art. 22 della legge 142/1990 innanzitutto fornì la prima definizione generale di servizi pubblici locali intesi come “*servizi pubblici che abbiano ad oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali*”. Tale definizione poteva definirsi teleologica, in quanto indicava il fine istituzionale a cui miravano i servizi in questione, ovvero comprendere i bisogni delle collettività di riferimento e predisporre i mezzi per soddisfarli.

Ad ogni modo, si può affermare che la L. 142/1990 più che introdurre vere e proprie modifiche alla disciplina dell'affidamento dei servizi pubblici locali, cercò di porre fine alle distorsioni che avevano caratterizzato l'applicazione della Legge Giolitti. Infatti, la prassi consolidatasi negli anni aveva progressivamente deviato dal modello originario facendo sì che da un lato, l'azienda speciale accentuasse il proprio lato imprenditoriale e dall'altro lato, che i terzi concessionari venissero quasi

⁴² In Suppl. ord. n. 42 alla G.U. 12 giugno 1990, n. 135.

⁴³ Cfr. Marco Dugato, *Legge collegata alla finanziaria 2004 e pubblica amministrazione*, in *Giorn. Dir. Amm.* 2004, 2, p. 121: “*Con l'art. 22 l. 8 giugno 1990, n. 142, e con l'art. 12, l. 23 dicembre 1992, n. 498, affermatosi il passaggio dall'amministrazione "dell'esserci" all'amministrazione "di risultato", tre furono gli obiettivi che il legislatore intese realizzare. Il primo era quello della professionalizzazione della gestione, che si ritenne possibile realizzare soltanto con la sinergia tra enti locali e soggetti privati. Il secondo era quello dell'introduzione di strumenti giuridici di gestione capaci di fungere da catalizzatori di risorse finanziarie. Da ultimo, l'esaltazione dello strumento societario di gestione celava l'intenzione (rivelatasi in qualche modo un'illusione) di slegare l'azione dell'ente locale dai vincoli tipici dei modelli organizzativi pubblicistici. Quel che appariva più rilevante era l'assenza di qualsiasi attenzione per la concorrenza e per il mercato dei servizi pubblici, resa evidente dall'affidamento diretto del servizio dall'ente alla società e dalla potenziale illimitatezza temporale dell'affidamento stesso. I canoni ispiratori rimasero sostanzialmente inalterati anche dopo la novella del 1997.*”

⁴⁴ Cfr. Consiglio regionale del Piemonte, *Il trasporto pubblico locale*, Dossier informativo per i consiglieri regionali, dicembre 2006: “*La parabola evolutiva della disciplina dei servizi pubblici locali, iniziata con le imprese municipalizzate di giolittiana memoria, ha da sempre scontato la tensione tra obiettivi di politica sociale ed esigenze di mercato, tra iniziativa economica privata e controlli pubblici, tra una configurazione di impresa pubblica ed una configurazione di impresa privatistica, tra una concezione di stampo soggettivo ed una concezione di stampo oggettivo. Nel tentativo di conciliare le diverse anime ed a seconda delle contingenze storiche, si sono susseguite numerose iniziative legislative sia sotto forme di testi organici trasversali all'intero comparto dei servizi pubblici locali sia sotto forma di discipline settoriali, che, tuttavia, non sono sempre riuscite nell'intento di disciplinare l'offerta di servizi pubblici a bassi livelli tariffari, data la funzione di universalità del servizio, con una gestione efficiente del servizio stesso.*”

sempre selezionati mediante una trattativa privata, facendo dell'ipotesi eccezionale prevista dalla legge del 1903 la regola di fatto.

La legge sull'ordinamento degli enti locali, infatti, sostanzialmente mantenne le tre opzioni previste dalla legge Giolitti, ma limitò di molto la possibilità di gestione in economia e quella di concessione a terzi. Mentre la prima forma di affidamento veniva limitata ai servizi di modesta dimensione o a quelli incompatibili con una gestione "aziendale", la seconda modalità poteva essere invocata solo a fronte di motivate ragioni tecniche, economiche o di opportunità sociale. Veniva dunque rafforzato il ruolo dell'azienda comunale, da quel momento denominata azienda speciale, alla quale era conferita personalità giuridica e una maggiore autonomia rispetto all'ente di riferimento.

L'altra importante innovazione operata dalla legge n. 142 del 1990 fu l'introduzione del modello societario misto pubblico-privato: si prevede, infatti, che i servizi potessero anche essere affidati in via diretta a società per azioni, ancorché a capitale prevalentemente pubblico. La possibilità di gestione con società mista, inizialmente piuttosto limitata, assunse negli anni successivi, come si vedrà, un rilievo dominante, soprattutto a seguito dell'introduzione, nel 1992, della possibilità di costituire società per azioni prive del controllo pubblico maggioritario. Le società a partecipazione pubblica a livello locale, invero, grazie alla loro duttilità, sostituirono in un breve lasso di tempo le tradizionali imprese pubbliche degli enti locali (*id est* aziende speciali, istituzioni) e furono utilizzate sia per la gestione delle reti e degli impianti, sia per la gestione dei servizi, soprattutto se aventi un rilievo economico. Tali moduli societari da un lato consentivano il coinvolgimento di più comuni o province, dall'altro lato, permettevano di far affluire capitali e il *know-how* proprio del settore privato.

Pertanto, l'art. 22⁴⁵ stabilì che la gestione dei servizi pubblici locali potesse avvenire in cinque forme diverse, sia in forma diretta che in forma indiretta. La dottrina⁴⁶ prevalente all'epoca della Legge 142/1990 ritenne che l'enumerazione delle tipologie organizzative individuate dalla stessa all'art. 22, comma 3, fosse da considerarsi tassativa.

⁴⁵ L'art. 22, rubricato "Servizi pubblici locali" nella sua versione originaria stabiliva che "1. I comuni e le province, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali.

2. I servizi riservati in via esclusiva ai comuni e alle province sono stabiliti dalla legge.

3. I comuni e le province possono gestire i servizi pubblici nelle seguenti forme:

a) in economia, quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio non sia opportuno costituire una istituzione o una azienda;

b) in concessione a terzi, quando sussistano ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale;

c) a mezzo di azienda speciale, anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale;

d) a mezzo di istituzione, per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale;

e) a mezzo di società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, qualora si renda opportuna, in relazione alla natura del servizio da erogare, la partecipazione di altri soggetti pubblici o privati.

⁴⁶ Cfr. per tutti V. Angiolini, *Organizzazione locale per "servizi"*, in *Pubblica amministrazione e modelli privatistici*, a cura di G. Berti, Bologna, 1993, 58 ss.

1.1.1. Gestione in economia

La gestione in economia, come nella disciplina previgente, riguardava soltanto quei servizi di modeste dimensioni per i quali non fosse opportuno costituire un'istituzione o un'azienda e, pertanto, essa costituiva una forma per così dire "residuale" di gestione dei servizi pubblici locali. Infatti, tra le diverse forme di gestione dei servizi pubblici locali, la gestione in economia era quella che forniva minori garanzie di soddisfacimento degli interessi degli utenti, posto che l'ente locale era in quel caso, allo stesso tempo, portatore dell'interesse collettivo alla corretta gestione del servizio ed erogatore di quest'ultimo.

La gestione in economia di una determinata attività economica non dava luogo ad un'impresa. L'ente locale, infatti, si limitava a svolgere, tramite propri uffici non dotati di un'autonoma configurazione, un'attività *iure proprio*.

Pertanto, questa forma di gestione non comportava la creazione di un nuovo soggetto giuridico distinto dall'ente locale, né il ricorso all'opera di soggetti terzi, siano essi pubblici o privati, in quanto la gestione avveniva attraverso le normali articolazioni burocratiche dell'ente locale e si sostanziava nell'emanazione di provvedimenti adottati nella forma tipica degli atti amministrativi.

1.1.2. Gestione in concessione a terzi

La concessione a terzi nella legge 142/1990 divenne lo strumento ordinario ed esclusivo per la gestione indiretta di servizi pubblici locali tramite soggetti terzi, in alternativa alle forme di gestione diretta.

L'art. 22, comma 3, lett. b), della L. 142/1990 prescrisse all'amministrazione affidante la verifica in concreto della sussistenza di ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale, che rappresentavano parametri particolarmente utili per sindacare, sotto il profilo dell'eccesso di potere, la scelta di tale forma di gestione in ragione del programma di servizio cui si intendeva dare attuazione. Il ricorso alla concessione a terzi, pertanto, avveniva nei casi in cui l'amministrazione si riteneva carente della tecnologia necessaria all'erogazione del servizio (ragioni tecniche) o quando l'amministrazione stessa riteneva di poter conseguire una dimensione ottimale di esercizio, anche mediante il raggiungimento di economie di scala, grazie all'intervento dei privati.

1.1.3. Gestione a mezzo di azienda speciale

Con l'introduzione nel nostro ordinamento del modello dell'azienda speciale da parte della Legge Giolitti, in relazione alle necessità di gestione dei servizi pubblici locali, nacque il concetto di "impresa pubblica" in quanto proprio attraverso le aziende speciali gli enti territoriali hanno per la prima volta costituito al loro interno organi appositamente destinati a curare attività imprenditoriali.

Tuttavia, nell'impianto della legge 103/1903 le aziende speciali (comunemente dette "municipalizzate") furono configurate come articolazioni dell'amministrazione comunale o provinciale, veri e propri organi dotati di capacità sostanziale e processuale, ma privi di personalità giuridica.

Diversamente, l'art. 23 della Legge 142/1990, definì l'**azienda speciale**, anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale, come "*ente strumentale dell'ente locale dotato di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e di proprio statuto, approvato dal consiglio comunale o provinciale*"⁴⁷.

1.1.4 Gestione a mezzo di istituzione

L'**istituzione**, prevista per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale, fu un modello organizzativo scarsamente utilizzato da parte degli enti locali. Il ricorso all'istituzione avvenne soprattutto per la gestione di servizi culturali (quali musei e biblioteche), di servizi alla persona (quali mense scolastiche, scuolabus o impianti sportivi) e, più raramente, di servizi a persone svantaggiate (assistenza medica, domiciliare, agli immigrati) o, addirittura, per l'espletamento di funzioni pubbliche (servizi per i tossicodipendenti).

L'istituzione, al contrario dell'azienda speciale, era priva di personalità giuridica, godeva semplicemente di autonomia gestionale e non disponeva di un proprio statuto, essendo invece disciplinata dallo statuto e dai regolamenti del Comune o della Provincia di riferimento⁴⁸.

Il legislatore, peraltro, pur non avendo espressamente riconosciuto alle istituzioni la personalità giuridica, non si limitò a farne un semplice ufficio, sia pure a rilevanza esterna, posto sotto la guida di un dirigente, avente competenza ad erogare servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale. Nel disegno del legislatore la ragion d'essere delle istituzioni doveva individuarsi proprio nell'autonomia gestionale di cui esse godevano e, quindi, nel loro carattere di organismo autonomo, che giustificava il ricorso alle stesse per garantire, nell'erogazione dei servizi sociali, maggiore razionalità ed efficienza operativa rispetto al sistema dell'amministrazione diretta.

1.1.5. Gestione a mezzo di società per azioni a prevalente capitale pubblico locale

La Legge 142/1990, legittimando sul piano legislativo una prassi già largamente diffusa prevede all'art. 22, comma 3, lett. e), che i servizi pubblici locali potesse essere anche organizzarsi a mezzo di società per azioni a prevalente capitale pubblico locale (cd. società mista o *public-private*

⁴⁷ Cfr. Cass. Civ. 15 dicembre 1997, n. 12654, in Giust. Civ. 1998, 2273, secondo cui "*le aziende speciali già disciplinate dal R.D. 15 ottobre 1925, n. 2578 (T.U. della legge sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni e delle Province) sono ora ancor più nettamente delineate quali enti pubblici economici dall'art. 23 della legge 8 giugno 1990, n. 142, sul nuovo ordinamento delle autonomie locali*".

⁴⁸ Cfr. Luciano Vandelli, *Il sistema delle autonomie locali*, Il Mulino, 2009, p. 176.

partnerships) costituite o partecipare dall'ente titolare del pubblico servizio , qualora fosse opportuna, in relazione alla natura del servizio da erogare, la partecipazione di più soggetti pubblici o privati.

Furono poste, quindi, due limiti al ricorso a tale forma di affidamento: il primo relativo alla composizione del capitale iniziale, stabilendosi che il socio di maggioranza fosse pubblico; il secondo attinente alla necessità che il capitale pubblico fosse locale. L'obiettivo perseguito dal legislatore fu quello di avvalersi di una gestione in forme privatistiche che, pur saldamente in mano pubblica, permettesse di ottenere flessibilità decisionale ed operativa, eliminando o riducendo al minimo le fasi disciplinate dal diritto amministrativo, di consentire l'acquisizione all'esterno di nuove risorse tecniche e finanziarie e di ulteriori competenze, di perseguire una maggiore trasparenza, al contempo ribadendo la distinzione tra politica e amministrazione.

1.2. L'art. 12 della Legge 23 dicembre 1992, n. 498.

A distanza di poco tempo, l'art. 12, comma 1, della Legge 23 dicembre 1992, n. 498⁴⁹ recante *“Interventi urgenti in materia di finanza pubblica”*, introdusse accanto alla forma di gestione attraverso società per azioni a partecipazione pubblica maggioritaria, già prevista dall'art. 22 della L. 42/1990, anche la forma di gestione del servizio pubblico attraverso **società per azioni a partecipazione pubblica minoritaria**, caratterizzata dalla presenza di un capitale di maggioranza assoluta in capo ad un unico socio privato. L'art. 12 della Legge 498/1992⁵⁰, prevedendo la possibilità di affidare i servizi pubblici locali ad apposite S.p.A. caratterizzate dall'assenza del vincolo della proprietà maggioritaria, stabilì la necessità di ricorrere a procedure di evidenza pubblica per la scelta dei soci privati e in caso di collocamento dei titoli azionari sul mercato.

⁴⁹ In G.U. 29 dicembre 1992, n. 304.

⁵⁰ **Art. 12 - 1.** Le province e i comuni possono, per l'esercizio di servizi pubblici e per la realizzazione delle opere necessarie al corretto svolgimento del servizio nonché per la realizzazione di infrastrutture ed altre opere di interesse pubblico, che non rientrino, ai sensi della vigente legislazione statale e regionale, nelle competenze istituzionali di altri enti, costituire apposite società per azioni, anche mediante gli accordi in programma di cui al comma 9, senza il vincolo della proprietà maggioritaria di cui al comma 3, lettera e), dell'art. 22 della legge 8 giugno 1990, n. 142, e anche in deroga a quanto previsto dall'art. 9, primo comma, lettera d), della legge 2 aprile 1968, n. 475, come sostituita dall'art. 10 della legge 8 novembre 1991, n. 362. Gli enti interessati provvedono alla scelta dei soci privati e all'eventuale collocazione dei titoli azionari sul mercato con procedure di evidenza pubblica. L'atto costitutivo delle società deve prevedere l'obbligo dell'ente pubblico di nominare uno o più amministratori e sindaci. Nel caso di servizi pubblici locali una quota delle azioni può essere destinata all'azionario diffuso e resta comunque sul mercato.

2. Il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, un decreto legislativo con l'osservanza dei seguenti principi e criteri direttivi:

- a) disciplinare l'entità del capitale sociale delle costituende società per azioni e la misura minima della partecipazione dell'ente locale al capitale sociale, anche per assicurare il diritto di chiedere la convocazione dell'assemblea;
- b) disciplinare i criteri di scelta dei possibili soci mediante procedimento di confronto concorrenziale, che tenga conto dei principi della normativa comunitaria con particolare riguardo alle capacità tecniche e finanziarie dei soggetti stessi;
- c) disciplinare la natura del rapporto intercorrente tra l'ente locale e il privato;
- d) disciplinare forme adeguate di controllo dell'efficienza e dell'economicità dei servizi. [omissis...].

L'assenza di una procedura ad evidenza pubblica in ordine all'affidamento del servizio veniva, pertanto, compensata dall'espletamento di una gara per la scelta del socio privato.

Tale intervento legislativo rivelò chiaramente l'attenzione del legislatore per la materia dei pubblici servizi. Infatti, i settori in cui erano chiamate ad operare le società miste erano di assoluto rilievo: in primo luogo perché interessavano servizi indispensabili per la collettività quali la raccolta e lo smistamento dei rifiuti, i trasporti pubblici, i parcheggi, la gestione delle farmacie comunali o il servizio idrico integrato, sia perché si rivolgevano ad un grandissimo numero di utenti, sia per l'ingente giro di affari ad essi collegato; in secondo luogo perché il sistema della gestione totalitaria di detti servizi da parte dell'ente pubblico basato su criteri e modalità esclusivamente mutuati dal diritto pubblico si era ormai dimostrato inefficiente, fonte di sperperi e deludente rispetto alle aspettative degli utenti. Il ricorso a strumenti propri del diritto privato ed il conseguente ingresso di soggetti privati nella gestione della *res publica* apparve pertanto l'unico modo per portare le pubbliche amministrazioni a livelli di efficienza ed efficacia in linea con le nuove esigenze degli utenti.

1.3. L'art. 17, comma 58, della Legge 15 maggio 1997, n. 127.

Un ulteriore ampliamento delle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali avvenne ad opera della Legge 15 maggio 1997, n. 127 (cd. Bassanini-bis)⁵¹ recante "*Misure urgenti per lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo*".

L'art. 17, comma 58, della suddetta legge, novellando l'art. 22 della L. 142/1990, introdusse la possibilità di costituire **società a responsabilità limitata (s.r.l.) a prevalente capitale pubblico** costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio⁵², contribuendo fortemente a favorire il processo di modernizzazione dei moduli societari di gestione dei servizi pubblici da parte degli enti locali⁵³.

⁵¹ In Suppl. ordinario alla G.U. 17 maggio 1997, n. 113.

⁵² **Art. 17 - Ulteriori disposizioni in materia di semplificazione dell'attività amministrativa e di snellimento dei procedimenti di decisione e di controllo.**

Comma 58. All'art. 22, comma 3, della legge 8 giugno 1990, n. 142, la lettera e) è sostituita dalla seguente: " e) a mezzo di società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio, qualora sia opportuna in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio la partecipazione di più soggetti pubblici o privati".

⁵³ Cfr. Ilaria Rizzo, *Servizi pubblici locali e affidamento in house alla luce del decreto legge 23 settembre 2009, n. 135, convertito dalla legge 20 novembre 2009, n. 166*, Dike Giuridica Editrice, Roma, 2009.

2. L'adozione del D.Lgs. 267 del 18 agosto 2000 (Testo Unico sull'ordinamento degli Enti Locali).

La disciplina sulla gestione dei servizi pubblici locali confluì successivamente negli artt. 113 e seguenti del D.Lgs. 267 del 18 agosto 2000⁵⁴ (Testo Unico sull'ordinamento degli Enti Locali - TUEL) che sostituì integralmente, abrogandola, la L. 142 del 1990.

L'art. 113 del TUEL, in particolare, oltre a riprendere l'elenco delle forme di gestione previste dall'art. 22 della L. 142/1990 (**in economia, in concessione a terzi,**

a mezzo di azienda speciale, a mezzo di istituzione, a mezzo di società per azioni a prevalente capitale pubblico locale), inserì nell'elenco delle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali anche la società per azioni senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria introdotta dalla L. 498 del 1992 e la società a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio di cui alla L. 127 del 1997⁵⁵:

La questione che si pose all'indomani dell'entrata in vigore del T.U.E.L. fu quella relativa alla necessità di verificare se fosse o meno necessario espletare apposite procedure concorsuali per procedere all'affidamento dei servizi a società miste. Dottrina e giurisprudenza erano concordi nel ritenere che la *par condicio* tra gli operatori economici fosse rispettata anche senza l'effettuazione di una gara per l'affidamento del servizio, in quanto le procedure ad evidenza pubblica venivano poste in essere nella fase antecedente alla costituzione dell'organismo societario, ovvero all'atto della selezione del socio privato (cfr. art. 116 TU).

La Commissione europea, al contrario, avviò una procedura di infrazione nei confronti del Governo italiano ai sensi dell'art. 258 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, in riferimento alla disciplina contenuta nella Legge 142 del 1990 e successivamente confluita nel T.U.E.L. del 2000 ritenendo la stessa in contrasto con le direttive 92/50/CEE e 93/38/CEE, oltre che con i principi di trasparenza, di parità di trattamento e di non discriminazione contenuti nel Trattato.

⁵⁴ In G.U. 28 settembre 2000, n. 227.

⁵⁵ Nella versione originaria l'**art. 113** sulle forme di gestione dei servizi pubblici locali stabiliva che:

“1. I servizi pubblici locali sono gestiti nelle seguenti forme:

a) in economia, quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio non sia opportuno costituire una istituzione o una azienda;

b) in concessione a terzi, quando sussistano ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale;

c) a mezzo di azienda speciale, anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale;

d) a mezzo di istituzione, per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale;

e) a mezzo di società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio, qualora sia opportuna in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio la partecipazione di più soggetti pubblici o privati;

f) a mezzo di società per azioni senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria a norma dell'art. 116”.

3. L'art. 35 della Legge Finanziaria per il 2002. La distinzione tra “servizi a rilevanza industriale” e “servizi privi di rilevanza industriale”.

Come già ricordato sopra, lo stato italiano fu oggetto di contestazioni da parte della Commissione europea in relazione alle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali. In particolare, con atto dell'8 novembre 2000⁵⁶, l'Italia fu sottoposta ad una procedura d'infrazione comunitaria in riferimento alla disciplina contenuta nell'art. 22 della Legge 142/1990 (poi confluita nell'art. 113 del T.U.E.L.) nella parte in cui permetteva che gli enti locali potessero affidare in via diretta i propri servizi pubblici in favore di società a prevalente capitale pubblico locale costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio, ove si fosse ritenuta opportuna, in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio, la partecipazione di più soggetti pubblici o privati. Tale norma venne ritenuta in contrasto con gli obblighi derivanti dalla direttiva 92/50/CE in materia di appalti di servizi (in particolare con il suo art. 11), dalla direttiva 93/38/CE in materie di appalti nei settori esclusi (in particolare con il suo art. 20), oltre che con i principi di trasparenza, di parità di trattamento e di non discriminazione contenuti nel Trattato agli artt. 49 e ss.

L'accertata incompatibilità del quadro normativo nazionale con i principi affermatasi con sempre maggior vigore nell'ordinamento comunitario rappresentò l'occasione per un nuovo intervento del legislatore nazionale in materia di servizi pubblici locali.

Il primo passo di tale riforma fu l'emanazione della **Legge 28 dicembre 2001, n. 448**⁵⁷ (nota come Legge finanziaria per il 2002) che, all'art. 35⁵⁸ provvide a ridisegnare il sistema dei servizi pubblici locali, riscrivendo l'art. 113 del T.U.E.L. e introducendo due importanti innovazioni in materia:

- la distinzione tra “**servizi a rilevanza industriale**” e “**servizi privi di rilevanza industriale**”;
- l'affermazione del principio di separazione tra la proprietà delle reti, la gestione delle reti e la fornitura del servizio pubblico locale propriamente inteso.

Nell'introdurre il criterio dell'industrialità, con riferimento ai servizi pubblici locali, il legislatore probabilmente si ispirò ad altri ordinamenti e, in particolare, a quello francese che contemplava la categoria dei *services publics industriels*, nonché all'art. 15 del R.D. 2578/1925 che consentiva l'esercizio in economia di alcuni servizi, ove questi non avessero avuto “carattere prevalentemente industriale”. Tale distinzione, introdotta allo scopo di operare un distinguo tra attività potenzialmente produttive di utili e attività prive di tale connotato, aveva un'importanza centrale poiché condizionava non solo le modalità di affidamento del servizio, ma anche la stessa apertura al mercato. Ciò nonostante, l'art. 35 in parola ometteva di dare una definizione delle due categorie di servizi, demandando tale compito ad un successivo regolamento attuativo, peraltro mai adottato.

⁵⁶ Commissione Europea, Lettera di messa in mora alla Repubblica Italiana, 8 novembre 2000, n. S.G. (2000) D/108243.

⁵⁷ In G.U. 29 dicembre 2001, n. 301.

⁵⁸ Il testo della norma è consultabile nell'apposita appendice normativa al capitolo I.

Ciò creò comprensibilmente una certa confusione tra gli operatori e gli interpreti chiamati ad applicare in concreto l'art. 35. Sul punto si registrò l'intervento dei giudici di Palazzo Spada, i quali precisarono che caratteristiche quali lo scopo di lucro ed un regime concorrenziale fossero di per sé sufficienti per considerare un servizio a carattere industriale (Cfr. Cons. Stato, sez. V, 3 febbraio 2005, n. 272⁵⁹).

Per ciò che concerne la **proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni strumentali all'esercizio dei servizi pubblici locali di rilevanza economica**⁶⁰ venne affermato il principio della proprietà pubblica degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni patrimoniali. Inoltre, l'art. 113, comma 2, stabilì che “*gli enti locali non possono cedere la proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinati all'esercizio dei servizi pubblici*”, prevedendo come unica eccezione il conferimento della proprietà a società di capitali di cui l'ente locale detenesse la partecipazione di maggioranza, a sua volta incredibile (art. 113, comma 13). Questa società non avrebbe potuto ricevere in affidamento la gestione del servizio ma, eventualmente gestire le reti senza bisogno di gara e, ancora, provvedere per conto dell'ente di riferimento all'espletamento delle gare per la scelta dei soggetti gestori dei servizi.

Circa la **gestione delle reti** venne affermato il principio di separazione (cd. *unbundling*) dell'attività di gestione delle reti e degli impianti rispetto all'attività di erogazione del servizio pubblico. Tale separazione, tuttavia, non si presentava come necessaria dal momento che la gestione delle reti avrebbe potuto essere affidata congiuntamente all'erogazione del servizio. Nel caso in cui la gestione delle reti fosse stata separata rispetto all'erogazione del servizio sarebbe spettata all'ente locale la decisione sulle modalità di affidamento delle reti stesse. Infatti, le due diverse tipologie di soggetti potenzialmente affidatari della gestione delle reti erano individuate in società di capitali pubbliche appositamente costituite (secondo il modulo dell'in house providing) oppure imprese idonee selezionate mediante gara ad evidenza pubblica. La regolazione dei rapporti tra gli enti locali

⁵⁹ In *Servizi pubblici e appalti*, 2005, 496, con nota di A. Caroselli.

⁶⁰ Per reti si intendono tutti i beni e le dotazioni patrimoniali strumentali all'erogazione del servizio da parte del gestore, “*con esclusione di tutto ciò che non è direttamente rivolto alla produzione del servizio stesso (a titolo esemplificativo gli edifici adibiti all'espletamento di funzioni prettamente amministrative)*”. Cfr. Ilaria Rizzo, *L'affidamento in house. Un istituto a cavallo tra il pubblico e il privato*, Dike Giuridica Editrice, Roma, 2009, p. 7.

Più complesso, invece, è il discorso relativo all'individuazione del concetto di altre dotazioni strumentali. Posto che astrattamente sotto tale dizione sarebbe possibile far rientrare qualsiasi categoria di bene strumentalmente legato ad una attività di servizio pubblico, dilatando così in maniera eccessiva i confini applicativi della disposizione in esame, si deve limitare la portata dell'espressione “*a quei beni che, pur essendo diversi dalle reti e dagli impianti, presentano la natura di beni essenziali per il servizio, cioè “quei beni senza i quali il servizio non esiste”*” Cfr. Giuseppe Piperata, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Seminario Giuridico della Università di Bologna, vol. CCXXVIII, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 257-258. Su tale distinzione si veda anche Marco Dugato, *Proprietà e gestione delle reti nei servizi pubblici locali*, in *Riv. Trim. App.* 2003, p. 519 e ss., secondo il quale per reti si intendono “*le attrezzature diffuse e tra loro connesse su cui corre il prodotto dell'attività*”, mentre per impianti si intendono “*le strutture connesse ma allocate in unico luogo e non diffuse, destinate alla produzione del servizio*”.

/società pubbliche titolari delle reti e degli impianti e i soggetti gestori fu demandata a contratti di servizio pubblico.

Per ciò che concerne l'**erogazione del servizio**, infine, con l'art. 35 della L. 448/2001 scomparvero la gestione in economia, le aziende speciali e la possibilità di affidamento diretto dei servizi. Di conseguenza, l'unica possibilità di affidamento rimasta consisteva nella gara, posto che il comma 5 di tale norma, nell'ottica di una totale apertura al mercato, prevedeva drasticamente che *"l'erogazione del servizio, da svolgere in regime di concorrenza"* sarebbe avvenuta *"secondo le discipline di settore, con conferimento della titolarità del servizio a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica"*.

L'art. 35 della L. 448/2001, inoltre, introdusse nel TUEL il nuovo **art. 113-bis** dedicato alla *"Gestione dei servizi pubblici privi di rilevanza industriale"*⁶¹, per i quali si manteneva sostanzialmente inalterata la gamma di forme di gestione previste dal Testo Unico del 2000 (*id est* affidamento diretto a istituzioni, aziende speciali anche consortili, società di capitali costituite o partecipate dagli enti locali, gestione in economia, affidamento diretto anche ad associazioni e fondazioni da loro costituite o partecipate in caso di servizi culturali e del tempo libero, affidamento a terzi in base a procedure ad evidenza pubblica)⁶².

⁶¹ Nella versione originaria l'**art. 113-bis** sulla gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza industriale stabiliva che

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

a) istituzioni;

b) aziende speciali, anche consortili;

c) società di capitali costituite o partecipate dagli enti locali, regolate dal codice civile.

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

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

4. Quando sussistano ragioni tecniche, economiche o di utilità sociale, i servizi di cui ai commi 1, 2 e 3 possono essere affidati a terzi, in base a procedure ad evidenza pubblica, secondo le modalità stabilite dalle normative di settore.

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

⁶² L'art. 113-bis fu successivamente abrogato a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 274/2004 la quale ritenne che l'intervento del legislatore nazionale, legittimato dal fine di tutelare la concorrenza, non potesse ritenersi giustificato allorché le norme riguardassero servizi privi di rilevanza economica, stante l'assenza di un mercato concorrenziale e del fine lucrativo che caratterizza questo particolare ambito, con conseguente dispiegarsi della più ampia potestà legislativa regionale sia con norme di principio, sia di dettaglio. L'abrogazione della predetta norma ha lasciato un vuoto normativo che non è stato colmato nemmeno dalle successive disposizioni normative, con conseguente spazio alla libera scelta degli enti in merito all'affidamento dei servizi in parola, così come rilevato dal giudice amministrativo, secondo il quale: *"La caducazione ad opera della Corte costituzionale con la sentenza n. 272 del 27 luglio 2004 della disposizione di cui all'art. 113-bis del TUEL, che dettava, con elencazione ritenuta tassativa, le modalità di gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica e prevedeva l'obbligo di disciplinare i rapporti tra Ente locale e soggetto erogatore dei servizi tramite contratto di servizio, ha determinato, al di là dell'ampliamento della potestà normativa regionale e locale, il venir meno del principio di tipicità delle formule organizzative gestionali e la possibilità, per gli Enti locali, di ricorrere, anche in analogia con soluzioni già introdotte nell'ordinamento dalla normativa relativa a settori specifici (cfr. art. 112 e 115 del Codice dei beni culturali e del*

Ancora, venne previsto che i rapporti tra gli enti locali ed i soggetti erogatori dei servizi privi di rilevanza industriale fossero regolati da contratti di servizio.

Ad ogni modo, nemmeno il suddetto intervento legislativo fu determinante nel risolvere il contenzioso sorto con la Commissione europea che nel 2002, con atto di reiterazione di messa in mora⁶³, ribadì con riferimento all'art. 35 della L. 448/2001, gli orientamenti precedentemente espressi e constatò come tale norma continuasse “a garantire numerose ipotesi di affidamento diretto dei servizi pubblici locali” senza il rispetto dei principi comunitari di pubblicità e di messa in concorrenza. In particolare, nell'ipotesi di separazione fra le attività di prestazione del servizio e di gestione delle infrastrutture, l'espletamento di gare non era stato introdotto riguardo all'affidamento della gestione di reti, d'impianti e di altre dotazioni patrimoniali. Inoltre, la legge faceva salvi gli affidamenti diretti per la durata del periodo transitorio, che avrebbe potuto protrarsi per oltre dieci anni.

La Commissione rilevò che, in base alla normativa comunitaria, gli appalti e le concessioni di servizi devono rispettare regole di pubblicità e di concorrenza (ai sensi degli artt. 43 e 49 del Trattato, ora artt. 49 e 56 TFUE), mentre l'affidamento diretto può essere ammesso soltanto in precise ipotesi derogatorie (*ex* artt. 45 e 46 del Trattato, ora artt. 51 e 52 TFUE). Il quadro normativo introdotto dall'art. 35 della L. 448/2001, a parere della Commissione, si dimostrava incompatibile con le direttive 92/50/CEE e 93/38/CEE in quanto continuava a consentire numerose ipotesi di affidamento diretto dei servizi, in spregio ai principi comunitari di pubblicità e di messa in mora⁶⁴.

4. L'art. 14 del D.L. 269/2003. Dai “servizi a rilevanza industriale” ai “servizi a rilevanza economica”. La prima apparizione dell'*in house providing* nell'ordinamento italiano.

Al fine di aderire alle perentorie richieste di adeguamento ai principi comunitari provenienti dalla Commissione europea e di evitare ulteriori procedure di infrazioni a proprio carico, il legislatore italiano intervenne ancora una volta in materia di servizi pubblici locali con l'**art. 14 del d.l. 30 settembre 2003, n. 269**, recante “*Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione*

paesaggio, come modificati dal d.lgs. 256 del 2006), a svariate possibili formule gestionali. In particolare l'affidamento diretto ad associazioni o fondazioni costituite o partecipate dall'Ente locale, che l'art. 113 bis prevedeva con esclusivo riferimento ai servizi culturali e del tempo libero (a differenza di quello ad istituzioni, aziende speciali e società a capitale interamente pubblico, previsto in generale per tutti servizi pubblici locali privi di rilevanza economica), dovrebbe poter trovare applicazione con riferimento a qualsiasi tipologia di servizio privo di rilevanza economica” (Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Regione Sardegna, 18 giugno 2007, n. 9).

⁶³ Commissione Europea, Lettera di reiterazione di messa in mora alla Repubblica Italiana, 26 giugno 2002, C(2002)2329.

⁶⁴ Cfr. Ilaria Rizzo, *Servizi pubblici locali e affidamento in house alla luce del decreto legge 23 settembre 2009, n. 135, convertito dalla legge 20 novembre 2009, n. 166*, Dike Giuridica Editrice, Roma, 2009, p. 9.

dell'andamento dei conti pubblici”, convertito in Legge 24 novembre 2003, n. 326⁶⁵, mediante il quale in primo luogo fu sostituita la distinzione tra servizi a rilevanza industriale e servizi privi di tale rilevanza con la distinzione tra servizi di rilevanza economica e non economica⁶⁶.

La ragione che indusse il legislatore nazionale ad intervenire in questo senso è da ricercare a livello comunitario poiché la qualificazione di rilevanza economica era sicuramente più aderente ai principi comunitari. Infatti, come si è già anticipato in precedenza⁶⁷, il diritto comunitario non conosce la nozione di servizio pubblico, ma soltanto quella di servizio di interesse generale economico e non economico.

Al concetto di servizi di rilevanza economica si affiancava quello di concorrenza, con conseguente necessità di rispettare il dettato dell'art. 106, comma 2, del TFUE (ex art. 86 TCE) ai sensi del quale *“le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata [...]”*.

Emerse, pertanto, come la distinzione tra le differenti nature di servizio pubblico locale (con o senza rilevanza economica) fosse di fondamentale importanza in quanto ad essa erano ricollegate modalità di gestione completamente differenti, dal momento che per i servizi aventi rilevanza economica viene privilegiata la tutela della concorrenza, mentre nel caso dei servizi privi di rilevanza economica le esigenze della concorrenza appaiono sensibilmente sacrificate dalla volontà di dare massima espansione alla dimensione sociale, che in questi servizi assume grande rilievo.

In primo luogo occorre rilevare che l'art. 14 non conteneva un'elencazione dei servizi pubblici locali economici né rinviava ad un emanando regolamento governativo di attuazione⁶⁸, rimettendo all'interprete l'onere di individuare l'ambito di applicazione della nuova normativa.

Stante l'assenza di una disposizione legislativa che fornisse la definizione degli stessi, la giurisprudenza amministrativa ha affermato la necessità di ricostruire in via interpretativa la nozione di servizio pubblico locale di rilevanza economica e, per converso, quella di servizio privo di siffatta rilevanza potendosi utilizzare a tal fine gli indici rivelatori desumibili dai principi comunitari che informano la materia. Da ciò è emersa una ricostruzione di servizio pubblico di rilevanza economica dal carattere piuttosto ampio, avendo il giudice considerato che: *“la distinzione tra servizi di rilevanza economica e servizi privi di tale rilevanza va considerata legata all'impatto*

⁶⁵ In Suppl. ordinario n. 181 alla G.U. 25 novembre 2003, n. 274.

⁶⁶ Il testo della norma può essere consultato nell'apposita appendice normativa al capitolo I.

⁶⁷ Cfr. infra, par. IV, p. 35.

⁶⁸ A differenza di quanto era stato previsto dall'art. 35 della L. 448/2001 in relazione ai servizi aventi “rilevanza industriale”, fermo restando che, come detto sopra, il regolamento attuativo diretto all'individuazione dei servizi pubblici in questione da emanarsi entro sei mesi dall'entrata in vigore della L. 448/2001 non vide mai la luce.

che l'attività può avere sull'assetto della concorrenza ed ai suoi caratteri di redditività, con la conseguenza che deve ritenersi di rilevanza economica il servizio che si innesta in un settore per il quale potrebbe esistere, quantomeno potenzialmente, una redditività, e quindi una competizione sul mercato e ciò ancorché siano previste forme di finanziamento pubblico, più o meno ampie, dell'attività in questione; di converso, può essere considerato privo di rilevanza il servizio che, per sua natura o per i vincoli ai quali è sottoposta la relativa gestione, non dà luogo ad alcuna competizione e, quindi, appare irrilevante ai fini della concorrenza” (cfr. TAR Bari Puglia sez. I, 12 aprile 2006, n. 1318⁶⁹).

Ad avviso della giurisprudenza, pertanto, il fatto che i servizi in questione siano destinati ad essere resi a favore di taluni settori “deboli” della collettività, senza oneri corrispettivi diretti a carico dei beneficiari, non costituisce necessario indice di servizio privo di rilevanza economica in quanto, altrimenti, qualsiasi tipologia di servizio reso gratuitamente a favore della collettività, in base a scelte di opportunità di volta in volta operate dall'amministrazione, potrebbe essere considerato quale servizio privo di rilevanza economica. Infatti, possono risultare compatibili con la nozione di servizio di rilevanza economica anche servizi connotati da un significativo rilievo socio-assistenziale (cd. “servizi sociali”) se e nel momento in cui presentano, per le modalità di esplicazione, una rilevante componente economica, tesa ad assicurare non solo la mera copertura delle spese sostenute, ma anche un potenziale profitto d'impresa (cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072⁷⁰).

In sintesi è possibile affermare che la linea di demarcazione tra il carattere della rilevanza economica o meno del servizio pubblico non è dato né dalla natura dell'attività né dal suo oggetto. Il servizio pubblico a carattere economico si caratterizza per i suoi requisiti di economicità, dovendosi assicurare, sulla scorta della definizione di imprenditore di cui all'art. 2082 del c.c., almeno l'equilibrio fra costi e ricavi del servizio. Nel servizio pubblico privo di rilevanza economica, invece, il costo è essenzialmente assicurato dalla fiscalità generale dell'ente e comunque dagli ordinari mezzi di bilancio⁷¹.

⁶⁹ In *Corriere del merito* 2006, 11, 1331 (s.m.), con nota di Costa.

⁷⁰ In *Finanza locale* 2007, 2, 112.

⁷¹ La *vexata quaestio* della distinzione tra servizi pubblici a rilevanza economica e non è stata successivamente affrontata *ex professo* anche alla Corte dei Conti lombarda, chiamata a rendere un parere (n. 195/2009) in merito all'ambito di applicazione dell'art. 23-bis del D.L. 112/2008 riguardante i soli servizi pubblici a economica, la quale ha affermato che “Non è possibile individuare a priori, in maniera definita e statica, una categoria di servizi pubblici a rilevanza economica, che va, invece, effettuata di volta in volta, con riferimento al singolo servizio da espletare, da parte dell'ente stesso, avendo riguardo all'impatto che il servizio stesso può avere sul contesto dello specifico mercato concorrenziale di riferimento ed ai suoi caratteri di redditività/autosufficienza economica (ossia di capacità di produrre profitti o per lo meno di coprire i costi con i ricavi)” e ancora che “Spetta all'ente valutare le modalità ottimali di espletamento del servizio con riguardo ai costi, ai margini di copertura degli stessi, alle migliori modalità di organizzazione del servizio in termini di efficienza, efficacia ed economicità, nel rispetto dei principi di tutela della

Quanto alla **proprietà delle reti** fu previsto che da quel momento le società che avrebbero potuto essere intestatarie delle reti e delle dotazioni fossero società a capitale interamente pubblico. Tale capitale non era espressamente indicato come “locale” con la conseguenza che si sarebbe dovuta ritenere legittima la partecipazione alla società “*non soltanto degli enti locali titolari dei servizi e dei beni ad esse accedenti, ma anche degli enti pubblici di differente natura, i cui interessi istituzionali consiglino o permettano l'assunzione della partecipazione*”⁷².

La **gestione della rete** avrebbe potuto essere affidata, oltre che a imprese individuate mediante gara, in via diretta a società pubbliche ma a patto che il capitale pubblico fosse totalitario (ma anch'esso non più necessariamente “locale”) e che gli enti pubblici titolari del capitale sociale “*esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano*” (art. 113, comma 4). Fu così decretato l'ingresso nell'ordinamento italiano dell'*in house providing* anche come modalità di gestione delle reti. La presenza di ulteriori requisiti per l'affidamento diretto della gestione delle reti, rispetto a quello della proprietà delle stesse, dipendeva dal fatto che l'attività di gestione si configurasse come attività imprenditoriale e che, pertanto, l'affidamento diretto potesse generare una potenziale lesione delle aspettative degli imprenditori privati. L'unico modo per legittimare tale forma di affidamento, soprattutto in conformità al diritto comunitario, sarebbe stato quello di far sì che tra l'ente affidante e l'ente gestore non vi fosse sostanziale terzietà.

Per la **gestione del servizio**, infine, mediante un vero e proprio *revirement* legislativo, fu superata la modalità unica di affidamento mediante gara e fu stabilito dall'art. 113, comma 5, che la gestione dei servizi economici potesse essere assegnata:

- a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica;
- a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche⁷³;

concorrenza da un lato e della universalità e dei livelli essenziali delle prestazioni dall'altro (in tal senso, anche Corte dei conti, Sez. controllo Sardegna, delib. n. 9 del 18 giugno 2007)”.
⁷² Cfr. Marco Dugato, *Legge collegata alla finanziaria 2004 e pubblica amministrazione*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2, 2004, p. 121 e ss.

⁷³ Nel disegno del legislatore le società miste sono state concepite quali manifestazioni del potere organizzativo dell'ente locale, ove la struttura imprenditoriale e la forma privatistica non vengono assunte per il conseguimento di un lucro ma vengono qualificate quale tecnica di razionale ed efficiente gestione del servizio pubblico locale. La possibilità per siffatte società miste di svolgere attività *extra moenia* è stata oggetto di ampia discussione sia nel panorama dottrinale che in quello giurisprudenziale.

Nel solco di tale dibattito si è inserito l'art. 13 del D.L. 4 luglio 2006, n. 223 (cd. Decreto Bersani)⁷³, convertito con modificazioni in L. 4 agosto 2006, n. 248⁷³, il cui primo comma dispone che “*Al fine di evitare alterazioni o distorsioni*

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

La novità più significativa introdotta dalla riforma del 2003 fu senza dubbio la possibilità di ricorrere ad **affidamenti in house**. Il nuovo art. 113, c. 5, lett. c), prevede, infatti, che l'erogazione del servizio potesse avvenire mediante conferimento "a società a capitale interamente pubblico", a patto che venissero rispettate le condizioni previste dalla giurisprudenza comunitaria nella famosa sentenza Teckal⁷⁴ in materia di affidamenti *in house*, ovvero a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitasse sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzasse la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano (requisiti del controllo analogo e dell'attività prevalente).

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 e 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 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".

In altre parole, se è ben possibile che gli enti pubblici costituiscano società *in house* per lo svolgimento di attività strumentale sottraendosi alle procedure di gara, tali società dovranno operare solo per gli enti che le hanno generate, non potendo utilizzare il vantaggio che deriva loro da quella particolare origine, e dallo svolgimento privilegiato delle attività per conto degli enti costituenti, per partecipare a procedure di affidamento da parte di altri soggetti pubblici in condizione di solo apparente concorrenza con gli altri operatori economici. Il fine perseguito dall'intervento normativo *de quo* consiste nel restringere l'ambito di operatività delle società strumentali, per scongiurare l'attribuzione di vantaggi anticoncorrenziali a soggetti operanti fuori dal mercato. Ancorché la disposizione citata escluda dal suo ambito di applicazione i servizi pubblici locali, si pone comunque il problema del destino delle cd. società *multiutility*, cioè delle società che erogano diversi servizi, alcuni qualificabili come servizi pubblici e altri come servizi strumentali.

Sul punto è recentemente intervenuta la sentenza del Consiglio di Stato n. 77 del 11 gennaio 2011 che ha riformato, in senso radicalmente opposto, la precedente sentenza del TAR Lombardia n. 8 del 11 gennaio 2010 che si era espressa in favore dell'applicazione dei divieti di cui all'art. 13 D.L. n. 223/2006 ad una società mista operativa sia nel settore dei servizi pubblici locali, sia in quello dei servizi strumentali a favore dell'ente pubblico, vietandone la partecipazione ad una gara per la gestione di questi ultimi fornendo un'interpretazione estensiva sull'esclusività dell'oggetto sociale.

I giudici di secondo grado hanno sostenuto, al contrario, che il divieto di partecipazione a gare d'appalto per servizi strumentali, previsto dall'art 13 del D.L. 223/2006, non si applica alle "società miste" che non presentano quale oggetto sociale esclusivo lo svolgimento dei servizi pubblici locali, potendo quindi queste ultime effettuare anche altre attività ivi incluse quelle strumentali. Tali tipologie societarie non sono assoggettate ai vincoli del predetto articolo 13 in quanto presentano differenti caratteristiche giuridiche e un diverso modello "organizzativo" rispetto a quelle strumentali, che non consente eventuali alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato.

Alla luce di tale orientamento giurisprudenziale, dunque, è legittima la partecipazione di società miste che gestiscono servizi pubblici locali alle gare per il conferimento di servizi strumentali alle attività delle amministrazioni. Al contrario, se la società mista è stata costituita solo per gestire attività o servizi strumentali per il socio o per i soci, allora trovano applicazione i previsti divieti e l'obbligo di esclusività.

Grazie a tale ultimo intervento sulla disciplina dei servizi pubblici locali la Commissione pose fine alla suddetta procedura d'infrazione, decretando la chiusura delle indagini e riconoscendo l'adozione da parte della Repubblica italiana di misure idonee per risolvere i problemi indicati. A parere della Commissione, le modifiche apportate ai parr. 4 e 5 dell'art. 113 del TUEL ad opera dell'art. 14 del D.L. 269/2003 rappresentarono *“un miglioramento rispetto alla situazione precedente, che prevedeva esplicitamente la possibilità di assegnare i contratti per servizi pubblici senza gara e senza rispettare le condizioni specifiche ed eccezionali della normativa europea che possono consentire di effettuare aggiudicazioni dirette [...]”*⁷⁵.

Quanto ai **servizi privi di rilevanza economica**, invece, mediante la modifica dell'art. 113-bis del T.U.E.L. si circoscrisse l'affidamento diretto degli stessi a società partecipate dagli enti locali, prevedendo che la gestione di tali servizi potesse essere affidata, oltre che a istituzioni ed aziende speciali (anche consortili), a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitassero sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzasse la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti pubblici che la controllano. Restava la possibilità eccezionale di dare corso a gestioni dirette in economia, legittima solo quando le modeste dimensioni o le caratteristiche del servizio rendessero inopportuno il ricorso agli ordinari mezzi di gestione. L'abrogazione del comma 4 dell'art. 113-bis, invece, rese impossibile l'assegnazione con gara del servizio a soggetti terzi differenti dalle istituzioni, dalle aziende speciali e dalle società a totale partecipazione pubblica.

Successivamente, l'art. 113 del TUEL fu nuovamente modificato ad opera dell'art. 4, comma 234°, della **Legge 24.12.2003, n. 350**⁷⁶ (Legge finanziaria per il 2004) che vi inserì nuove disposizioni e, più specificatamente, i commi *5-bis, 5-ter, 15-quater*.

Mediante l'introduzione del nuovo comma 5-bis fu previsto che le normative di settore, al fine di superare assetti monopolistici, potessero introdurre ulteriori regole dirette ad assicurare la concorrenzialità nella gestione dei servizi da esse disciplinati prevedendo, nel rispetto delle forme di affidamento dei servizi previste dal comma 5 dell'art. 113, criteri di gradualità nella scelta della modalità di conferimento del servizio.

Inoltre, grazie al nuovo comma 5-ter fu stabilito che nel caso in cui la gestione della rete, separata o integrata con l'erogazione dei servizi, non fosse stata affidata con gara ad evidenza pubblica, i soggetti gestori della stessa avrebbero dovuto provvedere all'esecuzione dei lavori comunque

⁷⁵ Cfr. Comunicato stampa, 25 ottobre 2004, IP/04/1294, disponibile sul sito www.europa.eu.

⁷⁶ In Suppl. ordinario n.196 alla G.U. 27 dicembre, n. 299.

connessi alla gestione della rete esclusivamente mediante contratti di appalto o di concessione di lavori pubblici, aggiudicati a seguito di procedure di evidenza pubblica, ovvero in economia (ma solo entro limiti ben precisi). Diversamente, qualora la gestione della rete, separata o integrata con la gestione dei servizi, fosse stata affidata con procedure di gara, il soggetto gestore avrebbe potuto realizzare direttamente i lavori connessi alla gestione della rete, a patto che la gara espletata avesse avuto ad oggetto sia la gestione del servizio relativo alla rete, sia l'esecuzione dei lavori connessi. Qualora, invece, la gara avesse avuto ad oggetto esclusivamente la gestione del servizio relativo alla rete, il gestore avrebbe dovuto appaltare i lavori a terzi con procedure ad evidenza pubblica.

5. Il riparto di competenze legislative nella materia dei servizi pubblici locali.

Come noto, la Riforma del Titolo V della Costituzione avvenuta con Legge 18 ottobre 2001, n. 3⁷⁷, è intervenuta a ridisegnare i confini del riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni.

⁷⁷ In G.U. 24 ottobre 2001 n. 248.

In particolare, tale riforma ha riscritto l'art. 117⁷⁸ della carta Costituzionale prevedendo, accanto a materie di competenza legislativa statale esclusiva, materie di competenza legislativa statale e regionale concorrente e riservando de residuo alla competenza regionale esclusiva tutte le materie non ricomprese nelle precedenti categorie. Inoltre, per quel che concerne la potestà regolamentare, il comma VI dell'art. 117 ha attribuito allo Stato quella che riguarda le materie di legislazione statale esclusiva, alle regioni quella che riguarda la legislazione regionale esclusiva e quella concorrente, ai comuni e alle province quella relativa all'organizzazione e allo svolgimento delle funzioni che sono loro attribuite nel rispetto delle leggi statali e regionali competenti⁷⁹.

Ai fini della presente indagine, occorre pertanto chiedersi quali siano i criteri di riparto delle competenze introdotti dal nuovo Titolo V della Costituzione *in subiecta materia*, partendo dal presupposto che i servizi *de quibus* non compaiono espressamente in nessuno degli elenchi di

⁷⁸ Art. 117 Cost. - “La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.

Lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie:

- a) politica estera e rapporti internazionali dello Stato; rapporti dello Stato con l’Unione europea; diritto di asilo e condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all’Unione europea;
- b) immigrazione;
- c) rapporti tra la Repubblica e le confessioni religiose;
- d) difesa e Forze armate; sicurezza dello Stato; armi, munizioni ed esplosivi;
- e) moneta, tutela del risparmio e mercati finanziari; tutela della concorrenza; sistema valutario; sistema tributario e contabile dello Stato; perequazione delle risorse finanziarie;
- f) organi dello Stato e relative leggi elettorali; referendum statali; elezione del Parlamento europeo;
- g) ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali;
- h) ordine pubblico e sicurezza, ad esclusione della polizia amministrativa locale;
- i) cittadinanza, stato civile e anagrafi;
- l) giurisdizione e norme processuali; ordinamento civile e penale; giustizia amministrativa;
- m) determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale;
- n) norme generali sull’istruzione;
- o) previdenza sociale;
- p) legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane;
- q) dogane, protezione dei confini nazionali e profilassi internazionale;
- r) pesi, misure e determinazione del tempo; coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell’amministrazione statale, regionale e locale; opere dell’ingegno;
- s) tutela dell’ambiente, dell’ecosistema e dei beni culturali.

Sono materie di legislazione concorrente quelle relative a: rapporti internazionali e con l’Unione europea delle Regioni; commercio con l’estero; tutela e sicurezza del lavoro; istruzione, salva l’autonomia delle istituzioni scolastiche e con esclusione della istruzione e della formazione professionale; professioni; ricerca scientifica e tecnologica e sostegno all’innovazione per i settori produttivi; tutela della salute; alimentazione; ordinamento sportivo; protezione civile; governo del territorio; porti e aeroporti civili; grandi reti di trasporto e di navigazione; ordinamento della comunicazione; produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell’energia; previdenza complementare e integrativa; armonizzazione dei bilanci pubblici e coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario; valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali; casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere generale; enti di credito fondiario e agrario a carattere generale. Nelle materie di legislazione concorrente spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato.

Spetta alle Regioni la potestà legislativa in riferimento ad ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato. [...]

La potestà regolamentare spetta allo Stato nelle materie di legislazione esclusiva, salva delega alle Regioni. La potestà regolamentare spetta alle Regioni in ogni altra materia. I Comuni, le Province e le Città metropolitane hanno potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell’organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite. [...].”

⁷⁹ Cfr. A. Barbera – C. Fusaro, *Corso di diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 2001, pp. 307-308.

materie del nuovo art. 117 Cost. e, a rigor di logica, dovrebbero pertanto essere rimessi alla competenza legislativa residuale delle Regioni, in base a quanto disposto dal comma 4 della norma in questione.

Tale questione aveva creato non pochi dubbi e aveva visto contendersi la competenza legislativa esclusiva in materia di servizi pubblici locali tra lo Stato e le Regioni, soprattutto a fronte degli invasivi interventi operati in materia di servizi pubblici locali dal legislatore nazionale negli anni 2001 e 2003 (come si vedrà oltre). Tale situazione foriera di incertezze e tensioni aveva dimostrato con forza quanto fosse necessario un intervento chiarificatore da parte dell'organo a ciò deputato, ovvero la Corte Costituzionale.

Una prima occasione di pronunciarsi sul tema è stata offerta alla Corte costituzionale dalla Regione Toscana che ha promosso un giudizio di legittimità costituzionale in relazione alla disciplina di cui all'art. 14 del d.l n. 269 del 2003, convertito, con modificazioni, nella l. n. 326 del 2003.

La ricorrente osservava come la disciplina dei servizi pubblici locali non essendo riferibile "*né alla competenza legislativa statale in tema di "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" (art. 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione*), giacché riguarda precipuamente servizi di rilevanza economica e comunque non attiene alla determinazione di livelli essenziali, né a quella in tema di "funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane" (art. 117, secondo comma, lettera p), giacché la gestione dei predetti servizi non può certo considerarsi esplicitazione di una funzione propria ed indefettibile dell'ente locale" fosse sottratta alla potestà legislativa dello Stato e, al contrario, di competenza esclusiva delle Regioni.

Il legislatore statale, dal canto suo, replicava che le modifiche apportate alla disciplina dei servizi pubblici locali dalle disposizioni impugnate costituivano l'esito di "*un pluriennale dialogo con l'Unione europea*" ed erano perciò volte "*ad assicurare la realizzazione di un valore e di un risultato - quello di una (per quanto tecnicamente possibile) effettiva e non ostacolata concorrenza fra operatori economici*" - esplicitamente indicato dai Trattati come fondamentale.

Infatti, già nel 2000 la Commissione europea aveva avviato una procedura di infrazione nei confronti del Governo italiano ai sensi dell'art. 258 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, in riferimento alla disciplina contenuta nella Legge 142/1990 e nel T.U.E.L. del 2000 ritenendo la stessa in contrasto con le direttive 92/50/CEE e 93/38/CEE, oltre che con i principi di trasparenza, di parità di trattamento e di non discriminazione contenuti nel Trattato. Con l'avvento dell'art. 35 della Legge 448/2001, poi, la Commissione aveva trasmesso in data 26 giugno 2002 un'ulteriore lettera di messa in mora, rilevando che, in base alla normativa comunitaria, gli appalti e le concessioni di servizi devono rispettare regole di pubblicità e di concorrenza (ai sensi degli artt.

43 e 49 del Trattato, ora artt. 49 e 56 TFUE), mentre l'affidamento diretto può essere ammesso soltanto in precise ipotesi derogatorie (*ex* artt. 45 e 46 del Trattato, ora artt. 51 e 52 TFUE). Il quadro normativo introdotto dall'art. 35 della L. 448/2001, a parere della Commissione, si dimostrava incompatibile con le direttive 92/50/CEE e 93/38/CEE in quanto continuava a consentire numerose ipotesi di affidamento diretto dei servizi, in spregio ai principi comunitari di pubblicità e di messa in mora⁸⁰.

Al fine di precisare il titolo giustificativo del proprio intervento nella materia dei servizi pubblici locali il legislatore nazionale, pertanto, adduceva la necessità di tutelare la concorrenza, riservata in via esclusiva alla competenza legislativa statale dall'art. 117 Cost. e richiamata dal comma 1 dell'art. 113 del D.Lgs. 267/2000, così come sostituito dal comma 1 dell'art. 14 della legge 326/2003.

Con la sentenza 27 luglio 2004, n. 272⁸¹, emessa a seguito del sopra descritto procedimento, la Corte ha stabilito che: *“È costituzionalmente illegittimo l'art. 14, comma 1, lett. e) d.l. 30 settembre 2003 n. 269 (Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici), convertito, con modificazioni, nella l. 24 novembre 2003 n. 326, laddove stabilisce, dettagliatamente e con tecnica autoapplicativa, i criteri in base ai quali aggiudicare la gara per la gestione dei servizi pubblici locali "di rilevanza economica". Tale norma, prescrivendo che deve considerarsi integrativa delle normative settoriali di fonte regionale la disciplina dettagliata ed autoapplicativa di cui all'art. 113, comma 7, del d.lg. 18 agosto 2000 n. 267 (Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), pone in essere un'illegittima compressione dell'autonomia regionale, in quanto l'intervento legislativo statale risulta ingiustificato e non proporzionato rispetto all'obiettivo della "tutela della concorrenza". Costituendo, infatti, la "tutela della concorrenza", una materia funzione, riservata alla competenza esclusiva dello Stato, la quale non ha un'estensione rigorosamente circoscritta e determinata, ma "trasversale", poiché si intreccia inestricabilmente con una pluralità di altri interessi - alcuni dei quali rientranti nella sfera di competenza concorrente o residuale delle regioni - connessi allo sviluppo economico-produttivo del Paese, è necessario basarsi sul criterio di proporzionalità e di adeguatezza al fine di valutare, nelle diverse ipotesi, se essa legittimi o meno determinati interventi legislativi dello Stato”*

Lo Stato, quindi, ha titolo per intervenire nella materia dei servizi pubblici locali e il titolo giustificativo di tale intervento è da ricercare nella tutela della concorrenza. Inoltre, l'art. 14 è da considerare una “norma principio” della materia dei servizi pubblici locali di rilievo economico. La Corte ha poi precisato che la disciplina statale deve in ogni caso rispondere ai criteri di proporzionalità e di adeguatezza, che nel caso di specie erano stati travalicati dalla normativa

⁸⁰ Cfr. Ilaria Rizzo, *Servizi pubblici locali e affidamento in house alla luce del decreto legge 23 settembre 2009, n. 135, convertito dalla legge 20 novembre 2009, n. 166*, Dike Giuridica Editrice, Roma, 2009, p. 9.

⁸¹ In *Giur. Cost.* 2004, 4, 2748, con nota di Bellomia.

censurata in quanto la stessa dettava prescrizioni concernenti i criteri di aggiudicazione delle gare e l'inserimento dei corrispondenti elementi nel contratto di servizio .

Per quanto concerne i servizi pubblici economici, pertanto, il legislatore potrà emanare solo norme di principio, giustificate dalla “tutela della concorrenza”, mentre la legge regionale potrà intervenire con una disciplina di dettaglio in esecuzione ed integrazione delle norme statali (potestà legislativa regionale concorrente).

Secondo la Corte, infatti, non risulta condivisibile la prospettazione della ricorrente, secondo cui la disciplina dei servizi pubblici locali, incidendo su situazioni di non concorrenzialità del mercato per la presenza di diffuse condizioni di monopolio naturale e riguardando interventi propriamente di “promozione” e non già di “tutela” della concorrenza, sarebbe estraneo, in quanto tale, all'ambito della potestà legislativa esclusiva dello Stato e pertinente invece alla competenza regionale in tema di servizi pubblici locali. 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 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*” (sentenza n. 14 del 2004). In altri termini, la tutela della concorrenza riguarda nel loro complesso i rapporti concorrenziali sul mercato e non esclude perciò anche interventi promozionali dello Stato.

Ne discende che, “*la disciplina a tutela della concorrenza si configura come limite della potestà legislativa regionale, destinato ad operare nei confronti di una pluralità di materie di competenza regionale sia concorrente sia residuale e, di conseguenza, le norme a tutela della stessa, assurgono al rango di norme parametro negli eventuali giudizi di legittimità costituzionale di leggi regionali invasive delle competenze statali*”⁸².

Diverso, invece, si profila il discorso relativo ai **servizi pubblici non economici**, dal momento che la sentenza 272/2004 ha stabilito l'illegittimità costituzionale dell'art. 113-bis del TUEL, sulla base del fatto che l'intervento del legislatore nazionale non può ritenersi giustificato allorché le norme riguardino servizi privi di rilevanza economica, stante l'assenza di un mercato concorrenziale e del fine lucrativo che caratterizza questo particolare ambito. Il titolo di legittimazione per gli interventi del legislatore statale costituito dalla tutela della concorrenza, di conseguenza, non è applicabile a questo tipo di servizi, proprio perché in riferimento ad essi non esiste un mercato concorrenziale.

Di conseguenza, nell'ambito dei servizi non economici potrà dispiegarsi la più ampia potestà legislativa regionale sia con norme di principio, sia di dettaglio (potestà legislativa esclusiva

⁸² Cfr. Francesca Casalotti, *La Corte costituzionale e i criteri di riparto delle competenze con riferimento ai servizi pubblici locali dopo la riforma del Titolo V parte II della Cost.: la sentenza n. 272 e l'ordinanza n. 274 del 2004*, in *Le Regioni*, 1, 2005.

regionale). Inoltre, sia il legislatore statale che quello regionale dovranno lasciare un congruo spazio alle scelte organizzative dell'ente locale.

6. La novella di cui all'art. 23-bis del D.L. 25 giugno 2008 n. 112.

La **Legge 6 agosto 2008, n. 133**⁸³, nel convertire, con modificazioni, in legge il decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112⁸⁴ recante *disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*, introdusse nel panorama normativo dei servizi pubblici locali l'art. 23-bis, al quale fu affidato il compito di ridisegnare la disciplina dei servizi pubblici locali⁸⁵.

Innanzitutto, riguardo all'ambito di applicazione dell'art. 23-bis, occorre precisare che la norma in questione riguardava esclusivamente l'affidamento e la gestione dei soli servizi pubblici locali di rilevanza economica. Inoltre, lo stesso art. 23-bis stabilì che le proprie disposizioni si applicassero a tutti i servizi pubblici locali e prevalessero sulle relative discipline di settore con esse incompatibili (comma 1)⁸⁶.

Successivamente, l'art. 30, comma 26 della Legge 23 luglio 2009 n. 99⁸⁷, modificando l'art. 23-bis, fece salve le disposizioni del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, e dell'articolo 46-bis del decreto legge 1° ottobre 2007, n. 159, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222, in materia di distribuzione di gas naturale. Tale settore, quindi, rimaneva estraneo alla nuova disciplina introdotta dall'art. 23-bis.

L'art. 23-bis avrebbe dovuto essere letto in coordinamento con il sistema normativo esistente in quanto l'art. 113 TUEL non venne abrogato completamente, ma solo nelle parti incompatibili con questa norma (comma 11), la cui individuazione fu demandata ad un regolamento di delegificazione (comma 10, lett. m)⁸⁸.

⁸³ In Suppl. ordinario n. 196 alla G.U., 21 agosto, n. 195.

⁸⁴ In Suppl. ordinario n. 152 alla Gazz. Uff., 25 giugno, n. 147.

⁸⁵ Il testo della norma può essere consultato nell'apposita appendice normativa al capitolo I. Tale norma, come si vedrà oltre, è stata travolta dal referendum abrogativo che si è svolto nel giugno 2011.

⁸⁶ Pertanto, il vuoto di disciplina dei servizi privi di rilevanza economica, creatosi a seguito della sentenza della Corte Costituzionale, non veniva colmato neppure dall'art. 23bis del D.L. n. 112/2008. Al fine della individuazione della disciplina applicabile ai servizi in questione, era certamente da escludere la possibilità di ricorso, in via analogica, alle previsioni dettate dall'art. 113 TUEL o a quelle di cui all'art. 23 bis, d.l. n. 112 del 25 giugno 2008.

⁸⁷ In in Suppl. ordinario n. 136 alla Gazz. Uff., 31 luglio, n. 176.

⁸⁸ Sulla questione relativa alla portata delegificante dei regolamenti di delegificazione si esprime in termini critici Lorenzo Cuocolo, *I servizi pubblici locali tra novità legislative e iniziative degli enti territoriali*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 30 dicembre 2008: "Un ultimo punto critico posto dalla normativa di riforma riguarda i regolamenti di delegificazione, cui si fa ampio rinvio per completare la disciplina. Il comma 10 dell'art. 23-bis, che appunto disciplina lo strumento, richiama espressamente l'art. 17, c. 2, della legge n. 400 del 1988. Tale disposizione, com'è noto, ha per la prima volta inserito nel nostro ordinamento uno schema-tipo per i regolamenti di delegificazione, muovendosi sul delicato equilibrio tra esigenza di riduzione dell'ipertrofia legislativa e rispetto della costruzione

Parimenti, derogando parzialmente al canone *lex posterior generalis non abrogat lex prior specialis*, fu stabilito che le discipline di settore incompatibili avrebbe ceduto di fronte al 23-bis solo se incompatibili con lo stesso⁸⁹. Pertanto, la riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica operata dall'art. 23-bis non si esauriva nella legge.

L'intenzione del legislatore, così come si evince dal comma 1 dell'art. 23-bis, fu quella di applicare la disciplina comunitaria e perseguire il “*fine di favorire la piu' ampia diffusione dei principi di concorrenza, di liberta' di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale, nonche' di garantire il diritto di tutti gli utenti alla universalita' ed accessibilita' dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettere e) e m), della Costituzione, assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarieta', proporzionalita' e leale cooperazione*”.

Quanto alle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali, secondo l'originaria versione del 23-bis, fu previsto che il conferimento della gestione degli stessi potesse avvenire “*in via ordinaria, a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità*”.

La società mista venne considerata una forma implicita di affidamento, in ossequio al principio secondo cui per supplire alla mancata gara “a valle” per l'affidamento del servizio fosse necessario ricorrere “a monte” alla procedura di gara per la scelta del socio privato⁹⁰.

gerarchica del sistema delle fonti (Sorrentino). Nonostante l'esplicito richiamo allo schema-tipo, tuttavia, il legislatore del 23-bis detta poi un procedimento di adozione dei regolamenti di delegificazione del tutto difforme da quello previsto dalla legge n. 400 del 1988. La normativa di riforma, infatti, prevede che le norme di legge da ritenersi abrogate a far data dall'entrata in vigore dei regolamenti siano individuate dai regolamenti medesimi. Delegificazione, dunque, ma attuata mediante l'abrogazione di fonti primarie ad opera di fonti secondarie. L'art. 17, c. 2, della legge n. 400 del 1988, invece, prevede più prudentemente che le norme abrogate dal momento di entrata in vigore del regolamento siano individuate ex ante dalla medesima legge che autorizza l'adozione del regolamento di delegificazione (Sorrentino). Se pure, dunque, si possono immaginare le ragioni pratiche che hanno portato il legislatore del 23-bis ad adottare tale procedura, si deve stigmatizzare l'alterazione nel sistema delle fonti che pone verosimilmente i regolamenti previsti dal comma 10 in contrasto con il principio di legalità dell'azione amministrativa (e anche dell'esercizio della funzione regolamentare).”

⁸⁹ Cfr. Rosanna De Nictolis, *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Urbanistica e Appalti*, 2008, 10, 1109, definisce l'art. 23-bis una norma “extravagante” in quanto non contiene una novella dell'art. 113 del Tuel e non si inserisce nemmeno nel Codice dei Contratti Pubblici dove avrebbe essere opportunamente collocato dopo l'art. 30, dedicato alle concessioni di servizi in generale.

⁹⁰ Questa forma di affidamento verrà espressamente riconosciuta in occasione della riforma del 23-bis, cfr. Germano Scarafiocca, *La nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in www.dirittodeiserviziubblici.it, 27 gennaio 2010;

Inoltre, in deroga alla suddetta modalità definita ordinaria, fu previsto dal terzo comma dell'art. 23-bis che l'affidamento dei servizi in parola potesse avvenire nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria a fronte di situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettessero un efficace e utile ricorso al mercato.

Tuttavia, per procedere all'affidamento diretto o *in house* si sarebbe dovuta osservare una procedura "aggravata", volta a giustificare la scelta operata dall'ente locale, la quale prevedeva anche l'emissione di un parere da parte dell'AGCM o di altra eventuale autorità indipendente del settore⁹¹.

Il comma 9 dell'art. 23-bis, inoltre, stabilì il divieto per le società titolari di affidamenti diretti di espletare attività *extra moenia*, ossia in ambiti territoriali diversi⁹².

Questa riforma ricevette il plauso dell'Autorità Garante della concorrenza e del Mercato, che menzionò l'art. 23-bis "*nel novero dei provvedimenti che hanno inciso maggiormente sulle dinamiche competitive di rilevanti settori dell'economia*". In particolare l'AGCM ritenne la norma meritevole di apprezzamento "*in ragione dei principi di apertura del mercato e di privatizzazione delle gestioni locali che la ispirano*" e ha affermato che "*in un quadro generale che ha visto il riemergere di una sfiducia di fondo nelle virtù del mercato, il legislatore ha agito in modo virtuoso nel settore, resistendo alle sirene del protezionismo e ponendo al centro del processo riformatore il superamento dello status quo, con la piena affermazione dei principi competitivi*"⁹³.

6.1. Le modifiche apportate all'art. 23-bis da parte del cd. Decreto Ronchi (D.L. 25 settembre 2009, n. 135).

Mentre si attendeva l'attuazione della normativa di cui all'art. 23-bis del D.L. 112/2008 da parte di un regolamento emanato *ad hoc*, un nuovo decreto legge, volto ad adempiere una serie di obblighi

⁹¹ Ai sensi dell'art. 23-bis, comma 4, "*L'ente affidante deve 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 e alle autorità di regolazione del settore, ove costituite, per l'espressione di un parere sui profili di competenza da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione*". Si vedano in proposito i pareri dell'AGCM del 5 febbraio 2009, in boll. n.9/2009, e del 12 marzo 2009, in boll. n. 15/2009.

⁹² "*I soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali non affidati mediante le procedure competitive di cui al comma 2, nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi, non possono 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. Il divieto di cui al periodo precedente non si applica alle società quotate in mercati regolamentati. I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere alla prima gara svolta per l'affidamento, mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, dello specifico servizio già a loro affidato. In ogni caso, entro la data del 31 dicembre 2010, per l'affidamento dei servizi si procede mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica.*"

⁹³ Cfr. Autorità Garante per la concorrenza ed il mercato, Relazione annuale per l'anno 2011, disponibile sul sito www.agcm.it.

comunitari e a dare esecuzione ad alcune sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee, ridefinì ampiamente le modalità di affidamento dei servizi pubblici locali.

Infatti il **D.L. 25 settembre 2009, n. 135** (cd. Decreto Ronchi), convertito con modificazioni in Legge 20 novembre 2009, n. 166⁹⁴, all'art. 15, rubricato "*Adeguamento alla disciplina comunitaria in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica*", modificava il suddetto art. 23-bis, sostituendo il vecchio sistema basato sulla discrezionalità delle amministrazioni comunali e provinciali con un assetto basato sul *favor* normativo per le procedure competitive di assegnazione della gestione del servizio ove l'alternativa tra affidamento diretto *in house* e affidamento tramite gara non era più rimessa alla libera scelta degli enti locali ma subordinata ad una gerarchia fissata dal legislatore⁹⁵.

Il decreto Ronchi, modificando il comma 1 dell'art. 23-bis, ridefinì i contorni dell'ambito applicativo della norma in questione, stabilendo che le sue disposizioni non si applicassero, oltre che al settore della distribuzione del gas, anche ai settori della distribuzione di energia elettrica, della gestione di farmacie comunali e del trasporto ferroviario regionale⁹⁶.

In base all'art. 23-bis del D.L. 112/2008, così come modificato dal Decreto Ronchi, si profilavano di conseguenza un regime ordinario ed uno straordinario di affidamento dei servizi pubblici locali, ai quali si aggiungeva, per un primo periodo successivo all'entrata in vigore della riforma, un regime transitorio.

Quanto alle **modalità di affidamento**, per ciò che concerne il regime ordinario vennero previste due diverse modalità di conferimento della gestione dei servizi in parola:

- a) a favore di imprenditori o di società individuati tramite procedure competitive ad evidenza pubblica o, in alternativa;
- b) a società a partecipazione mista pubblica e privata, ma solo al ricorrere di una serie di condizioni prestabilite, ovvero:
 - sussistenza del carattere operativo (e non puramente finanziario) del socio privato, ossia la capacità dello stesso di gestire il servizio;

⁹⁴ In Gazz. Uff., 24 novembre, n. 274.

⁹⁵ Il testo della norma può essere consultato nell'apposita appendice normativa al capitolo I.

⁹⁶ La dottrina ha osservato che l'esplicita esclusione del trasporto ferroviario regionale dal campo di applicazione dell'art. 23-bis della L. 133/2008 appariva come "*una mera, ancorché inutile, cautela*", dal momento che "*nella comune interpretazione, ampiamente suffragata dal dato legislativo e costituzionale, i servizi pubblici locali sono infatti soltanto, quelli affidati dagli enti locali (individuati dall'art. 2 del TUEL in "comuni, province, città metropolitane, comunità montane, comunità isolate e unioni di comuni")*", che anche la Costituzione tiene esplicitamente distinti dalle Regioni [...]" . cfr. Maria Alessandra Sandulli, *Affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale su strada e riforma dei servizi pubblici locali*, in www.federalismi.it.

- selezione del socio mediante il ricorso a procedure competitive ad evidenza pubblica che abbiano ad oggetto congiuntamente, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio;
- attribuzione al socio privato di una partecipazione non inferiore al 40%.

Il decreto legge 135 del 2009 introdusse al comma 2, lett. b), lo strumento della **gara a doppio oggetto** che costituiva una delle modalità ordinarie di affidamento dei servizi pubblici locali.

Al di fuori di questi due regimi ordinari, invece, si profilava la possibilità di derogare all'espletamento di procedure di gara e di affidare direttamente la gestione dei servizi pubblici locali a società a capitale interamente pubblico “*che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta in house*”. Affinché fosse possibile operare in questo senso, tuttavia, era necessario il rispetto di una serie di condizioni legislativamente prefissate, quali:

- sussistenza di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale che non consentono un efficace e utile ricorso al mercato.
- sussistenza di un rapporto societario tra l'ente locale affidante e la società affidataria;
- presenza in capo alla società affidataria dei requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione *in house* e, in particolare, del “controllo analogo” da parte dell'ente locale socio e della prevalenza dell'attività svolta dalla società stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano⁹⁷.

Il comma 4 dell'art. 23-bis indicava la procedura da seguire per pervenire ad un affidamento *in house* consistente nell'adozione, da parte dell'ente affidante, di una delibera-quadro che illustrasse l'istruttoria compiuta, i fallimenti del sistema concorrenziale e i benefici derivanti alla collettività locale dalla gestione *in-house*; nonché nell'effettuazione di un'adeguata pubblicità a tale delibera con invio della stessa all'Autorità ai fini della relazione annuale al Parlamento⁹⁸; adeguata pubblicità di tale scelta da parte dell'ente affidante, con motivazione della stessa in base ad un'analisi di mercato e contestuale trasmissione di una relazione all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) al fine di ottenere un parere preventivo in merito⁹⁹.

⁹⁷ Per i requisiti del “controllo analogo” e dell’“attività prevalente” in tema di affidamenti *in house* si veda oltre, cap. III.

⁹⁸ Per una critica alla scelta di sottoporre l'affidamento *in house* a limiti cotanto stringenti, cfr. Ilaria Rizzo, *Servizi pubblici locali e affidamento in house alla luce del decreto legge 23 settembre 2009, n. 135, convertito dalla legge 20 novembre 2009, n. 166*, Dike Giuridica Editrice, Roma, 2009, p. 142, secondo la quale: “è di tutta evidenza come la nuova normativa releghi il ricorso al modulo dell'*in house providing* ad un ruolo marginale e residuale, di ardua realizzazione atteso che gli enti locali risultano soggetti a quella che potrebbe definirsi una *probatio diabolica* [...]. Quest'opera di restyling appare contraddittoria, considerato che sarebbe stato, forse più coerente per il legislatore, eliminare completamente tale modulo organizzativo, invece di offrire alle amministrazioni locali la possibilità di adoperarlo...a condizioni impossibili.”

⁹⁹ Il parere deve essere reso dall'AGCM entro 60 giorni dalla trasmissione della relazione. In caso di mancata adozione del parere entro il termine, esso si intende come positivo.

Infine, oltre a stabilire la salvezza delle procedure di affidamento già avviate alla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto legge 112/2008, al comma 8 dell'art. 23-bis, venne previsto un articolato regime transitorio per gli affidamenti non conformi a quanto stabilito dalle nuove disposizioni in materia in base al quale:

- a) le gestioni in essere alla data del 22 agosto 2008 affidate conformemente ai principi comunitari in materia di cosiddetta "in house" avrebbero dovuto cessare, improrogabilmente e senza necessità di deliberazione da parte dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011. Le stesse, tuttavia, avrebbero potuto cessare alla scadenza prevista dal contratto di servizio qualora, entro il 31 dicembre 2011, le amministrazioni avessero ceduto almeno il 40 per cento del capitale sociale ad un socio privato scelto attraverso procedure di gara;
- b) le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora a seguito di procedure competitive ad evidenza pubblica fosse stato selezionato solo il socio privato, e non anche l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, avrebbero dovuto cessare, improrogabilmente alla data del 31 dicembre 2011;
- c) le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio fosse avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica aventi ad oggetto, al tempo stesso, l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, sarebbero cessate alla scadenza prevista nel contratto di servizio;
- d) 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'articolo 2359 del codice civile, sarebbero cessati alla scadenza prevista nel contratto di servizio, a condizione che la partecipazione pubblica, si fosse ridotta anche progressivamente, attraverso procedure ad evidenza pubblica ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, ad una quota non superiore al 40 per cento entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30 per cento entro il 31 dicembre 2015; ove siffatte condizioni non si fossero verificate, gli affidamenti sarebbero cessati improrogabilmente, rispettivamente, alla data del 30 giugno 2013 o del 31 dicembre 2015;
- e) le gestioni affidate non rientranti nei casi precedenti sarebbero cessati in modo automatico entro e non oltre la data del 31 dicembre 2010.

Lo scenario dei servizi pubblici a rilevanza economica che si venne a creare dopo l'approvazione del Decreto Ronchi risultò vario e composito ma, pur con qualche incoerenza, sembrò confermare l'orientamento favorevole alle liberalizzazioni delineatosi negli ultimi anni.

Se da un lato rimasero in vigore le discipline speciali per i settori esplicitamente esclusi dall'applicazione della riforma (*id est* distribuzione del gas naturale, distribuzione dell'energia elettrica, trasporto ferroviario regionale, farmacie comunali e servizi ancillari); dall'altro lato vennero introdotti almeno tre nuovi regimi giuridici per i settori del ciclo idrico integrato, della raccolta e smaltimento dei rifiuti solidi urbani e del trasporto pubblico locale su gomma (e altri servizi minori).

In seguito alle modifiche apportate dal D.L. 135/2009, l'art. 23-*bis* fu oggetto di impugnazione innanzi alla Corte Costituzionale in quanto ritenuto in contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost. e con gli artt. 14 e 106 Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

La Suprema Corte, rigettando il ricorso, con la sentenza n. 325 del 17 novembre 2010¹⁰⁰, ritenne infondata la questione di legittimità dell'art. 23-*bis*, commi 2, 3 e 4, in relazione a presunte violazioni della normativa comunitaria, affermando che: *“la previsione, da parte delle disposizioni censurate, di condizioni per l'affidamento diretto del servizio pubblico locale più restrittive di quelle previste dall'ordinamento comunitario non integra alcuna violazione dei principi comunitari della concorrenza, perché tali principi costituiscono solo un minimo inderogabile per gli Stati membri, i quali hanno la facoltà di dettare una disciplina più rigorosamente concorrenziale, come quella di specie, che, restringendo le eccezioni all'applicazione della regola della gara ad evidenza pubblica - posta a tutela della concorrenza -, rende più estesa l'applicazione della regola stessa.”*

Sebbene il ricorso fosse espressamente limitato al settore del servizio idrico integrato, la Corte ebbe l'occasione di pronunciarsi in via generale sulla legittimità, la proporzionalità e l'adeguatezza delle modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali ed escluse espressamente che l'art. 23-*bis* costituisse applicazione necessitata del diritto dell'Unione europea, integrando esso stesso solo *“una delle diverse discipline possibili della materia che il legislatore avrebbe potuto legittimamente adottare senza violare il primo comma dell'art. 117 Cost.”*.

6.2. Segue: L'emanazione del D.P.R. 12 ottobre 2010, n. 168, regolamento attuativo dell'art. 23-*bis*.

¹⁰⁰ Sentenza consultabile sul sito ufficiale della Corte Costituzionale.

L'attuazione dell'art. 23-bis avvenne solo nel 2010¹⁰¹, in seguito alle modifiche apportate dal Decreto Ronchi, con l'emanazione del **D.P.R. 12 ottobre 2010, n. 168**¹⁰² recante “*Regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, a norma dell'articolo 23-bis, comma 10, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n.133*”. Tale regolamento, avente portata delegificante, in prima battuta provvedeva ad individuare espressamente le norme abrogate a seguito dell'adozione dell'art. 23-bis in quanto incompatibili con la riforma e, adempiendo ai compiti demandatigli dal legislatore, tentava di dare un'adeguata risposta a problematiche molto delicate, quali:

- l'individuazione delle procedure di gara e le previsioni di dettaglio per l'affidamento a società miste;
- il rispetto del patto di stabilità interno, anche da parte delle società miste e *in house*;
- il regime delle incompatibilità per mantenere distinte le funzioni di regolazione e di gestione;
- l'armonizzazione delle discipline generali con quelle settoriali;
- la partecipazione di imprese estere alle procedure di aggiudicazione;
- la tutela degli utenti dei servizi¹⁰³.

Il D.P.R. 168 del 2010 ha provveduto ad abrogare i commi 5, 5-bis, 6, 7, 9 (escluso il primo periodo), 14, 15-bis, 15-ter, 15-quater dell'art. 113 del T.U.E.L.

6.3. Segue: Il Referendum di giugno 2011 e la conseguente abrogazione dell'art. 23-bis del D.L. 112/2008 e del suo Regolamento attuativo.

Ulteriore atto della vicenda dei servizi pubblici locali fu rappresentato dal referendum abrogativo avente ad oggetto la disciplina contenuta nell'art. 23-bis del D.L. 25 giugno 2008, n. 112, così come modificato dall'art. 15 del Decreto Ronchi.

Nei giorni 12 e 13 giugno 2011, infatti, gli italiani sono stati chiamati alle urne per rispondere al seguente quesito: “*Modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Abrogazione*” - “*Volete voi che sia abrogato l'art. 23-bis (Servizi pubblici di rilevanza*

¹⁰¹ Parte della dottrina si era domandata se il dettato dell'art. 23-bis fosse immediatamente applicabile a seguito della sua entrata in vigore o se per procedere con le nuove modalità di affidamento fosse necessario attendere l'emanazione del regolamento attuativo contemplato dallo stesso al comma 10. L'Autorità per la Vigilanza sui Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, intervenuta sul punto in ragione di numerose richieste di chiarimento, aveva espresso nelle sue segnalazioni al Governo e al Parlamento un indirizzo mutevole. Infatti, se *prima facie* aveva ritenuto che l'applicabilità dell'art. 23-bis fosse rinviata all'adozione del regolamento attuativo, in un secondo momento si era espressa a favore dell'immediata applicabilità della norma in questione. Cfr. Ilaria Rizzo, *Servizi pubblici locali e affidamento in house alla luce del decreto legge 23 settembre 2009, n. 135, convertito dalla legge 20 novembre 2009, n. 166*, cit., pp. 135-139.

¹⁰² Pubblicato in G.U. 12 ottobre 2010, n. 239.

¹⁰³ Cfr. Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, *Disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica – Segnalazione ai sensi dell'art. 6, comma 7, lett. e) ed f) del decreto legislativo n. 163 del 12 aprile 2006*, disponibile sul sito www.avcp.it.

economica) del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112 “Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria” convertito, con modificazioni, in legge 6 agosto 2008, n. 133, come modificato dall'art. 30, comma 26, della legge 23 luglio 2009, n. 99, recante “Disposizioni per lo sviluppo e l'internalizzazione delle imprese, nonché in materie di energia” e dall'art. 15 del decreto legge 25 settembre 2009, n. 135, recante “Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di Giustizia della Comunità europea” convertito, con modificazioni, in legge 20 novembre 2009, n. 166, nel testo risultante a seguito della sentenza n. 325 del 2010 della Corte Costituzionale?”, esprimendo in tal modo il loro parere in merito alla privatizzazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Il referendum popolare abrogativo ai sensi dell'art. 75 Cost. ha raggiunto ampiamente il quorum necessario e la popolazione, dimostrandosi contraria alla privatizzazione e orientata a mantenere in mano pubblica la gestione dei servizi pubblici locali, ha votato a favore dell'abrogazione dell'art. 23-bis. Di conseguenza, con il **D.P.R. 18 luglio 2011 n.113**¹⁰⁴ recante *Abrogazione, a seguito di referendum popolare, dell'articolo 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 133 del 2008, e successive modificazioni, nel testo risultante a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 325 del 2010, in materia di modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, prendendo atto della volontà popolare, è stata sancita la definitiva abrogazione dell'art. 23-bis a decorrere dal giorno successivo a quello della pubblicazione del decreto stesso in G.U.¹⁰⁵.

La consultazione referendaria ha determinato alcune importanti conseguenze dal punto di vista legislativo, così come delineate dalla sentenza 26 gennaio 2011 n. 24 della Corte Costituzionale¹⁰⁶, la quale, chiamata a pronunciarsi sull'ammissibilità della consultazione referendaria in questione, ha dovuto anche se solo *incidenter tantum* individuare la cd. “normativa di risulta” conseguente all'eventuale consulta referendaria¹⁰⁷. Cosicché la Corte ha stabilito che in caso di abrogazione dell'art. 23-bis del D.L. 112/2008 convertito con L. 133/2008 e del relativo Regolamento di attuazione:

¹⁰⁴ In G.U. 20 luglio 2011, n. 167.

¹⁰⁵ Ciò in ossequio a quanto previsto dall'art. 37 della L. 25 maggio 1970, n. 352 rubricata “*Norme sui referendum previsti dalla Costituzione e sulla iniziativa legislativa del popolo*”, ai sensi del quale “*Qualora il risultato del referendum sia favorevole all'abrogazione di una legge, o di un atto avente forza di legge, o singole disposizioni di essi, il Presidente della Repubblica, con proprio decreto, dichiara l'avvenuta abrogazione della legge, o dell'atto avente forza di legge, o delle disposizioni suddette. Il decreto è pubblicato immediatamente nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana e inserito nella Raccolta ufficiale delle legge e dei decreti della Repubblica Italiana. L'abrogazione ha effetto a decorrere dal giorno successivo a quello della pubblicazione del decreto nella Gazzetta Ufficiale. [...]*”

¹⁰⁶ In Giur. cost. 2011, 1, 247 (s.m.), con nota di Lucarelli.

¹⁰⁷ Cfr. Gherardo Guzzo, *L'assetto della disciplina SPL di rilevanza economica all'indomani del risultato del referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011: riflessioni minime*, 15 giugno 2011, in www.dirittodeiservizipubblici.it (Rivista on-line diretta da Costantino Tassarolo).

- a) non deriva, in tema di regole concorrenziali relative ai servizi pubblici locali di rilevanza economica, né una lacuna normativa incompatibile con gli obblighi comunitari né l'applicazione di una normativa contrastante con il suddetto assetto concorrenziale minimo inderogabilmente richiesto dall'ordinamento comunitario;
- b) non consegue alcuna reviviscenza delle norme abrogate da tale articolo, *id est* le disposizioni dell' art. 113 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (commi 5, 5-bis, 6, 7, 9 -escluso il primo periodo-, 14, 15-bis, 15-ter, 15-quater) espressamente abrogate dall'art. 12, comma 1, lettera a), del d.P.R. n. 168 del 2010, nonché le norme del medesimo articolo 113 abrogate per incompatibilità dall'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008;
- c) consegue, invece, l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria (meno restrittiva rispetto a quella oggetto di referendum) relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica¹⁰⁸.

Il vuoto normativo creato dal risultato referendario in materia di affidamento dei SPL a rilevanza economica, di conseguenza, viene colmato dai principi generali dell'ordinamento comunitario e da quelli affermati negli ultimi anni dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee, dal Consiglio di Stato e dalla Corte dei Conti, così come ribadito dalla stessa Corte Costituzionale nella sentenza n. 24/2011 sopra citata. Tali principi consentono agli Enti di procedere all'affidamento dei servizi pubblici locali a rilevanza economica secondo una delle seguenti modalità alternative:

- ad imprenditori privati individuati tramite procedura ad evidenza pubblica;
- direttamente a società miste pubblico-private, con socio privato scelto tramite procedura ad evidenza pubblica, nell'ambito del cosiddetto partenariato pubblico-privato (PPP);
- direttamente a società *in house* dell'ente affidante.

¹⁰⁸ Sull'esito del referendum si è espresso, in termini non troppo positivi, il Presidente dell'Autorità Antitrust italiana, Antonio Catricalà, nella presentazione della Relazione annuale per il 2011 di data 21 giugno 2011 affermando che *“Il referendum sulla privatizzazione del servizio idrico ha portato via con sé anche la liberalizzazione degli altri servizi pubblici locali, l'unica riforma pro mercato della legislatura. Ciò non può interpretarsi come una legittimazione del potere politico locale a occupare definitivamente con le aziende municipalizzate tutte le aree economiche: i principi di buon andamento ed efficacia dell'azione amministrativa non sono stati messi in discussione. A quelle regole si devono attenere le aziende pubbliche. In caso di inefficienze e sprechi la via obbligata resta il ricorso al mercato e vigono ancora le norme del Trattato europeo sulle gare per la scelta del miglior affidatario.”* Nello stesso senso, cfr. lo studio del luglio 2011 pubblicato da Isfort-Istituto Superiore di Formazione e Ricerca per i Trasporti, *Il lungo percorso della riforma del trasporto pubblico locale. Alla ricerca di una disciplina di settore*, laddove si rileva come nonostante l'abrogazione non abbia prodotto una vera e propria *vacatio legis*, il venir meno dell'art. 23-bis comporti comunque una destabilizzazione degli equilibri difficilmente raggiunti sino a quel momento; *“non si intende affermare che l'art. 23-bis avesse risolto tutti gli elementi critici all'interno del settore, così come evidenziato nella precedente pubblicazione, ma si vuole sottolineare che quei pochi passi compiuti per garantire un quadro normativo chiaro, trasversale a (quasi) tutti i servizi pubblici locali e, soprattutto, per eliminare gli effetti prodotti dal susseguirsi di disposizioni inserite in norme aventi per oggetto materie non proprio centrate sul trasporto pubblico4, appaiono oggi compromessi.”*

Nel nuovo scenario post referendario torna quindi alla ribalta l'affidamento diretto a società *in house* le quali, perdendo quel carattere di "eccezionalità" che gli era stato conferito dal comma 3 dell'art. 23-bis, torna invece ad essere una modalità ordinaria di affidamento dei servizi in commento. A tale riguardo, tuttavia, gli Enti non potranno prescindere dal fornire adeguata motivazione alla scelta di sottrarre un servizio dal sistema concorrenziale e dovranno tenere presente che l'affidamento diretto è possibile solo a società *in house* propriamente dette, cioè ad organismi che soddisfano contemporaneamente i seguenti principi:

- il capitale della società deve essere e deve rimanere tutto in mano pubblica (ma non è necessario che la società sia partecipata esclusivamente dall'Ente affidante);
- la società deve svolgere la propria attività prevalentemente con il socio o i soci pubblici affidanti;
- il socio o i soci pubblici devono esercitare sulla società un "controllo analogo" a quello che gli stessi svolgono sui propri servizi interni (quest'ultima condizione si è manifestata nella prassi come quella più delicata e difficile da soddisfare).

Le discipline di settore torneranno a prevalere sulla disciplina generale. Non dobbiamo dimenticare che l'art. 23-bis, ancorché norma di carattere generale, per espressa volontà del legislatore prevaleva sulle discipline di settore con essa incompatibili. Venuta meno tale previsione, i singoli settori di appartenenza dei SPL tornano ad essere disciplinati dalle norme speciale ancora in vigore. In sostanza, e al contrario di quanto auspicato dai promotori del referendum, la predetta abrogazione ha efficacia *ex nunc*, con conseguente sopravvivenza della disciplina abrogata con riguardo ai rapporti in essere sorti in forza della medesima¹⁰⁹. Inoltre, sempre per quanto concerne gli effetti del referendum, si deve rilevare che la scelta di abrogare l'art. 23-bis comporta in via definitiva e anche *pro futuro*, la preclusione per il legislatore nazionale di ripristinare in via formale o sostanziale la disciplina abrogata dalla volontà popolare, posto che il referendum, quale atto-fonte dell'ordinamento, è espressione di una volontà definitiva e irripetibile con la conseguenza che al legislatore, secondo la giurisprudenza costituzionale (Corte Costituzionale n. 468/1990 e n. 32/1993), non sarebbe consentito di continuare ad applicare la disciplina abrogata.

Ovviamente, a seguito dell'abrogazione del 23-bis e della conseguente situazione di *vacatio legis* in materia di servizi pubblici locali, è sorto in capo agli operatori qualche ragionevole preoccupazione riguardo alla corretta individuazione dei meccanismi di affidamento della gestione degli stessi servizi.

¹⁰⁹ Cfr. Francesca Scura, *Effetti del referendum abrogativo sulla disciplina del TPL: prime osservazioni*, 14 luglio 2011, in www.dirittodeiservizipubblici.it (Rivista on-line diretta da Costantino Tassarolo).

L'esito di maggior impatto del referendum è stato senza dubbio la possibilità di proseguire le gestioni esistenti, affidate a società *in house* o miste, sino alla loro scadenza naturale, a fronte del venir meno della *dead line* del 31 dicembre 2011 previsto dall'abrogato art. 23-bis¹¹⁰.

Ad ogni modo, il permanente obbligo di osservare il dettato comunitario, così come sancito dalla Corte costituzionale, imponeva alle amministrazioni locali di sottoporre a un'accurata revisione tutti gli affidamenti di servizi pubblici in essere, per verificarne la coerenza e tenuta rispetto ai parametri delineati dall'Unione europea per la gestione dei servizi di interesse generale, nonché per stabilire un'adeguata strategia nel medio periodo. Di conseguenza, gli affidamenti *in house* avrebbero continuato a costituire una forma di affidamento del tutto eccezionale, ancorata alla ricorrenza degli specifici presupposti individuati dalla giurisprudenza europea, ossia quelli del “controllo analogo” e “prevalenza dell'attività” senza che fosse più necessario il parere preliminare dell'Agcm previsto dagli abrogati commi 4 e 4-*bis* dell'art. 23-*bis* e dal relativo Regolamento attuativo.

Inoltre, qualora un'amministrazione avesse inteso costituire una società mista, essa avrebbe dovuto comunque attenersi ai principi del partenariato pubblico privato di tipo istituzionale, individuati dalla Commissione Europea nella comunicazione interpretativa C(2007)6661 del 5 febbraio 2008, la quale stabilisce che il socio privato deve essere scelto con procedura ad evidenza pubblica (gara) ed allo stesso devono essere affidati contestualmente specifici compiti operativi.

Gli effetti dell'abrogazione dell'articolo 23-*bis*, invece, non hanno inciso sulle discipline settoriali della distribuzione di gas naturale, della distribuzione di energia elettrica, della gestione delle farmacie comunali e del trasporto ferroviario regionale, essendo le stesse espressamente sottratte alla sfera applicativa di tale norme ed evidenziate come oggetti esclusi dalla portata del referendum dalla sentenza n. 25/2010 della Corte costituzionale.

7. Le novità apportate dalla manovra economica del 2011. L'art. 4 del D.L. 13 agosto 2011 n. 138, così come modificato dalla Legge 12 novembre 2011 n. 183 e dal D.L. 24 gennaio 2012 n. 1.

L'*horror vacui* provocato dagli esiti della consultazione referendaria ad ogni modo ha avuto una durata piuttosto limitata, posto che a distanza di pochi mesi dalla caducazione dell'art. 23-bis della L. 133/2008 e del relativo Regolamento attuativo (D.P.R. 168/2010) ad opera del D.P.R. 18 luglio 2011 n.113, la manovra aggiuntiva varata dal Governo con il Decreto legge 13 agosto 2011, n. 138,

¹¹⁰ A differenza, infatti, di quanto accade nel caso delle “*norme dichiarate incostituzionali*” che “*non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione*” neanche con riguardo ai rapporti in essere (art. 30, comma 3, L. n. 87/1953), l'effetto abrogativo opera sull'efficacia delle norme, retroagendo: ai sensi dell'art. 37 della L. 25.5.1970 n. 352 “*Norme sui referendum previsti dalla Costituzione e sulla iniziativa legislativa del popolo*”, “*L'abrogazione ha effetto a decorrere dal giorno successivo a quello della pubblicazione del decreto nella Gazzetta Ufficiale*”.

*Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo*¹¹¹ (cd. manovra finanziaria) convertito con modificazioni in legge 14 settembre 2011, n. 148¹¹², è tornata a disciplinare la materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Se dal 21 luglio 2011 era stata eliminata l'intera disciplina nazionale in materia di gestione dei servizi pubblici locali, da quel momento regolamentata quasi esclusivamente dalle disposizioni di matrice comunitaria, l'art. 4 del **D.L. 13 agosto 2011 n. 138**, rubricato "*Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dell'Unione europea*", ha colmato il vuoto normativo venutosi a creare ed ha così ripristinato nel nostro ordinamento nazionale una disciplina organica in materia, anche in ossequio agli esiti del referendum popolare del giugno 2011.

L'art. 4 del D.L. 138 del 2011, in primo luogo, si prefigge come principale obiettivo la liberalizzazione della gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, relegando ad ipotesi straordinarie il riconoscimento in via diretta di diritti di esclusiva. Come stabilito dal comma 1 di tale norma, infatti, "*Gli enti locali, nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, dopo aver individuato i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e universale, verificano la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici di rilevanza economica, di seguito "servizi pubblici locali", liberalizzando tutte le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità e accessibilità del servizio e limitando, negli altri casi, 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*".

La lettura dell'art. 4 in parola, così come avallata dall'interpretazione autentica della Camera dei deputati¹¹³, comporta una novità estremamente rilevante in quanto se nell'epoca precedente al referendum la gara ad evidenza pubblica era lo strumento tramite il quale veniva garantito il rispetto dei principi concorrenziali in materia di affidamento di servizi pubblici ora siamo di fronte ad uno scenario di liberalizzazione totale. La gara pubblica, pertanto, da regime ordinario di affidamento dei servizi in parola è diventata una delle modalità per attribuire diritti di esclusiva nei casi in cui il ricorso al libero mercato risulti inidoneo a garantire l'erogazione di un servizio rispondente ai bisogni della comunità, al pari dell'affidamento a società mista pubblico-privata e all'in house providing.

¹¹¹ In G.U. 13 agosto 2011, n.188.

¹¹² In Gazz. Uff., 16 settembre, n. 216.

¹¹³ Si veda il contributo esplicativo dedicato ai servizi pubblici locali, e in particolare all'art. 4 del D.L. 138/2011 e successive modifiche, pubblicato sul sito internet www.camera.it

Il decreto, perseguendo una liberalizzazione completa dei servizi pubblici locali, accoglie la critica per cui l'obbligo di gara per la scelta dei soci privati dell'ente locale o per l'affidamento del servizio è una misura che, di per sé, consente di avviare un'effettiva concorrenza. La predetta gara, infatti, se da un lato può valere a tutelare sia l'interesse della collettività all'individuazione in modo trasparente di un "buon gestore" del servizio pubblico, sia l'interesse degli aspiranti gestori del servizio alla parità di trattamento; dall'altro lato non può valere ad avviare una concorrenza tra gestori del servizio che, se era monopolistico, tale rimane anche dopo la gara per la scelta del gestore. La gara per l'affidamento del servizio non determina competizione nell'offerta del servizio, ma solo concorrenza tra gli aspiranti alla gestione del servizio che rimane monopolistico anche dopo la gara.

A breve distanza di tempo, la disciplina dei servizi pubblici di rilevanza economica ha subito un'ulteriore rivisitazione ad opera della **Legge 12 novembre 2011 n. 183**¹¹⁴ dal titolo "*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato*" (nota anche come "*Legge di stabilità 2012*") che ha introdotto alcune modifiche e addizioni al disposto dell'art. 4 del D.L. 138 del 2011¹¹⁵.

Tale modifica normativa è intervenuta al fine di superare alcuni profili critici dell'art. 4 del D.L. 138/2011 che erano emersi già all'indomani della sua entrata in vigore e che erano stati oggetti di una segnalazione da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato di data 26 agosto 2011.

In particolare, le finalità perseguite dalla Legge di stabilità 2012, così come enunciate al comma 2 dell'art. 9, erano quelle di:

- "*realizzare un sistema liberalizzato dei servizi pubblici locali di rilevanza economica attraverso la piena concorrenza nel mercato*";
- "*perseguire gli obiettivi di liberalizzazione e privatizzazione dei medesimi servizi secondo quanto previsto dall'art. 4 del D.L. 13 agosto 2011, n. 138*";
- "*assicurare, mediante un sistema di benchmarking*¹¹⁶, *il progressivo miglioramento della qualità ed efficienza di gestione dei medesimi servizi*".

¹¹⁴ In Suppl. ordinario n. 234 alla Gazz. Uff., 14 novembre 2011, n. 265.

¹¹⁵ Come osservato correttamente da Volpe, il dinamismo che caratterizza la materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica "*consegue alla contrapposizione e alla conseguente oscillazione tra due dottrine alternative: la prima, nota anche con il nome di socialismo municipale, che è contraria alla liberalizzazione dei servizi pubblici e propensa, invece, alla loro gestione diretta da parte di aziende pubbliche che operano in regime di monopolio; la seconda viceversa favorevole alla liberalizzazione dei servizi stessi*". Le modifiche apportate alla disciplina dei servizi pubblici locali dalla L. 183/2011 vengono analizzate da Carmine Volpe nell'articolo intitolato "*Servizi pubblici locali e legge di stabilità 2012. Il dinamismo normativo continua*", in www.giustamm.it, n. 12-2011.

¹¹⁶ Il termine inglese "benchmarking" viene tradotto in italiano con la locuzione "comparazione dei prezzi"

Quanto all'estensione dell'**ambito applicativo**, il comma 34 dell'art. 4 stabilisce che le disposizioni in esso contenute si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle discipline di settore con esse incompatibili.

Il secondo periodo del comma 34, poi, elenca alcune tipologie di servizi pubblici locali, quali il servizio idrico integrato, la distribuzione del gas naturale di cui al d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164, la distribuzione dell'energia elettrica e la gestione delle farmacie comunali, esclusi dal campo applicativo dell'art. 4. Pertanto, in tali settori sensibili, caratterizzati dall'elevato interesse pubblico di cui sono portatori, si applicherà esclusivamente la relativa disciplina di settore.

Un caso particolare è rappresentato dal servizio di trasporto ferroviario regionale, originariamente escluso dall'ambito di applicazione dell'art. 4, vi è stato poi reintrodotta dalla Legge di stabilità.

Di conseguenza, ricadono nell'orbita dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011 il settore della raccolta e dello smaltimento dei rifiuti e il trasporto pubblico locale e regionale - per i quali si applicano, rispettivamente, anche il d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (codice dell'ambiente: artt. 200 e seguenti) e il d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422 - nonché i servizi pubblici cosiddetti innominati, nel caso in cui abbiano i connotati del servizio pubblico (quali, ad esempio, l'illuminazione cimiteriale, il servizio calore, il verde pubblico).

Da ultimo, l'art. 4 del D.L. 138 del 2011 è stato ulteriormente modificato dal **Decreto Legge 24 gennaio 2012, n. 1**¹¹⁷, convertito con modificazioni, in legge 24 marzo 2012, n. 27¹¹⁸, recante *“Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività”* (noto anche come *“Decreto Crescitalia”* o *“Decreto Liberalizzazioni”*) ed emanato nell'ambito del pacchetto di riforme varato dal Governo Monti¹¹⁹.

Il Decreto Crescitalia ha inciso profondamente sul dettato originario del suddetto art. 4 mediante la sostituzione dei suoi commi 3 e 4 in punto di adozione della delibera quadro volta ad illustrare l'istruttoria compiuta dall'ente locale in merito alla realizzabilità di una gestione libera e concorrenziale, compatibilmente con le caratteristiche di universalità e accessibilità del servizio.

Così come previsto dal comma 2 dell'art. 4, infatti, *“all'esito della verifica di cui al comma 1 l'ente adotta una delibera quadro che illustra l'istruttoria compiuta ed evidenzia, per i settori sottratti alla liberalizzazione, le ragioni della decisione e i benefici per la comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio”*.

¹¹⁷ In Suppl. ordinario n. 18 alla Gazz. Uff., 24 gennaio 2012, n. 19.

¹¹⁸ In Suppl. ordinario n. 53 alla Gazz. Uff., 24 marzo 2012, n. 71.

¹¹⁹ Nel pacchetto di riforme varato dal Governo Monti si annoverano i cd. decreti *“Salva Italia”*, *“Cresci Italia”* e *“Semplifica Italia”*.

La modifica apportata dal D.L. 1 del 2012, oltre all'adozione della delibera quadro, ha comportato in capo agli enti territoriali di maggiori dimensioni l'obbligo di richiedere ed ottenere un parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato in merito alla decisione dell'ente di procedere all'attribuzione di diritti di esclusiva, anziché ricorrere alla liberalizzazione completa.

La natura obbligatoria di tale previsione si rinviene proprio dal comma 3 dell'art. 4 l. 148/2011 ove viene espressamente previsto che *“Per gli enti territoriali con popolazione superiore a 10.000 abitanti, la delibera di cui al comma precedente e' adottata previo parere obbligatorio dell'Autorita' garante della concorrenza e del mercato, che si pronuncia entro sessanta giorni, sulla base dell'istruttoria svolta dall' ente di governo locale dell'ambito o del bacino o in sua assenza dall'ente locale, in merito all'esistenza di ragioni idonee e sufficienti all'attribuzione di diritti di esclusiva e alla correttezza della scelta eventuale di procedere all'affidamento simultaneo con gara di una pluralita' di servizi pubblici locali. La delibera e il parere sono resi pubblici sul sito internet, ove presente, e con ulteriori modalità idonee”*.

La delibera-quadro, pertanto è condizione sufficiente per procedere all'attribuzione di diritti di esclusiva in relazione ad enti locali con popolazione non superiore a 10.000 abitanti, mentre integra una *condicio sine qua non* ma non per quam per gli enti la cui popolazione supera tale soglia. In quest'ultimo caso, infatti, gli enti affidanti non potranno esimersi dal richiedere il parere dell'AGCM.

Inoltre, la Legge di stabilità del 2012 ha ridotto sensibilmente le possibilità di ricorrere all'affidamento in house, rendendolo possibile solo qualora il valore economico del servizio sia inferiore all'importo di 200.000,00 euro annui, in luogo dell'importo di euro 900.000 precedentemente previsto, e assoggettandolo al patto di stabilità interno, in linea con le direttive comunitarie.

Da tale quadro, emerge di conseguenza che, come auspicava l'autorità antitrust nella *“proposta di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza”*, solo in caso di fallimento di questa procedura di valutazione preventiva, gli enti locali potranno mantenere la gestione dei servizi pubblici locali in esclusiva con le conseguenti gare ad evidenza pubblica.

Ad ogni modo, qualora all'esito della verifica di cui sopra, l'ente locale intenda **attribuire in esclusiva la gestione del servizio pubblico locale**, l'affidamento potrà avvenire:

- in favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite da individuarsi tramite **procedura competitiva ad evidenza pubblica**, nel rispetto dei principi del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non

discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità, nonché nel rispetto degli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza definiti da disposizioni di legge, ove emanate, dalla competente autorità di settore o, in mancanza di essa, dagli enti affidanti (comma 8). A tali procedure potranno partecipare anche le società a intera partecipazione pubblica, salvo che non esistano specifici divieti previsti dalla legge e società private extra UE, a condizioni di reciprocità (comma 9);

- tramite **procedura competitiva ad evidenza pubblica a società a capitale misto** pubblico-privato, mediante la cosiddetta gara "a doppio oggetto", una gara cioè che abbia ad oggetto sia la qualità di socio privato (che deve avere una quota di capitale non inferiore al 40%), sia l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio. Nel bando di gara dovrà essere assicurato che i criteri di valutazione delle offerte basati su qualità e corrispettivo del servizio prevalgano di norma su quelli riferiti al prezzo delle quote societarie, che il socio privato selezionato deve svolgere gli specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio per l'intera durata del servizio stesso e che siano previsti criteri e modalità di liquidazione del socio privato al momento della cessazione della gestione;

- tramite **affidamento diretto** a favore di società a capitale interamente pubblico che possiedano i requisiti per la gestione cosiddetta "in house", qualora il valore del servizio non superi i 200.000 euro annui. Per evitare il rischio di elusione di questo vincolo, è fatto divieto di procedere al frazionamento del servizio e del relativo affidamento (comma 13).

Per ciò che concerne, infine, la gestione delle reti e dei beni strumentali viene previsto al comma 28 che, ferma restando la proprietà pubblica delle reti, la loro gestione potrà essere affidata a soggetti privati.

Viene ribadito, al comma 33, il divieto per le società, le loro controllate, controllanti o controllate da una medesima controllante, anche non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea, che, in Italia o all'estero, gestiscono di fatto o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto, servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica, nonché per i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi, di acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero di svolgere attività *extra moenia*, nonché di svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare.

Dopo aver stabilito la salvezza delle procedure di affidamento già avviate all'entrata in vigore del decreto legge 138/2011, viene previsto un nuovo periodo transitorio volto a limitare lo spazio

temporale degli affidamenti non conformi alla nuova disciplina che ripropone in sostanza le distinzioni già operate dall'ex art. 23-bis. In particolare, al comma 32, viene previsto:

- un termine finale automatico e improrogabile al 31 dicembre 2012 per gli affidamenti diretti relativi a servizi il cui valore economico sia superiore alla somma complessiva di euro 20.000,00 annui ovvero non conformi ai requisiti richiesti dall'ordinamento europeo per la gestione cosiddetta "in house";
- un termine finale automatico al 31 marzo 2013 per le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica le quali, tuttavia, non abbiano avuto ad oggetto anche la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio;
- un termine finale corrispondente alla scadenza prevista nel contratto di servizio per le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, le quali abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio;
- un termine finale corrispondente alla scadenza prevista nel contratto di servizio per 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 ex art. 2359 c.c., a condizione che la partecipazione in capo ai soci pubblici detentori di azioni alla data del 13 agosto 2011, ovvero a quella sindacata, si riduca anche progressivamente, attraverso procedure ad evidenza pubblica ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, ad una quota non superiore al 40 per cento entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30 per cento entro il 31 dicembre 2015;
- un termine finale automatico e improrogabile, rispettivamente, alla data del 30 giugno 2013 o del 31 dicembre 2015, per gli affidamenti che non rispetteranno le condizioni previste al punto precedente.

È innegabile che l'art. 4 presenti forti analogie con la previgente disciplina introdotta dall'art. 23-bis, riproponendo molte delle norme già contenute nell'ex art. 23-bis e, quasi interamente, le disposizioni contenute nell'ex D.P.R. 168/2010 di attuazione dello stesso 23-bis. Il che porta a dubitare della legittimità di tale normativa, soprattutto alla luce della preclusione per il legislatore nazionale di ripristinare in via formale o sostanziale la disciplina abrogata dalla volontà popolare. Il referendum, infatti, quale atto-fonte dell'ordinamento, è espressione di una volontà definitiva e irripetibile con la conseguenza che al legislatore, secondo la giurisprudenza costituzionale (Corte

Costituzionale n. 468/1990 e n. 32/1993), non sarebbe consentito di continuare ad applicare la disciplina abrogata.

Ad ogni modo, difficilmente il legislatore resisterà alla tentazione di mettere di nuovo mano alla disciplina dei servizi pubblici locali, perlomeno nel lodevole intento di modificare con un intervento chiarificatore i punti oscuri della nuova normativa.

APPENDICE NORMATIVA SULLA DISCIPLINA DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI

Legge 29 marzo 1903, n. 103 (Legge “Giolitti”)

Omissis...

R.D. 15 ottobre 1925, n. 2578
Omissis...

**Legge 8 giugno 1990, n. 142 (in Suppl. ordinario n. 42 alla Gazz. Uff., 12 giugno, n. 135). -
*Ordinamento delle autonomie locali: ha abrogato la Legge Giolitti e il suo Regolamento
attuativo.***

Art. 22 - Servizi pubblici locali.

1. I comuni e le province, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali.
2. I servizi riservati in via esclusiva ai comuni e alle province sono stabiliti dalla legge.
3. I comuni e le province possono gestire i servizi pubblici nelle seguenti forme:
 - a) in economia, quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio non sia opportuno costituire una istituzione o una azienda;
 - b) in concessione a terzi, quando sussistano ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale;
 - c) a mezzo di azienda speciale, anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale;
 - d) a mezzo di istituzione, per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale;
 - e) a mezzo di società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, qualora si renda opportuna, in relazione alla natura del servizio da erogare, la partecipazione di altri soggetti pubblici o privati.

**Legge 23 dicembre 1992, n. 498 (in Gazz. Uff., 29 dicembre, n. 304) - *Interventi urgenti in
materia di finanza pubblica: ha introdotto nel novero dei soggetti affidatari di servizi pubblici
locali la figura della società per azioni a partecipazione pubblica minoritaria.***

Art. 12

[1. Le province e i comuni possono, per l'esercizio di servizi pubblici e per la realizzazione delle opere necessarie al corretto svolgimento del servizio nonché per la realizzazione di infrastrutture ed altre opere di interesse pubblico, che non rientrino, ai sensi della vigente legislazione statale e regionale, nelle competenze istituzionali di altri enti, costituire apposite società per azioni, anche mediante gli accordi in programma di cui al comma 9, senza il vincolo della proprietà maggioritaria di cui al comma 3, lettera e), dell'art. 22 della legge 8 giugno 1990, n. 142, e anche in deroga a quanto previsto dall'art. 9, primo comma, lettera d), della legge 2 aprile 1968, n. 475, come sostituita dall'art. 10 della legge 8 novembre 1991, n. 362. Gli enti interessati provvedono alla scelta dei soci privati e all'eventuale collocazione dei titoli azionari sul mercato con procedure di evidenza pubblica. L'atto costitutivo delle società deve prevedere l'obbligo dell'ente pubblico di nominare uno o più amministratori e sindaci. Nel caso di servizi pubblici locali una quota delle azioni può essere destinata all'azionario diffuso e resta comunque sul mercato.] (1)
(1) *Comma abrogato dall'art. 274, d.lg. 18 agosto 2000, n. 267.*

**Legge 15 maggio 1997, n. 127 (In Suppl. ordinario alla G.U. 17 maggio 1997, n. 113): l'art. 17,
comma 58, ha modificato l'art. 22 del D.Lgs. 142/1990 introducendo nel novero dei soggetti
affidatari di servizi pubblici locali la figura della società a responsabilità limitata a prevalente
capitale pubblico.**

Art. 22 - Servizi pubblici locali.

[1. I comuni e le province, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali.

2. I servizi riservati in via esclusiva ai comuni e alle province sono stabiliti dalla legge.

3. I comuni e le province possono gestire i servizi pubblici nelle seguenti forme:

a) in economia, quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio non sia opportuno costituire una istituzione o una azienda;

b) in concessione a terzi, quando sussistano ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale;

c) a mezzo di azienda speciale, anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale;

d) a mezzo di istituzione, per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale;

e) a mezzo di società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio, qualora sia opportuna in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio la partecipazione di più soggetti pubblici o privati (1).]

(1) Lettera sostituita dall'articolo 17, comma 58, della legge 15 maggio 1997, n. 127.

(2) Legge abrogata dall'articolo 274, comma 1, lettera q) del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

Decreto Legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (in Suppl. ordinario n. 162, alla Gazz. Uff., 28 settembre, n. 227). - Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali. (T.U. ENTI LOCALI): ha abrogato la L. 142/1990 e introdotto l'art. 113 sulle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali.

Art. 113 - Forme di gestione (Versione originaria in Gazz. Uff.)

1. I servizi pubblici locali sono gestiti nelle seguenti forme:

a) in economia, quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio non sia opportuno costituire una istituzione o una azienda;

b) in concessione a terzi, quando sussistano ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale;

c) a mezzo di azienda speciale, anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale;

d) a mezzo di istituzione, per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale;

e) a mezzo di società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio, qualora sia opportuna in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio la partecipazione di più soggetti pubblici o privati;

f) a mezzo di società per azioni senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria a norma dell'art. 116.

Legge 28 dicembre 2001, n. 448 (in Suppl. ordinario n. 285 alla Gazz. Uff., 29 dicembre, n. 301). - Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Finanziaria 2002): all'art. 35 ha sostituito l'art. 113 del T.U.E.L. e inserito nel medesimo testo legislativo l'art. 113-bis.

Art. 113 - Gestione delle reti ed erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza industriale.

1. Le disposizioni del presente articolo si applicano ai servizi pubblici locali di rilevanza industriale. **Restano ferme le disposizioni previste per i singoli settori e quelle nazionali di attuazione delle normative comunitarie.**

2. Gli enti locali non possono cedere la proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinati all'esercizio dei servizi pubblici di cui al comma 1, salvo quanto stabilito dal comma 13.

3. Le discipline di settore stabiliscono i casi nei quali l'attività di gestione delle reti e degli impianti destinati alla produzione dei servizi pubblici locali di cui al comma 1 può essere separata da quella di erogazione degli stessi. È, in ogni caso, garantito l'accesso alle reti a tutti i soggetti legittimati all'erogazione dei relativi servizi.

4. Qualora sia separata dall'attività di erogazione dei servizi, per la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali gli enti locali, anche in forma associata, si avvalgono:

- a) di soggetti allo scopo costituiti, nella forma di società di capitali con la partecipazione maggioritaria degli enti locali, anche associati, cui può essere affidata direttamente tale attività;
- b) di imprese idonee, da individuare mediante procedure ad evidenza pubblica, ai sensi del comma 7.
5. L'erogazione del servizio, da svolgere in regime di concorrenza, avviene secondo le discipline di settore, con conferimento della titolarità del servizio a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica.
6. Non sono ammesse a partecipare alle gare di cui al comma 5 le società che, in Italia o all'estero, gestiscono a qualunque titolo servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica, o a seguito dei relativi rinnovi; tale divieto si estende alle società controllate o collegate, alle loro controllanti, nonché alle società controllate o collegate con queste ultime. Sono parimenti esclusi i soggetti di cui al comma 4.
7. La gara di cui al comma 5 è indetta nel rispetto degli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza definiti dalla competente Autorità di settore o, in mancanza di essa, dagli enti locali. La gara è aggiudicata sulla base del migliore livello di qualità e sicurezza e delle condizioni economiche e di prestazione del servizio, dei piani di investimento per lo sviluppo e il potenziamento delle reti e degli impianti, per il loro rinnovo e manutenzione, nonché dei contenuti di innovazione tecnologica e gestionale. Tali elementi fanno parte integrante del contratto di servizio.
8. Qualora sia economicamente più vantaggioso, è consentito l'affidamento contestuale con gara di una pluralità di servizi pubblici locali diversi da quelli di trasporto collettivo. In questo caso, la durata dell'affidamento, unica per tutti i servizi, non può essere superiore alla media calcolata sulla base della durata degli affidamenti indicata dalle discipline di settore.
9. Alla scadenza del periodo di affidamento, e in esito alla successiva gara di affidamento, le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali di proprietà degli enti locali o delle società di cui al comma 13 sono assegnati al nuovo gestore. Sono, inoltre, assegnati al nuovo gestore le reti o loro porzioni, gli impianti e le altre dotazioni realizzate, in attuazione dei piani di investimento di cui al comma 7, dal gestore uscente. A quest'ultimo è dovuto da parte del nuovo gestore un indennizzo pari al valore dei beni non ancora ammortizzati, il cui ammontare è indicato nel bando di gara.
10. È vietata ogni forma di differenziazione nel trattamento dei gestori di pubblico servizio in ordine al regime tributario, nonché alla concessione da chiunque dovuta di contribuzioni o agevolazioni per la gestione del servizio.
11. I rapporti degli enti locali con le società di erogazione del servizio e con le società di gestione delle reti e degli impianti sono regolati da contratti di servizio, allegati ai capitolati di gara, che dovranno prevedere i livelli dei servizi da garantire e adeguati strumenti di verifica del rispetto dei livelli previsti.
12. L'ente locale può cedere in tutto o in parte la propria partecipazione nelle società erogatrici di servizi. Tale cessione non comporta effetti sulla durata delle concessioni e degli affidamenti in essere.
13. Gli enti locali, anche in forma associata, possono conferire la proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali a società di capitali di cui detengono la maggioranza, che è incedibile. Tali società pongono le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali a disposizione dei gestori incaricati della gestione del servizio o, ove prevista la gestione separata della rete, dei gestori di quest'ultima, a fronte di un canone stabilito dalla competente Autorità di settore, ove prevista, o dagli enti locali. Alla società suddetta gli enti locali possono anche assegnare, ai sensi della lettera a) del comma 4, la gestione delle reti, nonché il compito di espletare le gare di cui al comma 5.
14. Fermo restando quanto disposto dal comma 3, se le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali per la gestione dei servizi di cui al comma 1 sono di proprietà di soggetti diversi dagli enti locali, questi possono essere autorizzati a gestire i servizi o loro segmenti, a condizione che siano rispettati gli standard di cui al comma 7 e siano praticate tariffe non superiori alla media regionale, salvo che le discipline di carattere settoriale o le relative Autorità dispongano diversamente. Tra le parti è in ogni caso stipulato, ai sensi del comma 11, un contratto di servizio in cui sono definite, tra l'altro, le misure di coordinamento con gli eventuali altri gestori.
15. Le disposizioni del presente articolo non si applicano alle regioni a statuto speciale e alle province autonome di Trento e di Bolzano, se incompatibili con le attribuzioni previste dallo statuto e dalle relative norme di attuazione".

Decreto-Legge 30 settembre 2003 n. 269 (in Suppl. ordinario n. 157 alla Gazz. Uff., 2 ottobre, n. 229) - Decreto convertito, con modificazioni, in legge 24 novembre 2003, n. 326. - Disposizioni

urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici: all'art. 14 ha modificato l'art. 113 del T.U.E.L.

Art. 113 - Gestione delle reti ed erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica

1. Le disposizioni del presente articolo che disciplinano le modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali concernono la tutela della concorrenza e sono inderogabili ed integrative delle discipline di settore. Restano ferme le altre disposizioni di settore e quelle di attuazione di specifiche normative comunitarie. Restano esclusi dal campo di applicazione del presente articolo i settori disciplinati dai decreti legislativi 16 marzo 1999, n. 79 e 23 maggio 2000, n. 164.

2. Gli enti locali non possono cedere la proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinati all'esercizio dei servizi pubblici di cui al comma 1, salvo quanto stabilito dal comma 13.

3. Le discipline di settore stabiliscono i casi nei quali l'attività di gestione delle reti e degli impianti destinati alla produzione dei servizi pubblici locali di cui al comma 1 può essere separata da quella di erogazione degli stessi. È, in ogni caso, garantito l'accesso alle reti a tutti i soggetti legittimati all'erogazione dei relativi servizi.

4. Qualora sia separata dall'attività di erogazione dei servizi, per la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali gli enti locali, anche in forma associata, si avvalgono:

a) di soggetti allo scopo costituiti, nella forma di società di capitali **con la partecipazione totalitaria di capitale pubblico**, cui può essere affidata direttamente tale attività, **a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano;**

b) di imprese idonee, da individuare mediante procedure ad evidenza pubblica, ai sensi del comma 7.

5. L'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio:

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

b) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche;

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

6. Non sono ammesse a partecipare alle gare di cui al comma 5 le società che, in Italia o all'estero, gestiscono a qualunque titolo servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica, o a seguito dei relativi rinnovi; tale divieto si estende alle società controllate o collegate, alle loro controllanti, nonché alle società controllate o collegate con queste ultime. Sono parimenti esclusi i soggetti di cui al comma 4.

7. La gara di cui al comma 5 è indetta nel rispetto degli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza definiti dalla competente Autorità di settore o, in mancanza di essa, dagli enti locali. La gara è aggiudicata sulla base del migliore livello di qualità e sicurezza e delle condizioni economiche e di prestazione del servizio, dei piani di investimento per lo sviluppo e il potenziamento delle reti e degli impianti, per il loro rinnovo e manutenzione, nonché dei contenuti di innovazione tecnologica e gestionale. Tali elementi fanno parte integrante del contratto di servizio. **Le previsioni di cui al presente comma devono considerarsi integrative delle discipline di settore.**

8. Qualora sia economicamente più vantaggioso, è consentito l'affidamento contestuale con gara di una pluralità di servizi pubblici locali diversi da quelli di trasporto collettivo. In questo caso, la durata dell'affidamento, unica per tutti i servizi, non può essere superiore alla media calcolata sulla base della durata degli affidamenti indicata dalle discipline di settore.

9. Alla scadenza del periodo di affidamento, e in esito alla successiva gara di affidamento, le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali di proprietà degli enti locali o delle società di cui al comma 13 sono assegnati al nuovo gestore. Sono, inoltre, assegnati al nuovo gestore le reti o loro porzioni, gli impianti e le altre dotazioni realizzate, in attuazione dei piani di investimento di cui al comma 7, dal gestore uscente. A quest'ultimo è dovuto da parte del nuovo gestore un indennizzo pari al valore dei beni non ancora ammortizzati, il cui ammontare è indicato nel bando di gara.

10. È vietata ogni forma di differenziazione nel trattamento dei gestori di pubblico servizio in ordine al regime tributario, nonché alla concessione da chiunque dovuta di contribuzioni o agevolazioni per la gestione del servizio.

11. I rapporti degli enti locali con le società di erogazione del servizio e con le società di gestione delle reti e degli impianti sono regolati da contratti di servizio, allegati ai capitolati di gara, che dovranno prevedere i livelli dei servizi da garantire e adeguati strumenti di verifica del rispetto dei livelli previsti.

12. L'ente locale può cedere in tutto o in parte la propria partecipazione nelle società erogatrici di servizi. Tale cessione non comporta effetti sulla durata delle concessioni e degli affidamenti in essere **mediante procedure ad evidenza pubblica da rinnovarsi alla scadenza del periodo di affidamento.**

13. **Gli enti locali, anche in forma associata, nei casi in cui non sia vietato dalle normative di settore, possono conferire la proprietà delle reti, degli impianti, e delle altre dotazioni patrimoniali a società a capitale interamente pubblico, che è incedibile.** Tali società pongono le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali a disposizione dei gestori incaricati della gestione del servizio o, ove prevista la gestione separata della rete, dei gestori di quest'ultima, a fronte di un canone stabilito dalla competente Autorità di settore, ove prevista, o dagli enti locali. Alla società suddetta gli enti locali possono anche assegnare, ai sensi della lettera a) del comma 4, la gestione delle reti, nonché il compito di espletare le gare di cui al comma 5.

14. Fermo restando quanto disposto dal comma 3, se le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali per la gestione dei servizi di cui al comma 1 sono di proprietà di soggetti diversi dagli enti locali, questi possono essere autorizzati a gestire i servizi o loro segmenti, a condizione che siano rispettati gli standard di cui al comma 7 e siano praticate tariffe non superiori alla media regionale, salvo che le discipline di carattere settoriale o le relative Autorità dispongano diversamente. Tra le parti è in ogni caso stipulato, ai sensi del comma 11, un contratto di servizio in cui sono definite, tra l'altro, le misure di coordinamento con gli eventuali altri gestori.

15. Le disposizioni del presente articolo non si applicano alle regioni a statuto speciale e alle province autonome di Trento e di Bolzano, se incompatibili con le attribuzioni previste dallo statuto e dalle relative norme di attuazione".

15-bis. Nel caso in cui le disposizioni previste per i singoli settori non stabiliscano un congruo periodo di transizione, ai fini dell'attuazione delle disposizioni previste nel presente articolo, le concessioni rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2006, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante.

Sono escluse dalla cessazione le concessioni affidate a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato sia stato scelto mediante procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza, nonché quelle affidate a società a capitale interamente pubblico a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

15-ter. Il termine del 31 dicembre 2006, di cui al comma 15-bis, può essere differito ad una data successiva, previo accordo, raggiunto caso per caso, con la Commissione europea, alle condizioni sotto indicate:

a) nel caso in cui, almeno dodici mesi prima dello scadere del suddetto termine si dia luogo, mediante una o più fusioni, alla costituzione di una nuova società capace di servire un bacino di utenza complessivamente non inferiore a due volte quello originariamente servito dalla società maggiore; in questa ipotesi il differimento non può comunque essere superiore ad un anno;

b) nel caso in cui, entro il termine di cui alla lettera a), un'impresa affidataria, anche a seguito di una o più fusioni, si trovi ad operare in un ambito corrispondente almeno all'intero territorio provinciale ovvero a quello ottimale, laddove previsto dalle norme vigenti; in questa ipotesi il differimento non può comunque essere superiore a due anni".

**Legge 24 dicembre 2003, n. 350 (in Suppl. ordinario n.196 alla Gazz. Uff., 27 dicembre, n. 299)
- Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Finanziaria 2004): all'art. 4 ha modificato l'art. 113 del T.U.E.L.**

Art. 113 - Gestione delle reti ed erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica

1. Le disposizioni del presente articolo che disciplinano le modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali concernono la tutela della concorrenza e sono inderogabili ed integrative delle discipline di settore. Restano ferme le altre disposizioni di settore e quelle di attuazione di specifiche normative comunitarie. Restano esclusi dal campo di applicazione del presente articolo i settori disciplinati dai decreti legislativi 16 marzo 1999, n. 79 e 23 maggio 2000, n. 164.

2. Gli enti locali non possono cedere la proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinati all'esercizio dei servizi pubblici di cui al comma 1, salvo quanto stabilito dal comma 13.

3. Le discipline di settore stabiliscono i casi nei quali l'attività di gestione delle reti e degli impianti destinati alla produzione dei servizi pubblici locali di cui al comma 1 può essere separata da quella di erogazione degli stessi. È, in ogni caso, garantito l'accesso alle reti a tutti i soggetti legittimati all'erogazione dei relativi servizi.

4. Qualora sia separata dall'attività di erogazione dei servizi, per la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali gli enti locali, anche in forma associata, si avvalgono:

a) di soggetti allo scopo costituiti, nella forma di società di capitali con la partecipazione totalitaria di capitale pubblico, cui può essere affidata direttamente tale attività, a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano;

b) di imprese idonee, da individuare mediante procedure ad evidenza pubblica, ai sensi del comma 7.

5. L'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio:

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

b) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche;

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

5-bis. Le normative di settore, al fine di superare assetti monopolistici, possono introdurre regole che assicurino concorrenzialità nella gestione dei servizi da esse disciplinati prevedendo, nel rispetto delle disposizioni di cui al comma 5, criteri di gradualità nella scelta della modalità di conferimento del servizio.

5-ter. In ogni caso in cui la gestione della rete, separata o integrata con l'erogazione dei servizi, non sia stata affidata con gara ad evidenza pubblica, i soggetti gestori di cui ai precedenti commi provvedono all'esecuzione dei lavori comunque connessi alla gestione della rete esclusivamente mediante contratti di appalto o di concessione di lavori pubblici, aggiudicati a seguito di procedure di evidenza pubblica, ovvero in economia nei limiti di cui all'articolo 24 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e all'articolo 143 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554. Qualora la gestione della rete, separata o integrata con la gestione dei servizi, sia stata affidata con procedure di gara, il soggetto gestore può realizzare direttamente i lavori connessi alla gestione della rete, purché qualificato ai sensi della normativa vigente e purché la gara espletata abbia avuto ad oggetto sia la gestione del servizio relativo alla rete, sia l'esecuzione dei lavori connessi. Qualora, invece, la gara abbia avuto ad oggetto esclusivamente la gestione del servizio relativo alla rete, il gestore deve appaltare i lavori a terzi con le procedure ad evidenza pubblica previste dalla legislazione vigente.

6. Non sono ammesse a partecipare alle gare di cui al comma 5 le società che, in Italia o all'estero, gestiscono a qualunque titolo servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica, o a seguito dei relativi rinnovi; tale divieto si estende alle società controllate o collegate, alle loro controllanti, nonché alle società controllate o collegate con queste ultime. Sono parimenti esclusi i soggetti di cui al comma 4.

7. La gara di cui al comma 5 è indetta nel rispetto degli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza definiti dalla competente Autorità di settore o, in mancanza di essa, dagli enti locali. La gara è aggiudicata sulla base del migliore livello di qualità e sicurezza e delle condizioni economiche e di prestazione del servizio, dei piani di investimento per lo sviluppo e il potenziamento delle reti e degli impianti, per il loro rinnovo e manutenzione, nonché dei contenuti di innovazione tecnologica e gestionale. Tali elementi fanno parte integrante del contratto di servizio. Le previsioni di cui al presente comma devono considerarsi integrative delle discipline di settore.

8. Qualora sia economicamente più vantaggioso, è consentito l'affidamento contestuale con gara di una pluralità di servizi pubblici locali diversi da quelli di trasporto collettivo. In questo caso, la durata dell'affidamento, unica per tutti i servizi, non può essere superiore alla media calcolata sulla base della durata degli affidamenti indicata dalle discipline di settore.

9. Alla scadenza del periodo di affidamento, e in esito alla successiva gara di affidamento, le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali di proprietà degli enti locali o delle società di cui al comma 13 sono assegnati al nuovo gestore. Sono, inoltre, assegnati al nuovo gestore le reti o loro porzioni, gli impianti e le altre dotazioni realizzate, in attuazione dei piani di investimento di cui al comma 7, dal gestore uscente. A quest'ultimo è dovuto da parte del nuovo gestore un indennizzo pari al valore dei beni non ancora ammortizzati, il cui ammontare è indicato nel bando di gara.

10. È vietata ogni forma di differenziazione nel trattamento dei gestori di pubblico servizio in ordine al regime tributario, nonché alla concessione da chiunque dovuta di contribuzioni o agevolazioni per la gestione del servizio.

11. I rapporti degli enti locali con le società di erogazione del servizio e con le società di gestione delle reti e degli impianti sono regolati da contratti di servizio, allegati ai capitolati di gara, che dovranno prevedere i livelli dei servizi da garantire e adeguati strumenti di verifica del rispetto dei livelli previsti.

12. L'ente locale può cedere in tutto o in parte la propria partecipazione nelle società erogatrici di servizi. Tale cessione non comporta effetti sulla durata delle concessioni e degli affidamenti in essere mediante procedure ad evidenza pubblica da rinnovarsi alla scadenza del periodo di affidamento.

13. Gli enti locali, anche in forma associata, nei casi in cui non sia vietato dalle normative di settore, possono conferire la proprietà delle reti, degli impianti, e delle altre dotazioni patrimoniali a società a capitale interamente pubblico, che è incredibile. Tali società pongono le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali a disposizione dei gestori incaricati della gestione del servizio o, ove prevista la gestione separata della rete, dei gestori di quest'ultima, a fronte di un

canone stabilito dalla competente Autorità di settore, ove prevista, o dagli enti locali. Alla società suddetta gli enti locali possono anche assegnare, ai sensi della lettera a) del comma 4, la gestione delle reti, nonché il compito di espletare le gare di cui al comma 5.

14. Fermo restando quanto disposto dal comma 3, se le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali per la gestione dei servizi di cui al comma 1 sono di proprietà di soggetti diversi dagli enti locali, questi possono essere autorizzati a gestire i servizi o loro segmenti, a condizione che siano rispettati gli standard di cui al comma 7 e siano praticate tariffe non superiori alla media regionale, salvo che le discipline di carattere settoriale o le relative Autorità dispongano diversamente. Tra le parti è in ogni caso stipulato, ai sensi del comma 11, un contratto di servizio in cui sono definite, tra l'altro, le misure di coordinamento con gli eventuali altri gestori.

15. Le disposizioni del presente articolo non si applicano alle regioni a statuto speciale e alle province autonome di Trento e di Bolzano, se incompatibili con le attribuzioni previste dallo statuto e dalle relative norme di attuazione".

15-bis. Nel caso in cui le disposizioni previste per i singoli settori non stabiliscano un congruo periodo di transizione, ai fini dell'attuazione delle disposizioni previste nel presente articolo, le concessioni rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2006, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante. Sono escluse dalla cessazione le concessioni affidate a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato sia stato scelto mediante procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza, nonché quelle affidate a società a capitale interamente pubblico a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano. **Sono altresì escluse dalla cessazione le concessioni affidate alla data del 1° ottobre 2003 a società già quotate in borsa e a quelle da esse direttamente partecipate a tale data a condizione che siano concessionarie esclusive del servizio, nonché a società originariamente a capitale interamente pubblico che entro la stessa data abbiano provveduto a collocare sul mercato quote di capitale attraverso procedure ad evidenza pubblica, ma, in entrambe le ipotesi indicate, le concessioni cessano comunque allo spirare del termine equivalente a quello della durata media delle concessioni aggiudicate nello stesso settore a seguito di procedure di evidenza pubblica, salva la possibilità di determinare caso per caso la cessazione in una data successiva qualora la stessa risulti proporzionata ai tempi di recupero di particolari investimenti effettuati da parte del gestore.**

15-ter. Il termine del 31 dicembre 2006, di cui al comma 15-bis, può essere differito ad una data successiva, previo accordo, raggiunto caso per caso, con la Commissione europea, alle condizioni sotto indicate:

a) nel caso in cui, almeno dodici mesi prima dello scadere del suddetto termine si dia luogo, mediante una o più fusioni, alla costituzione di una nuova società capace di servire un bacino di utenza complessivamente non inferiore a due volte quello originariamente servito dalla società maggiore; in questa ipotesi il differimento non può comunque essere superiore ad un anno;

b) nel caso in cui, entro il termine di cui alla lettera a), un'impresa affidataria, anche a seguito di una o più fusioni, si trovi ad operare in un ambito corrispondente almeno all'intero territorio provinciale ovvero a quello ottimale, laddove previsto dalle norme vigenti; in questa ipotesi il differimento non può comunque essere superiore a due anni" (5) .

15-quater. A decorrere dal 1° gennaio 2007 si applica il divieto di cui al comma 6, salvo nei casi in cui si tratti dell'espletamento delle prime gare aventi ad oggetto i servizi forniti dalle società partecipanti alla gara stessa. Con regolamento da emanare ai sensi dell'articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, e successive modificazioni, sentite le Autorità indipendenti del settore e la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, il Governo definisce 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.

1) Decreto-Legge 25 giugno 2008, n. 112 (in Suppl. ordinario n. 152 alla Gazz. Uff., 25 giugno, n. 147) - Decreto convertito, con modificazioni, in legge 6 agosto 2008, n. 133. - Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione Tributaria (Finanziaria Triennale): ha introdotto l'art. 23-bis nel panorama dei servizi pubblici locali.

Art. 23-bis - Servizi pubblici locali di rilevanza economica. (Versione originaria in Gazz. Uff.)

1. Le disposizioni del presente articolo disciplinano l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in applicazione della disciplina comunitaria e al fine di favorire la più ampia diffusione dei principi di

concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale, nonché di garantire il diritto di tutti gli utenti alla universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell' articolo 117, secondo comma, lettere e) e m), della Costituzione, assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione. Le disposizioni contenute nel presente articolo si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili.

2. Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria, a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità.

3. In deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2, per situazioni 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, l'affidamento può avvenire nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria.

4. Nei casi di cui al comma 3, l'ente affidante deve 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 e alle autorità di regolazione del settore, ove costituite, per l'espressione di un parere sui profili di competenza da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione.

5. Ferma restando la proprietà pubblica delle reti, la loro gestione può essere affidata a soggetti privati.

6. E' consentito l'affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi pubblici locali nei casi in cui possa essere dimostrato che tale scelta sia economicamente vantaggiosa. In questo caso la durata dell'affidamento, unica per tutti i servizi, non può essere superiore alla media calcolata sulla base della durata degli affidamenti indicata dalle discipline di settore.

7. Le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze e d'intesa con la Conferenza unificata di cui all' articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, possono definire, nel rispetto delle normative settoriali, i bacini di gara per i diversi servizi, in maniera da consentire lo sfruttamento delle economie di scala e di scopo e favorire una maggiore efficienza ed efficacia nell'espletamento dei servizi, nonché l'integrazione di servizi a domanda debole nel quadro di servizi 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.

8. Salvo quanto previsto dal comma 10, lettera e), le concessioni relative al servizio idrico integrato rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2010, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante. Sono escluse dalla cessazione le concessioni affidate ai sensi del comma 3.

9. I soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali non affidati mediante le procedure competitive di cui al comma 2, nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi, non possono 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. Il divieto di cui al periodo precedente non si applica alle società quotate in mercati regolamentati. I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere alla prima gara svolta per l'affidamento, mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, dello specifico servizio già a loro affidato. In ogni caso, entro la data del 31 dicembre 2010, per l'affidamento dei servizi si procede mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica.

10. Il Governo, su proposta del Ministro per i rapporti con le regioni ed entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sentita la Conferenza unificata di cui all' articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, nonché le competenti Commissioni parlamentari, adotta uno o più regolamenti, ai sensi dell' articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, al fine di:

a) prevedere l'assoggettamento dei soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno e l'osservanza da parte delle società in house e delle società a partecipazione mista pubblica e privata di procedure ad evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi e l'assunzione di personale;

b) prevedere, in attuazione dei principi di proporzionalità e di adeguatezza di cui all' articolo 118 della Costituzione, che i comuni con un limitato numero di residenti possano svolgere le funzioni relative alla gestione dei servizi pubblici locali in forma associata;

c) prevedere una netta distinzione tra le funzioni di regolazione e le funzioni di gestione dei servizi pubblici locali, anche attraverso la revisione della disciplina sulle incompatibilità;

d) armonizzare la nuova disciplina e quella di settore applicabile ai diversi servizi pubblici locali, individuando le norme applicabili in via generale per l'affidamento di tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica in materia di rifiuti, trasporti, energia elettrica e gas, nonché in materia di acqua;

e) disciplinare, per i settori diversi da quello idrico, fermo restando il limite massimo stabilito dall'ordinamento di ciascun settore per la cessazione degli affidamenti effettuati con procedure diverse dall'evidenza pubblica o da quella di

cui al comma 3, la fase transitoria, ai fini del progressivo allineamento delle gestioni in essere alle disposizioni di cui al presente articolo, prevedendo tempi differenziati e che gli affidamenti di retti in essere debbano cessare alla scadenza, con esclusione di ogni proroga o rinnovo;

f) prevedere l'applicazione del principio di reciprocità ai fini dell'ammissione alle gare di imprese estere;

g) limitare, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale e razionalità economica, i casi di gestione in regime d'esclusiva dei servizi pubblici locali, liberalizzando le altre attività economiche di prestazione di servizi di interesse generale in ambito locale compatibili con le garanzie di universalità ed accessibilità del servizio pubblico locale;

h) prevedere nella disciplina degli affidamenti idonee forme di ammortamento degli investimenti e una durata degli affidamenti strettamente proporzionale e mai superiore ai tempi di recupero degli investimenti;

i) disciplinare, in ogni caso di subentro, la cessione dei beni, di proprietà del precedente gestore, necessari per la prosecuzione del servizio;

l) prevedere adeguati strumenti di tutela non giurisdizionale anche con riguardo agli utenti dei servizi;

m) individuare espressamente le norme abrogate ai sensi del presente articolo.

11. L'articolo 113 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni, è abrogato nelle parti incompatibili con le disposizioni di cui al presente articolo.

12. Restano salve le procedure di affidamento già avviate alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto.

(1) Articolo inserito dall'articolo 1, comma 1, della legge 6 agosto 2008, n. 133, in sede di conversione.

**Legge 23 luglio 2009, n. 99 (In Suppl. ordinario n. 136 alla Gazz. Uff., 31 luglio, n. 176):
all'art. 30, comma 26, ha modificato l'art. 23-bis del D.L. 112/2008.**

Art. 23-bis - Servizi pubblici locali di rilevanza economica

1. Le disposizioni del presente articolo disciplinano l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in applicazione della disciplina comunitaria e al fine di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale, nonché di garantire il diritto di tutti gli utenti alla universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettere e) e m), della Costituzione, assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione.

Le disposizioni contenute nel presente articolo si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili.

Sono fatte salve le disposizioni del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, e dell'articolo 46-bis del decreto legge 1° ottobre 2007, n. 159, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222, in materia di distribuzione di gas naturale.

Gli ambiti territoriali minimi di cui al comma 2 del citato articolo 46-bis sono determinati dal Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro per i rapporti con le regioni, sentite la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, e l'Autorità per l'energia elettrica e il gas, tenendo anche conto delle interconnessioni degli impianti di distribuzione e con riferimento alle specificità territoriali e al numero dei clienti finali. In ogni caso l'ambito non può essere inferiore al territorio comunale.

2. Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria, a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità.

3. In deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2, per situazioni 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, l'affidamento può avvenire nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria.

4. Nei casi di cui al comma 3, l'ente affidante deve 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 e alle autorità di regolazione del settore, ove costituite, per l'espressione di un parere sui profili di competenza da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione.

5. Ferma restando la proprietà pubblica delle reti, la loro gestione può essere affidata a soggetti privati.
6. E' consentito l'affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi pubblici locali nei casi in cui possa essere dimostrato che tale scelta sia economicamente vantaggiosa. In questo caso la durata dell'affidamento, unica per tutti i servizi, non può essere superiore alla media calcolata sulla base della durata degli affidamenti indicata dalle discipline di settore.
7. Le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze e d'intesa con la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, possono definire, nel rispetto delle normative settoriali, i bacini di gara per i diversi servizi, in maniera da consentire lo sfruttamento delle economie di scala e di scopo e favorire una maggiore efficienza ed efficacia nell'espletamento dei servizi, nonché l'integrazione di servizi a domanda debole nel quadro di servizi 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.
8. Salvo quanto previsto dal comma 10, lettera e), le concessioni relative al servizio idrico integrato rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2010, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante. Sono escluse dalla cessazione le concessioni affidate ai sensi del comma 3.
9. I soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali non affidati mediante le procedure competitive di cui al comma 2, nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi, non possono 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. Il divieto di cui al periodo precedente non si applica alle società quotate in mercati regolamentati. I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere alla prima gara svolta per l'affidamento, mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, dello specifico servizio già a loro affidato. In ogni caso, entro la data del 31 dicembre 2010, per l'affidamento dei servizi si procede mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica.
10. Il Governo, su proposta del Ministro per i rapporti con le regioni ed entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, nonché le competenti Commissioni parlamentari, adotta uno o più regolamenti, ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, al fine di:
- a) prevedere l'assoggettamento dei soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno e l'osservanza da parte delle società in house e delle società a partecipazione mista pubblica e privata di procedure ad evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi e l'assunzione di personale;
 - b) prevedere, in attuazione dei principi di proporzionalità e di adeguatezza di cui all'articolo 118 della Costituzione, che i comuni con un limitato numero di residenti possano svolgere le funzioni relative alla gestione dei servizi pubblici locali in forma associata;
 - c) prevedere una netta distinzione tra le funzioni di regolazione e le funzioni di gestione dei servizi pubblici locali, anche attraverso la revisione della disciplina sulle incompatibilità;
 - d) armonizzare la nuova disciplina e quella di settore applicabile ai diversi servizi pubblici locali, individuando le norme applicabili in via generale per l'affidamento di tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica in materia di rifiuti, trasporti, energia elettrica e gas, nonché in materia di acqua;
 - e) disciplinare, per i settori diversi da quello idrico, fermo restando il limite massimo stabilito dall'ordinamento di ciascun settore per la cessazione degli affidamenti effettuati con procedure diverse dall'evidenza pubblica o da quella di cui al comma 3, la fase transitoria, ai fini del progressivo allineamento delle gestioni in essere alle disposizioni di cui al presente articolo, prevedendo tempi differenziati e che gli affidamenti di retti in essere debbano cessare alla scadenza, con esclusione di ogni proroga o rinnovo;
 - f) prevedere l'applicazione del principio di reciprocità ai fini dell'ammissione alle gare di imprese estere;
 - g) limitare, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale e razionalità economica, i casi di gestione in regime d'esclusiva dei servizi pubblici locali, liberalizzando le altre attività economiche di prestazione di servizi di interesse generale in ambito locale compatibili con le garanzie di universalità ed accessibilità del servizio pubblico locale;
 - h) prevedere nella disciplina degli affidamenti idonee forme di ammortamento degli investimenti e una durata degli affidamenti strettamente proporzionale e mai superiore ai tempi di recupero degli investimenti;
 - i) disciplinare, in ogni caso di subentro, la cessione dei beni, di proprietà del precedente gestore, necessari per la prosecuzione del servizio;
 - l) prevedere adeguati strumenti di tutela non giurisdizionale anche con riguardo agli utenti dei servizi;
 - m) individuare espressamente le norme abrogate ai sensi del presente articolo.
11. L'articolo 113 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni, è abrogato nelle parti incompatibili con le disposizioni di cui al presente articolo.
12. Restano salve le procedure di affidamento già avviate alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto.

Decreto-Legge 25 settembre 2009, n. 135 (in Gazz. Uff., 25 settembre, n. 223) - Decreto convertito, con modificazioni, in legge 20 novembre 2009, n. 166. - Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee: all'art. 15 ha modificato l'art. 23-bis del D.L. 112/2008.

Art. 23-bis - Servizi pubblici locali di rilevanza economica

1. Le disposizioni del presente articolo disciplinano l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in applicazione della disciplina comunitaria e al fine di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale, nonché di garantire il diritto di tutti gli utenti alla universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettere e) e m), della Costituzione, assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione.

Le disposizioni contenute nel presente articolo si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili.

Sono fatte salve le disposizioni del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, e dell'articolo 46-bis del decreto legge 1° ottobre 2007, n. 159, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222, in materia di distribuzione di gas naturale, le disposizioni del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79, e della legge 23 agosto 2004, n. 239, in materia di distribuzione di energia elettrica, le disposizioni della legge 2 aprile 1968, n. 475, relativamente alla gestione delle farmacie comunali, nonché quelle del decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422, relativamente alla disciplina del trasporto ferroviario regionale.

Gli ambiti territoriali minimi di cui al comma 2 del citato articolo 46-bis sono determinati, entro il 31 dicembre 2012, dal Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro per i rapporti con le regioni, sentite la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, e l'Autorità per l'energia elettrica e il gas, tenendo anche conto delle interconnessioni degli impianti di distribuzione e con riferimento alle specificità territoriali e al numero dei clienti finali. In ogni caso l'ambito non può essere inferiore al territorio comunale.

2. Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria:

a) a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità;

b) a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento (3).

3. In deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2, 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, l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta in house e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

4. Nei casi di cui al comma 3, l'ente affidante deve 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. Decorso il termine, il parere, se non reso, si intende espresso in senso favorevole.;

4-bis. I regolamenti di cui al comma 10 definiscono le soglie oltre le quali gli affidamenti di servizi pubblici locali assumono rilevanza ai fini dell'espressione del parere di cui al comma 4.

5. Ferma restando la proprietà pubblica delle reti, la loro gestione può essere affidata a soggetti privati.

6. E' consentito l'affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi pubblici locali nei casi in cui possa essere dimostrato che tale scelta sia economicamente vantaggiosa. In questo caso la durata dell'affidamento, unica per tutti i servizi, non può essere superiore alla media calcolata sulla base della durata degli affidamenti indicata dalle discipline di settore.

7. Le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze e d'intesa con la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, possono definire, nel rispetto delle normative settoriali, i bacini di gara per i diversi servizi, in maniera da consentire lo sfruttamento delle economie di scala e di scopo e favorire una maggiore efficienza ed efficacia nell'espletamento dei servizi, nonché l'integrazione di servizi a domanda debole nel quadro di servizi 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.

8. Il regime transitorio degli affidamenti non conformi a quanto stabilito ai commi 2 e 3 è il seguente:

a) le gestioni in essere alla data del 22 agosto 2008 affidate conformemente ai principi comunitari in materia di cosiddetta in house e cessano, improrogabilmente e senza necessità di deliberazione da parte dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011. Esse cessano alla scadenza prevista dal contratto di servizio a condizione che entro il 31 dicembre 2011 le amministrazioni cedano almeno il 40 per cento del capitale attraverso le modalità di cui alla lettera b) del comma 2;

b) le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a) del comma 2, le quali non abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011;

c) le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a) del comma 2, le quali abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio;

d) 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'articolo 2359 del codice civile, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio, a condizione che la partecipazione pubblica, si riduca anche progressivamente, attraverso procedure ad evidenza pubblica ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, ad una quota non superiore al 40 per cento entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30 per cento entro il 31 dicembre 2015; ove siffatte condizioni non si verificano, gli affidamenti cessano improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, rispettivamente, alla data del 30 giugno 2013 o del 31 dicembre 2015;

e) le gestioni affidate che non rientrano nei casi di cui alle lettere da a) a d) cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2010, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante.

9. Le società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, anche non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea, che, in Italia o all'estero, gestiscono di fatto o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica ovvero ai sensi del comma 2, lettera b), nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi, non possono 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. Il divieto di cui al primo periodo opera per tutta la durata della gestione e non si applica alle società quotate in mercati regolamentati e al socio selezionato ai sensi della lettera b) del comma 2. I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere su tutto il territorio nazionale alla prima gara successiva alla cessazione del servizio, svolta mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, avente ad oggetto i servizi da essi forniti;

10. Il Governo, su proposta del Ministro per i rapporti con le regioni ed entro **il 31 dicembre 2009**, sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, nonché le competenti Commissioni parlamentari, adotta uno o più regolamenti, ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, al fine di:

a) prevedere l'assoggettamento dei soggetti affidatari **cosiddetti in house** di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno, **tenendo conto delle scadenze fissate al comma 8**, e l'osservanza da parte delle società in house e delle società a partecipazione mista pubblica e privata di procedure ad evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi e l'assunzione di personale;

b) prevedere, in attuazione dei principi di proporzionalità e di adeguatezza di cui all'articolo 118 della Costituzione, che i comuni con un limitato numero di residenti possano svolgere le funzioni relative alla gestione dei servizi pubblici locali in forma associata;

c) prevedere una netta distinzione tra le funzioni di regolazione e le funzioni di gestione dei servizi pubblici locali, anche attraverso la revisione della disciplina sulle incompatibilità;

d) armonizzare la nuova disciplina e quella di settore applicabile ai diversi servizi pubblici locali, individuando le norme applicabili in via generale per l'affidamento di tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica in materia di rifiuti, trasporti, energia elettrica e gas, nonché in materia di acqua;

e) disciplinare, per i settori diversi da quello idrico, fermo restando il limite massimo stabilito dall'ordinamento di ciascun settore per la cessazione degli affidamenti effettuati con procedure diverse dall'evidenza pubblica o da quella di

~~cui al comma 3, la fase transitoria, ai fini del progressivo allineamento delle gestioni in essere alle disposizioni di cui al presente articolo, prevedendo tempi differenziati e che gli affidamenti di retti in essere debbano cessare alla scadenza, con esclusione di ogni proroga o rinnovo;~~

- f) prevedere l'applicazione del principio di reciprocità ai fini dell'ammissione alle gare di imprese estere;
- g) limitare, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale e razionalità economica, i casi di gestione in regime d'esclusiva dei servizi pubblici locali, liberalizzando le altre attività economiche di prestazione di servizi di interesse generale in ambito locale compatibili con le garanzie di universalità ed accessibilità del servizio pubblico locale;
- h) prevedere nella disciplina degli affidamenti idonee forme di ammortamento degli investimenti e una durata degli affidamenti strettamente proporzionale e mai superiore ai tempi di recupero degli investimenti;
- i) disciplinare, in ogni caso di subentro, la cessione dei beni, di proprietà del precedente gestore, necessari per la prosecuzione del servizio;
- l) prevedere adeguati strumenti di tutela non giurisdizionale anche con riguardo agli utenti dei servizi;
- m) individuare espressamente le norme abrogate ai sensi del presente articolo.

11. L'articolo 113 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni, è abrogato nelle parti incompatibili con le disposizioni di cui al presente articolo.

12. Restano salve le procedure di affidamento già avviate alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto.

Decreto del Presidente della Repubblica 18 luglio 2011 n.113 (in Gazz. Uff., 20 luglio 2011, n. 167) - Abrogazione, a seguito di referendum popolare, dell'articolo 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 133 del 2008, e successive modificazioni, nel testo risultante a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 325 del 2010, in materia di modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Art. 1

1. In esito al referendum di cui in premessa, l'articolo 23-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, recante «Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria», convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, come modificato dall'articolo 30, comma 26, della legge 23 luglio 2009, n. 99, recante «Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia», e dall'articolo 15 del decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135, recante «Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee» convertito, con modificazioni, dalla legge 20 novembre 2009, n. 166, nel testo risultante a seguito della sentenza n. 325 del 2010 della Corte costituzionale, è abrogato.

2. L'abrogazione di cui al comma 1 ha effetto a decorrere dal giorno successivo a quello della pubblicazione del presente decreto nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana.

Decreto Legge 13 agosto 2011, n. 138 (in G.U. 13 agosto 2011, n. 188) - Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo: ha introdotto l'art. 4 recante la nuova disciplina dei servizi pubblici locali.

Art. 4 - Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dell'unione europea. (Versione originaria in Gazz. Uff.)

1. Gli enti locali, nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, verificano la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, di seguito "servizi pubblici locali", liberalizzando tutte le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità e accessibilità del servizio e limitando, negli altri casi, 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.

2. All'esito della verifica l'ente adotta una delibera quadro che illustra l'istruttoria compiuta ed evidenza, per i settori sottratti alla liberalizzazione, i fallimenti del sistema concorrenziale e, viceversa, i benefici per la stabilizzazione, lo sviluppo e l'equità all'interno della comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio.
3. Alla delibera di cui al comma precedente è data adeguata pubblicità; essa è inviata all'Autorità garante della concorrenza e del mercato ai fini della relazione al Parlamento di cui alla legge 10 ottobre 1990, n. 287.
4. La verifica di cui al comma 1 è effettuata entro dodici mesi dall'entrata in vigore del presente decreto e poi periodicamente secondo i rispettivi ordinamenti degli enti locali; essa è comunque effettuata prima di procedere al conferimento e al rinnovo della gestione dei servizi.
5. Gli enti locali, per assicurare agli utenti l'erogazione di servizi pubblici che abbiano ad oggetto la produzione di beni e attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali, definiscono preliminarmente, ove necessario, gli obblighi di servizio pubblico, prevedendo le eventuali compensazioni economiche alle aziende esercenti i servizi stessi, tenendo conto dei proventi derivanti dalle tariffe e nei limiti della disponibilità di bilancio destinata allo scopo.
6. All'attribuzione di diritti di esclusiva ad un'impresa incaricata della gestione di servizi pubblici locali consegue l'applicazione di quanto disposto dall'articolo 9 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, e successive modificazioni.
7. I soggetti gestori di servizi pubblici locali, qualora intendano svolgere attività in mercati diversi da quelli in cui sono titolari di diritti di esclusiva, sono soggetti alla disciplina prevista dall'articolo 8, commi 2-bis e 2-quater, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, e successive modificazioni.
8. Nel caso in cui l'ente locale, a seguito della verifica di cui al comma 1, intende procedere all'attribuzione di diritti di esclusiva, il conferimento della gestione di servizi pubblici locali avviene in favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità. Le medesime procedure sono indette nel rispetto degli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza definiti dalla legge, ove esistente, dalla competente autorità di settore o, in mancanza di essa, dagli enti affidanti.
9. Le società a capitale interamente pubblico possono partecipare alle procedure competitive ad evidenza pubblica, sempre che non vi siano specifici divieti previsti dalla legge.
10. Le imprese estere, non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea, possono essere ammesse alle procedure competitive ad evidenza pubblica per l'affidamento di servizi pubblici locali a condizione che documentino la possibilità per le imprese italiane di partecipare alle gare indette negli Stati di provenienza per l'affidamento di omologhi servizi.
11. Al fine di promuovere e proteggere l'assetto concorrenziale dei mercati interessati, il bando di gara o la lettera di invito relative alle procedure di cui ai commi 8, 9, 10:
 - a) esclude che la disponibilità a qualunque titolo delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali non duplicabili a costi socialmente sostenibili ed essenziali per l'effettuazione del servizio possa costituire elemento discriminante per la valutazione delle offerte dei concorrenti;
 - b) assicura che i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara siano proporzionati alle caratteristiche e al valore del servizio e che la definizione dell'oggetto della gara garantisca la più ampia partecipazione e il conseguimento di eventuali economie di scala e di gamma;
 - c) indica, ferme restando le discipline di settore, la durata dell'affidamento commisurata alla consistenza degli investimenti in immobilizzazioni materiali previsti nei capitolati di gara a carico del soggetto gestore. In ogni caso la durata dell'affidamento non può essere superiore al periodo di ammortamento dei suddetti investimenti;
 - d) può prevedere l'esclusione di forme di aggregazione o di collaborazione tra soggetti che possiedono singolarmente i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara, qualora, in relazione alla prestazione oggetto del servizio, l'aggregazione o la collaborazione sia idonea a produrre effetti restrittivi della concorrenza sulla base di un'oggettiva e motivata analisi che tenga conto di struttura, dimensione e numero degli operatori del mercato di riferimento;
 - e) prevede che la valutazione delle offerte sia effettuata da una commissione nominata dall'ente affidante e composta da soggetti esperti nella specifica materia;
 - f) indica i criteri e le modalità per l'individuazione dei beni di cui al comma 29, e per la determinazione dell'eventuale importo spettante al gestore al momento della scadenza o della cessazione anticipata della gestione ai sensi del comma 30;
 - g) prevede l'adozione di carte dei servizi al fine di garantire trasparenza informativa e qualità del servizio.
12. Fermo restando quanto previsto ai commi 8, 9, 10 e 11, nel caso di procedure aventi ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio, al quale deve essere conferita una partecipazione non inferiore al 40 per cento, e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio, il bando di gara o la lettera di invito assicura che:
 - a) i criteri di valutazione delle offerte basati su qualità e corrispettivo del servizio prevalgano di norma su quelli riferiti al prezzo delle quote societarie;
 - b) il socio privato selezionato svolga gli specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio per l'intera durata del servizio stesso e che, ove ciò non si verifica, si proceda a un nuovo affidamento;
 - c) siano previsti criteri e modalità di liquidazione del socio privato alla cessazione della gestione.

13. In deroga a quanto previsto dai commi 8, 9, 10, 11 e 12 se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento è pari o inferiore alla somma complessiva di 900.000 euro annui, l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento europeo per la gestione cosiddetta "in house".
14. Le società cosiddette "in house" affidatarie dirette della gestione di servizi pubblici locali sono assoggettate al patto di stabilità interno secondo le modalità definite, con il concerto del Ministro per le riforme per il federalismo, in sede di attuazione dell'articolo 18, comma 2-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito con legge 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni. Gli enti locali vigilano sull'osservanza, da parte dei soggetti indicati al periodo precedente al cui capitale partecipano, dei vincoli derivanti dal patto di stabilità interno.
15. Le società cosiddette "in house" e le società a partecipazione mista pubblica e privata, affidatarie di servizi pubblici locali, applicano, per l'acquisto di beni e servizi, le disposizioni di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni.
16. L'articolo 32, comma 3, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, limitatamente alla gestione del servizio per il quale le società di cui al comma 1, lettera c), del medesimo articolo sono state specificamente costituite, si applica se la scelta del socio privato è avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio. Restano ferme le altre condizioni stabilite dall'articolo 32, comma 3, numeri 2) e 3), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni.
17. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 18, comma 2-bis, primo e secondo periodo, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni, le società a partecipazione pubblica che gestiscono servizi pubblici locali 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. Fino all'adozione dei predetti provvedimenti, è fatto divieto di procedere al reclutamento di personale ovvero di conferire incarichi. Il presente comma non si applica alle società quotate in mercati regolamentati.
18. In caso di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali a società cosiddette "in house" e in tutti i casi in cui il capitale sociale del soggetto gestore è partecipato dall'ente locale affidante, la verifica del rispetto del contratto di servizio nonché ogni eventuale aggiornamento e modifica dello stesso sono sottoposti, secondo modalità definite dallo statuto dell'ente locale, alla vigilanza dell'organo di revisione di cui agli articoli 234 e seguenti del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni. Restano ferme le disposizioni contenute nelle discipline di settore vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto.
19. Gli amministratori, i dirigenti e i responsabili degli uffici o dei servizi dell'ente locale, nonché degli altri organismi che espletano funzioni di stazione appaltante, di regolazione, di indirizzo e di controllo di servizi pubblici locali, non possono svolgere incarichi inerenti la gestione dei servizi affidati da parte dei medesimi soggetti. Il divieto si applica anche nel caso in cui le dette funzioni sono state svolte nei tre anni precedenti il conferimento dell'incarico inerente la gestione dei servizi pubblici locali. Alle società quotate nei mercati regolamentati si applica la disciplina definita dagli organismi di controllo competenti.
20. Il divieto di cui al comma 19 opera anche nei confronti del coniuge, dei parenti e degli affini entro il quarto grado dei soggetti indicati allo stesso comma, nonché nei confronti di coloro che prestano, o hanno prestato nel triennio precedente, a qualsiasi titolo attività di consulenza o collaborazione in favore degli enti locali o dei soggetti che hanno affidato la gestione del servizio pubblico locale.
21. Non possono essere nominati amministratori di società partecipate da enti locali coloro che nei tre anni precedenti alla nomina hanno ricoperto la carica di amministratore, di cui all'articolo 77 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni, negli enti locali che detengono quote di partecipazione al capitale della stessa società.
22. I componenti della commissione di gara per l'affidamento della gestione di servizi pubblici locali non devono aver svolto né svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente alla gestione del servizio di cui si tratta.
23. Coloro che hanno rivestito, nel biennio precedente, la carica di amministratore locale, di cui al comma 21, non possono essere nominati componenti della commissione di gara relativamente a servizi pubblici locali da affidare da parte del medesimo ente locale.
24. Sono esclusi da successivi incarichi di commissario coloro che, in qualità di componenti di commissioni di gara, abbiano concorso, con dolo o colpa grave accertati in sede giurisdizionale con sentenza non sospesa, all'approvazione di atti dichiarati illegittimi.
25. Si applicano ai componenti delle commissioni di gara le cause di astensione previste dall'articolo 51 del codice di procedura civile.
26. Nell'ipotesi in cui alla gara concorre una società partecipata dall'ente locale che la indice, i componenti della commissione di gara non possono essere né dipendenti né amministratori dell'ente locale stesso.
27. Le incompatibilità e i divieti di cui ai commi dal 19 al 26 si applicano alle nomine e agli incarichi da conferire successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto.
28. Ferma restando la proprietà pubblica delle reti, la loro gestione può essere affidata a soggetti privati.

29. Alla scadenza della gestione del servizio pubblico locale o in caso di sua cessazione anticipata, il precedente gestore cede al gestore subentrante i beni strumentali e le loro pertinenze necessari, in quanto non duplicabili a costi socialmente sostenibili, per la prosecuzione del servizio, come individuati, ai sensi del comma 11, lettera f), dall'ente affidante, a titolo gratuito e liberi da pesi e gravami.

30. Se, al momento della cessazione della gestione, i beni di cui al comma 1 non sono stati interamente ammortizzati, il gestore subentrante corrisponde al precedente gestore un importo pari al valore contabile originario non ancora ammortizzato, al netto di eventuali contributi pubblici direttamente riferibili ai beni stessi.

Restano ferme le disposizioni contenute nelle discipline di settore, anche regionali, vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonchè restano salvi eventuali diversi accordi tra le parti stipulati prima dell'entrata in vigore del presente decreto.

31. L'importo di cui al comma 30 è indicato nel bando o nella lettera di invito relativi alla gara indetta per il successivo affidamento del servizio pubblico locale a seguito della scadenza o della cessazione anticipata della gestione.

32. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 14, comma 32, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, come modificato dall'articolo 1, comma 117, della legge 13 dicembre 2010, n. 220, e successive modificazioni, il regime transitorio degli affidamenti non conformi a quanto stabilito dal presente decreto è il seguente:

a) gli affidamenti diretti relativi a servizi il cui valore economico sia superiore alla somma di cui al comma 13, nonchè gli affidamenti diretti che non rientrano nei casi di cui alle successive lettere da b) a d) cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, alla data del 31 marzo 2012;

b) le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui al comma 8, le quali non abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, alla data del 30 giugno 2012;

c) le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui al comma 8, le quali abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio;

d) 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'articolo 2359 del codice civile, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio, a condizione che la partecipazione pubblica si riduca anche progressivamente, attraverso procedure ad evidenza pubblica ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, ad una quota non superiore al 40 per cento entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30 per cento entro il 31 dicembre 2015; ove siffatte condizioni non si verificano, gli affidamenti cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, rispettivamente, alla data del 30 giugno 2013 o del 31 dicembre 2015.

33. Le società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, anche non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea, che, in Italia o all'estero, gestiscono di fatto o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica ovvero ai sensi del comma 12, nonchè i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi, non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, ne' svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, ne' direttamente, ne' tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, ne' partecipando a gare. Il divieto di cui al primo periodo opera per tutta la durata della gestione e non si applica alle società quotate in mercati regolamentati e alle società da queste direttamente o indirettamente controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, nonchè al socio selezionato ai sensi del comma 12. I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere su tutto il territorio nazionale alla prima gara successiva alla cessazione del servizio, svolta mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, avente ad oggetto i servizi da essi forniti.

34. Sono esclusi dall'applicazione del presente articolo il servizio idrico integrato, ad eccezione di quanto previsto dai commi 19 a 27, il servizio di distribuzione di gas naturale, di cui al decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, il servizio di distribuzione di energia elettrica, di cui al decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 e alla legge 23 agosto 2004, n. 239, il servizio di trasporto ferroviario regionale, di cui al decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422, nonchè la gestione delle farmacie comunali, di cui alla legge 2 aprile 1968, n. 475.

35. Restano salve le procedure di affidamento già avviate all'entrata in vigore del presente decreto.

Legge 12 novembre 2011 n. 183 (In Suppl. ordinario n. 234 alla Gazz. Uff., 14 novembre 2011, n. 265): all'art. 9 ha modificato l'art. 4 del D.L. 138/2011.

Art. 4 - Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dell'unione europea.

1. Gli enti locali, nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, verificano la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, di seguito "servizi pubblici locali", liberalizzando tutte le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità e accessibilità del servizio e limitando, negli altri casi, 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.

2. All'esito della verifica l'ente adotta una delibera quadro che illustra l'istruttoria compiuta ed evidenzia, per i settori sottratti alla liberalizzazione, i fallimenti del sistema concorrenziale e, viceversa, i benefici per la stabilizzazione, lo sviluppo e l'equità all'interno della comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio.

Con la stessa delibera gli enti locali valutano l'opportunità di procedere all'affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi pubblici locali nei casi in cui possa essere dimostrato che tale scelta sia economicamente vantaggiosa.

3. Alla delibera di cui al comma precedente è data adeguata pubblicità; essa è inviata all'Autorità garante della concorrenza e del mercato **anche** ai fini della relazione al Parlamento di cui alla legge 10 ottobre 1990, n. 287.

4. La verifica di cui al comma 1 è effettuata entro dodici mesi dall'entrata in vigore del presente decreto e poi periodicamente secondo i rispettivi ordinamenti degli enti locali; essa è comunque effettuata prima di procedere al conferimento e al rinnovo della gestione dei servizi. **In caso contrario e comunque in assenza della delibera di cui al comma 2, l'ente locale non può procedere all'attribuzione di diritti di esclusiva ai sensi del presente articolo.**

5. Gli enti locali, per assicurare agli utenti l'erogazione di servizi pubblici che abbiano ad oggetto la produzione di beni e attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali, definiscono preliminarmente, ove necessario, gli obblighi di servizio pubblico, prevedendo le eventuali compensazioni economiche alle aziende esercenti i servizi stessi, tenendo conto dei proventi derivanti dalle tariffe e nei limiti della disponibilità di bilancio destinata allo scopo.

6. All'attribuzione di diritti di esclusiva ad un'impresa incaricata della gestione di servizi pubblici locali consegue l'applicazione di quanto disposto dall'articolo 9 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, e successive modificazioni.

7. I soggetti gestori di servizi pubblici locali, qualora intendano svolgere attività in mercati diversi da quelli in cui sono titolari di diritti di esclusiva, sono soggetti alla disciplina prevista dall'articolo 8, commi 2-bis e 2-quater, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, e successive modificazioni.

8. Nel caso in cui l'ente locale, a seguito della verifica di cui al comma 1, intende procedere all'attribuzione di diritti di esclusiva, il conferimento della gestione di servizi pubblici locali avviene in favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità. Le medesime procedure sono indette nel rispetto degli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza definiti dalla legge, ove esistente, dalla competente autorità di settore o, in mancanza di essa, dagli enti affidanti.

9. Le società a capitale interamente pubblico possono partecipare alle procedure competitive ad evidenza pubblica, sempre che non vi siano specifici divieti previsti dalla legge.

10. Le imprese estere, non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea, possono essere ammesse alle procedure competitive ad evidenza pubblica per l'affidamento di servizi pubblici locali a condizione che documentino la possibilità per le imprese italiane di partecipare alle gare indette negli Stati di provenienza per l'affidamento di omologhi servizi.

11. Al fine di promuovere e proteggere l'assetto concorrenziale dei mercati interessati, il bando di gara o la lettera di invito relative alle procedure di cui ai commi 8, 9, 10:

a) esclude che la disponibilità a qualunque titolo delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali non duplicabili a costi socialmente sostenibili ed essenziali per l'effettuazione del servizio possa costituire elemento discriminante per la valutazione delle offerte dei concorrenti;

b) assicura che i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara siano proporzionati alle caratteristiche e al valore del servizio e che la definizione dell'oggetto della gara garantisca la più ampia partecipazione e il conseguimento di eventuali economie di scala e di gamma;

c) indica, ferme restando le discipline di settore, la durata dell'affidamento commisurata alla consistenza degli investimenti in immobilizzazioni materiali previsti nei capitolati di gara a carico del soggetto gestore. In ogni caso la durata dell'affidamento non può essere superiore al periodo di ammortamento dei suddetti investimenti;

d) può prevedere l'esclusione di forme di aggregazione o di collaborazione tra soggetti che possiedono singolarmente i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara, qualora, in relazione alla prestazione oggetto del servizio, l'aggregazione o la collaborazione sia idonea a produrre effetti restrittivi della concorrenza sulla base di un'oggettiva e motivata analisi che tenga conto di struttura, dimensione e numero degli operatori del mercato di riferimento;

e) prevede che la valutazione delle offerte sia effettuata da una commissione nominata dall'ente affidante e composta da soggetti esperti nella specifica materia;

f) indica i criteri e le modalità per l'individuazione dei beni di cui al comma 29, e per la determinazione dell'eventuale importo spettante al gestore al momento della scadenza o della cessazione anticipata della gestione ai sensi del comma 30;

g) prevede l'adozione di carte dei servizi al fine di garantire trasparenza informativa e qualità del servizio.

12. Fermo restando quanto previsto ai commi 8, 9, 10 e 11, nel caso di procedure aventi ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio, al quale deve essere conferita una partecipazione non inferiore al 40 per cento, e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio, il bando di gara o la lettera di invito assicura che:

a) i criteri di valutazione delle offerte basati su qualità e corrispettivo del servizio prevalgano di norma su quelli riferiti al prezzo delle quote societarie;

b) il socio privato selezionato svolga gli specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio per l'intera durata del servizio stesso e che, ove ciò non si verifica, si proceda a un nuovo affidamento;

c) siano previsti criteri e modalità di liquidazione del socio privato alla cessazione della gestione.

13. In deroga a quanto previsto dai commi 8, 9, 10, 11 e 12 se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento è pari o inferiore alla somma complessiva di 900.000 euro annui, l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento europeo per la gestione cosiddetta "in house". **Al fine di garantire l'unitarietà del servizio oggetto dell'affidamento, è fatto divieto di procedere all'attribuzione di diritti di esclusiva ai sensi del presente articolo.**

14. Le società cosiddette "in house" affidatarie dirette della gestione di servizi pubblici locali sono assoggettate al patto di stabilità interno secondo le modalità definite, con il concerto del Ministro per le riforme per il federalismo, in sede di attuazione dell'articolo 18, comma 2-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito con legge 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni. Gli enti locali vigilano sull'osservanza, da parte dei soggetti indicati al periodo precedente al cui capitale partecipano, dei vincoli derivanti dal patto di stabilità interno.

15. Le società cosiddette "in house" e le società a partecipazione mista pubblica e privata, affidatarie di servizi pubblici locali, applicano, per l'acquisto di beni e servizi, le disposizioni di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni.

16. L'articolo 32, comma 3, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, limitatamente alla gestione del servizio per il quale le società di cui al comma 1, lettera c), del medesimo articolo sono state specificamente costituite, si applica se la scelta del socio privato è avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio. Restano ferme le altre condizioni stabilite dall'articolo 32, comma 3, numeri 2) e 3), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni.

17. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 18, comma 2-bis, primo e secondo periodo, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni, le società a partecipazione pubblica che gestiscono servizi pubblici locali 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. Fino all'adozione dei predetti provvedimenti, è fatto divieto di procedere al reclutamento di personale ovvero di conferire incarichi. Il presente comma non si applica alle società quotate in mercati regolamentati.

18. In caso di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali a società cosiddette "in house" e in tutti i casi in cui il capitale sociale del soggetto gestore è partecipato dall'ente locale affidante, la verifica del rispetto del contratto di servizio nonché ogni eventuale aggiornamento e modifica dello stesso sono sottoposti, secondo modalità definite dallo statuto dell'ente locale, alla vigilanza dell'organo di revisione di cui agli articoli 234 e seguenti del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni. Restano ferme le disposizioni contenute nelle discipline di settore vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto.

19. Gli amministratori, i dirigenti e i responsabili degli uffici o dei servizi dell'ente locale, nonché degli altri organismi che espletano funzioni di stazione appaltante, di regolazione, di indirizzo e di controllo di servizi pubblici locali, non possono svolgere incarichi inerenti la gestione dei servizi affidati da parte dei medesimi soggetti. Il divieto si applica anche nel caso in cui le dette funzioni sono state svolte nei tre anni precedenti il conferimento dell'incarico inerente la gestione dei servizi pubblici locali. Alle società quotate nei mercati regolamentati si applica la disciplina definita dagli organismi di controllo competenti.

20. Il divieto di cui al comma 19 opera anche nei confronti del coniuge, dei parenti e degli affini entro il quarto grado dei soggetti indicati allo stesso comma, nonché nei confronti di coloro che prestano, o hanno prestato nel triennio precedente, a qualsiasi titolo attività di consulenza o collaborazione in favore degli enti locali o dei soggetti che hanno affidato la gestione del servizio pubblico locale.

21. Non possono essere nominati amministratori di società partecipate da enti locali coloro che nei tre anni precedenti alla nomina hanno ricoperto la carica di amministratore, di cui all'articolo 77 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni, negli enti locali che detengono quote di partecipazione al capitale della stessa società.

22. I componenti della commissione di gara per l'affidamento della gestione di servizi pubblici locali non devono aver svolto ne' svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente alla gestione del servizio di cui si tratta.

23. Coloro che hanno rivestito, nel biennio precedente, la carica di amministratore locale, di cui al comma 21, non possono essere nominati componenti della commissione di gara relativamente a servizi pubblici locali da affidare da parte del medesimo ente locale.

24. Sono esclusi da successivi incarichi di commissario coloro che, in qualità di componenti di commissioni di gara, abbiano concorso, con dolo o colpa grave accertati in sede giurisdizionale con sentenza non sospesa, all'approvazione di atti dichiarati illegittimi.

25. Si applicano ai componenti delle commissioni di gara le cause di astensione previste dall'articolo 51 del codice di procedura civile.

26. Nell'ipotesi in cui alla gara concorre una società partecipata dall'ente locale che la indice, i componenti della commissione di gara non possono essere ne' dipendenti ne' amministratori dell'ente locale stesso.

27. Le incompatibilità e i divieti di cui ai commi dal 19 al 26 si applicano alle nomine e agli incarichi da conferire successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto.

28. Ferma restando la proprietà pubblica delle reti, la loro gestione può essere affidata a soggetti privati.

29. Alla scadenza della gestione del servizio pubblico locale o in caso di sua cessazione anticipata, il precedente gestore cede al gestore subentrante i beni strumentali e le loro pertinenze necessari, in quanto non duplicabili a costi socialmente sostenibili, per la prosecuzione del servizio, come individuati, ai sensi del comma 11, lettera f), dall'ente affidante, a titolo gratuito e liberi da pesi e gravami.

30. Se, al momento della cessazione della gestione, i beni di cui al comma 1 non sono stati interamente ammortizzati, il gestore subentrante corrisponde al precedente gestore un importo pari al valore contabile originario non ancora ammortizzato, al netto di eventuali contributi pubblici direttamente riferibili ai beni stessi.

Restano ferme le disposizioni contenute nelle discipline di settore, anche regionali, vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonchè restano salvi eventuali diversi accordi tra le parti stipulati prima dell'entrata in vigore del presente decreto.

31. L'importo di cui al comma 30 è indicato nel bando o nella lettera di invito relativi alla gara indetta per il successivo affidamento del servizio pubblico locale a seguito della scadenza o della cessazione anticipata della gestione.

32. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 14, comma 32, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, come modificato dall'articolo 1, comma 117, della legge 13 dicembre 2010, n. 220, e successive modificazioni, il regime transitorio degli affidamenti non conformi a quanto stabilito dal presente decreto è il seguente:

a) gli affidamenti diretti relativi a servizi il cui valore economico sia superiore alla somma di cui al comma 13, **ovvero non conformi a quanto previsto al medesimo comma**, nonchè gli affidamenti diretti che non rientrano nei casi di cui alle successive lettere da b) a d) cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, alla data del 31 marzo 2012;

b) le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui al comma 8, le quali non abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, alla data del 30 giugno 2012;

c) le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui al comma 8, le quali abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio;

d) 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'articolo 2359 del codice civile, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio, a condizione che la partecipazione **in capo ai soci pubblici detentori di azioni alla data del 13 agosto 2011, ovvero quella sindacata, si riduca anche progressivamente**, attraverso procedure ad evidenza pubblica ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, ad una quota non superiore al 40 per cento entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30 per cento entro il 31 dicembre 2015; ove siffatte condizioni non si verificano, gli affidamenti cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, rispettivamente, alla data del 30 giugno 2013 o del 31 dicembre 2015.

32-bis. Al fine di verificare e assicurare il rispetto delle disposizioni di cui al comma 32, il prefetto accerta che gli enti locali abbiano attuato, entro i termini stabiliti, quanto previsto al medesimo comma. In caso di inottemperanza, assegna agli enti inadempienti un termine perentorio entro il quale provvedere. Decorso inutilmente detto termine, il Governo, ricorrendone i presupposti, esercita il potere sostitutivo ai sensi dell'articolo 120, comma secondo, della Costituzione e secondo le modalità previste dall'articolo 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131.

33. Le società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, anche non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea, che, in Italia o all'estero, gestiscono di fatto o per disposizioni di legge, di atto

amministrativo o per contratto servizi pubblici locali in virtu' di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica **ovvero non ai sensi del comma 12**, nonchè i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi, non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, ne' svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, ne' direttamente, ne' tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, ne' partecipando a gare. Il divieto di cui al primo periodo opera per tutta la durata della gestione e non si applica alle società quotate in mercati regolamentati e alle società da queste direttamente o indirettamente controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, nonchè al socio selezionato ai sensi del comma 12 **e alle società a partecipazione pubblica mista pubblica e privata costituite ai sensi del medesimo comma**. I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere su tutto il territorio nazionale **a gare indette nell'ultimo anno di affidamento dei servizi da essi gestiti, a condizione che sia stata indetta la procedura competitiva ad evidenza pubblica per il nuovo affidamento del servizio o, almeno, sia stata adottata la decisione di procedere al nuovo affidamento attraverso la predetta procedura ovvero, purché in favore di soggetto diverso, ai sensi del comma 13**.

33-bis. Al fine di assicurare il progressivo miglioramento della qualità di gestione dei servizi pubblici locali e di effettuare valutazioni comparative delle diverse gestioni, gli enti affidatari sono tenuti a rendere pubblici i dati concernenti il livello di qualità del servizio reso, il prezzo medio per utente e il livello degli investimenti effettuati, nonchè ogni ulteriore informazione necessaria alle predette finalità.

33-ter. Con decreto del Ministro per i rapporti con le regioni e per la coesione territoriale, adottato entro il 31 gennaio 2012, di concerto con i Ministri dell'economia e delle finanze e dell'interno, sentita la Conferenza unificata, sono definiti:

a) i criteri per la verifica di cui al comma 1 e l'adozione della delibera quadro di cui al comma 2;

b) le modalità attuative del comma 33-bis, anche tenendo conto delle diverse condizioni di erogazione in termini di aree, popolazioni e caratteristiche del territorio servito;

c) le ulteriori misure necessarie ad assicurare la piena attuazione delle disposizioni di cui al presente articolo.

34. Le disposizioni contenute nel presente articolo si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili. Sono esclusi dall'applicazione del presente articolo il servizio idrico integrato, ad eccezione di quanto previsto dai commi 19 a 27, il servizio di distribuzione di gas naturale, di cui al decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, il servizio di distribuzione di energia elettrica, di cui al decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 e alla legge 23 agosto 2004, n. 239, il servizio di trasporto ferroviario regionale, di cui al decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422, nonchè la gestione delle farmacie comunali, di cui alla legge 2 aprile 1968, n. 475.

34-bis. Il presente articolo, fermo restando quanto disposto al comma 34, si applica al trasporto pubblico regionale e locale. Con riguardo al trasporto pubblico regionale, sono fatti salvi gli affidamenti già deliberati in conformità all' articolo 5, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007.

35. Restano salve le procedure di affidamento già avviate all'entrata in vigore del presente decreto.

Decreto legge 24 gennaio 2012 n. 1 (In Suppl. ordinario n. 18 alla Gazz. Uff., 24 gennaio 2012, n. 19): all'art. 25 ha modificato l'art. 4 del D.L. 138/2011.

Art. 4 - Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dell'unione europea.

1. Gli enti locali, nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, **dopo aver individuato i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e universale**, verificano la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, di seguito "servizi pubblici locali", liberalizzando tutte le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità e accessibilità del servizio e limitando, negli altri casi, 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.

2. All'esito della verifica l'ente adotta una delibera quadro che illustra l'istruttoria compiuta ed evidenza, per i settori sottratti alla liberalizzazione, i fallimenti del sistema concorrenziale e, viceversa, i benefici per la stabilizzazione, lo sviluppo e l'equità all'interno della comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio. Con la stessa delibera gli enti locali valutano l'opportunità di procedere all'affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi pubblici locali nei casi in cui possa essere dimostrato che tale scelta sia economicamente vantaggiosa.

3. Per gli enti territoriali con popolazione superiore a 10.000 abitanti, la delibera di cui al comma 2 è adottata previo parere obbligatorio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che si pronuncia entro sessanta giorni, sulla base dell'istruttoria svolta dall'ente di governo locale dell'ambito o del bacino o in sua assenza dall'ente locale, in merito all'esistenza di ragioni idonee e sufficienti all'attribuzione di diritti di esclusiva e alla correttezza della scelta eventuale di procedere all'affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi pubblici locali. La delibera e il parere sono resi pubblici sul sito internet, ove presente, e con ulteriori modalità idonee.

4. L'invio all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, per il parere obbligatorio, della verifica di cui al comma 1 e del relativo schema di delibera quadro di cui al comma 2, è effettuato entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e poi periodicamente secondo i rispettivi ordinamenti degli enti locali. La delibera quadro di cui al comma 2 è comunque adottata prima di procedere al conferimento e al rinnovo della gestione dei servizi, entro trenta giorni dal parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. In assenza della delibera, l'ente locale non può procedere all'attribuzione di diritti di esclusiva ai sensi del presente articolo.

5. Gli enti locali, per assicurare agli utenti l'erogazione di servizi pubblici che abbiano ad oggetto la produzione di beni e attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali, definiscono preliminarmente, ove necessario, gli obblighi di servizio pubblico, prevedendo le eventuali compensazioni economiche alle aziende esercenti i servizi stessi, tenendo conto dei proventi derivanti dalle tariffe e nei limiti della disponibilità di bilancio destinata allo scopo.

6. All'attribuzione di diritti di esclusiva ad un'impresa incaricata della gestione di servizi pubblici locali consegue l'applicazione di quanto disposto dall'articolo 9 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, e successive modificazioni.

7. I soggetti gestori di servizi pubblici locali, qualora intendano svolgere attività in mercati diversi da quelli in cui sono titolari di diritti di esclusiva, sono soggetti alla disciplina prevista dall'articolo 8, commi 2-bis e 2-quater, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, e successive modificazioni.

8. Nel caso in cui l'ente locale, a seguito della verifica di cui al comma 1, intende procedere all'attribuzione di diritti di esclusiva, il conferimento della gestione di servizi pubblici locali avviene in favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità. Le medesime procedure sono indette nel rispetto degli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza definiti dalla legge, ove esistente, dalla competente autorità di settore o, in mancanza di essa, dagli enti affidanti.

9. Le società a capitale interamente pubblico possono partecipare alle procedure competitive ad evidenza pubblica, sempre che non vi siano specifici divieti previsti dalla legge.

10. Le imprese estere, non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea, possono essere ammesse alle procedure competitive ad evidenza pubblica per l'affidamento di servizi pubblici locali a condizione che documentino la possibilità per le imprese italiane di partecipare alle gare indette negli Stati di provenienza per l'affidamento di omologhi servizi.

11. Al fine di promuovere e proteggere l'assetto concorrenziale dei mercati interessati, il bando di gara o la lettera di invito relative alle procedure di cui ai commi 8, 9, 10:

a) esclude che la disponibilità a qualunque titolo delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali non duplicabili a costi socialmente sostenibili ed essenziali per l'effettuazione del servizio possa costituire elemento discriminante per la valutazione delle offerte dei concorrenti;

b) assicura che i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara siano proporzionati alle caratteristiche e al valore del servizio e che la definizione dell'oggetto della gara garantisca la più ampia partecipazione e il conseguimento di eventuali economie di scala e di gamma;

b-bis) prevede l'impegno del soggetto gestore a conseguire economie di gestione con riferimento all'intera durata programmata dell'affidamento, e prevede altresì, tra gli elementi di valutazione dell'offerta, la misura delle anzidette economie e la loro destinazione alla riduzione delle tariffe da praticarsi agli utenti ed al finanziamento di strumenti di sostegno connessi a processi di efficientamento relativi al personale;

c) indica, ferme restando le discipline di settore, la durata dell'affidamento commisurata alla consistenza degli investimenti in immobilizzazioni materiali previsti nei capitolati di gara a carico del soggetto gestore. In ogni caso la durata dell'affidamento non può essere superiore al periodo di ammortamento dei suddetti investimenti;

d) può prevedere l'esclusione di forme di aggregazione o di collaborazione tra soggetti che possiedono singolarmente i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara, qualora, in relazione alla prestazione oggetto del servizio, l'aggregazione o la collaborazione sia idonea a produrre effetti restrittivi della concorrenza sulla base di un'oggettiva e motivata analisi che tenga conto di struttura, dimensione e numero degli operatori del mercato di riferimento;

e) prevede che la valutazione delle offerte sia effettuata da una commissione nominata dall'ente affidante e composta da soggetti esperti nella specifica materia;

f) indica i criteri e le modalità per l'individuazione dei beni di cui al comma 29, e per la determinazione dell'eventuale importo spettante al gestore al momento della scadenza o della cessazione anticipata della gestione ai sensi del comma 30;

g) prevede l'adozione di carte dei servizi al fine di garantire trasparenza informativa e qualità del servizio.

g-bis) indica i criteri per il passaggio dei dipendenti ai nuovi aggiudicatari del servizio, prevedendo, tra gli elementi di valutazione dell'offerta, l'adozione di strumenti di tutela dell'occupazione.

12. Fermo restando quanto previsto ai commi 8, 9, 10 e 11, nel caso di procedure aventi ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio, al quale deve essere conferita una partecipazione non inferiore al 40 per cento, e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio, il bando di gara o la lettera di invito assicura che:

a) i criteri di valutazione delle offerte basati su qualità e corrispettivo del servizio prevalgano di norma su quelli riferiti al prezzo delle quote societarie;

b) il socio privato selezionato svolga gli specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio per l'intera durata del servizio stesso e che, ove ciò non si verifica, si proceda a un nuovo affidamento;

c) siano previsti criteri e modalità di liquidazione del socio privato alla cessazione della gestione.

13. In deroga a quanto previsto dai commi 8, 9, 10, 11 e 12 se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento è pari o inferiore alla **somma complessiva di 200.000 euro annui**, l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento europeo per la gestione cosiddetta "in house". Al fine di garantire l'unitarietà del servizio oggetto dell'affidamento, è fatto divieto di procedere all'attribuzione di diritti di esclusiva ai sensi del presente articolo.

14. Le società cosiddette "in house" affidatarie dirette della gestione di servizi pubblici locali sono assoggettate al patto di stabilità interno secondo le modalità definite, con il concerto del Ministro per le riforme per il federalismo, in sede di attuazione dell'articolo 18, comma 2-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito con legge 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni. Gli enti locali vigilano sull'osservanza, da parte dei soggetti indicati al periodo precedente al cui capitale partecipano, dei vincoli derivanti dal patto di stabilità interno.

15. Le società cosiddette "in house" e le società a partecipazione mista pubblica e privata, affidatarie di servizi pubblici locali, applicano, per l'acquisto di beni e servizi, le disposizioni di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni.

16. L'articolo 32, comma 3, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, limitatamente alla gestione del servizio per il quale le società di cui al comma 1, lettera c), del medesimo articolo sono state specificamente costituite, si applica se la scelta del socio privato è avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio. Restano ferme le altre condizioni stabilite dall'articolo 32, comma 3, numeri 2) e 3), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni.

17. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 18, comma 2-bis, primo e secondo periodo, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni, le società a partecipazione pubblica che gestiscono servizi pubblici locali 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. Fino all'adozione dei predetti provvedimenti, è fatto divieto di procedere al reclutamento di personale ovvero di conferire incarichi. Il presente comma non si applica alle società quotate in mercati regolamentati.

18. In caso di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali a società cosiddette "in house" e in tutti i casi in cui il capitale sociale del soggetto gestore è partecipato dall'ente locale affidante, la verifica del rispetto del contratto di servizio nonché ogni eventuale aggiornamento e modifica dello stesso sono sottoposti, secondo modalità definite dallo statuto dell'ente locale, alla vigilanza dell'organo di revisione di cui agli articoli 234 e seguenti del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni. Restano ferme le disposizioni contenute nelle discipline di settore vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto.

19. Gli amministratori, i dirigenti e i responsabili degli uffici o dei servizi dell'ente locale, nonché degli altri organismi che espletano funzioni di stazione appaltante, di regolazione, di indirizzo e di controllo di servizi pubblici locali, non possono svolgere incarichi inerenti la gestione dei servizi affidati da parte dei medesimi soggetti. Il divieto si applica anche nel caso in cui le dette funzioni sono state svolte nei tre anni precedenti il conferimento dell'incarico inerente la gestione dei servizi pubblici locali. Alle società quotate nei mercati regolamentati si applica la disciplina definita dagli organismi di controllo competenti.

20. Il divieto di cui al comma 19 opera anche nei confronti del coniuge, dei parenti e degli affini entro il quarto grado dei soggetti indicati allo stesso comma, nonché nei confronti di coloro che prestano, o hanno prestato nel triennio precedente, a qualsiasi titolo attività di consulenza o collaborazione in favore degli enti locali o dei soggetti che hanno affidato la gestione del servizio pubblico locale.

21. Non possono essere nominati amministratori di società partecipate da enti locali coloro che nei tre anni precedenti alla nomina hanno ricoperto la carica di amministratore, di cui all'articolo 77 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni, negli enti locali che detengono quote di partecipazione al capitale della stessa società.

22. I componenti della commissione di gara per l'affidamento della gestione di servizi pubblici locali non devono aver svolto ne' svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente alla gestione del servizio di cui si tratta.
23. Coloro che hanno rivestito, nel biennio precedente, la carica di amministratore locale, di cui al comma 21, non possono essere nominati componenti della commissione di gara relativamente a servizi pubblici locali da affidare da parte del medesimo ente locale.
24. Sono esclusi da successivi incarichi di commissario coloro che, in qualità di componenti di commissioni di gara, abbiano concorso, con dolo o colpa grave accertati in sede giurisdizionale con sentenza non sospesa, all'approvazione di atti dichiarati illegittimi.
25. Si applicano ai componenti delle commissioni di gara le cause di astensione previste dall'articolo 51 del codice di procedura civile.
26. Nell'ipotesi in cui alla gara concorre una società partecipata dall'ente locale che la indice, i componenti della commissione di gara non possono essere ne' dipendenti ne' amministratori dell'ente locale stesso.
27. Le incompatibilità e i divieti di cui ai commi dal 19 al 26 si applicano alle nomine e agli incarichi da conferire successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto.
28. Ferma restando la proprietà pubblica delle reti, la loro gestione può essere affidata a soggetti privati.
29. Alla scadenza della gestione del servizio pubblico locale o in caso di sua cessazione anticipata, il precedente gestore cede al gestore subentrante i beni strumentali e le loro pertinenze necessari, in quanto non duplicabili a costi socialmente sostenibili, per la prosecuzione del servizio, come individuati, ai sensi del comma 11, lettera f), dall'ente affidante, a titolo gratuito e liberi da pesi e gravami.
30. Se, al momento della cessazione della gestione, i beni di cui al comma 1 non sono stati interamente ammortizzati, il gestore subentrante corrisponde al precedente gestore un importo pari al valore contabile originario non ancora ammortizzato, al netto di eventuali contributi pubblici direttamente riferibili ai beni stessi.
- Restano ferme le disposizioni contenute nelle discipline di settore, anche regionali, vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonchè restano salvi eventuali diversi accordi tra le parti stipulati prima dell'entrata in vigore del presente decreto.
31. L'importo di cui al comma 30 è indicato nel bando o nella lettera di invito relativi alla gara indetta per il successivo affidamento del servizio pubblico locale a seguito della scadenza o della cessazione anticipata della gestione.
32. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 14, comma 32, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, come modificato dall'articolo 1, comma 117, della legge 13 dicembre 2010, n. 220, e successive modificazioni, il regime transitorio degli affidamenti non conformi a quanto stabilito dal presente decreto è il seguente:
- a) gli affidamenti diretti relativi a servizi il cui valore economico sia superiore alla somma di cui al comma 13, ovvero non conformi a quanto previsto al medesimo comma, nonchè gli affidamenti diretti che non rientrano nei casi di cui alle successive lettere da b) a d) cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, **alla data del 31 dicembre 2012. In deroga, l'affidamento per la gestione può avvenire a favore di un'unica società in house risultante dalla integrazione operativa di preesistenti gestioni in affidamento diretto e gestioni in economia, tale da configurare un unico gestore del servizio a livello di ambito o di bacino territoriale ottimale ai sensi dell'articolo 3-bis. La soppressione delle preesistenti gestioni e la costituzione dell'unica azienda in capo alla società in house devono essere perfezionati entro il termine del 31 dicembre 2012. In tal caso il contratto di servizio dovrà prevedere indicazioni puntuali riguardanti il livello di qualità del servizio reso, il prezzo medio per utente, il livello di investimenti programmati ed effettuati e obiettivi di performance (redditività, qualità, efficienza). La valutazione dell'efficacia e dell'efficienza della gestione e il rispetto delle condizioni previste nel contratto di servizio sono sottoposti a verifica annuale da parte dell'Autorità di regolazione di settore. La durata dell'affidamento in house all'azienda risultante dall'integrazione non può essere in ogni caso superiore a tre anni a decorrere dal 1° gennaio 2013. La deroga di cui alla presente lettera non si applica ai processi di aggregazione a livello di ambito o di bacino territoriale che già prevedano procedure di affidamento ad evidenza pubblica;**
- b) le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui al comma 8, le quali non abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, **alla data del 31 marzo 2013;**
- c) le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui al comma 8, le quali abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio;
- d) 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'articolo 2359 del codice civile, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio, a condizione che la partecipazione in capo ai soci pubblici detentori di azioni alla data del 13 agosto 2011, ovvero quella sindacata, si riduca anche progressivamente, attraverso procedure ad evidenza pubblica ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, ad una quota non superiore al

40 per cento entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30 per cento entro il 31 dicembre 2015; ove siffatte condizioni non si verificano, gli affidamenti cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, rispettivamente, alla data del 30 giugno 2013 o del 31 dicembre 2015.

32-bis. Al fine di verificare e assicurare il rispetto delle disposizioni di cui al comma 32, il prefetto accerta che gli enti locali abbiano attuato, entro i termini stabiliti, quanto previsto al medesimo comma. In caso di inottemperanza, assegna agli enti inadempienti un termine perentorio entro il quale provvedere. Decorso inutilmente detto termine, il Governo, ricorrendone i presupposti, esercita il potere sostitutivo ai sensi dell' articolo 120, comma secondo, della Costituzione e secondo le modalità previste dall' articolo 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131.

32-ter. Fermo restando quanto previsto al comma 32 ed al fine di non pregiudicare la necessaria continuità nell'erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, i soggetti pubblici e privati esercenti a qualsiasi titolo attività di gestione dei servizi pubblici locali assicurano l'integrale e regolare prosecuzione delle attività medesime anche oltre le scadenze ivi previste, ed in particolare il rispetto degli obblighi di servizio pubblico e degli standard minimi del servizio pubblico locale di cui all'articolo 2, comma 3, lettera e), del presente decreto alle condizioni di cui ai rispettivi contratti di servizio ed agli altri atti che regolano il rapporto, fino al subentro del nuovo gestore e comunque, in caso di liberalizzazione del settore, fino all'apertura del mercato alla concorrenza. Nessun indennizzo o compenso aggiuntivo può essere ad alcun titolo preteso in relazione a quanto previsto nel presente articolo.

33. Le società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, anche non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea, che, in Italia o all'estero, gestiscono di fatto o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica ovvero non ai sensi del comma 12, nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi, non possono 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. Il divieto di cui al primo periodo opera per tutta la durata della gestione e non si applica alle società quotate in mercati regolamentati e alle società da queste direttamente o indirettamente controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, nonché al socio selezionato ai sensi del comma 12 e alle società a partecipazione pubblica mista pubblica e privata costituite ai sensi del medesimo comma. I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere su tutto il territorio nazionale a gare indette nell'ultimo anno di affidamento dei servizi da essi gestiti, a condizione che sia stata indetta la procedura competitiva ad evidenza pubblica per il nuovo affidamento del servizio o, almeno, sia stata adottata la decisione di procedere al nuovo affidamento attraverso la predetta procedura ovvero, purché in favore di soggetto diverso, ai sensi del comma 13.

33-bis. Al fine di assicurare il progressivo miglioramento della qualità di gestione dei servizi pubblici locali e di effettuare valutazioni comparative delle diverse gestioni, gli enti affidatari sono tenuti a rendere pubblici i dati concernenti il livello di qualità del servizio reso, il prezzo medio per utente e il livello degli investimenti effettuati, nonché ogni ulteriore informazione necessaria alle predette finalità.

33-ter. Con decreto del **Ministro per gli affari regionali, il turismo e lo sport, adottati entro il 31 marzo 2012**, di concerto con i Ministri dell'economia e delle finanze e dell'interno, sentita la Conferenza unificata, sono definiti:

a) i criteri per la verifica di cui al comma 1 e l'adozione della delibera quadro di cui al comma 2;

b) le modalità attuative del comma 33-bis, anche tenendo conto delle diverse condizioni di erogazione in termini di aree, popolazioni e caratteristiche del territorio servito;

c) le ulteriori misure necessarie ad assicurare la piena attuazione delle disposizioni di cui al presente articolo.

34. **Le disposizioni contenute nel presente articolo si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili.** Sono esclusi dall'applicazione del presente articolo il servizio idrico integrato, ad eccezione di quanto previsto dai commi 19 a 27, il servizio di distribuzione di gas naturale, di cui al decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, **ad eccezione di quanto previsto dal comma 33**, il servizio di distribuzione di energia elettrica, di cui al decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 e alla legge 23 agosto 2004, n. 239, **il servizio di trasporto ferroviario regionale, di cui al decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422, nonché la gestione delle farmacie comunali, di cui alla legge 2 aprile 1968, n. 475. Con riguardo al trasporto pubblico regionale ferroviario sono fatti salvi, fino alla scadenza naturale dei primi sei anni di validità, gli affidamenti e i contratti di servizio già deliberati o sottoscritti in conformità all'articolo 5 del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, ed in conformità all'articolo 61 della legge 23 luglio 2009, n. 99;**

34 bis. Il presente articolo, fermo restando quanto disposto al comma 34, si applica al trasporto pubblico regionale e locale. Con riguardo al trasporto pubblico regionale, sono fatti salvi gli affidamenti già deliberati in conformità all'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007.

34-ter. Gli affidamenti diretti in materia di trasporto pubblico locale su gomma, già affidati ai sensi dell'articolo 61 della legge 23 luglio 2009, n. 99, ed in conformità all'articolo 8 del regolamento (CE) n. 1370/2007 ed in atto alla data di entrata in vigore della presente disposizione, cessano alla scadenza prevista nel contratto di affidamento.

34-quater. Gli affidamenti in essere a valere su infrastrutture ferroviarie interessate da investimenti compresi in programmi cofinanziati con risorse dell'Unione europea cessano con la conclusione dei lavori previsti dai relativi programmi di finanziamento e, ove necessari, dei connessi collaudi, anche di esercizio.

35. Restano salve le procedure di affidamento già avviate all'entrata in vigore del presente decreto.

Capitolo III

La disciplina del trasporto pubblico locale in Italia

SOMMARIO: 1. Introduzione. Il trasporto pubblico locale come *species* di servizio pubblico locale. – 2. Il riparto della competenza legislativa in materia di trasporto pubblico locale. -3. La disciplina del trasporto pubblico locale dalle origini ad oggi. -3.1 Le novità introdotte dal D.Lgs. 19 novembre 1997, n. 422 c.d. Decreto Burlando. -3.2. Il raccordo tra la disciplina settoriale del trasporto pubblico locale e la disciplina generale dei servizi pubblici locali. -4. Il Regolamento CE n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2007. - 5. La disciplina delle modalità di affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale a seguito del referendum abrogativo di giugno 2011. -6. La nuova disciplina del trasporto pubblico locale risultante dall'introduzione dell'art. 4 del Decreto Legge 13 agosto 2011, n. 138 e successive modifiche.

1. Introduzione. Il trasporto pubblico locale come *species* di servizio pubblico locale.

Il trasporto pubblico locale (TPL)¹²⁰ rientra indubitabilmente nella categoria dei servizi pubblici locali.

Già la legge giolittiana sulle municipalizzazioni del 1903, così come il successivo Testo Unico in cui la stessa confluitò (R.D. 15 ottobre 1925, n. 2578), infatti, annoveravano nell'elenco dimostrativo dei servizi "municipalizzabili", il cui esercizio poteva essere assunto direttamente da parte di Comuni e Province, contenuto all'art. 1, ogni "*impianto ed esercizio di omnibus, automobili e di ogni altro simile mezzo, diretto a provvedere alle pubbliche comunicazioni*".

Effettivamente il trasporto pubblico locale presenta tutte quelle caratteristiche che sono state attribuite ai servizi pubblici locali nel tentativo di definirli in maniera generale. Il TPL è un'attività economica in astratto suscettibile di essere organizzata in forma di impresa, che si caratterizza per essere finalizzata alla soddisfazione in maniera diretta ed immediata di un bisogno primario della collettività locale¹²¹. Più specificatamente, l'idoneità del TPL a generare profitti fa sì che questo

¹²⁰ Cfr. Alessio Claroni, *La regolamentazione del trasporto pubblico locale in Italia*, in *Il diritto del mercato del trasporto*, a cura di Stefano Zunarelli, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, collana diretta da Francesco Galgano, vol. II, Cedam, Padova, 2008, pp. 141 e ss.

¹²¹ Cfr. Pericu, *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, Milano, 2001, p.391, che delinea il trasporto pubblico locale come un servizio in cui l'ente locale richiede all'impresa di trasporti di fissare uniformemente il prezzo dei biglietti, indipendentemente dalle zone servite, e ad un livello molto inferiore a quello che eguaglia il costo marginale (totale), con ciò consentendo a tutta la collettività di usufruire del servizio di trasporto collettivo. L'eventuale conseguente disavanzo dell'impresa che gestisce il servizio è finanziato dall'ente locale medesimo con risorse che gli provengono dai contribuenti.

possa essere ricompreso nella categoria dei “servizi pubblici locali aventi rilevanza economica”, con tutte le conseguenze che da tale qualificazione conseguono.

I trasporti pubblici rappresentano innegabilmente un comparto essenziale per qualsiasi sistema economico che ingloba tutti quei servizi, aventi carattere continuativo, adibiti al trasporto collettivo di persone o cose, con itinerari, frequenze e tariffe prestabiliti e offerti al pubblico in modo indifferenziato così da soddisfare le esigenze di mobilità della popolazione,

Si deve premettere che la disciplina di questa particolare tipologia di servizio pubblico locale presenta delle peculiarità proprie, in quanto, se da un lato è direttamente investita dalla regolamentazione generali dei servizi pubblici, dall'altro lato è caratterizzata da una specifica normazione settoriale che, negli ultimi anni è stata interessata da un profondo processo di rinnovamento.

Di conseguenza sono numerose le difficoltà e le incertezze che scaturiscono da questo intreccio normativo.

A ciò si aggiunga la necessità di contemperare la legislazione nazionale con la legislazione di livello comunitario e con il rispetto dei suoi obiettivi e dei suoi principi fondamentali, nel rispetto del principio di attribuzione¹²². Il legislatore europeo, infatti, è stato sempre più consapevole del

¹²² Per comprendere la portata e le modalità di intervento comunitario nel settore del trasporto occorre considerare che le competenze attribuite all'Unione europea e delimitate sulla base del principio di attribuzione si qualificano in “competenze esclusive” e “competenze concorrenti”. La distinzione tra tali competenze è contenuta nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, agli articoli dal 2 al 6. Secondo quanto stabilito dall'articolo 2, paragrafo 1, TFUE, “quando i trattati attribuiscono all'Unione una competenza esclusiva in un determinato settore, solo l'Unione può legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti. Gli Stati membri possono farlo autonomamente solo se autorizzati dall'Unione oppure per dare attuazione agli atti dell'Unione”. Il paragrafo 2, del medesimo articolo 2 TFUE, invece, dispone che quando i Trattati attribuiscono all'Unione una competenza concorrente con quella degli Stati membri in un determinato settore, l'Unione e gli Stati membri possono legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti in tale settore.

Tra i settori destinati alla competenza concorrente tra l'Unione europea e gli Stati membri è annoverato, alla lettera g), quello dei trasporti.

Occorre inoltre considerare che l'esercizio delle competenze attribuite alla UE deve uniformarsi ai due importanti principi della sussidiarietà e della proporzionalità, così come definiti e disciplinati dall'art. 5, paragrafi 3 e 4, del Trattato sull'Unione europea, nonché dal Protocollo n. 2, allegato al Trattato di Lisbona.

L'art. 5, al par. 3, per quanto riguarda i settori che non sono di competenza esclusiva dell'Unione europea, prevede che, in virtù del principio di sussidiarietà, l'“Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione”. Il principio di sussidiarietà, pertanto, integrando quello di attribuzione, opera come criterio di concreta ripartizione, tra Stati membri e Comunità, delle competenze attribuite all'Unione che non siano competenze esclusive (posto che nel caso di competenze esclusive la necessità dell'azione dell'Unione è presunta e le istituzioni, di conseguenza, non sono tenute a giustificarla).

In virtù del principio di sussidiarietà l'intervento dell'Unione risulta giustificato sulla base della sussistenza di due precise condizioni: la maggiore efficacia dell'azione dell'UE, in relazione alla sua dimensione o ai suoi effetti, rispetto a quella statale; la constatazione che gli obiettivi dell'azione da intraprendere non possono essere sufficientemente realizzati a livello statale.

Il par. 4 dell'art. 5 del Trattato sull'Unione europea, invece, afferma il diverso principio della proporzionalità che risulta applicabile a tutte le azioni dell'Unione, indipendentemente dalla loro riconducibilità o meno nell'area delle competenze esclusive. Tale principio prevede che l'azione dell'Unione europea non possa spingersi oltre a quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi fissati dal Trattato.

fatto che i trasporti pubblici incidono in maniera determinante sulla realizzazione di un mercato comune e sulla effettiva attuazione di una libera concorrenza tra le imprese dei diversi Stati membri dell'Unione europea. Per tale motivo è stata avviata un'azione di regolamentazione di livello comunitario che, mediante numerosi interventi normativi e politici volti a realizzare l'integrazione dei mercati dei trasporti pubblici, in diverse occasioni hanno introdotto principi e discipline rilevanti per i trasporti pubblici e, in particolare, per il trasporto pubblico locale.

In primo luogo, infatti, occorre considerare che i trasporti pubblici locali rappresentano una delle tipologie più rilevanti di “servizi di interesse generale” e, più specificatamente, rientrano nell'ambito della più ristretta categoria dei “servizi di interesse economico generale”.

Il diritto alla mobilità trova piena cittadinanza nel diritto europeo e, in conseguenza di ciò, il settore dei trasporti è oggetto di particolare attenzione nei trattati comunitari. Nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) il comparto dei trasporti svolge un ruolo fondamentale sotto il duplice profilo dell'effettiva attuazione delle libertà di circolazione e della realizzazione del mercato comune. Il settore dei trasporti rappresenta non solo un aspetto essenziale del più generale sistema economico, ma il suo funzionamento, nonché i relativi costi, incidono anche sulla libera circolazione dei capitali, delle merci e delle persone fra i diversi Stati aderenti. Da tale quadro emerge che il settore dei trasporti assume rilevanza sia che lo si guardi come strumento di cui la comunità si serve per garantire tra gli Stati membri la libera circolazione delle merci, delle persone e dei servizi, e l'abbattimento di tutti gli ostacoli che si presentano in tal senso; sia che lo si consideri come l'oggetto del mercato comune, ovvero come un'attività commerciale dotata di propria autonomia e di particolari strutture di mercato.

2. Il riparto della competenza legislativa in materia di trasporto pubblico locale.

La modifica del titolo V della Costituzione Italiana, avvenuta con la Legge Costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001¹²³, nel riscrivere il testo dell'art. 117 della Costituzione¹²⁴, ha attribuito alle Regioni un ruolo centrale nella materia dei trasporti.

Come noto, infatti, la suddetta riforma ha previsto che alcune materie espressamente elencate all'art. 117 Cost. appartengano alla competenza esclusiva del legislatore statale, che altre materie appartengano alla competenza concorrente dello Stato e delle Regioni e, infine, che tutte le restanti

¹²³ In G.U. 24 ottobre 2001 n. 248.

¹²⁴ Il testo integrale dell'art. 117 Cost. è riportato alla nota n. 80 del capitolo II dedicato alla disciplina dei servizi pubblici locali.

materie non annoverate nell'art. 117 appartengano in via residuale alla competenza del legislatore regionale.

Per ciò che concerne la materia del trasporto, il nuovo art. 117 Cost. individua tra le materie di legislazione concorrente le “grandi reti di trasporto e di navigazione” e i “porti ed aeroporti civili”, in relazione alle quali le regioni potranno esercitare la propria potestà legislativa, con il solo limite della determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato.

Per il resto, non risultano altri riferimenti diretti ai trasporti e, di conseguenza, si è ritenuto che tale materia rientri nell'ambito della competenza residuale delle regioni richiamata dall'articolo 117, quarto comma Cost. in virtù del quale “*spetta alle Regioni la potestà legislativa con riferimento ad ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato*”.

L'innovazione del quadro costituzionale ha inevitabilmente generato un dissidio fra Stato e Regioni per stabilire a chi spettasse la disciplina più specifica del trasporto pubblico locale che da un lato appartiene alla materia del trasporto e, allo stesso tempo, condivide la natura del servizio pubblico locale.

Come detto in precedenza, la disciplina dei servizi pubblici locali risulta assoggettata alla potestà legislativa esclusiva delle regioni (e delle province autonome di Trento e Bolzano) dal momento che nel sistema delineato dal nuovo art. 117 Cost. non figura né tra le materie rimesse alla competenza esclusiva dello Stato (comma II), né tra quelle di legislazione concorrente (comma III). Di conseguenza, anche il trasporto pubblico locale è di competenza della potestà esclusiva regionale.

L'esplicito riconoscimento della suddetta competenza legislativa regionale esclusiva è avvenuto dapprima da parte del Consiglio di Stato con il parere emesso in data 27 marzo 2002, in cui si è esplicitamente affermato che la materia del trasporto pubblico locale rientra fra quelle in relazione alle quali l'art. 117 Cost., così come modificato con la Legge Cost. n. 3/2001, prevede la potestà legislativa esclusiva delle regioni¹²⁵.

Successivamente, anche la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di una disposizione della legge finanziaria del 2004 recante l'istituzione di un fondo per il conseguimento dei risultati di maggiore efficienza e produttività nel settore del trasporto pubblico locale, con la sentenza n. 222 dell'8 giugno 2005¹²⁶ ha precisato che la materia del t.p.l. rientra nell'ambito delle competenze residuali delle Regioni di cui al quarto comma dell'art. 117 Cost., “*come reso evidente anche dal fatto che, ancor prima della riforma del Titolo V della Costituzione, il decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422 [...] aveva ridisciplinato l'intero settore, conferendo alle Regioni ed agli enti locali funzioni e compiti relativi a tutti i “servizi*

¹²⁵ Cfr. Claroni, Il diritto del mercato del trasporto, cit., p. 144.

¹²⁶ In Giur. cost. 2005, 3.

pubblici di trasporto di interesse regionale e locale con qualsiasi modalità effettuati ed in qualsiasi forma affidati” ed escludendo solo i trasporti pubblici di interesse nazionale”.

Ad ogni modo, come si è già avuto modo di riscontrare, la materia dei trasporti presenta connessioni, sotto vari profili, con discipline che appaiono riconducibili a materie attribuite alla legislazione esclusiva dello Stato, tra le quali si ricordano in particolare la “tutela della concorrenza”, per quanto attiene alle modalità di gestione e di affidamento del trasporto pubblico locale, l’“ordine pubblico e sicurezza”, la “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale” nonché la “tutela dell’ambiente” ex art. 117, comma 2, lett. h), m), s) Cost.¹²⁷.

Come si è già riportato in precedenza¹²⁸, la tematica concernente le modalità e procedure per l’affidamento dei servizi pubblici locali, rientra più correttamente nella generale e trasversale materia della “tutela della concorrenza”¹²⁹. Pertanto, si deve ritenere che, ove il legislatore abbia determinato i principi e le modalità di affidamento dei servizi pubblici, non sia possibile un intervento del legislatore regionale o delle Province Autonome in deroga alle previsioni nazionali, potendosi ammettere solamente eventuali interventi integrativi ed attuativi delle stesse, volti a garantire una maggiore concorrenzialità¹³⁰.

3. La disciplina del trasporto pubblico locale dalle origini ad oggi.

Prima di iniziare un rapido *excursus* normativo sul trasporto pubblico locale occorre premettere che l’ordinamento di tale settore è stato interessato negli ultimi anni da importanti cambiamenti, che hanno avuto come fonte sia la legislazione comunitaria che quella nazionale, nella sua articolazione su due livelli, uno statale e uno regionale in ragione delle diverse competenze legislative di cui Stato e Regioni sono titolari ai sensi dell’art. 117 della Costituzione¹³¹.

Tralasciando l’analisi del *corpus* normativo antecedente al 1948¹³², si sottolinea come con l’avvento della Costituzione venne prevista, dall’art. 117¹³³, una competenza legislativa regionale in materia di

¹²⁷ Cfr. F. Colucci (a cura di), *Trasporto pubblico locale* , Dossier n. 286 redatto dal Servizio studi del Senato, aprile 2011.

¹²⁸ Cfr. Corte Cost., 27 luglio 2004, n. 272.

¹²⁹ Cfr. Corte Cost. 22 febbraio 2006, n. 80: “*nel quadro del nuovo Titolo V una disposizione come quella di cui al comma 3-bis dell’art. 18 del d.lgs. n. 422 del 1997, e successive modificazioni, è riconducibile all’ambito della competenza legislativa esclusiva statale in tema di “tutela della concorrenza”, di cui alla lettera e) del secondo comma dell’art. 117 Cost.; infatti, questa Corte ha già avuto occasione di affermare che la “configurazione della tutela della concorrenza ha una portata così ampia da legittimare interventi dello Stato volti sia a promuovere, sia a proteggere l’assetto concorrenziale del mercato”*

¹³⁰ Cfr. Roberto Caranta, *Servizi pubblici locali, tutela della concorrenza e riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *Giur. It.*, 2006, pp. 1737 e ss.

¹³¹ Cfr. Alessandro Cabianca, *Il TPL alla difficile ricerca di un “centro di gravità”, tra disciplina di settore, servizi pubblici locali e normativa comunitaria.*

¹³² Sul regime anteriore e, dunque, sulla legge 28 settembre 1939, n. 1822, si rinvia *ex multis* a U. Pototsching, *Vicende*

“*tranvie e linee automobilistiche di interesse regionale*”. Le Regioni, infatti, sulla base del dettato dell'originario art. 117 Cost., nell'esercizio dell'attività legislativa nelle materie di competenza concorrente erano vincolate al rispetto dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi statali.

Agli inizi degli anni 80 tutti i paesi europei iniziarono una fase di totale rinnovamento del contesto istituzionale ed organizzativo del trasporto pubblico locale. In Italia tale momento coincise con l'emanazione della **legge-quadro 10 aprile 1981, n. 151**¹³⁴ per l'ordinamento, la ristrutturazione ed il potenziamento dei trasporti pubblici locali che rappresentò la prima normativa organica nazionale deputata a stabilire i principi fondamentali a cui le Regioni a statuto ordinario erano chiamate ad attenersi nell'esercizio della propria potestà legislativa in materia di “*servizi adibiti normalmente al trasporto collettivo di persone effettuati in modo continuativo o periodico con itinerari, orari, frequenze e tariffe prestabilite e offerta indifferenziata*” (art. 1).

Tale legge, inserendosi nel contesto della crisi generale che a decorrere dagli anni 1970-1980 investì i servizi pubblici locali, rispose in primo luogo alla necessità di “*avviare processi di riforma strutturale del settore per affrontare il crescente aumento dei disavanzi di bilancio delle imprese fornitrici del servizio a causa degli elevati costi di gestione e di una progressiva contrazione della domanda di trasporto pubblico collettivo a fronte di un aumento della motorizzazione privata, nonché per ricondurre in un unico testo la legislazione attinente ai diversi sistemi di trasporto, fornendo i principi fondamentali per l'attività legislativa e programmatica di competenza regionale*”¹³⁵. Con l'intervento in questione il legislatore intendeva finalmente regolare la materia del trasporto pubblico locale in maniera completa ed organica, prevedendo competenze, responsabilità, procedure nonché modalità ed entità dei finanziamenti statali per l'esercizio e per gli investimenti. Obiettivo centrale era comunque il rilancio del settore attraverso il risanamento delle aziende di trasporto pubblico locale, ormai incapaci di risollevarsi da una situazione deficitaria stagnante.

e problemi delle concessioni in atto nella nuova organizzazione del trasporto pubblico, in *Trasporti*, 1978, e a G. Coletti, *Sul decentramento autarchico in materia di concessione o autorizzazione*, Milano, 1954, p. 4.

¹³³ L'art. 117 Cost. nella versione originaria stabiliva che: “*La Regione emana per le seguenti materie norme legislative nei limiti dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato, sempreché le norme stesse non siano in contrasto con l'interesse nazionale e con quello di altre Regioni: ordinamento degli uffici e degli enti amministrativi dipendenti dalla Regione; circoscrizioni comunali; polizia locale urbana e rurale; fiere e mercati; beneficenza pubblica ed assistenza sanitaria ed ospedaliera; istruzione artigiana e professionale e assistenza scolastica; musei e biblioteche di enti locali; urbanistica; turismo ed industria alberghiera; tranvie e linee automobilistiche d'interesse regionale; viabilità, acquedotti e lavori pubblici di interesse generale; navigazione e porti lacuali; acque minerali e termali; cave e torbiere; caccia; pesca nelle acque interne; agricoltura e foreste; artigianato; altre materie indicate da leggi costituzionali. Le leggi della Repubblica possono demandare alla Regione il potere di emanare norme per la loro attuazione*”.

¹³⁴ *Legge quadro per l'ordinamento, la ristrutturazione ed il potenziamento dei trasporti pubblici locali. Istituzione del Fondo nazionale per il ripiano dei disavanzi di esercizio e per gli investimenti nel settore.*, in G.U. 24 aprile 1981, n. 113.

¹³⁵ Cfr. Consiglio regionale del Piemonte, *Il trasporto pubblico locale*, Dossier informativo per i consiglieri regionali, dicembre 2006.

Dall'ambito applicativo della suddetta legge erano esclusi i trasporti pubblici locali non di linea, ossia gli autonoleggi ed i servizi di piazza¹³⁶, nonché i trasporti pubblici “di competenza dello Stato”, cioè non trasferiti alla competenza amministrativa regionale dal D.P.R. 14 gennaio 1972 n. 5 e dal D.P.R. 24 luglio 1977, n. 616¹³⁷. Viceversa, rientravano nell'ambito di applicazione della legge-quadro *de quo* i servizi pubblici di navigazione lacuale, fluviale, lagunare, sui canali navigabili ed idrovie compresi nel decentramento operato dal D.P.R. 616/1977.

Con la legge-quadro n. 151 del 1981, in ossequio a quanto disposto dall'art. 117 Cost., furono definiti gli ambiti e le modalità di esercizio della potestà legislativa concorrente tra lo Stato e le Regioni a statuto ordinario (posto che alle Regioni a statuto speciale e alle Province autonome era stata conferita la potestà legislativa esclusiva) in ordine ai servizi pubblici locali di trasporto.

Questa legge, riproponendo in buona parte quanto già previsto dal T.U. n. 2578 del 1925 recante “*Approvazione del testo unico della legge sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle province*”¹³⁸, individuò le possibili forme di gestione del servizio di TPL nella gestione diretta da parte dell'Ente pubblico, oppure indiretta. La gestione indiretta, a sua volta, era configurabile in due modi, ovvero la gestione in economia effettuata senza alcuna separazione dalle altre attività proprie dell'ente pubblico e la gestione diretta mediante azienda speciale. L'azienda speciale, dedicata al perseguimento di fini speciali rispetto a quelli generali dell'ente, era caratterizzata dall'assenza di personalità giuridica distinta, da autonomia organizzativa e discrezionalità nelle proprie scelte operative.

Le modalità di affidamento dei servizi pubblici locali di trasporto di cui alla legge n. 151 del 1981 furono successivamente confermate dalla **Legge 8 giugno 1990 n. 142**, sull'Ordinamento delle autonomie locali, la quale introdusse anche la possibilità di ricorrere a **società per azioni a prevalente capitale pubblico locale** (cd. società mista o *public-private partnerships*) quando in

¹³⁶ La regolamentazione di tali servizi era demandata dal D.P.R. 616 del 1977 al Comune interessato, salva successiva approvazione da parte della Regione.

¹³⁷ Si tratta degli autoservizi di linea a carattere internazionale od anche solo regionale se colleganti Regioni tra loro non finitime, nonché le linee ferroviarie in concessione o secondarie gestite dalle Ferrovie dello Stato, per le quali era prevista unicamente una delega di competenze dallo Stato alle Regioni, competenze che pertanto rimanevano allo Stato e non risultavano assoggettate al processo di decentramento di cui al D.P.R. 616 del 1977.

¹³⁸ Il Testo Unico del 1925 distingueva nettamente due modalità di gestione dei servizi pubblici, dedicando il suo art. 2 alla forma gestionale della “assunzione diretta del servizio” ed il successivo art. 15 alla forma di “gestione in economia”. Infatti, in base al combinato disposto degli artt. 2 e 10, il legislatore riconosceva nella costituzione delle cosiddette aziende speciali la procedura da seguire per l'assunzione diretta del servizio di trasporto pubblico locale. Sempre con riferimento alla forma gestionale dell'assunzione diretta del servizio, poi, l'art. 21 del Testo Unico in parola prevedeva la possibilità di assumere direttamente l'esercizio dei servizi pubblici mediante la costituzione di aziende consorziali tra Comuni, tra Province ovvero tra Province e Comuni (anche appartenenti a Province diverse). Una variante al modello gestionale dell'assunzione diretta del servizio, infine, avveniva con la gestione in economia, alla quale di ricorrevano in presenza di servizi di scarsa rilevanza economica che non presentavano la necessità di procedere alla costituzione di un'azienda speciale.

relazione alla natura del servizio da erogare fosse opportuna la partecipazione di soggetti pubblici o privati.

Vero è che, nonostante gli sforzi compiuti, la legge 151/1981 non riuscì a raggiungere l'obiettivo sperato, ovvero il recupero dell'efficienza delle aziende di TPL. Il fattore determinante di tale fallimento fu individuato nella mancanza di una separazione di ruoli tra l'ente di governo, a cui spettava la programmazione e il controllo, e l'azienda di gestione chiamata a produrre servizi in condizione di efficienza.

Fu raggiunta così la consapevolezza della necessità di individuare forme di gestione e strumenti più adatti a garantire agli enti locali la programmazione dei servizi di TPL a partire dalle risorse economico-sociali del proprio territorio, e non basandosi sulle risorse delle aziende controllate. Si comprese, inoltre, che alle aziende avrebbero dovuto essere garantite le condizioni per una gestione efficiente del servizio con certezza dei mezzi finanziari e con la disponibilità di un sistema infrastrutturale in grado di supportare la quantità di servizi richiesta dallo stesso ente pubblico.

Fu proprio a partire da questi aspetti che si affrontò il tema della privatizzazione delle cosiddette "public utilities" che, in materia di trasporto pubblico locale, condusse all'emanazione della Legge Bassanini e del decreto legislativo n. 422 del 1997.

Il legislatore, ritenendo necessario procedere alla riforma del settore del t.p.l., conferì con la **L. 28 dicembre 1995, n. 549** (collegato alla legge finanziaria del 1996), delega in tal senso al Governo con la previsione:

- a) dell'attribuzione alle Regioni di tutte le funzioni e responsabilità di programmazione e finanziamento dei servizi di trasporto locale;
- b) dell'ulteriore decentramento a Province e Comuni delle funzioni non abbisognanti di unitario esercizio regionale;
- c) della separazione, in capo alla Pubblica Amministrazione, delle funzioni di programmazione e regolazione da quelle di gestione del servizio, da conferirsi, queste ultime, a società di capitali o cooperative risultanti dalla trasformazione delle vecchie aziende speciali di cui alla legge quadro n. 151 del 1981;
- d) di procedure di gara per l'affidamento dell'attività in parola, e di relativi contratti di servizio per garantirne efficienza, efficacia e qualità¹³⁹.

Tuttavia, in attesa dell'attuazione della suddetta delega, l'art. 4, comma 4, della **Legge 15 marzo 1997, n. 59**¹⁴⁰ (cd. Legge Bassanini) conferì al Governo un'ulteriore delega per la definizione

¹³⁹ Cfr. Silvio Busti, *Profilo storico della disciplina del trasporto pubblico locale*, in *La disciplina del trasporto pubblico locale: recenti sviluppi e prospettive*, a cura di Alessio Claroni.

¹⁴⁰ Cfr. art. 4, comma 4: "4. Con i decreti legislativi di cui all'articolo 1 il Governo provvede anche a: a) delegare alle regioni i compiti di programmazione in materia di servizi pubblici di trasporto di interesse regionale e locale;

generale delle funzioni conferite a Regioni ed Enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa¹⁴¹. Tale norma, che prevedeva interventi in diverse materie, indicava come criterio fondamentale di riforma del servizio di TPL il decentramento amministrativo di funzioni dallo Stato alle Amministrazioni locali e si poneva come obiettivo il superamento degli assetti monopolistici e perseguiva, altresì, importanti obiettivi quali, tra gli altri, il superamento degli assetti monopolistici nel settore nonché la pianificazione integrata del trasporto pubblico locale.

La summenzionata delega, per ciò che concerne il settore dei trasporti, venne attuata mediante l'emanazione di due successivi decreti delegati: il D.Lgs. n. 422 del 1997 dedicato al trasporto pubblico locale e il D.Lgs. n. 112 del 1998 sui trasporti in generale.

3.1 Le novità introdotte dal D.Lgs. 19 novembre 1997, n. 422 c.d. Decreto Burlando.

La vera e propria riforma del settore del trasporto pubblico locale è stata realizzata con l'emanazione del **D.Lgs. 19 novembre 1997, n. 422**¹⁴² sul “*Conferimento alle regioni ed agli enti locali di funzioni e compiti in materia di trasporto pubblico locale, a norma dell'articolo 4, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59*” (c.d. Decreto Burlando), che ha dato attuazione alla delega contenuta nella Legge 59/1997.

Obiettivo primario della nuova disciplina è stato quello di permettere la liberalizzazione, la privatizzazione e la tutela della concorrenza di un settore, quale quello del TPL, caratterizzato sin dalle origini da un assetto fortemente monopolistico.

attribuire alle regioni il compito di definire, d'intesa con gli enti locali, il livello dei servizi minimi qualitativamente e quantitativamente sufficienti a soddisfare la domanda di mobilità dei cittadini, servizi i cui costi sono a carico dei bilanci regionali, prevedendo che i costi dei servizi ulteriori rispetto a quelli minimi siano a carico degli enti locali che ne programmino l'esercizio; prevedere che l'attuazione delle deleghe e l'attribuzione delle relative risorse alle regioni siano precedute da appositi accordi di programma tra il Ministro dei trasporti e della navigazione e le regioni medesime, sempreché gli stessi accordi siano perfezionati entro il 30 giugno 1999 (1); b) prevedere che le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, regolino l'esercizio dei servizi con qualsiasi modalità effettuati e in qualsiasi forma affidati, sia in concessione che nei modi di cui agli articoli 22 e 25 della legge 8 giugno 1990, n. 142, mediante contratti di servizio pubblico, che rispettino gli articoli 2 e 3 del regolamento (CEE) n. 1191/69 ed il regolamento (CEE) n. 1893/91m che abbiano caratteristiche di certezza finanziaria e copertura di bilancio e che garantiscano entro il 1° gennaio 2000 il conseguimento di un rapporto di almeno 0,35 tra ricavi da traffico e costi operativi, al netto dei costi di infrastruttura previa applicazione della direttiva 91/440/CEE del Consiglio del 29 luglio 1991 ai trasporti ferroviari di interesse regionale e locale; definire le modalità per incentivare il superamento degli assetti monopolistici nella gestione dei servizi di trasporto urbano e extraurbano e per introdurre regole di concorrenzialità nel periodico affidamento dei servizi; definire le modalità di subentro delle regioni entro il 1° gennaio 2000 con propri autonomi contratti di servizio regionale al contratto di servizio pubblico tra Stato e Ferrovie dello Stato Spa per servizi di interesse locale e regionale; c) [...]”.

¹⁴¹ Gli artt. 1.3 e 4 escludono dalla delega in oggetto alcune materie, tra le quali non compaiono i trasporti che quindi vi sono ricompresi.

¹⁴² In G.U. 10 dicembre 1997 n. 287.

La necessità di realizzare una riforma del trasporto pubblico locale diretta a rendere tale settore più efficace ed efficiente, nonché in grado di garantire l'esigenza di mobilità urbana in condizioni di economicità e, per quanto possibile, di solidità patrimoniale e finanziaria, era stata auspicata da più fronti. Tale esigenza venne confermata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che pur considerando il Decreto Burlando quale primo passo verso un generale riassetto del settore del trasporto pubblico locale, con la segnalazione AS/125 del 26 febbraio 1998¹⁴³, trasmessa al Presidente del Consiglio dei Ministri, al Ministro dei Trasporti, al Ministro della Funzione Pubblica e al Presidente della Commissione bicamerale per l'attuazione della legge n. 59/97, aveva sollecitato l'adozione di disposizioni correttive ed integrative del medesimo decreto legislativo necessarie alla promozione della concorrenza, auspicando un concreto risanamento del settore del TPL mediante il superamento degli assetti monopolistici

Effettivamente, nella sua versione originaria, il D.Lgs. 422/1997 presentava alcuni profili critici che in concreto costituivano un ostacolo alla completa liberalizzazione del settore. In particolare, nel dettato del 1997, in alternativa alla gara per la scelta del gestore del servizio, si prevedeva la gara per la scelta del socio privato, con la conseguente possibilità per la società mista di usufruire di un affidamento diretto a seguito di tale selezione. A ciò si aggiunga che non era definito in modo rigoroso il termine ultimo del periodo transitorio e quello per la trasformazione delle aziende speciali e dei consorzi in società per azioni o in cooperative e che i servizi ferroviari d'interesse regionale e locale non erano sottoposti al regime concorrenziale previsto per gli altri servizi.

Proprio per sopperire a tali carenze il Decreto Burlando venne modificato dal D.Lgs. 20 settembre 1999, n. 400¹⁴⁴ recante *“Modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422, recante conferimento alle regioni ed agli enti locali di funzioni e compiti in materia di trasporto pubblico locale”*, il quale individuò la gara ad evidenza pubblica come unica modalità di affidamento del servizio (anche per i servizi di trasporto ferroviari) e stabilì dei termini certi tanto per il periodo transitorio quanto per il processo di conversione societaria delle aziende speciali e dei consorzi. Pertanto, il D.Lgs. 400 del 1999 ebbe il merito di completare il disegno riformatore in *subiecta materia*.

Tra i più importanti elementi di novità introdotti dal Decreto Burlando si annoverano sicuramente la separazione funzionale tra le attività di indirizzo, programmazione e controllo del trasporto pubblico locale (funzioni di regolazione) rimaste di competenza delle Regioni e degli Enti locali¹⁴⁵

¹⁴³ In Boll. 8/1998, disponibile sul sito www.agcm.it

¹⁴⁴ In G.U. 4 novembre 1999, n. 259.

¹⁴⁵ Il Decreto Burlando precisa altresì che *“per le Regioni a statuto speciale e le Province autonome di Trento e di Bolzano il conferimento delle funzioni, nonché il trasferimento dei relativi beni e risorse, sono disposti nel rispetto degli statuti e attraverso apposite norme di attuazione”*.

e le attività di gestione del servizio di trasporto pubblico locale, affidate solo previo esperimento di apposita gara ad evidenza pubblica e non più tramite concessione.

In primo luogo, con l'emanazione del D.Lgs. 422/1997, in attuazione degli articoli 1 e 3 e dei commi 3 e 4, lettere a) e b), dell'art. 4 della legge 15 marzo 1997, n. 59, il legislatore ha provveduto ad individuare le funzioni e i compiti conferiti alle regioni ed agli enti locali in materia di servizi pubblici di trasporto di interesse regionale e locale con qualsiasi modalità effettuati ed in qualsiasi forma affidati¹⁴⁶ e di fissare, altresì, i criteri di organizzazione dei servizi di trasporto pubblico locale.

Il legislatore, poi, ha proceduto alla ripartizione delle competenze in materia di servizi di trasporto pubblico tra Stato e amministrazioni locali, individuando e disciplinando, in particolare, quelle conferite alle regioni ed agli enti locali (da intendersi come *“le province, i comuni, le comunità montane e gli altri enti locali”*).

Con riguardo al decentramento delle competenze in materia di trasporto pubblico locale, il D.Lgs. 422/1997 ha conferito alle Regioni e agli Enti locali *“tutti i compiti e le funzioni relativi al servizio pubblico di trasporto di interesse regionale e locale, in atto esercitati da qualunque organo e amministrazione dello Stato, centrale o periferica, anche tramite enti o altri soggetti pubblici, con esclusione di quelli espressamente mantenuti allo Stato”*, e cioè *“a) gli accordi, le convenzioni e i trattati internazionali relativi a servizi transfrontalieri per il trasporto di persone e merci; b) le funzioni in materia di sicurezza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 11 luglio 1980, n. 753, tranne quelle relative al rilascio del nulla osta allo svolgimento dei servizi di trasporto su gomma e quelle relative all'accertamento di cui all'ultimo comma dell'articolo 5 dello stesso decreto n. 753; c) l'adozione delle linee guida e dei principi quadro per la riduzione*

¹⁴⁶ Il processo di rinnovamento del trasporto pubblico locale introdotto dal Decreto Burlando si è concretizzato, a livello regionale, nell'emanazione delle seguenti leggi regionali: per la Regione Abruzzo, L.R. 23 dicembre 1998, n. 152 *“Norme per il trasporto pubblico locale”*; per la Regione Basilicata, L.R. 27 luglio 1998, n. 22 *“Riforma del trasporto pubblico regionale in attuazione del D.Lgs. del 19.11.1997, n. 422”* e successive modifiche; per la Regione Campania, Testo approvato dalla Giunta regionale, *“Norme per il riordino del trasporto pubblico locale in Campania”*; per la Regione Emilia Romagna, L.R. 2 ottobre 1998, n. 30 *“Disciplina generale del trasporto regionale e locale”*; per la Regione Friuli-Venezia Giulia, L.R. 7 maggio 1997, n. 20 *“Disciplina ed organizzazione del trasporto pubblico locale nel Friuli-Venezia Giulia”*; per la Regione Lazio, L.R. 16 luglio 1998, n. 30 *“Disposizioni in materia di trasporto pubblico locale”*; per la Regione Liguria, L.R. 9 settembre 1998, n. 31 *“Norme in materia di trasporto pubblico locale”*; per la Regione Lombardia, L.R. 29 ottobre 1998, n. 22 *“Riforma del trasporto pubblico locale in Lombardia”*; per la Regione Marche, L.R. 24 dicembre 1998, n. 45 *“Norme per il riordino del trasporto pubblico locale e regionale”*; per la Regione Piemonte, L.R. 4 gennaio 2000, n. 1 *“Norme in materia di trasporto pubblico locale in attuazione del decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422”*; per la Regione Puglia, L.R. 25 marzo 1999, n. 13 *“Testo unico sulla disciplina del trasporto pubblico di linea”*; per la Regione Toscana, L.R. 31 luglio 1998, n. 42 *“Norme per il Trasporto Pubblico Locale”* e successive modifiche; per la Regione Umbria, L.R. 12 ottobre 1998, n. 37 *“Norme in materia di trasporto pubblico locale in attuazione del decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422”*; per la Regione Veneto, L.R. 30 ottobre 1998, n. 25 *“Disciplina ed organizzazione del trasporto pubblico locale”*; per la Regione Molise, L.R. 24 marzo 2000, n. 19 *“Norme integrative della disciplina in materia di trasporto pubblico locale”*; per la Valle d'Aosta, L.R. 1 settembre 1997, n. 29 *“Norme in materia di servizi di trasporto pubblico di linea”*; per la Regione Calabria, L.R. 7 agosto 1999, n. 23 *“Norme per il trasporto pubblico locale”*; per la Regione Sardegna, L.R. 7 dicembre 2005, n. 21 *“Disciplina e organizzazione del trasporto pubblico locale in Sardegna”*.

dell'inquinamento derivante dal sistema di trasporto pubblico". Veniva così demandata alla competenza delle Regioni e degli Enti locali sostanzialmente l'intera attività di programmazione e organizzazione della gestione dei servizi di trasporto pubblico locale. Lo Stato, oltre al ruolo di coordinamento e monitoraggio della riforma, conservava esclusivamente compiti di coordinamento della programmazione della gestione dei servizi di TPL attuata a livello regionale e locale, di programmazione degli investimenti in accordo con gli enti locali e di cofinanziamento di interventi volti alla soluzione di problemi in tema di mobilità urbana e metropolitana.

Introducendo la distinzione tra i **servizi pubblici di trasporto di interesse nazionale** e **servizi pubblici di trasporto di interesse regionale e locale**, il Decreto Burlando ha previsto all'art. 1, comma 2, che tutti i servizi di trasporto, di persone e di merci, non rientranti tra quelli di interesse nazionale tassativamente individuati dall'art. 3, fossero da ricondursi al novero dei servizi di trasporto di interesse regionale e locale¹⁴⁷.

Ai sensi dell'art. 3 del suddetto decreto *“costituiscono servizi pubblici di trasporto di interesse nazionale:*

- a) i servizi di trasporto aereo, ad eccezione dei collegamenti che si svolgono esclusivamente nell'ambito di una regione e dei servizi elicotteristici;*
- b) i servizi di trasporto marittimo, ad eccezione dei servizi di cabotaggio che si svolgono prevalentemente nell'ambito di una regione;*
- c) i servizi di trasporto automobilistico a carattere internazionale, con esclusione di quelli transfrontalieri, e le linee interregionali che collegano più di due regioni;*
- d) i servizi di trasporto ferroviario internazionali e quelli nazionali di percorrenza medio-lunga caratterizzati da elevati standards qualitativi. Detti servizi sono tassativamente individuati con decreto del Ministro dei trasporti e della navigazione, previa intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano;*
- e) i servizi di collegamento via mare fra terminali ferroviari;*
- f) i servizi di trasporto di merci pericolose, nocive ed inquinanti”.*

Pertanto, dal combinato disposto degli artt. 1 e 3 del decreto Burlando si ricava come, ad eccezione delle tipologie di trasporto di competenza statale ricomprese nelle sei categorie di cui sopra, tutti i restanti servizi pubblici di trasporto siano da ricondursi al novero di quelli di interesse regionale e locale. Da tali previsioni emerge, inoltre, la volontà del legislatore di evitare un inquadramento dei servizi di trasporto di interesse regionale e locale entro specifici parametri tassativi, al contrario di

¹⁴⁷ Per l'art. 1, comma 2, del d.lgs. 422/1997 *“sono servizi pubblici di trasporto regionale e locale i servizi di trasporto di persone e merci, che non rientrano tra quelli di interesse nazionale tassativamente individuati dall'articolo 3; essi comprendono l'insieme dei sistemi di mobilità terrestri, marittimi, lagunari, lacuali, fluviali e aerei che operano in modo continuativo o periodico con itinerari, orari, frequenze e tariffe prestabilite, ad accesso generalizzato, nell'ambito di un territorio di dimensione normalmente regionale o infraregionale”.*

quanto operato in relazione ai servizi pubblici di trasporto di interesse nazionale. Perciò è stato puntualizzato all'art. 1, comma 2, mediante una dicitura di ampio respiro, che i servizi pubblici di trasporto regionale e locali, attribuiti alla competenza di regioni ed enti locali, *“comprendono l'insieme dei sistemi di mobilità terrestri, marittimi, lagunari, lacuali, fluviali e aerei che operano in modo continuativo o periodico con itinerari, frequenze e tariffe prestabilite, ad accesso generalizzato, nell'ambito di un territorio di dimensione normalmente regionale o infraregionale”*.

Con l'art. 5 del decreto in parola è stato disposto il conferimento alle regioni e agli enti locali di tutti i compiti e di tutte le funzioni relativi al servizio pubblico di trasporto di interesse regionale e locale, eccezion fatta per quelli espressamente mantenuti in capo allo Stato.

Cosicché l'art. 4 del D.lgs. 422/1997 ha previsto che, in materia di servizi pubblici di trasporto regionale e locale, rimangano allo Stato in via esclusiva le competenze relative a:

- a) gli accordi, le convenzioni ed i trattati internazionali relativi a servizi transfrontalieri per il trasporto di persone e merci;
- b) le funzioni in materia di sicurezza, di cui al D.P.R. 11 luglio 1980, n. 753, tranne quelle relative al rilascio del nulla osta allo svolgimento dei servizi di trasporto su gomma e quelle relative all'accertamento di cui all'ultimo comma dell'articolo 5 dello stesso decreto n. 753;
- c) l'adozione delle linee guida e dei principi quadro per la riduzione dell'inquinamento derivante dal sistema di trasporto pubblico.

Tra i capisaldi della riforma del TPL si annoverano senz'altro l'attribuzione alle Regioni del compito di definire, d'intesa con gli enti locali, il livello dei servizi mini qualitativamente e quantitativamente sufficienti a soddisfare la domanda di mobilità dei cittadini, servizi i cui costi sono a carico dei bilanci regionali; il ricorso alle procedure concorsuali per la scelta del gestore del servizio di trasporto pubblico locale; la previsione che le Regioni e gli enti locali regolino l'esercizio dei servizi mediante la conclusione di contratti di servizio pubblico.

Riguardo al secondo aspetto della riforma, e cioè all'introduzione di meccanismi di concorrenzialità nel settore dei trasporti, il Decreto Burlando, come modificato dal D.Lgs. 400/1999, ha stabilito che il criterio generale di affidamento dei servizi di TPL fosse la gara ad evidenza pubblica.

Per la precisione, a norma dell'art. 18, comma 2, del D.Lgs. 422/1997, viene previsto che *“per l'affidamento dei servizi le Regioni e gli enti locali si attengono ai principi dell'art. 2 della legge 14 novembre 1995, n. 481, garantendo in particolare:*

- a) *il ricorso alle procedure concorsuali per la scelta del gestore del servizio sulla base degli elementi del contratto di servizio di cui all'art. 19 e in conformità alla normativa*

- comunitaria e nazionale sugli appalti pubblici di servizio¹⁴⁸. La gara è aggiudicata sulla base delle migliori condizioni economiche e di prestazione del servizio, nonché dei piani di sviluppo e potenziamento delle reti e degli impianti, oltre che della fissazione di un coefficiente minimo di utilizzazione per la istituzione o il mantenimento delle singole linee esercite;*
- b) l'esclusione, in caso di mancato rinnovo del contratto alla scadenza o di decadenza del contratto medesimo, di indennizzo al gestore che cessa dal servizio;*
 - c) l'indicazione delle modalità di trasferimento, in caso di cessazione dell'esercizio, dal precedente gestore all'impresa subentrante dei beni strumentali all'effettuazione del servizio e del personale dipendente con riferimento a quanto disposto dall'articolo 26 del R.D. 8 gennaio 1931, n. 148;*
 - d) l'applicazione delle disposizioni dell'articolo 1, comma 5, del regolamento 1893/91/CEE alle società di gestione dei servizi di trasporto pubblico locale che, oltre a questi ultimi servizi, svolgono anche altre attività;*
 - e) la determinazione delle tariffe del servizio in analogia, ove possibile, a quanto previsto dall'articolo 2 della legge 14 novembre 1995, n. 481”.*

Il legislatore, dunque, ha optato per l'introduzione di un regime di concorrenza c.d. “per il mercato” e cioè di un sistema in cui la “concorrenza” tra le imprese del settore si attua nel momento dell'affidamento della gestione del servizio che, una volta aggiudicato all'impresa risultata vincitrice della gara, viene svolto dalla stessa in regime di monopolio per un periodo limitato di tempo, pari a quello definito nel bando di gara¹⁴⁹. Tale scelta nasce dalla consapevolezza che in tutti i casi in cui la liberalizzazione e la libera concorrenza nel mercato non risultino possibili, per ragioni tecnologiche (come per le infrastrutture) o per l'esigenza di consistenti sussidi pubblici ai servizi a fini di salvaguardia della socialità (come in certi servizi locali o di collegamento marittimo delle isole), la concorrenza organizzata per il mercato risulta da preferirsi rispetto agli affidamenti diretti.

¹⁴⁸ La normativa nazionale sugli appalti pubblici di servizi è rappresentata dal Codice degli appalti (D.Lgs. 163/2006).

¹⁴⁹ Cfr. Autorità per i Servizi Pubblici Locali del Comune di Roma, Relazione sui servizi pubblici nella città di Roma, ottobre 1999, p. 39: “La concorrenza per il mercato è un sistema tipico dei mercati regolamentati; in questo caso, i diversi operatori concorrono fra loro per ottenere il diritto ad esercitare un potere di monopolio di tipo temporaneo. La contendibilità del mercato, ossia la possibilità che il mercato esistente sia concretamente conquistabile da imprese diverse, è riferita all'ottenimento della concessione di esercizio tramite una gara, in un quadro (normalmente) di prezzi e tariffe più o meno amministrati. Nel caso di concorrenza per il mercato, continuano in genere ad essere attivi i meccanismi di redistribuzione che operano tramite fiscalità generale e la conseguente copertura di parte del costo del servizio con trasferimenti. In questo caso la concorrenza si realizza, con livelli più o meno approfonditi a seconda della particolare tipologia di mercato/servizio che l'operatore pubblico sottopone a procedura concorsuale, nel momento della gara indetta per assegnare la concessione o le concessioni. Si ritiene che gli effetti positivi del meccanismo concorrenziali si realizzino proprio in questa fase. Una volta espletata la gara, gli utenti sono obbligati a servirsi dell'impresa risultata vincitrice; i loro rapporti con l'azienda erogatrice del servizio sono definiti quindi da una situazione di monopolio (totale o locale) temporalmente delimitato”.

Un sistema di concorrenza per il mercato, per funzionare in maniera efficace, presuppone, da una parte, che esistano molteplici operatori potenzialmente interessati alla gestione del servizio e, dall'altra parte, che i rapporti tra ente affidante e società affidataria siano chiaramente definiti e disciplinati. Una delle condizioni essenziali per conseguire entrambi i suddetti obiettivi consiste nel separare nettamente le funzioni di regolatore (ente pubblico) e regolato (impresa di gestione di trasporto pubblico locale) e consentire relazioni trasparenti tra le parti interessate, al fine di favorire, in ultima istanza, il miglioramento della qualità del servizio e la riduzione del costo di esercizio dello stesso¹⁵⁰. Il medesimo art. 18, al primo comma prevede che l'esercizio dei servizi di trasporto pubblico regionale e locale, con qualsiasi modalità effettuati e in qualsiasi forma affidati, sia regolato attraverso contratti di servizio di durata non superiore a nove anni. La caratteristica principale dei contratti di servizio, disciplinati dal successivo art. 19, è quella di rendere trasparente il rapporto tra l'ente locale che richiede il servizio e l'azienda che lo esercita, esplicitando i diritti e i doveri delle parti coinvolte e garantendo in questo modo le rispettive sfere di autonomia. Tali contratti definiscono i rapporti finanziari fra l'ente affidante ed il soggetto affidatario ed assicurano la completa corrispondenza fra oneri per servizi e risorse disponibili, al netto dei proventi tariffari. I contratti di servizio possono essere di due tipologie, definite rispettivamente come "gross cost" e "net cost". Nella prima tipologia di contratti, ove gli incassi sono gestiti direttamente dall'ente affidante, la società affidataria riceve il compenso pattuito a copertura degli oneri di servizio senza, tuttavia, avere la gestione commerciale, con la conseguenza che il rischio sopportato da quest'ultima è solo quello relativo alla produzione. Al contrario, in caso di contratti di servizio "net cost", i proventi della gestione sono percepiti dall'affidatario del servizio che sopporta sia il rischio della produzione che quello commerciale.

La disciplina di settore introdotta dal Decreto Burlando, diretta ad affermare un sistema gestorio del servizio di TPL fondato sul modello della concorrenza per il mercato e realizzato attraverso lo strumento della gara, ha dovuto comunque fare i conti con la perdurante instabilità delle regole di organizzazione e funzionamento dei servizi pubblici locali. Sulla normativa in materia di TPL, rimasta sostanzialmente immutata nel tempo, si sono innestate le varie riforme dei servizi pubblici

¹⁵⁰ Cfr. Servizio di Pianificazione e Programmazione del Ministero dei Trasporti e della Navigazione, Nuovo Piano Generale dei Trasporti e della Logistica – Documento tecnico, Luglio 2000, cap. 10, p. 6: "L'esigenza di modificare l'antica forma di gestione del trasporto collettivo attraverso l'azienda o il consorzio di proprietà della regione o dell'ente locale mediante affidamento diretto, nasce da due ragioni tra loro strettamente connesse. La prima è l'acquisito convincimento che all'ente locale competono le attività di indirizzo, di vigilanza, di programmazione e di controllo, e non già l'attività di gestione che va affidata ad una società terza individuata attraverso procedure ad evidenza pubblica in relazione alle migliori condizioni economiche di prestazione del servizio, nonché ai piani di sviluppo e potenziamento delle reti e degli impianti, oltre che alla fissazione di un coefficiente minimo di utilizzazione per l'istituzione o il mantenimento delle singole linee esercite. La seconda ragione è l'altrettanto acquisito convincimento che proprio dalla competizione possono derivare due effetti di grande interesse: il miglioramento della qualità del servizio e la riduzione dei costi".

locali, talvolta comportando attriti e difficoltà di contemperamento. Il rapporto tra la disciplina generale dei servizi pubblici locali e quella speciale è stato caratterizzato, infatti, da una contrapposizione tra inclusione ed esclusione del trasporto pubblico locale dall'ambito dei modelli organizzativi dei servizi pubblici previsti nell'ordinamento degli enti locali.

Tali penetrazioni del legislatore nazionale in una materia riservata dalla Costituzione alla competenza esclusiva delle Regioni e degli Enti locali, quale è il trasporto pubblico locale, come già anticipato, è giustificata dal fatto che le modalità di affidamento dei servizi pubblici locali in generale presentano profili connessi alla tutela della concorrenza. Difatti, è noto che alcune materie di competenza statale hanno una capacità espansiva tale da proiettare i propri effetti su altre materie assegnata al legislatore regionale e da rendere costituzionalmente legittimo un intervento normativo a livello nazionale che arrivi a vincolare anche le Regioni in settori residuali. Tra queste materie "trasversali" di competenza statale si annovera senz'altro la tutela della concorrenza, non solo sotto il profilo della protezione ma anche sotto quello della promozione dell'assetto concorrenziale del mercato. Talché le modalità di gestione e l'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica sono soggetti all'intervento del legislatore centrale che, ad ogni modo, nel perseguimento dell'obiettivo di tutelare la concorrenza, non è legittimato a superare i limiti dell'adeguatezza e della proporzionalità, potendo così comprimere l'iniziativa regionale solo in quanto necessario.

A rendere ancora più complesso il suddetto rapporto tra disciplina generale e disciplina di settore, poi, si aggiunge la problematica relativa al riparto di competenze tra Stato e Regioni conseguito alla riforma del Titolo V della Costituzione nonché l'intervento del legislatore comunitario che, per la prima volta, con il Regolamento Ce 1370/2007, non si è limitato a regolare gli obblighi di servizio pubblico ma ha provveduto a delineare un quadro normativo di riferimento entro il quale le amministrazioni possono intervenire nel settore dei trasporti pubblici di passeggeri¹⁵¹.

Un breve cenno merita anche il secondo decreto delegato (**D.Lgs. 122 del 1998**) mediante il quale furono definite le funzioni mantenute dallo Stato sui trasporti in generale, riconoscendo alle Regioni e agli enti locali tutte le altre materie in via residuale, tra cui espressamente le funzioni già conferite a Regioni ed Enti locali dal decreto Burlando.

¹⁵¹ Cfr. Alessandro Cabianca, *Il trasporto pubblico locale alla difficile ricerca di un "centro di gravità", tra disciplina di settore, servizi pubblici locali e normativa comunitaria*.

3.2. Il raccordo tra la disciplina settoriale del trasporto pubblico locale e la disciplina generale dei servizi pubblici locali.

Con l'emanazione del **D.Lgs. 267 del 18 agosto 2000** (Testo Unico sull'ordinamento degli enti locali) si pose il problema di raccordare la disciplina generale dei servizi pubblici locali di cui all'art. 113 con le norme della disciplina settoriale rappresentata dal Decreto Burlando.

Infatti, l'art. 113 prevedendo che i servizi pubblici locali rivolti a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali (non esclusi i servizi di trasporto) avrebbero potuto essere gestiti in economia, in concessione a terzi, a mezzo di azienda speciale o di società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico o anche senza questo requisiti, confliggeva con la scelta operata dal D.Lgs 422/1997, così come modificato dal successivo D.Lgs. 400/1999, di privilegiare il ricorso a procedure competitive ad evidenza pubblica per il trasporto collettivo di linea.

L'art. 113 nella versione originaria prevaleva, in deroga al canone *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*, sulla disciplina del Decreto Burlando con esso incompatibile, quale quella in punto di affidamento dei servizi pubblici locali di trasporto¹⁵². Con l'originaria versione dell'art. 113 t.u.e.l., quindi, era venuto meno per il T.P.L. il principio della necessità della procedura competitiva per l'affidamento del servizio a fronte delle plurime modalità previste dal TUEL stesso, con scelta a discrezione dell'ente locale.

Questo fino alla novella di cui all'**art. 35 della L. 448/2001** che nel modificare il dettato originario dell'art. 113 t.u.e.l., dopo aver fatte salve le legislazioni settoriali (e quindi il decreto Burlando), ha affermato in generale il principio della procedura competitiva per tutti i servizi pubblici locali (comma 5 dell'art. 113).

La disciplina, derivante dall'articolo 35 della legge 448/2001, ha assunto la valenza di una disposizione "ad applicazione eventuale", nel senso che poteva trovare applicazione, in qualità di *jus superveniens*, nei settori già disciplinati da apposite norme di settore, come per i trasporti, laddove vi fossero lacune nelle specifiche discipline settoriali.

Anche l'ulteriore modifica del disposto dell'art. 113 del TUEL, intervenuta dopo quella di cui all'art. 35 della Legge 448/2001 ha interessato il settore del trasporto pubblico locale. **L'art. 14 del D.Lgs. 269/2003**, infatti, stabilì che "*Le disposizioni del presente articolo (art. 113 tuel) che disciplinano le modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali concernono la tutela della concorrenza e sono inderogabili ed integrative delle discipline di settore. Restano ferme le altre disposizioni di settore e quelle di attuazione di specifiche normative comunitarie*". Questa

¹⁵² Cfr. Silvio Busti, *Profilo storico della disciplina del trasporto pubblico locale*, in *La disciplina del trasporto pubblico locale: recenti sviluppi e prospettive*, a cura di Alessio Claroni, cit.

nuova disciplina, prevalendo sulle disposizioni del decreto Burlando, incise ancora sul settore del trasporto pubblico locale per ciò che concerne le modalità di affidamento della gestione dei relativi servizi, che da unico sistema fondato sulle gare ad evidenza pubblica passava così ad una gamma di tre sistemi. Alla procedura concorsuale si affiancavano altri due criteri per individuare l'affidatario dei servizi pubblici locali di trasporto, ovvero l'affidamento a società mista pubblico-privata in cui il socio privato fosse stato scelto mediante procedura ad evidenza pubblica e l'affidamento a società a capitale interamente pubblico purchè l'ente o gli enti pubblici esercitino sulla stessa società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e tale società realizzi la parte più importante della propria attività con gli enti controllanti (cosiddetto affidamento *in house*). Tale scelta legislativa non imponeva più centralisticamente agli enti locali un rigido modello di affidamento della gestione dei servizi, ma offriva loro la possibilità di effettuare una scelta politica tra le varie modalità indicate.

Di conseguenza, a differenza dell'art. 35 della Legge 448/2001 che manteneva ferme le disposizioni previste per i singoli settori e quindi non intaccava le previsioni di cui al D.Lgs. 422/1997 sul ricorso alla gara come unica modalità di affidamento del TPL, quest'ultima modifica del dettato dell'art. 113 del TUEL veniva espressamente dichiarata inderogabile ed integrativa delle preesistenti discipline di settore.

Successivamente, ogni possibilità di conflitto tra l'art. 113 del TUEL e il Decreto Burlando venne espressamente cancellata dall'art. 1, comma **48, della Legge 15 dicembre 2004, n. 308** recante *“Delega al Governo per il riordino, il coordinamento e l'integrazione della legislazione in materia ambientale e misure di diretta applicazione”*¹⁵³.

Mediante l'introduzione nell'art. 113 TUEL di un nuovo comma 1-bis¹⁵⁴, infatti, il TPL venne espressamente escluso dall'ambito di applicazione dell'art. 113 TUEL e ricondotto nel solo alveo del D.Lgs. 422/1997 (il cui art. 18, lo si ribadisce, prevede l'evidenza pubblica quale unica modalità di affidamento del servizio di TPL da parte delle Regioni e degli enti locali). In tal modo il TPL riguadagnò una posizione differenziata rispetto agli altri servizi pubblici locali, derivante dalla propria specifica fisionomia. Tuttavia, l'estromissione del TPL dalla disciplina generale dei servizi pubblici locali, fin da subito non sembrò essere destinata ad essere una scelta definitiva.

Come noto, infatti, la disciplina dei servizi pubblici locali fu ulteriormente ridisegnata dal legislatore nazionale attraverso l'**art. 23-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112** *“convertito, con modificazioni, in Legge 6 agosto 2008, n. 133, recante disposizioni urgenti per lo sviluppo*

¹⁵³ in G.U. 27 dicembre 2004, n. 302

¹⁵⁴ Comma 1-bis: *Le disposizioni del presente articolo non si applicano al settore del trasporto pubblico locale che resta disciplinato dal decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422, e successive modificazioni”*.

economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria” (in G.U. n. 195 del 21 agosto 2008).

L'art. 23-bis, nel disciplinare in modo omnnicomprensivo tutti i servizi pubblici locali “di rilevanza economica” e prevalendo sulle relative discipline di settore con esse incompatibili, si applicava anche al trasporto pubblico locale¹⁵⁵.

L'estensione della disposizione in esame al settore del trasporto pubblico locale trovava ulteriore conferma nel comma 10, lett. d), laddove si rinviava al Governo l'adozione di uno o più regolamenti volti ad armonizzare la nuova disciplina e quella di settore applicabile ai diversi servizi pubblici locali, anche con riferimento alla materia dei trasporti”¹⁵⁶.

Uno dei punti più spinosi della riforma dei servizi pubblici locali introdotta dall'art. 23-bis era quello del rapporto tra fonti. L'art. 23-bis, prevedendo espressamente la sua prevalenza sulle discipline di settore, forzava il naturale percorso ermeneutico che porta la norma speciale precedente a prevalere sulla norma generale successiva (*lex posterior generalis non derogat lex priori speciali*). Il concetto di prevalenza avrebbe dovuto comportare la necessaria abrogazione della normativa incompatibile con l'art. 23-bis. Tuttavia, questa impostazione veniva smentita dalla lettera d) del comma 10, che demanda ai regolamenti delegati il compito di “*armonizzare la nuova disciplina e quella di settore applicabile ai diversi servizi pubblici locali, individuando le norme applicabili in via generale per l'affidamento di tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica in materia di rifiuti, trasporti, energia elettrica e gas, nonché in materia di acqua*”. Non era chiaro, pertanto, in cosa avrebbe dovuto consistere tale armonizzazione ad opera dei successivi

¹⁵⁵ Cfr. Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, *Disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, Segnalazione ai sensi dell'articolo 6, comma 7, lett. e) ed f) del decreto legislativo n. 163 del 12 aprile 2006: “*Il problema del raccordo con le normative di settore si manifesta in maniera evidente anche nel settore del trasporto pubblico locale e necessità di un'attenta analisi delle peculiarità della disciplina settoriale e delle sue prospettive evolutive. Come è noto, infatti, il settore del trasporto pubblico locale ha formato oggetto, in questo ultimo decennio, di importanti riforme che hanno portato alla progressiva affermazione del principio della concorrenza per il mercato e, quindi, della gara per la scelta del gestore, quale unica modalità di affidamento dei servizi. Per tale settore, si pone in rilievo anche la discordanza tra l'articolo 23-bis, comma 9 – che consente ai soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali di concorrere su tutto il territorio nazionale alla prima gara successiva alla cessazione del servizio – e l'articolo 18, comma 2, lett. a) del decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422 – che, nell'intento di evitare il consolidarsi di situazioni di vantaggio competitivo conseguite in virtù di affidamenti diretti – stabiliva l'esclusione della gara “terminato il periodo transitorio previsto dal presente decreto o dalle singole leggi regionali, delle società che, in Italia o all'estero, gestiscono servizi in affidamento diretto o a seguito di procedure non ad evidenza pubblica, e delle società dalle stesse controllate o ad esse collegate, delle loro controllanti e delle società di gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali”. Si osserva, comunque, che l'articolo 5, par. 2. Lettera c), del Regolamento CE n. 1370/2007 prevede che “un operatore interno può partecipare a una procedura di gara equa da due anni prima che termini il proprio contratto di servizio pubblico ad aggiudicazione diretta, a condizione che sia stata adottata la decisione definitiva di sottoporre a procedura di gara equa i servizi di trasporto di passeggeri coperti dal contratto dell'operatore interno e che questi non abbia concluso nessun altro contratto di servizio pubblico ad aggiudicazione diretta”.*

¹⁵⁶ Cfr. Alessio Claroni, *La riforma del trasporto pubblico locale alla luce dell'art. 23-bis del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112*, in *La disciplina del trasporto pubblico locale: recenti sviluppi e prospettive*, p. 75 e ss.

regolamenti, posto che eventuali disarmonie tra fonti legislative dovrebbero essere risolte secondo l'istituto dell'abrogazione.

L'art. 23-bis veniva successivamente modificato dall'art. 15 del **D.L. 135/2009** (cd. Decreto Ronchi). Entrambi i suddetti interventi legislativi erano tesi a liberalizzare un settore particolare, quale quello dei servizi pubblici, cercando di incoraggiare il confronto tra i soggetti economici, con l'obiettivo di favorire l'utenza collettiva.

L'art. 15 in parola confermava l'estensione della disciplina di riforma dell'affidamento e della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, recata dal citato articolo 23-bis del decreto-legge 112/2008 al trasporto pubblico locale. L'estensione in parola, pur non essendo esplicitamente dichiarata dal citato decreto-legge 135/2009, sembrava desumersi dalla mancata inclusione della materia del trasporto pubblico locale nell'elenco dei settori esclusi dalla disciplina del richiamato decreto-legge 112/2008, come invece accadeva, fra l'altro, per il trasporto ferroviario regionale.

Un ulteriore profilo critico era quello riguardante gli effetti della riforma posto che, prevalendo la nuova normativa prevale su quella settoriale incompatibile, a ciò conseguiva un possibile arretramento di alcuni settori sotto il profilo della concorrenza. Si pensi proprio al trasporto pubblico locale, dove l'art. 23-bis reintroduceva la possibilità di affidamenti diretti, forzando le maglie del D.Lgs. 422/1997. Almeno in questo caso, pertanto, gli effetti della nuova disciplina sarebbero stati quelli di diminuire la concorrenza, anziché di aumentarla. Tale constatazione aveva portato a dubitare della legittimità dell'intervento statale, dal momento la competenza trasversale in materia di tutela della concorrenza ex art. 117, c. 2, lett. e), Cost., può essere correttamente invocata solo quando l'intervento statale abbia l'effetto concreto di promuovere o di tutelare la concorrenza.

4. Il Regolamento CE n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2007.

Prima di iniziare l'analisi del regolamento in oggetto, occorre sottolineare come per lungo tempo a livello comunitario sia mancata una disciplina compiuta in materia di trasporto pubblico. Infatti, il legislatore comunitario si era preoccupato solo di disciplinare gli obblighi di servizio pubblico¹⁵⁷, “con facoltà di escludere da siffatti obblighi solo le imprese incaricate di trasporti urbani, extraurbani e regionali, nonché i servizi automobilistici internazionali per viaggiatori¹⁵⁸”.

¹⁵⁷ Con la dicitura “obblighi di servizio pubblico”, secondo la definizione offerta dal Libro Bianco del 2004 sui servizi di interesse generale, si intende ci “*si riferisce a requisiti specifici imposti dalle autorità pubbliche al fornitore del servizio per garantire il conseguimento di alcuni obiettivi di interesse pubblico, ad esempio in materia di trasporti aerei, ferroviari e stradali e di energia. Tali obblighi possono essere imposti sia a livello comunitario che nazionale o regionale*”.

¹⁵⁸ Cfr. Silvio Busti, *Profilo storico della disciplina del trasporto pubblico locale*, in *La disciplina del trasporto pubblico*

Infatti, la normativa comunitaria che si occupava dei servizi pubblici di trasporto terrestre risultava dal Regolamento 1191/69/CEE¹⁵⁹, così come modificato dal Regolamento 1893/91/CEE. Tali atti normativi si prefiggevano lo scopo di attuare l'art. 73 del TCE (ora art. 93 TFUE) in base al quale *“sono compatibili con i trattati gli aiuti richiesti dalle necessità del coordinamento dei trasporti ovvero corrispondenti al rimborso di talune servitù inerenti alla nozione di pubblico servizio”*.

Il **Reg. n. 1191/69**, che ha svolto un ruolo fondamentale nel processo di armonizzazione delle condizioni di concorrenza tra le varie modalità di trasporto pubblico, disciplinava gli obblighi di servizio pubblico nei riguardi delle imprese che forniscono servizi di trasporto nel settore dei trasporti per ferrovia, su strada e per via navigabile, eccezion fatta per i servizi locali o regionali. Tali obblighi, nel settore dei trasporti, consistevano in obblighi che l'impresa di trasporto non avrebbe assunto, o non avrebbe assunto alle stesse condizioni, qualora avesse considerato il proprio interesse commerciale. Il Regolamento consentiva agli Stati membri di imporre o mantenere determinati obblighi di servizio pubblico (di esercizio, di trasporto e tariffario) che gli Stati avevano comunque l'obbligo di compensare qualora il loro adempimento avesse comportato dei costi per gli operatori. Il fulcro della disciplina disposta dal regolamento citato consisteva, da un lato, nel limitare la possibilità di imporre obblighi di servizio pubblico e, dall'altro, nell'assicurare il loro mantenimento ove ciò si rendesse indispensabile al fine di garantire la fornitura di servizi di trasporto sufficienti per soddisfare le esigenze della collettività.

La disciplina sopraccitata è stata fortemente rivisitata dal successivo Reg. 1893/91 che, con un ambito più applicativo di gran lunga più esteso, si applicava non ai servizi di trasporto per ferrovia, su strada e per via navigabile su scala nazionale, ma anche ai servizi di trasporto pubblico a carattere regionale e/o locale (che, al contrario, non erano menzionati dal precedente regolamento). Le norme introdotte dal Reg. 1893/91, mantenendo intatto il principio della soppressione degli obblighi di servizio pubblico, che venivano giustificati solo in presenza di uno specifico interesse pubblico ai servizi di trasporto, introducevano l'istituto del *“contratto di servizio pubblico”*. Tale contratto veniva definito dall'art. 14, del Reg. n. 1893/91 come *“un contratto concluso fra le autorità competenti di uno Stato membro e un'impresa di trasporto allo scopo di fornire alla collettività servizi di trasporto sufficienti”*.

L'ordinamento del trasporto pubblico locale, tuttavia, è stato interessato in questi anni da importanti novità che hanno avuto come fonte tanto la legislazione comunitaria, che quella nazionale, a sua volta articolata sui livelli statale e regionale, in base alle diverse competenze legislative di cui Stato e Regioni sono attributarie ai sensi dell'art. 117 della Costituzione.

locale: recenti sviluppi e prospettive, a cura di Alessio Claroni, 2011, p. 11.

¹⁵⁹ In GUCE n. 156 del 28 giugno 1969.

Il Regolamento CE n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70¹⁶⁰, rappresenta senza dubbio l'intervento normativo più significativo del legislatore comunitario in materia, con rilevanti ricadute sulla disciplina nazionale di settore rappresentata dal D.lgs. 422/1997 e dalla relativa normativa regionale d'attuazione.

Il regolamento disciplina, per la prima volta a livello comunitario, le modalità d'affidamento dei servizi di TPL e la durata degli affidamenti, e stabilisce un periodo transitorio durante il quale gli Stati membri si devono conformare gradualmente alla nuova regolamentazione.

Tale regolamento, destinato a regolare l'esercizio dei servizi nazionali e internazionali di trasporto pubblico di passeggeri su strada (autobus e filobus), per ferrovia e altri modi di trasporto su rotaia (metropolitana e tram), con esclusione dei servizi prestati prevalentemente in ragione del loro interesse storico e turistico, dei servizi di trasporto passeggeri per vie navigabili e del trasporto merci, è entrato in vigore a far data dal 3 dicembre 2009.

Quanto all'ambito applicativo dello stesso, rimane la possibilità in capo agli Stati membri la facoltà, ma non l'obbligo, di applicare il regolamento anche al trasporto pubblico di passeggeri per via navigabile interna e acque marine nazionali, ferme restando le disposizioni del regolamento (CEE) n. 3572 del Consiglio del 7 dicembre 1992, concernente l'applicazione del principio della libera prestazione di servizi ai trasporti marittimi fra Stati membri (cabotaggio marittimo).

Innanzitutto, l'art. 1 del Regolamento illustra l'ispirazione di fondo della riforma e delimita il suo ambito applicativo, stabilendo che lo stesso è diretto a regolare le modalità di intervento pubblico *“nel settore dei trasporti pubblici di passeggeri per garantire la fornitura di servizi di interesse generale che siano, in particolare, più numerosi, più sicuri, di migliore qualità o offerti a prezzi inferiori a quelli che il semplice gioco delle forze del mercato consentirebbe di fornire”*. Con tale espressione il legislatore comunitario esprime la propria diffidenza verso la concorrenza “nel mercato”, ritenendo che per il settore del “trasporto pubblico di passeggeri”, i meccanismi di una pura e semplice liberalizzazione totale non siano in grado di offrire agli utenti servizi di qualità a prezzi vantaggiosi. In ossequio al quinto considerando, secondo cui *“molti servizi di trasporto terrestri di passeggeri che rappresentano una necessità sul piano dell'interesse economico generale non possono essere gestiti secondo una logica meramente commerciale”*, vi è la consapevolezza che in molti casi (come per il TPL) la massima liberalizzazione possibile è rappresentata da un sistema di “concorrenza regolamentata”.

¹⁶⁰ In GUCE L 315 del 3 dicembre 2007.

L'art. 1, inoltre, limita gli obiettivi del Regolamento alla disciplina delle modalità di intervento delle autorità competenti, e cioè l'attribuzione di diritti esclusivi e le compensazioni per l'adempimento di obblighi di servizio che costituiscono gli interventi maggiormente idonei ad incidere sulla concorrenza e sugli scambi fra Stati membri. La normativa in esame, tra l'altro, si pone in linea con gli obiettivi della politica comune dei trasporti individuati nel Libro Bianco del 2001 e consistenti nel "garantire servizi di trasporto passeggeri sicuri, efficaci e di qualità grazie a una concorrenza regolamentata, che assicuri anche la trasparenza e l'efficienza dei servizi di trasporto pubblico di passeggeri, tenendo conto, in particolare, dei fattori sociali, ambientali e di sviluppo regionale, o nell'offrire condizioni tariffarie specifiche a talune categorie di viaggiatori, ad esempio i pensionati, e nell'eliminare le disparità fra imprese di trasporto provenienti da Stati membri diversi che possono alterare in modo sostanziale la concorrenza". In tale ottica i trasporti pubblici non vengono identificati soltanto come un "mercato", ma anche come un servizio pubblico e, soprattutto, come uno strumento di promozione sociale e territoriale.

Al contrario, e proprio per raggiungere i suddetti obiettivi, si ritiene "opportuno che le autorità competenti degli Stati membri abbiano la possibilità di intervenire per garantire la prestazione di tali servizi" e si ammette la piena legittimità di meccanismi di intervento come "l'attribuzione agli operatori del servizio pubblico di diritti di esclusiva, la concessione agli operatori del servizio pubblico di compensazioni finanziarie e la determinazione di regole generali, valide per tutti gli operatori, per l'esercizio dei trasporti pubblici".

Ad ogni modo, l'art. 3 del Regolamento in parola prevede che, qualora l'autorità competente decida di concedere all'operatore che ha prescelto un diritto di esclusiva¹⁶¹ e/o una compensazione¹⁶² di qualsivoglia natura a fronte dell'assolvimento di obblighi di servizio pubblico, la stessa debba farlo nell'ambito di un contratto di servizio pubblico, strumento che in tali casi è deputato a "garantire l'effettiva applicazione dei principi di trasparenza, di parità di trattamento degli operatori in concorrenza e di proporzionalità".

L'art. 5 del regolamento prefigura una serie di modalità organizzative per la gestione dei servizi pubblici di trasporto di passeggeri.

L'art. 5, par. 2, del regolamento assegna alle autorità competenti a livello locale, ovvero a qualsiasi autorità competente la cui zona di competenza geografica non è estesa al territorio nazionale, la facoltà di fornire esse stesse servizi di trasporto pubblico di passeggeri. Ai sensi dell'art. 2, lett. m)

¹⁶¹ Ai sensi dell'art. 2, lett. f), per "diritto di esclusiva" deve intendersi "il diritto in virtù del quale un operatore di servizio pubblico presta determinati servizi di trasporto pubblico di passeggeri su una linea o rete in una zona determinata, con esclusione di qualsiasi altro operatore di servizio pubblico".

¹⁶² Ai sensi dell'art. 2, lett. g), per "compensazione di servizio pubblico" deve intendersi "qualsiasi vantaggio, in particolare di natura finanziaria, erogato direttamente o indirettamente da un'autorità pubblica per mezzo di fondi pubblici durante il periodo di vigenza di un obbligo di servizio pubblico, ovvero connesso a tale periodo".

del regolamento in parola, l'autorità competente può consistere in un'autorità singola così come in un gruppo di autorità che forniscono servizi integrati di trasporto pubblico di passeggeri, ossia “*servizi interconnessi di trasporto entro una determinata zona geografica con servizio di informazione, emissione di titoli di viaggio e orario unici*”.

Pertanto, a meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale, la suddetta norma prefigura la possibilità di:

- a) gestione in economia, sia in forma di gestione monocomunale mediante la struttura dell'ente locale nell'ambito del proprio territorio che in forma pluricomunale su un ambito territoriale sovracomunale;
- b) gestione a mezzo di imprese-organo, prive di terzietà formale e quindi di soggettività giuridica distinta dall'ente locale che le istituisce, del quale costituiscono mere articolazioni organizzative, ancorché separate dalla sua struttura burocratica e organizzate in forma di impresa.

Sia la gestione in economia che quella a mezzo di imprese-organo costituiscono declinazioni operative della facoltà di autoprestazione menzionata dal considerando n. 18 del regolamento *de quo*, in contrapposizione al modello alternativo dell'esternalizzazione o *outsourcing*. In queste modalità, infatti, non si verifica alcuna dissociazione tra titolarità e gestione del servizio, entrambe riservate alla stesso ente titolare del servizio anziché ad un'impresa terza da esso.

Nella sistematica del regolamento in esame, così come nella costante giurisprudenza della Corte di Giustizia comunitaria, non è dato rinvenire alcuna preferenza per il modello dell'autoprestazione rispetto a quello dell'esternalizzazione, i quali vengono considerati moduli organizzativi dotati di pari dignità.

Inoltre, in alternativa alle suddette modalità di gestione, ma sempre rimanendo nell'ambito della c.d. autoprestazione, alle autorità competenti a livello locale è assegnata dall'art. 5, par. 2, la facoltà di procedere all'aggiudicazione diretta di contratti di servizio ad un operatore interno (in house providing). Ai sensi dell'art. 2, lett. j), l'operatore interno viene individuato come “*un soggetto giuridicamente distinto dall'autorità competente, sul quale quest'ultima esercita un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi*”. Proprio l'alterità formale e la contestuale assenza di terzietà sostanziale spiegano perché sia possibile procedere ad un'aggiudicazione senza il previo esperimento della procedura di gara.

Al contrario, la gestione in economia e tramite imprese-organo, caratterizzate dall'assenza di un operatore di servizio pubblico formalmente distinto dall'ente titolare del servizio, non comportano un'aggiudicazione diretta.

Fermo restando che le singole legislazioni nazionali possono prevedere un radicale divieto di ricorso all'in house providing così come una previsione più stringente in punto di operatività o dei presupposti legittimanti il ricorso a tale modello organizzativo.

In alternativa alle varie modalità operative nelle quali si manifesta la c.d. autoprestazione (gestione in economia, attraverso aziende-organo e aggiudicazione diretta ad un operatore interno), ai sensi dell'art. 5, par. 3, le autorità competenti hanno facoltà di affidare il contratto di servizio di trasporto pubblico di passeggeri *“a un terzo diverso da un operatore interno”* da selezionare mediante procedure di gara, in base al modello della concorrenza per il mercato, ove la procedura di gara è propedeutica all'individuazione di un gestore cui concedere un diritto di esclusiva in un determinato ambito territoriale.

Le disposizioni del regolamento 1370/2007 si applicano, inoltre, soltanto nel caso in cui i contratti di servizio pubblico del TPL assumano la forma della concessione di servizi, poiché, qualora detti contratti abbiano le caratteristiche giuridiche dell'appalto, ad essi si applicano le disposizioni di cui alle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE¹⁶³ (alle quali è stata data attuazione nell'ordinamento interno con il decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163).

Al riguardo è opportuno ricordare che, ai sensi delle citate direttive (e del d.lgs. 163/2006), gli "appalti pubblici" sono contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi.

Le "concessioni" di lavori o di servizi (non è prevista quella di forniture) sono, come gli appalti pubblici, contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l'esecuzione di lavori o la prestazione di servizi, il cui corrispettivo, però, consiste nel diritto di gestire l'opera o i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

La differenza tra le due suddette modalità di aggiudicazione dei contratti pubblici sta, dunque, in questo¹⁶⁴: nella concessione, l'impresa concessionaria eroga le proprie prestazioni al pubblico e, pertanto, assume il rischio della gestione dell'opera o del servizio, in quanto si remunera, almeno

¹⁶³ Successivamente modificate dal Regolamento (CE) 1874/2004.

¹⁶⁴ Cfr. CGCE, sez. II, 15 ottobre 2009, C-196/08 (Acoset), punti da 37 a 43, ove si legge che: “a) l’attribuzione di un servizio pubblico consistente nella gestione del servizio idrico integrato...potrebbe rientrare, stando alla natura del corrispettivo di tale servizio, nella definizione di “appalti pubblici di servizi” o in quella di “concessioni di servizi”; b) la questione se un’operazione debba...essere qualificata come “concessione di servizi” o “appalto pubblico di servizi” dev’essere valutata esclusivamente alla luce del diritto comunitario; c) la differenza...risiede nel corrispettivo della fornitura di servizi, nel senso che l’appalto comporta un corrispettivo che è pagato direttamente dall’amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi, mentre si è in presenza di una concessione di servizi allorché le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione ed implicano che quest’ultimo assuma il rischi legato alla gestione dei servizi in questione”

per una parte significativa, presso gli utenti mediante la riscossione di un prezzo; nell'appalto, invece, le prestazioni vengono erogate non al pubblico, ma all'amministrazione, la quale è tenuta a remunerare l'attività svolta dall'appaltatore per le prestazioni ad essa rese¹⁶⁵.

Nel caso specifico dei trasporti, quindi, l'impresa che fornisce l'opera o il servizio non sopporta l'alea connessa alla gestione dell'opera o del servizio, sicché, venendo a mancare l'elemento rischio, la fattispecie non è configurabile come concessione, bensì come appalto di lavori o di servizi. In questo caso, il rischio viene meno, sotto il profilo economico, quando vi è uno specifico contratto di servizio che impone degli oneri di servizio pubblico, specifici per l'impresa ai quali l'impresa fa fronte tramite una specifica remunerazione data, per contropartita, dall'Amministrazione pubblica: ecco, perché, in questo senso, siamo di fronte a contratti veri e propri che devono essere aggiudicati tramite una procedura d'appalto¹⁶⁶.

Quanto alla vigenza delle disposizioni comunitarie occorre procedere ad una puntualizzazione. Infatti, seppur l'art. 288 del Trattato sul Funzionamento UE (ex art. 249 TCE) stabilisca che i regolamenti comunitari hanno portata generale, sono obbligatori in tutti i loro elementi e sono direttamente applicabili in ciascuno degli Stati membri, senza necessità di alcun atto di recepimento da parte di questi ultimi, nel caso di specie si deve rilevare come lo stesso Regolamento (CE) 1370/2007, al par. 2 dell'art. 8, disponeva che l'aggiudicazione dei contratti di servizio pubblico di trasporto si conforma alle modalità di cui all'art. 5 a decorrere dal 3 dicembre 2019 e sino a tale data gli Stati membri adottano delle misure per adeguarsi gradualmente alle modalità ivi previste. In tal modo, la portata obbligatoria di tali disposizioni è differita, mentre le stesse sono da considerare come parametro di verifica dell'adempimento di un'obbligazione di risultato posta in capo agli Stati membri. Di conseguenza, si deve ritenere che, nel periodo transitorio iniziato dalla data di entrata in vigore del Regolamento (3 dicembre 2009) alla data di entrata in vigore delle disposizioni del suo art. 5 (3 dicembre 2019), le modalità d'aggiudicazione dei contratti di servizio sono ancora regolate dalle disposizioni nazionali.

¹⁶⁵ Cfr. Costantino Tassarolo, *La disciplina comunitaria del trasporto pubblico di passeggeri*, 13 giugno 2008, in www.dirittodeiserviziubblici.it.

¹⁶⁶ Sulla differenza tra concessione e appalto in materia di trasporto pubblico si veda Cons. Stato, Sez. V, 3 maggio 2012, n. 2531: *“Nel caso di specie, dunque, dove risulta agli atti che l'attività in oggetto è condizionata ad uno specifico contratto di servizio ove si impongono specifici oneri e determinate remunerazioni, previste con riguardo al singolo operatore, risultando insufficiente una mera concessione che abilita l'operatore economico a svolgere il servizio sulla base di predeterminate regole generali, ci si trova di fronte alla nozione comunitaria di contratto di servizio, dunque ad una situazione che lo stesso regolamento del 2007 pone sotto l'egida della disciplina degli appalti pubblici, con i conseguenti oneri di attivazione delle necessarie procedure competitive.”*

5. La disciplina delle modalità di affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale a seguito del referendum abrogativo di giugno 2011.

Gli esiti del referendum del 2011, che ha previsto l'abrogazione dell'art. 23-bis del D.L. 112/2008 e del relativo Regolamento attuativo, imposero l'obbligo di ricercare quali fossero le tipologie di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Il settore del trasporto pubblico locale, in quanto rientrante nell'ambito di tali servizi, fu direttamente investito dagli effetti di tale abrogazione che, oltre alla caducazione dell'art. 23-bis e del relativo Regolamento attuativo, comportò la piena applicazione, nell'ambito dell'ordinamento nazionale, come evidenziato dalla Corte costituzionale nella sentenza 24/2011, della disciplina comunitaria relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione dei servizi pubblici di rilevanza economica (nella specie, il Regolamento CE 1370/2007) nonché la sopravvivenza della disciplina abrogata con riguardo ai rapporti in essere sorti in forza della medesima, posta l'efficacia *ex nunc* della predetta abrogazione. La Corte costituzionale nell'individuare la normativa di risulta chiarì come l'epurazione dell'art. 23-bis, all'esito del referendum, comportasse la non reviviscenza delle norme espressamente o tacitamente abrogate dall'art. 23-bis, che per ciò che concerne il TPL, potevano individuarsi:

- nell'art. 113, commi 5, 5-bis, 6, 7, 8, 9, escluso il primo periodo, 14, 15-bis, 15-ter e 15-quater del Testo Unico degli Enti Locali per espresso disposto di cui all'art. 12, comma 1, del Regolamento attuativo. Tali norme, infatti, contenevano la disciplina dell'affidamento dei servizi pubblici locali, sostituita integralmente dalle disposizioni dell'art. 23-bis;

- nell'avverbio "*esclusivamente*" di cui all'art. 18, comma 3-bis del D.Lgs. n. 422/1997, soppresso per espresso disposto dell'art. 12, comma 3, del Regolamento attuativo¹⁶⁷, con la conseguente estensione al TPL di modalità di gestione del servizio diverse dalla mera esternalizzazione, tramite gli strumenti della società mista e, nei casi tassativamente previsti, dell'affidamento *in house*.

Controversa, invece, fu la questione della permanenza o meno delle disposizioni non abrogate in via espressa dall'art. 23-bis, tra le quali, in particolare, l'art. 61 della Legge 23 luglio 2009, n. 99 e l'art. 4-bis della Legge 3 agosto 2009, n. 102.

¹⁶⁷ L'art. 18 del Decreto Burlando, a seguito di tale modifica, afferma che "*Trascorso il periodo transitorio, tutti i servizi vengono affidati tramite le procedure concorsuali di cui al comma 2, lettera a)*". Per i servizi pubblici di trasporto l'opzione della gara trovava la propria fonte di regolamentazione non tanto nella lettera a) del comma 2 dell'art. 23bis, quanto proprio nell'art. 18, comma 3bis, del D.lgs. 422/1997. Deve rilevarsi come, al di là di quanto potrebbe apparire, non si trattò di una novità di grande rilievo in quanto, da un lato, il citato art. 18 non contemplava modalità di affidamento diverse dalla gara e dall'altro lato, erano comunque ammesse le modalità dell'*in house* e della gara "a doppio oggetto" ai sensi della generale normativa comunitaria.

- **L'art. 61 della Legge 23 luglio 2009, n. 99**¹⁶⁸ recante *Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia*, richiamando il reg. CE 1370/2007 consente alle autorità competenti di avvalersi, anche in deroga alla disciplina di settore, della disciplina di cui all'art. 5 del predetto regolamento (dedicato alle modalità di affidamento diretto *in house*, sottosoglia e in caso di emergenza)¹⁶⁹ e della disciplina di cui all'art. 8 sul periodo transitorio; esonera gli affidatari diretti (ex art. 5 Reg, CE 1370/2007) dal divieto di svolgere attività *extra moenia* di cui all'art. 18, co. 2, lett. a) del d.lgs. 422/97;

- **l'art. 4-bis della Legge 3 agosto 2009 n. 102**¹⁷⁰ recante *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 1° luglio 2009, n. 78, recante provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini e della partecipazione italiana a missioni internazionali* pone l'obbligo per gli enti affidanti *in house* di mettere a gara almeno il 10% dei servizi di TPL, oggetto dell'affidamento, in favore di

¹⁶⁸ In Suppl. ordinario n. 136 alla Gazz. Uff., 31 luglio, n. 176. Ai sensi dell'art. 61, recante *Ulteriori disposizioni in materia di trasporto pubblico locale: 1. Al fine di armonizzare il processo di liberalizzazione e di concorrenza nel settore del trasporto pubblico regionale e locale con le norme comunitarie, le autorità competenti all'aggiudicazione di contratti di servizio, anche in deroga alla disciplina di settore, possono avvalersi delle previsioni di cui all'articolo 5, paragrafi 2, 4, 5 e 6, e all'articolo 8, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007. Alle società che, in Italia o all'estero, risultino aggiudicatarie di contratti di servizio ai sensi delle previsioni del predetto regolamento (CE) n. 1370/2007 non si applica l'esclusione di cui all'articolo 18, comma 2, lettera a), del decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422*".

¹⁶⁹ Cfr. Giuseppe Bassi, *Servizi pubblici locali e processi di liberalizzazione: la "controriforma" di fine estate*, sul sito www.public-utilities.it: "Il regolamento, com'è noto, introduce espressamente la facoltà delle Regioni e degli enti locali competenti, salvo che la normativa nazionale non lo vieti (e questa apertura adesso recata dalla L. 99 va espressamente nell'ottica di ammetterlo), di ricorrere alla gestione del servizio pubblico di trasporto passeggeri in forma integrata, direttamente con propria organizzazione di mezzi e di personale ovvero mediante formule di autoproduzione interna, attuate sia con moduli organizzatori di tipo pubblicistico che privatistico. In quest'ultimo caso il regolamento prevede che l'affidamento del servizio avvenga secondo il modello dell'*in house providing*, mediante aggiudicazione diretta al soggetto giuridicamente distinto dall'autorità affidante, ma rispetto al quale la predetta autorità, a livello locale (ovvero almeno una della autorità interessate, nel caso in cui il servizio faccia riferimento ad un gruppo di autorità che lo forniscono in maniera integrata), eserciti un «controllo analogo» a quello che esercita sulle proprie strutture interne. Vi è qui un chiaro richiamo ai presupposti legittimanti l'*in house*, come declinati dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale. Occorre tuttavia rilevare come l'applicabilità dell'art. 5 del Regolamento comunitario è assoggetta ad un regime transitorio, peraltro richiamato dallo stesso art. 4-bis della L. 102/2009, in forza del quale l'entrata a regime dell'art. 5 avverrà solo a far data dal 3 dicembre 2019, fatta salva la facoltà degli Stati membri, durante il periodo in questione, di adottare «...misure per conformarsi gradualmente all'articolo 5, al fine di evitare gravi problemi strutturali, in particolare per quanto riguarda la capacità di trasporto...», provvedendo a relazione alla Commissione C.E., entro 6 mesi dal 3 giugno 2014, circa «...stato dei lavori, ponendo l'accento sull'attuazione dell'aggiudicazione graduale di contratti di servizio pubblico conformemente all'articolo 5. Sulla scorta delle relazioni degli Stati membri, la Commissione può proporre loro misure appropriate...». Ovviamente il nostro legislatore ha subito colto questa opportunità di affidamento diretto, in barba ad ogni declamata azione liberalizzatoria, sancendo la facoltà, da parte delle autorità affidanti, di avvalersi, dapprima senza particolari limitazioni, delle previsioni di cui all'art. 5 del Regolamento e sancendo che detta norma va *in deroga* «... alla disciplina di settore...», cioè al l'art. 18 del D. Lgs. 422/97 e s.m.i.".

¹⁷⁰ In Suppl. ordinario n. 140 alla Gazz. Uff., 4 agosto, n. 179. L'art. 4 bis, recante *Disposizioni in materia di trasporto pubblico*, inserito dall' articolo 1 della legge 3 agosto 2009, n. 102 , in sede di conversione, e modificato dall'articolo 2, comma 2-bis, del D.L. 25 settembre 2009, n. 135, dispone che: *1. Al fine di promuovere l'efficienza e la concorrenza nei singoli settori del trasporto pubblico, le autorità competenti, qualora si avvalgano delle previsioni di cui all'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, devono aggiudicare tramite contestuale procedura ad evidenza pubblica almeno il 10 per cento dei servizi oggetto dell'affidamento a soggetti diversi da quelli sui quali esercitano il controllo analogo. Alle società che, ai sensi delle previsioni di cui all'articolo 5, paragrafi 2, 4 e 5, e all'articolo 8, paragrafo 2, del medesimo regolamento (CE) n. 1370/2007, risultano aggiudicatarie di contratti di servizio al di fuori di procedure ad evidenza pubblica è fatto divieto di partecipare a procedure di gara per la fornitura di servizi di trasporto pubblico locale organizzate in ambiti territoriali diversi da quelli in cui esse operano*".

soggetti diversi da quelli sui quali esercitano il “controllo analogo” e stabilisce il divieto di attività *extra moenia* per gli affidatari diretti ai sensi delle previsioni di cui all'art. 5, par. 2, 4, 5 e 6, e all'art. 8, par. 2, del Regolamento comunitario.

Discussa era la permanenza in vigore di tali ultime due disposizioni¹⁷¹. Al riguardo, infatti, veniva rilevato dai commentatori che:

- l'art. 61 della Legge 99/2009, nella parte in cui disciplina il periodo transitorio, non fa altro che richiamarsi all'art. 9 del Regolamento comunitario (e, quindi, alla scadenza del 2019), comunque oggi pienamente applicabile al settore, essendo, pertanto, irrilevante il suddetto richiamo ai fini della permanenza degli affidamenti in essere.

- parimenti deve dirsi per il richiamo effettuato dall'art. 61 della Legge 99/2009 alle tipologie di affidamento diretto ex art. 5 del Regolamento comunitario, anch'esso comunque, oggi pienamente applicabile.

- l'art. 61, invece, nella parte in cui esonera dal divieto di attività *extra moenia*, avrebbe avuto significativi effetti per il settore. Occorre, tuttavia, considerarne la dubbia compatibilità con la normativa comunitaria, la probabile abrogazione da parte dell'art. 23-bis che, al comma 9, così come modificato dal D.L. 135/2009¹⁷², prevedeva una disciplina più restrittiva e che, peraltro, faceva sopravvivere l'art. 61 solo con riferimento alle regioni a statuto speciale e alle province autonome di Trento e di Bolzano¹⁷³;

- l'art. 4-bis della Legge n. 102/2009, nella parte in cui obbliga gli enti affidanti *in house* ad affidare con gara contestualmente il 10% dei servizi a soggetti diversi, non fa che apporre un'ulteriore

¹⁷¹ Condivisibili perplessità in merito alla sopravvivenza di tali norme, soprattutto a fronte delle modifiche apportate all'art. 23-bis da parte del D.L.135/2009, sono chiaramente espresse da Silvio Busti, in *La disciplina del trasporto pubblico locale: recenti sviluppi e prospettive*, a cura di Alessio Claroni, Trento, 2011, ove lo stesso afferma che: “avrei qualche perplessità in merito alla affermazione in base alla quale, in caso di referendum abrogativo positivo dell'art. 23-bis, riprenderebbero vigore le disposizioni di cui all'art. 61 della Legge n. 99 del 2009 e all'art. 4-bis del decreto-legge n. 78 del 2009, come introdotto dalla legge di conversione, perché, come già detto, l'effetto del referendum abrogativo dell'art. 23-bis non richiama in vita le disposizioni precedenti. Queste ultime, se ed in quanto abrogate espressamente, tacitamente o implicitamente dalla norma che a sua volta viene eliminata dal referendum abrogativo, non riprendono vita ma rimangono abrogate, per cui, secondo la mia modesta opinione (e qui mi fa piacere anche un eventuale dibattito dottrinale, tanto per dirvi com'è dubbia la disciplina del trasporto pubblico locale), se anche venisse abrogato, a seguito del referendum abrogativo, l'art. 23-bis, ripeto, non riprenderebbero vigore le disposizioni di cui all'art. 61 della Legge n. 99 del 2009 e nemmeno di cui all'art. 4-bis del decreto-legge n. 78 del 2009 perché sono antecedenti al decreto-legge del 25 settembre 2009, quest'ultimo del tutto incompatibile, nella modifica recata all'art. 23-bis d.l. 112/2008, con le precedenti disposizioni: il che comporta l'abrogazione tacita, a mio avviso, delle succitate, precedenti disposizioni”.

¹⁷² Entrato in vigore il 26 settembre 2009 e convertito in Legge 166/2009, entrata in vigore il 25 novembre 2009.

¹⁷³ Art. 15, comma 1-bis, L. n. 166/2009: “*Ai fini dell'applicazione dell'articolo 23 - bis , comma 8, lettera e) , del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, come sostituito dal comma 1 del presente articolo, nelle regioni a statuto speciale e nelle province autonome di Trento e di Bolzano sono fatti salvi, nel rispetto delle attribuzioni previste dagli statuti delle predette regioni e province autonome e dalle relative norme di attuazione, i contratti di servizio in materia di trasporto pubblico locale su gomma di cui all'articolo 61 della legge 23 luglio 2009, n. 99, in atto alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto*”.

condizione restrittiva alla possibilità di tali affidamenti diretti, che pare compatibile, in quanto concorrenziale, con l'attuale disciplina dell'*in house*;

- laddove regola il divieto di attività *extra moenia*, invece, oltre che difficilmente compatibile con la disciplina comunitaria, sovraordinata e prevalente potrebbe ritenersi abrogato dall'art. 61 (di fatto entrato in vigore successivamente). Occorre infatti osservare che nella legge 99/2009 non sussiste alcuna clausola finale che si occupi dell'entrata in vigore, per cui deve ritenersi che la stessa sia entrata in vigore il 15° giorno successivo alla sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale (G.U. n. 176 del 31.07.2009), e perciò il 15 agosto 2009. Nella legge 102/2009, di conversione del decreto legge 1 luglio 2009, n. 78, invece, l'art. 1, comma, 3 stabilisce che la stessa entra in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale (G.U. n. 179 del 4.08.2009), ossia il 5 agosto 2009. Ne deriva che, vista l'evidente incompatibilità delle disposizioni contenute nei due articoli concernenti la partecipazione degli affidatari diretti a gare bandite *extra moenia*, facendo applicazione di un elementare principio di successione di leggi nel tempo, si deve ritenere che il disposto di cui all'art. 61 della legge 23 luglio 2009, n. 99, che consente la partecipazione alle gare indette in altri bacini di traffico, ha vigenza, mentre quello di segno opposto contenuto nell'art. 4bis della legge 3 agosto 2009, n. 102 deve ritenersi implicitamente abrogato¹⁷⁴. Diversi argomenti, tuttavia, potrebbero far propendere per la permanenza in vigore di tale norma e per la sua compatibilità con il Regolamento CE. Nella Legge 20 novembre 2009, n. 166, di conversione in legge del D.L. 135/2009 (cd. Decreto Ronchi), ad esempio, il legislatore si richiamava all'art. 4-bis, ritenendolo, dunque, implicitamente in vigore.

Per ciò che concerne la **normativa regionale**, invece, avrebbero continuato ad applicarsi solo i provvedimenti compatibili con la disciplina comunitaria. Allo stato, dunque, regioni ed enti locali, in mancanza di una legislazione statale pro concorrenziale più restrittiva, avrebbero potuto disporre in materia, eventualmente in maniera più restrittiva rispetto alla disciplina comunitaria, purché nel rispetto del descritto quadro normativo. Peraltro, la riconducibilità - affermata più volte dalla Corte Costituzionale (sentenza n. 222/2005) - della disciplina del TPL ad una materia legislativa regionale di tipo residuale, ai sensi dell'art. 117, comma 4, della Costituzione, senz'altro legittimava le regioni in tal senso.

Pertanto, le norme che sicuramente avrebbero potuto comporre il quadro normativo di risulta, relativo al settore del trasporto pubblico locale, erano le seguenti:

¹⁷⁴ Sul problema della successione di tali leggi nel tempo si veda il contributo di Alessandro Cabianca, *Il trasporto pubblico travolto dall'acqua: considerazioni sull'assetto organizzativo del settore a seguito del referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011*, 14 luglio 2011, in www.dirittodeiservizipubblici.it

- le norme contenute nel **Regolamento CE 1370/2007**, di chiara portata *self executing* e meno restrittivo rispetto alla disciplina oggetto di referendum in punto di affidamento diretto e di periodo transitorio. Oltre al citato Regolamento, avrebbero trovato applicazione i principi generali in materia di concorrenza posti dal Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea e dalla giurisprudenza comunitaria nonché le regole contenute nelle Direttive sugli appalti pubblici nei limiti ivi previsti (Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, recepite con il Codice dei Contratti Pubblici, D.Lgs. n. 163/2006);

- l'**art. 18 d.lgs. n. 422/1997**, che pone la regola della necessaria "esternalizzazione" del servizio tramite gara.

Ad ogni modo, in base alla normativa "di risulta" sopra riportata i servizi di TPL avrebbero potuto essere affidati secondo le seguenti modalità:

- **procedura ad evidenza pubblica**: l'affidamento del servizio tramite gara rimane la nota costante dell'intero sistema di gestione del TPL; a seconda che si tratti di "concessione di servizio pubblico" ovvero di "appalto di servizi" trovano applicazione le regole della "gara informale", con l'invito ad almeno 5 operatori ai sensi dell'art. 30 del Codice dei Contratti Pubblici, ovvero le più rigorose procedure previste dalle restanti disposizioni del Codice in tema di appalti di servizi.

- **"gara a doppio oggetto"** (come forma di partenariato pubblico privato): la modalità di affidamento a società mista, nella quale la scelta del socio privato avviene con procedura di evidenza pubblica, finalizzata non soltanto alla scelta del socio privato, ma anche allo stesso affidamento dell'attività da svolgere, è ormai regola codificata nell'ordinamento comunitario e nazionale (Comunicazione interpretativa n. C(2007)6661 del 5.2.2008; art. 1, comma 2, del Codice dei Contratti Pubblici): la legittimità di simili affidamenti è, tuttavia, subordinata, tralasciando i contrasti giurisprudenziali in ordine alla esclusività o meno dell'oggetto sociale, tra l'altro, alla condizione che il partner privato sia un socio "operativo", non meramente finanziatore nè "stabile", dovendosi prevedere un rinnovo della procedura di selezione alla scadenza del periodo di affidamento (Consiglio di Stato, A.P. n. 1/2008). Al riguardo, a seguito del referendum, viene meno l'obbligo, previsto, invece, dall'abrogato art. 23-bis, comma 2, lett. b), dell'attribuzione al socio privato di una partecipazione pari almeno al 40%. Resta, invece, il vincolo di detenzione per il socio pubblico di almeno il 20% del capitale della società, così come stabilito dal D.P.R. 16.9.1996 n. 533, richiamato dall'art. 116 del TUEL, tuttora in vigore. Vengono meno, inoltre, le più prescritzioni relative al contenuto obbligatorio del bando di gara di cui all'art. 3 del Regolamento attuativo.

- **Affidamento in house**: in caso di concessione di servizi, a meno che non sia vietato dalla legge nazionale, è possibile ricorrere ad affidamenti in house conformi alle prescrizioni contenute nel Regolamento comunitario (art. 5, par. 2). Ferme restando le condizioni di eccezionalità e pubblicità

richieste dalla predetta disciplina comunitaria, vengono meno le ulteriori condizioni restrittive in precedenza previste dall'art. 23-bis nonché l'obbligatorietà della richiesta di parere preventivo all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Subentra, invece, l'obbligo, ex art. 4-bis L. n. 102/99, della cessione contestuale del 10% dei servizi a terzi, nonché, in base ai principi generali della contrattualistica pubblica e del procedimento amministrativo, l'obbligo per l'ente di motivare adeguatamente la decisione di affidamento diretto in quanto deroga al principio comunitario di massima apertura alla concorrenza (art. 30 Codice dei Contratti Pubblici; art. 1 L. n. 241/1990). Si ritiene, pertanto, legittimo l'affidamento diretto qualora: i) l'amministrazione o le amministrazioni affidanti esercitino sulla società un "controllo analogo" a quello che esercitano sui propri organi (per il Regolamento comunitario non è necessaria la proprietà pubblica totalitaria); ii) la società destini la parte principale o prevalente della propria attività all'amministrazione o alle amministrazioni controllanti. Ai sensi della normativa comunitaria è, inoltre, fatto divieto di svolgere attività extra moenia, salvo il caso in cui l'affidamento sia in scadenza nei due anni successivi e sia stata assunta la decisione di procedere all'affidamento dei servizi in house con gara (art. 5, par. 2, lett. b e c del Regolamento comunitario).

- **Affidamento diretto dei contratti sottosoglia:** ai sensi del Regolamento comunitario (art. 5, par. 4), in caso di concessione di servizi, a meno che non sia vietato dalla legge nazionale, le autorità competenti hanno la facoltà di aggiudicare direttamente i contratti di servizio pubblico, il cui valore annuo medio stimato è inferiore a € 1.000.000 oppure che riguardano la fornitura di servizi di trasporto pubblico di passeggeri inferiore a 300.000 km l'anno. Qualora un contratto di servizio pubblico sia aggiudicato direttamente a una piccola o media impresa che opera con non più di 23 veicoli, dette soglie possono essere aumentate o a un valore annuo medio stimato inferiore a 2.000.000 euro oppure, qualora il contratto riguardi la fornitura di servizi di trasporto pubblico di passeggeri, inferiore a 600.000 km l'anno.

- **Affidamento diretto in caso di emergenza:** anche in presenza di una eventuale legislazione nazionale più restrittiva, il Regolamento comunitario (art. 5, par. 5), prevede che, in caso di concessione di servizi, nell'ipotesi di interruzione del servizio o di pericolo imminente di interruzione, l'autorità competente possa adottare – con decisione motivata – "provvedimenti di emergenza" sotto forma di un'"aggiudicazione diretta di un contratto di servizio pubblico" o di una "proroga consensuale" di un contratto di servizio pubblico oppure di un'"imposizione dell'obbligo di fornire determinati servizi pubblici"; i contratti di servizio pubblico aggiudicati o prorogati con provvedimento di emergenza o le misure che impongono di stipulare un contratto di questo tipo hanno una durata non superiore a due anni.

- **Affidamento diretto ferroviario:** resta ferma la possibilità di ricorrere ad affidamenti diretti di servizi ferroviari come disposto dal Regolamento comunitario, a meno che non sia vietato dalla legge nazionale (art. 5, par. 6).

- **Gestione “in economia”:** l'ordinamento comunitario è “neutrale” rispetto alla possibilità per l'ente di esternalizzare o meno i servizi, ammettendola “a meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale” (Regolamento comunitario, art. 5, par. 2)¹⁷⁵.

Il referendum abrogativo, in ultima analisi, non aveva spogliato il settore del TPL di ogni disciplina normativa relativamente alla gestione del servizio e alla fase transitoria, dando spazio, invero, alla normativa di settore, fino a quel momento “imbrigliata” nelle strette maglie dell'art. 23-bis. Al contempo, l'assenza di una disciplina di fonte statale, generale e “trasversale”, quale era quella di cui all'art. 23-bis, comportando la “comunicazione” diretta ordinamento comunitario e regioni/enti locali avrebbe imposto a questi ultimi di attivarsi, *in primis* aggiornando le relative normative, al fine della piena attuazione della fondamentale regola comunitaria della concorrenza¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Sebbene i recenti orientamenti della giurisprudenza nazionale (Consiglio di Stato n. 552/2011), la Corte Costituzionale nega tale possibilità con riguardo ai servizi di rilevanza economica (sentenza n. 325/2010)

¹⁷⁶ Cfr. Francesca Scura, *Effetti del referendum abrogativo sulla disciplina del TPL: prime osservazioni*, 14 luglio 2011, in www.dirittodeiserviziubblici.it

Capitolo IV

L'in house providing come forma di affidamento dei servizi pubblici.

SOMMARIO: -1. Il modello organizzativo dell'*in house providing*. -2. I concetti di "amministrazione aggiudicatrice" e di "organismo di diritto pubblico" nell'ambito della disciplina sugli appalti pubblici. -3. Le sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità Europee in materia di *in house providing*. -3.1. La sentenza Teckal del 18 novembre 1999. -3.1.1. Il requisito del controllo analogo. -3.1.2. Il requisito dell'attività prevalente. -3.2. Le sentenze Stadt Halle e Co.Na.Me. -3.3. Le sentenze Mödling e Parking Brixen. -3.4. La sentenza Anav. -3.5. La sentenza Carbotermo.

1. Il modello organizzativo dell'*in house providing*.

La locuzione "*in house providing*" (che letteralmente significa "gestione in proprio") indica un modello organizzativo adottato dalle pubbliche amministrazioni per procurarsi i lavori, i servizi e le forniture ad esse occorrenti o per erogare alla collettività prestazioni di pubblico servizio, realizzando le attività di loro competenza attraverso propri organismi, senza quindi ricorrere al mercato.

Come già anticipato nelle pagine precedenti, negli affidamenti cd. *in house* non vi è il coinvolgimento degli operatori economici nell'esercizio dell'attività della Pubblica Amministrazione e, pertanto, le regole sulla concorrenza, applicabili agli appalti pubblici e agli affidamenti dei pubblici servizi a terzi, non vengono in rilievo. Si tratta di un modello organizzativo in cui la p.a. provvede da sé al perseguimento degli scopi pubblici nell'esercizio di quel potere di auto-organizzazione e del più generale principio comunitario di autonomia istituzionale¹⁷⁷.

Sostanzialmente questo modello "*rappresenta l'alternativa rispetto alle due forme di gestione del servizio previste dal diritto comunitario, ossia la concessione e l'appalto, attraverso le quali le amministrazioni selezionano l'operatore economico all'esito di procedure ad evidenza pubblica, in base ai principi della concorrenza*"¹⁷⁸.

¹⁷⁷ In base a tale principio l'appartenenza all'Unione Europea non condiziona gli Stati membri nell'esercizio delle opzioni di rilievo costituzionale o istituzionale, come la scelta tra centralismo e decentramento, rispetto alle quali l'U.E. deve rimanere assolutamente neutrale.

¹⁷⁸ Cfr. E. Michetti, *In house providing. Modalità, requisiti, limiti. Evoluzione legislativa e giurisprudenziale interna ed europea anche alla luce del referendum del 12-13 giugno 2011*, Giuffrè Editore, Milano, 2011, pag. 29.

Come noto, nell'appalto l'amministrazione affida al terzo la produzione di beni o di servizi necessari affinché l'amministrazione possa svolgere le sue funzioni istituzionali, e lo fa dietro corrispettivo di un prezzo. Secondo la definizione contenuta nell'art. 2 del Codice Appalti “*gli appalti pubblici sono i contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una stazione appaltante o un ente aggiudicatore e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi*”.

La concessione, invece, ricorre quando l'amministrazione affida al concessionario l'espletamento di attività da svolgere in favore del pubblico; il concessionario non è tuttavia remunerato sotto forma di prezzo versatogli dall'amministrazione, essendo almeno in parte soddisfatto economicamente in quanto abilitato a percepire dagli utenti del servizio il prezzo della prestazione.

Un elemento comune che caratterizza tali forme di esternalizzazione dei servizi consiste nell'essere “*entrambe forme contrattuali che presuppongono la diversità non soltanto formale ma anche sostanziale fra i contraenti*”¹⁷⁹.

La scelta tra il sistema dell'affidamento della prestazione mediante gara pubblica e l'opposto modello dell'affidamento in house è preceduto dalla comparazione degli obiettivi pubblici che si intendono perseguire e delle modalità realizzative avuto riguardo ai tempi necessari, alle risorse umane e finanziarie da impiegare ed al livello qualitativo delle prestazioni in base ai principi di economicità ed massimizzazione dell'utilità per l'Amministrazione (si tratta del sistema conosciuto nel mondo anglosassone come “Best Value”).

Nell'ordinamento giuridico comunitario non si rinviene alcun obbligo di *outsourcing* posto a carico delle pubbliche amministrazioni. Non sembra, cioè, che i principi a tutela della concorrenza, che rappresentano uno dei baluardi dell'Unione Europea, impongano di rivolgersi sempre e comunque al mercato per l'approvvigionamento di beni, servizi e forniture. Alla luce di ciò, la giurisprudenza comunitaria in tema di *in house providing* ha sempre cercato di coniugare i principi a tutela della concorrenza presenti nel Trattato CE, con il potere di auto-organizzazione riconosciuto alle amministrazioni pubbliche degli Stati membri.

Il modulo organizzativo dell'*in house* ha carattere eccezionale in quanto deroga alla regola della gara ad evidenza pubblica e, tuttavia, si configura quale istituto speciale rispetto ad un ulteriore principio generale dell'ordinamento comunitario di cui rappresenta il completamento, ovvero quello dell'autoproduzione di attività da parte della pubblica amministrazione a mezzo di proprie strutture¹⁸⁰.

¹⁷⁹ Cfr. M. Garofoli- G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, Nel diritto editore, p. 175.

¹⁸⁰ Cfr. Stefano Colombari, *Il modello in house providing tra mito (interno) e realtà (comunitaria)*, in *Urbanistica e*

L'espressione *in house contract* è stata per la prima volta utilizzata, in ambito comunitario, nella Comunicazione della Commissione (98) 143, Libro Bianco sugli appalti pubblici nell'Unione Europea¹⁸¹. In tale documento la Commissione definisce gli *in house contracts* come “*contratti aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione, ad esempio tra un'amministrazione centrale e le amministrazioni locali ovvero tra un'amministrazione ed una società da questa interamente controllata*”.

La controversa figura degli affidamenti *in house* è stata successivamente sviluppata dall'elaborazione pretoria della Corte di Giustizia, la quale ha contribuito in modo decisivo alla definizione dell'istituto. Come noto, la Corte di Giustizia, investita di numerose questioni pregiudiziali, ha gradualmente specificato i criteri che permettono di considerare legittimo l'affidamento diretto di appalti e servizi pubblici, in deroga al generale principio di concorrenza, che implica l'obbligo di indire ed espletare gare e che si ricava dagli artt. 43, 49 e 86 del Trattato CE, i quali impongono rispettivamente il divieto di imporre restrizioni alla libertà di stabilimento, alla libera prestazione di servizi nonché il divieto di emanare e mantenere nei confronti delle imprese pubbliche e di quelle titolari di diritti speciali o esclusivi misure contrarie alle norme del Trattato.

Ciò premesso, gli affidamenti diretti, cosiddetti *in house*, si possono intendere sia in senso stretto, che in senso lato. Rientrano nei primi le procedure con cui una Pubblica amministrazione affida un servizio ad un suo ente strumentale non dotato di una distinta personalità giuridica; nei secondi la stipula di contratti con società, dotate di propria personalità giuridica, controllate dalla stessa Pubblica amministrazione stipulante (Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott, sentenza 1/3/2005 n. C-458/03).

Mentre la prima ipotesi non è rilevante per la disciplina dei contratti pubblici, consistendo in un semplice atto di organizzazione amministrativa, in caso di *in house providing* *latu sensu* l'interprete è obbligato a porsi davanti alla delicata questione se esista o non esista l'obbligo di porre in essere le procedure ad evidenza con conseguente applicazione della legislazione di secondo grado in ipotesi di appalto o dei principi fondamentali del Trattato in caso di concessione.

Il forte interesse suscitato dall'*in house providing* è la dimostrazione di quanto l'applicazione del diritto comunitario ormai incida, sul diritto degli Stati membri, non solo a livello centrale ma anche

appalti, 2/2008, p. 213.

¹⁸¹ Libro Bianco COM (98) 143, *Public Procurement in the European Union*, presentato a Bruxelles l'11.03.1998, successive al Libro Verde COM (96) 583, *Public Procurement in the European Union – Exploring the way forward*, presentato a Bruxelles il 27.11.1996.

e soprattutto in ambito locale. Per anni, la possibilità per le pubbliche amministrazioni di affidare senza gara i contratti, fossero appalti o concessioni, è stata un classico nella gestione delle aziende municipalizzate e nella creazione delle società partecipate, in particolar modo nel campo dei servizi pubblici locali. Col tempo, l'incidenza della disciplina europea ha ridotto la libertà di azione delle autorità pubbliche e, contemporaneamente, ha aumentato la concorrenza sul mercato degli operatori economici. Allo stesso modo l'interpretazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia ha limitato, al fine di salvaguardare la libera prestazione di servizi e sulla base dell'incompatibilità tra interessi pubblici e privati, le ipotesi di assegnazione diretta dei contratti pubblici.

La giurisprudenza comunitaria sull'*in house providing* ha inizialmente tentato di armonizzare i principi a tutela della concorrenza presenti nel Trattato CE con il potere di auto-organizzazione parimenti riconosciuto alle amministrazioni pubbliche degli Stati membri. Infatti, l'affidamento in house rappresenta sostanzialmente una scelta alternativa rispetto al ricorso al mercato, che si giustifica a fronte del potere di organizzazione proprie delle pubbliche amministrazioni, secondo una prospettiva già considerata dalla giurisprudenza nazionale allorchè si era precisato che *“le pubbliche amministrazioni nell'esercizio delle loro attività organizzative non possono incontrare limiti nella disciplina comunitaria. L'organizzazione autonoma delle pubbliche amministrazioni rappresenta un modello distinto ed alternativo rispetto all'accesso al mercato”* (cfr. Cons. Stato 23 aprile 1998, n. 477, in Giur. it, 1998, p. 1731). Tale apertura giurisprudenziale, diretta a configurare un regime derogatorio rispetto all'operare delle regole e dei principi in tema di concorrenza hanno destato numerose perplessità e hanno richiesto l'intervento del Giudice comunitario (mediante un ampio ricorso al rinvio pregiudiziale) al fine di delimitare i contorni dell'affidamento diretto.

In particolare, con riferimento allo specifico settore dei servizi pubblici, si è sin da subito osservato come un'interpretazione ampia dei presupposti delle gestioni in house fosse tale da porsi in antitesi con la risalente elaborazione giurisprudenziale che, attraverso l'utilizzo della normativa sanzionatoria dell'abuso di posizione dominante, aveva progressivamente circoscritto l'area di legittimità dei monopoli e dell'attribuzione di diritti speciali o esclusivi. Lo stesso avvocato generale Georges Comas, nelle conclusioni relative alla causa Teckal, aveva avuto modo di puntualizzare che *“se ammettiamo la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di potersi rivolgere a enti separati, al cui controllo procedere in modo assoluto o relativo, per la fornitura di beni in violazione della normativa comunitaria in materia, ciò aprirebbe gli otri di Eolo per elusioni contrastanti con l'obiettivo di assicurare una libera e leale concorrenza che il legislatore comunitario intende conseguire attraverso il coordinamento delle procedure per l'aggiudicazione degli appalti pubblici”*.

In assenza di una definizione normativa espressa, è stata la giurisprudenza comunitaria, partendo da una precisazione dei concetti di appalto pubblico e di concessione di pubblico servizio, a ricavare in negativo i confini dell'*in house providing*. In realtà le prime pronunce della Corte di Giustizia trattano del tema in oggetto solo *obiter dictum* e, dunque, con argomentazioni di passaggio rispetto alla specifica questione oggetto del giudizio. Al contrario, le conclusioni degli Avvocati generali si preoccupano più diffusamente di stabilire i termini entro i quali è possibile configurare la cosiddetta delega interorganica.

2. I concetti di “amministrazione aggiudicatrice” e di “organismo di diritto pubblico” nell’ambito della disciplina sugli appalti pubblici.

Come noto, la necessità di garantire la realizzazione del mercato unico europeo attraverso il rispetto delle libertà economiche intorno a cui si è costituita la Comunità europea ha imposto una disciplina di coordinamento delle normative nazionali in materia di appalti banditi dalle pubbliche amministrazioni degli Stati membri, che costituiscono per la loro importanza economica un settore chiave per lo sviluppo del mercato unico europeo.

Le differenze tra le discipline nazionali sui contratti delle pubbliche amministrazioni non hanno mancato di suscitare rilevanti problematiche in punto di recepimento e diretta applicazione delle norme comunitarie sugli appalti pubblici negli ordinamenti giuridici dei singoli Stati membri. Particolarmente interessante si è rivelato, in proposito, il dibattito intorno alla nozione di amministrazione aggiudicatrice che, ai sensi del diritto europeo, consente di individuare i soggetti tenuti ad osservare la disciplina europea sui pubblici appalti. In particolare, si è posta la questione se la normativa comunitaria in materia di appalti contenga una definizione omnicomprensiva di amministrazione aggiudicatrice che sia tale da imporsi alle diverse tradizioni giuridiche nazionali.

In tempi recenti il problema della tutela della concorrenza in materia di pubblici appalti di è incentrato soprattutto sulla nozione di “organismo di diritto pubblico”, espressamente prevista dalle direttive¹⁸² e gradualmente chiarita dalla giurisprudenza¹⁸³.

¹⁸² L'art. 1, par. 9, direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, al secondo comma stabilisce che “*Gli elenchi, non limitativi, degli organismi e delle categorie di organismi di diritto pubblico che soddisfano i criteri di cui al secondo comma, lettere a), b), e c), figurano nell'allegato III. Gli Stati membri notificano periodicamente alla Commissione le modificazioni intervenute nei loro elenchi*”. Per ciò che concerne lo Stato italiano, nell'elenco non tassativo di cui all'allegato III vengono annoverati i seguenti Organismi: Società «Stretto di Messina», Ente autonomo mostra d'oltremare e del lavoro italiano nel mondo, Ente nazionale per l'aviazione civile - ENAC, Ente nazionale per l'assistenza al volo - ENAV, ANAS S.p.A; e le seguenti Categorie: Enti portuali e aeroportuali, Consorzi per le opere idrauliche, Università statali, gli istituti universitari statali, i consorzi per i lavori interessanti le università, Istituzioni pubbliche di assistenza e di beneficenza, Istituti superiori scientifici e culturali, osservatori astronomici, astrofisici, geofisici o vulcanologici, Enti di ricerca e sperimentazione, Enti che gestiscono forme obbligatorie di previdenza e di

La definizione di organismo di diritto pubblico si rinviene nell'art. 2, par. 1, lett. a, direttiva 2004/17/CE del 31 marzo 2004 che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali e nell'art. 1, par. 9, direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi¹⁸⁴, ai sensi dei quali:

“1. Ai fini della presente direttiva, s'intende per:

a) «amministrazioni aggiudicatrici»: lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli organismi di diritto pubblico, le associazioni costituite da uno o più di tali enti pubblici territoriali o da uno o più di tali organismi di diritto pubblico.

Per «organismo di diritto pubblico» s'intende qualsiasi organismo:

- istituito per soddisfare specificamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale,*
- dotato di personalità giuridica, e*
- la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, da enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi o il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.”.*

Nella figura dell'organismo di diritto pubblico, pertanto, viene ricondotta una serie di soggetti che, a prescindere dalla loro forma giuridica (privata o pubblica), presentano contemporaneamente le suelencate tre condizioni¹⁸⁵.

A causa dell'ambiguità della definizione comunitaria, del carattere latamente politico di tali soggetti giuridici e dei rapporti intercorrenti con le autorità amministrative, gli organismi di diritto pubblico per lungo tempo hanno ostacolato il rispetto delle regole concorrenziali sul mercato, fino a quando alcuni interventi giurisprudenziali hanno imposto la trasparenza nelle procedure e il ricorso a gare ad evidenza pubblica per l'affidamento di incarichi. Alla precisazione della definizione dell'organismo di diritto pubblico è stata dedicata una particolare attenzione da parte della

assistenza, Consorzi di bonifica, Enti di sviluppo e di irrigazione, Consorzi per le aree industriali, Comunità montane, Enti preposti a servizi di pubblico interesse, Enti pubblici preposti ad attività di spettacolo, sportive, turistiche e del tempo libero, Enti culturali e di promozione artistica.

¹⁸³ Cfr. *ex plurimis* sent. Cort. Giust. 10 maggio 2001, *Agorà S.r.l. e Excelsior S.n.c. di Pedrotti Bruna & C. contro Ente Autonomo Fiera internazionale di Milano e Cifrat Soc. coop. a r.l.*, cause riunite C-223/99 e C-260/99, in Racc. 2001, pp. I-3605.

¹⁸⁴ Il Codice dei contratti pubblici, nel fornire la nozione di amministrazioni aggiudicatrici così delimitando sul versante soggettivo l'ambito della sua operatività (artt. 3, comma 25 e 32), ribadisce il riferimento alla nozione di organismo di diritto pubblico (art. 3, comma 26).

¹⁸⁵ Sulla necessità che i tre requisiti sussistano contemporaneamente si veda la sentenza della Corte di Giustizia del 15 gennaio 1998, causa C-44/96, *Mannesman Anlagenbau Austria AG c. Srohal Roationdruck GesmbH*, in Racc. 1998, p. I-73.

giurisprudenza comunitaria e nazionale, superiore rispetto alle altre categorie di amministrazioni aggiudicatrici indicate nelle direttive comunitarie sugli appalti pubblici (Stato, enti pubblici territoriali e associazioni costituite da uno o più enti pubblici territoriali) e che talvolta ha fatto dimenticare come tale soggetto giuridico non esaurisca l'insieme dei soggetti sottoposti alla disciplina in questione, ma si inserisca come categoria autonoma in quella più ampia delle "amministrazioni aggiudicatrici".

Infatti, le associazioni tra enti pubblici territoriali e le organizzazioni *in house* costituiscono attualmente i più rilevanti strumenti organizzativi di cui si avvalgono le pubbliche amministrazioni degli Stati membri per reperire le risorse di cui necessitano per lo svolgimento della propria attività istituzionale, quali prestazioni di lavori, servizi e forniture¹⁸⁶, mentre l'elaborazione della figura dell'organismo di diritto pubblico risponde all'esigenza di dilatare il novero delle amministrazioni aggiudicatrici così da garantire l'effetto utile della disciplina sugli appalti pubblici e da assicurarne l'applicazione nei diversi ordinamenti giuridici degli Stati membri. Infatti, la qualificazione di un singolo ente in termini di organismo di diritto pubblico assume rilievo in sede di delimitazione dell'ambito soggettivo di operatività della disciplina comunitaria, nonché della disciplina nazionale di riferimento, relativa alle procedure di aggiudicazione degli appalti c.d. sopra soglia, comportando il doveroso rispetto delle direttive comunitarie in tema di appalti.

Recentemente tuttavia il dibattito sull'effettività dei principi del mercato interno si è spostato, rivolgendosi non più "a monte", intorno alla delimitazione dei soggetti equiparati alla pubblica amministrazione nelle procedure concorsuali degli appalti, ma piuttosto "a valle", con riferimento all'esclusione dell'evidenza pubblica negli affidamenti a enti collegati alla pubblica amministrazione¹⁸⁷.

Proprio la giurisprudenza comunitaria in tema di *in house providing* ha messo in evidenza un limite soggettivo all'applicazione della normativa sugli appalti e/o della disciplina delle concessioni, affermando che le procedure ad evidenza pubblica non devono essere osservate nel caso in cui tra amministrazione aggiudicatrice e soggetto beneficiario intercorra un rapporto che può essere indicato genericamente come "assimilazione". Tale rapporto, in un primo tempo, è stato associato alla c.d. relazione interorganica, in forza della quale un organo investito in via primaria della competenza in una data materia, perché riconosciuto il più adatto per lo svolgimento della relativa attività, consente unilateralmente ad altro organo, mediante atto formale, di esercitare la stessa competenza, mantenendo comunque i poteri di direzione, di vigilanza, di revisione e di avocazione

¹⁸⁶ Cfr. Dario Casalini, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Jovene Editore, Napoli, 2004, p. 3 ss.

¹⁸⁷ Cfr. Stefano Ferrando, *L'in house providing nel diritto comunitario degli appalti e delle concessioni*, Forum Editrice, Udine, 2007, p. 22.

sul delegatario. Taluni interpreti, nel campo degli appalti e delle concessioni, hanno individuato una corrispondenza tra la delegazione interorganica e il fenomeno dell'*in house providing*, anche se successivamente gli stessi hanno riconosciuto che almeno due ordini di motivi ostano alla semplice sovrapposizione tra i due istituti.

In primo luogo, in caso di affidamento dell'attività oggetto della procedura concorsuale al prestatore *in house* il rapporto giuridico tra quest'ultimo e l'amministrazione pubblica non è un contratto e, dunque, viene sottratto alla disciplina di appalti e concessioni. Nonostante gli enti amministrativi appartenenti o meno alla stessa struttura giuridica siano soliti concludere tra loro accordi *sui generis*, comunemente indicati come appalti interni, sarebbe più corretto designare tale situazione con la denominazione di "rapporto quasi *in house*" anziché con la definizione di "contratto *in house*".

In secondo luogo, poi, la delegazione interorganica implica la presenza di due organi amministrativi, cosicché la stessa non può ricorrere qualora il rapporto si profili tra operatori privati, anche se incaricati dello svolgimento di funzioni di natura amministrativa o di servizi d'interesse generale. Il meccanismo dell'*in house providing*, infatti, tende a sottolineare proprio l'identità sostanziale degli enti coinvolti nel caso concreto.

Occorre rilevare, peraltro, che l'assenza di personalità giuridica in capo al prestatore incaricato dall'amministrazione, nella misura in cui non consente di escludere *in toto* la qualificazione del rapporto come contratto pubblico, pone l'esigenza di stabilire se l'imprenditore risulti, rispetto all'autorità aggiudicatrice, distinto sul piano formale (e quindi dotato di distinta soggettività giuridica anche se non necessariamente di personalità giuridica), nonché autonomo sul piano sostanziale.

3. Le sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità Europee in materia di *in house providing*.

3.1 La sentenza Teckal del 18 novembre 1999.

È opinione generalmente condivisa che l'*in house providing* sia stato codificato nella famosa sentenza relativa al caso *Teckal S.r.l. c. Comune di Viano e Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*¹⁸⁸, ove la Corte di Giustizia ha fornito un contributo decisivo alla definizione di tale forma di gestione dei servizi pubblici, delineandone i limiti ed individuando i due criteri cumulativi, la cui contemporanea sussistenza consente di sottrarre alle procedure di

¹⁸⁸ Sentenza Teckal del 18 novembre 1999, causa C-107/98.

aggiudicazione previste per gli appalti pubblici tutti quei rapporti intercorrenti tra una pubblica amministrazione e un ente soggetto all'influenza dominante di quest'ultima¹⁸⁹.

L'occasione per l'emanazione di tale pronuncia scaturì da un ricorso proposto dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia Romagna dalla Teckal S.r.l. contro la delibera con cui il consiglio comunale di Viano aveva affidato all'AGAC la gestione del servizio di riscaldamento di alcuni edifici comunali. L'impugnazione della Teckal, in particolare, lamentava il mancato ricorso alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici previste dalla normativa comunitaria da parte del comune di Viano.

Il TAR Emilia Romagna ritenne necessario procedere con una domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte di Giustizia vertente sull'interpretazione della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che all'epoca coordinava le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, ed in particolare del suo art. 6, secondo cui *“la presente direttiva non si applica agli appalti pubblici di servizi aggiudicati ad un ente che sia esso stesso un'amministrazione (aggiudicatrice) [...], in base a un diritto esclusivo di cui beneficia in virtù delle disposizioni legislative, regolamentari od amministrative pubblicate, purché tali disposizioni siano compatibili con il trattato”*.

La questione pregiudiziale succitata, più precisamente, demandava al giudice comunitario il compito di stabilire se le disposizioni del diritto comunitario in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici fossero applicabili qualora un ente locale avesse affidato la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi ad un consorzio a cui esso partecipava.

Il Giudice *a quo* chiamato a pronunciarsi ritenne preliminarmente necessario stabilire quale fra la direttiva 92/50/CEE (cd. direttiva servizi) e la direttiva 93/36/CEE (cd. direttiva forniture)¹⁹⁰ dovesse essere applicata al caso concreto, posto che nel caso concreto l'appalto pubblico aveva ad oggetto contemporaneamente prodotti ai sensi della direttiva forniture 93/36/CEE e servizi ai sensi della direttiva 92/50/CEE.

La Corte, applicando un criterio quantitativo, risolse tale questione preliminare stabilendo che l'appalto misto dovesse rientrare nell'ambito di applicazione della direttiva forniture qualora il valore dei prodotti previsti dal contratto fosse superiore a quello dei servizi e che, per fornire un'interpretazione del diritto comunitario utile al giudice nazionale, occorresse chiarire le disposizioni della direttiva forniture 93/36/CEE che non conteneva alcuna disposizione analoga a quella dell'art. 6 della direttiva 92/50/CEE richiamata.

¹⁸⁹ Cfr. Francesco Caringella, *Lo strano caso dell'affidamento in house*, in *Il corriere del merito*, 3/2005, p. 347.

¹⁹⁰ Entrambe le direttive citate sono ora confluite nella Direttiva 2004/18/CE.

Al fine di stabilire se lo svolgimento di una procedura ad evidenza pubblica fosse obbligatorio, ai sensi della suddetta direttiva, occorre stabilire se l'aggiudicazione nel caso in esame configurasse o meno un appalto pubblico di forniture, in forza di un vero e proprio rapporto di natura contrattuale intercorrente fra l'ente pubblico ed un soggetto terzo.

La Corte di Giustizia, infatti, stabilì che, in casi simili, il Giudice nazionale avrebbe dovuto verificare se in concreto si potesse rilevare un incontro di volontà tra soggettività giuridiche distinte. “A questo proposito – si legge ai punti 50 e 51 della motivazione – conformemente all'art. 1, lett. a), della direttiva 93/36 basta, in linea di principio, che il contratto sia stato stipulato, da una parte, da un ente locale e, dall'altra, da una persona giuridicamente distinta da quest'ultimo. Può avvenire diversamente solo nel caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano”

La Corte, decidendo sul caso, affermò che essendo il Comune un'amministrazione aggiudicatrice sarebbe stato necessario bandire una gara pubblica qualora si fosse trattato di due soggetti distinti tra i quali veniva concluso un contratto configurabile come appalto, chiarendo come, al contrario, l'affidamento diretto potesse avvenire *“solo nel caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano”*

Vennero così identificati i cosiddetti “criteri Teckal” da tenere in debita considerazione al fine di stabilire se sia possibile nel caso concreto procedere con un affidamento diretto in house.

Fin da questa prima sentenza, e dal tenore della successiva giurisprudenza sull'in house providing, è stato evidente che i due criteri del controllo analogo e dell'attività prevalente sono senza dubbio a carattere cumulativo, in quanto l'amministrazione aggiudicatrice deve esercitare un potere d'ingerenza analogo sull'ente beneficiario e nel contempo l'ente beneficiario deve svolgere la parte prevalente delle prestazioni a favore dell'amministrazione aggiudicatrice.

Pertanto, i giudici comunitari hanno chiarito che i due requisiti richiamati hanno anche natura permanente, nel senso che le condizioni di controllo e di attività tra autorità committente e soggetto prestatore devono essere rispettate durante l'intera durata del contratto pubblico, pena la perdita delle caratteristiche dell'istituto dell'in house providing.

Pertanto, le procedure ad evidenza pubblica non possono essere escluse solo perché l'affidatario del servizio (in appalto o in concessione) o della fornitura è una persona giuridica pubblica. L'elemento

che consente di escludere l'applicabilità delle direttive comunitarie è da ricercarsi nell'assenza della terzietà dell'affidatario rispetto all'amministrazione appaltante, da valutarsi con riguardo ai principi elaborati dalla giurisprudenza comunitaria.

Nella giurisprudenza Teckal, inoltre, la possibilità di un affidamento diretto non era esclusa nemmeno nell'ipotesi in cui l'ente aggiudicatore fosse partecipato da privati, in quanto la situazione del controllo analogo non poteva essere esclusa in astratto dalla presenza di un partenariato privato.

3.1.1. Il requisito del controllo analogo

Secondo la definizione della Corte di Giustizia, così come espressa per la prima volta nella sentenza Teckal appena esaminata, la prima condizione che deve essere soddisfatta per perfezionare un'ipotesi di in house providing è che *“l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sull'ente beneficiario, un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi”*.

La Corte di Giustizia, dal canto suo, solo con le pronunce Parking Brixen e Carbotermo ha provveduto a fornire una definizione del controllo analogo, facendo riferimento a *“un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni importanti”*. Sino a quel momento la Corte, piuttosto che fornire chiarimenti in relazione a tale criterio, aveva preferito concentrarsi sulle particolari circostanze che escludono un controllo analogo oppure si era limitata ad osservare che anche la sussistenza di una situazione di autonomia finanziaria non impedisce il configurarsi di un rapporto *in house*.

Tale situazione ricorre, in particolare, quando sussiste uno stringente controllo gestionale e finanziario dell'ente pubblico sull'ente societario. In tale caso, l'affidamento *in house* è consentito senza ricorrere alle procedure di evidenza pubblica prescritte dalle disposizioni comunitarie, poiché si è in presenza di un fenomeno di delegazione interorganica. Infatti, dal momento che l'amministrazione gode, nei confronti dell'operatore, di un potere di controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi, i compiti che essa affiderà a quest'ultimo saranno da considerarsi come se fossero stati semplicemente delegati al suo interno.

La capacità dell'ente pubblico di influire sul funzionamento del prestatore e l'assenza di autonomia in capo a quest'ultimo comportano la mancanza di qualsiasi rilevanza esterna al contratto stipulato tra l'ente ed il prestatore di servizi.

Per procedere ad una corretta individuazione del controllo analogo occorre distinguere tra due differenti tipologie di controllo: il controllo strutturale e il controllo sull'attività. Per controllo strutturale, in via generale, si intende il potere di nomina della maggioranza dei soggetti che compongono gli organi di amministrazione, direzione o vigilanza del soggetto aggiudicatario;

mentre il controllo sull'attività viene identificato nella valutazione della conformità dell'attività svolta dall'ente gestore ad un parametro legale.

Solo il controllo strutturale è *condicio sine qua non* per ravvisare un'ipotesi di *in house providing*, mentre il controllo sull'attività non può essere considerata condizione sufficiente a tal fine; fermo restando che tali forme di controllo siano eventualmente presenti in contemporanea. Il mero controllo sull'attività del prestatore in house non integra gli estremi di un'ingerenza pubblica sull'organizzazione imprenditoriale tale da considerare l'aggiudicatario parte integrante dell'amministrazione controllante.

3.1.2. Il requisito dell'attività prevalente.

Il criterio dell'attività prevalente richiede che l'ente beneficiario “realizzi la parte più importante della propria attività” a favore dell'amministrazione aggiudicatrice e che “ogni altra attività risulti avere solo un carattere marginale”.

La Corte di Giustizia ha provveduto a chiarire in quali casi sussista tale secondo requisito solo in un secondo tempo, accontentandosi di escludere la sussistenza dell'*in house providing* unicamente sulla base dell'assenza del controllo analogo.

In mancanza di più precise indicazioni da parte del Giudice comunitario, gli interpreti hanno ritenuto che l'espressione “parte più importante” dovesse essere interpretata secondo un criterio di carattere quantitativo e individuata sulla base del fatturato prodotto dal soggetto prestatore con l'autorità committente.

Solo con la pronuncia Carbotermo la Corte di Giustizia ha chiarito che, per verificare la sussistenza del criterio dell'attività prevalente, “il giudice competente deve prendere in considerazione tutte le circostanze del caso di specie, sia qualitative sia quantitative”. Di conseguenza, l'accertamento del fatturato tra autorità committente e soggetto prestatore, pur continuando a rilevare come elemento indiziario, non avrebbe più assunto un carattere dirimente per valutare la sussistenza del requisito dell'attività prevalente. Come chiarito dalla Corte “il fatturato determinante è rappresentato da quello che l'impresa in questione realizza in virtù delle decisioni di affidamento adottate dall'ente locale controllante”, non interessando, ai fini della ricostruzione di una relazione in house, i flussi economici generati in altro modo tra ente conferente e operatore incaricato¹⁹¹.

¹⁹¹ Cfr. CGCE, sentenza Carbotermo, causa n. C-340/04.

3.2 Le sentenze Stadt Halle e Co.Na.Me.

L'esame dei diversi passaggi della giurisprudenza comunitaria evidenzia a prima vista un netto *revirement* da parte del giudice comunitario, tale da consentire l'individuazione di un gruppo omogeneo di sentenze anteriori al 2005 e una seconda *tranche* di sentenze emesse dal 2005 in poi.

Il 2005, in particolare, è stato identificato come l'*annus horribilis* per l'*in house providing* in quanto la giurisprudenza comunitaria, impegnata a verificare *ex professo* la compatibilità con il modello *in house* di società miste e società a totale partecipazione pubblica, ha deciso di adottare un orientamento restrittivo in relazione al modello delle società miste.

Nella sentenza *Stadt Halle RPL Recyclingpark Lochau GmbH c. Arbeitsgemeinschaft Termiche Restabfall und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*¹⁹² i giudici hanno delimitato l'operatività della deroga in ordine all'affidamento diretto di un servizio nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice posseda il pacchetto azionario di maggioranza del soggetto affidatario. La questione interpretativa sottoposta alla Corte di Giustizia, sollevata dalla società *Arbeitsgemeinschaft Termiche Restabfall und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, riguardava l'affidamento di un appalto di servizi (*rectius*: trattamento dei rifiuti) operato senza il ricorso alla gara ad evidenza pubblica dalla Città di Halle in favore di una società partecipata in via maggioritaria, la RPL *Recyclingpark Lochau GmbH*. La Stadt Halle aveva affidato alla RPL *Lochau*, con delibera comunale e senza avviare alcuna formale procedura d'appalto, un contratto per lo smaltimento e un progetto per il recupero, in materia di trattamento dei rifiuti urbani. La RPL *Lochau* era una società a responsabilità limitata, il cui capitale era sottoscritto in via maggioritaria dalla Città di Halle e in via minoritaria da privati, mentre la sua direzione commerciale e tecnica era stata attribuita ad un'impresa terza dalla Città di Halle che manteneva potere di verifica contabile.

Il giudice del rinvio, più precisamente, chiedeva alla Corte di Giustizia di chiarire, tanto in termini generali quanto con riferimento a norme specifiche, in relazione alla disciplina dell'impresa "pubblica o collegata" di cui alla direttiva 93/38/CEE, "*in presenza di quali condizioni un organismo formalmente distinto da un'amministrazione aggiudicatrice, in cui vi sia la partecipazione societaria di privati (società mista a prevalente capitale pubblico), debba considerarsi come facente parte della pubblica amministrazione ossia come organismo di gestione economica dell'amministrazione aggiudicatrice*". Nel confermare l'eccezionalità della deroga al ricorso all'*in house providing*, i giudici hanno affrontato la specifica questione della natura mista del capitale della società affidataria, escludendo l'applicabilità della deroga per le forme di partenariato pubblico-privato. In base alle argomentazioni della Corte, "*il rapporto tra un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ed i suoi servizi è condizionata ad esigenze*

¹⁹² CGCE 11 gennaio 2005, causa n. C-26/03, in Racc. 2005, pp. I-1.

proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico. Per contro, qualunque investimento di capitale privato in un'impresa pubblica obbedisce a considerazioni proprie di interessi privati e persegue obiettivi di natura differente". Pertanto, l'affidamento diretto di un appalto pubblico ad una società mista pregiudica *"l'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata ed il principio di parità di trattamento degli interessi contemplati dalla direttiva 92/50/CEE, in particolare nella misura in cui una procedura siffatta offrirebbe ad una impresa privata presente nel capitale della detta società un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti"*.

Da ciò consegue che, nell'ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice intenda affidare un servizio ad una società nella quale detiene una partecipazione, ancorché prevalente, insieme con una o più imprese private, essa deve necessariamente espletare le procedure di affidamento degli appalti pubblici previsti dalla normativa comunitaria, in quanto la relazione che viene ad instaurarsi tra interesse pubblico e interesse dei privati si atterrebbe in termini di vera e propria incompatibilità. Tale assunto venne successivamente ribadito dalla Corte di giustizia, pochi mesi dopo, nella **sentenza Consorzio Aziende Metano (Co.Na.Me.) c. Comune di Cingia dè Botti**¹⁹³, nella quale si esclude la perseguibilità degli affidamenti in house tutte le volte in cui il soggetto aggiudicatario è partecipato da privati, in quanto tale partecipazione sarebbe *ex se* idonea a precludere la spendibilità di un "controllo analogo".

Nel caso di specie il Comune di Cingia dè Botti aveva attribuito con affidamento diretto il servizio di distribuzione del metano e di manutenzione degli impianti di gas alla Padania Acque S.p.A., società a prevalente capitale pubblico detenuto dalla Provincia di Cremona nonché da quasi tutti i comuni di tale provincia. Con ricorso al giudice amministrativo, il Consorzio Aziende Metano lamentò che l'affidamento del servizio in parola sarebbe dovuto avvenire mediante una procedura d'aggiudicazione ad evidenza pubblica.

In questa occasione il giudice comunitario, dopo aver sottolineato che la controversia principale concerneva l'attribuzione di una concessione, ribadì che *"il fatto che una società sia aperta, almeno in parte, al capitale privato impedisce di considerarla come una struttura di gestione interna di un servizio pubblico nell'ambito dei Comuni che ne fanno parte"*, specificando inoltre come il requisito del "controllo analogo" fosse da considerarsi escluso anche in presenza di una partecipazione irrisoria da parte del comune al capitale della società costituita insieme ad altri enti locali per la gestione di un servizio pubblico.

La Corte, inoltre, in merito all'applicazione del modello dell'in house providing alla concessione, precisò come, a differenza che nel caso dell'appalto, non fosse possibile individuare criteri specifici tali da consentire un affidamento senza gara della concessione stessa, quali quello del controllo

¹⁹³ CGCE 21 luglio 2005, causa C-231/03.

analogo e dell'attività prevalente, ma fece riferimento a “circostanze obiettive” tali da giustificare una differenza di trattamento tra imprese. Di conseguenza, diversamente dalla giurisprudenza Teckal, nel caso *de quo* non si tratta di cogliere dei profili inerenti il rapporto instaurato tra amministrazione e prestatore al fine di dimostrare la sostanziale coincidenza tra le parti contrattuali, ma di identificare delle situazioni che, sulla base di un contemperamento d'interessi da valutare di volta in volta, consentano di escludere la messa in concorrenza del servizio in concessione.

3.3 Le sentenze Mödling e Parking Brixen.

Considerazioni analoghe a quelle rappresentate nei casi Stadt Halle e Co.Na.Me furono espresse dalla Corte di Giustizia nel caso **Mödling**¹⁹⁴, relativo all'affidamento diretto del servizio di smaltimento rifiuti da parte di un comune austriaco ad una società a capitale interamente pubblico, le cui quote azionarie di minoranza erano state successivamente cedute ad una società privata. Con tale pronuncia la Corte confermò l'illegittimità dell'affidamento in house di un servizio pubblico ad una società a capitale misto pubblico-privato.

In particolare, nel caso di specie il Comune di Mödling aveva costituito la società Abfallwirtschafts GmbH, il cui oggetto sociale consisteva nella fornitura di servizi in materia di gestione ecologica dei rifiuti e nel relativo svolgimento di trattative commerciali nel campo dello smaltimento dei rifiuti, comprensivo anche dell'elaborazione e dello sviluppo di un sistema per la gestione dei rifiuti, principalmente per il Comune di Mödling (che era anche l'unico socio).

Il Comune aveva trasferito in esclusiva alla Abfallwirtschafts il servizio di raccolta e trattamento dei rifiuti e, successivamente, aveva ceduto una parte del capitale di tale società ad un'impresa privata. Ad avviso dei giudici comunitari, l'affidamento in house è da considerarsi illegittimo non solo in presenza di una partecipazione congiunta di soggetti pubblici e privati al capitale sociale, ma anche quando alla totale partecipazione pubblica si accompagnino elementi tali da determinare una limitazione dei poteri di controllo da parte dell'ente locale sul soggetto incaricato del servizio. Tali fattori possono essere individuati, esemplificativamente, nella presenza di un oggetto sociale troppo ampio, nella previsione obbligatoria della privatizzazione della società, nella potenziale operatività dell'impresa su tutto il territorio nazionale e anche all'estero¹⁹⁵ e, soprattutto, il riconoscimento a livello statutario di poteri gestionali in capo all'organo esecutivo, esercitabili autonomamente e senza necessità di autorizzazione preventiva da parte del soggetto pubblico di riferimento; elementi tali da rafforzare la vocazione commerciale della società e al tempo stesso da rendere precario il

¹⁹⁴ CGCE causa n. C-29/04.

¹⁹⁵ Si pensi alla problematica dello svolgimento di attività *extra moenia* da parte di enti affidatari diretti di servizi pubblici locali accennato nel secondo capitolo.

controllo del comune sulla stessa, con la conseguenza di non poter considerare sussistente quel rapporto di “controllo analogo” necessario ai fini dell'applicazione dell'istituto dell'*in house providing*.

È possibile affermare che la giurisprudenza Mödling abbia introdotto una sorta di terzo criterio per valutare la legittimità di affidamenti operati in deroga al principio della gara pubblica. Infatti, tale sentenza non si accontenta di ribadire che da un lato il controllo esercitato dall'autorità aggiudicatrice non deve essere diluito per effetto della partecipazione, anche di minoranza, di un'impresa privata nel capitale della società cui sia stata affidata la gestione del servizio di cui trattasi e, dall'altro lato, che la società deve realizzare la parte essenziale delle proprie attività unitamente all'ente o agli enti che la controllano: essa sottolinea l'esigenza che tali criteri risultino soddisfatti in modo “permanente”. Infatti, nell'ipotesi in cui, una volta soddisfatti i primi due criteri all'atto dell'attribuzione della gestione del servizio, l'amministrazione competente procedesse alla cessione di una parte, anche minoritaria, delle quote della società interessata ad un'impresa privata, ne conseguirebbe che la concessione di un servizio pubblico potrebbe essere attribuita ad un'impresa ad economia mista senza previa aggiudicazione in regime di concorrenza, non risultando così più soddisfatti i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza.

Il controllo analogo, pertanto, deve preesistere rispetto all'affidamento e non già intervenire successivamente, posto che lo stesso configura una relazione organizzativa che deve giustificare l'affidamento, e non certo derivare da esso come conseguenza¹⁹⁶.

Tale linea interpretativa fu adottata dal giudice comunitario anche nella sentenza relativa al caso **Parking Brixen** riguardante l'affidamento diretto senza gara della gestione di due parcheggi, disposto dal Comune di Bressanone in favore della società ASM Bressanone S.p.A., il cui capitale sociale era interamente posseduto dall'ente locale. La Corte di Giustizia, pronunciandosi su un rinvio interpretativo del TAR di Trento, ha giudicato non conforme al modello dell'*in house providing* detta società, per assenza del requisito del controllo analogo, nonostante la totale pubblicità del capitale sociale. Il possesso della totalità delle azioni e la riserva della nomina della maggioranza dei componenti degli organi di amministrazione e controllo in favore dell'ente pubblico non determinano affatto l'attribuzione di un “controllo analogo a quello che l'ente eserciterebbe su un proprio servizio interno”. Ciò in ragione della vocazione commerciale che la società comunale ha assunto in seguito alla trasformazione in società di capitali della vecchia azienda speciale ASM Bressanone S.p.A. tale da rendere precario il controllo del Comune. La

¹⁹⁶ Cfr. Ilaria Rizzo, *Affidamento in house e controllo analogo: una certezza irraggiungibile?*, in *Urbanistica e Appalti*, 11/2009, p. 1436 ss.

previsione, in capo al Comune, del potere di nomina dei rappresentanti del consiglio di amministrazione, se rapportata all'ampiezza delle prerogative attribuite dallo stesso statuto all'organo di amministrazione, non è affatto sufficiente ad assicurare all'ente territoriale alcun controllo concreto sulla società, tantomeno quel controllo analogo che giustifica l'elusione delle regole sulle gare pubbliche.

Nel caso Parking Brixen, con riferimento al contesto temporale dell'affidamento, il Giudice comunitario aveva ritenuto che l'obbligo legale di un'apertura del capitale sociale, da realizzare in un futuro prossimo, potesse rilevare come indice dell'assenza del requisito del controllo analogo, nonostante al momento dell'aggiudicazione del contratto pubblico mancasse l'indizio di un reale interesse di privati. L'elemento discriminante, infatti, è rappresentato dal fatto stesso della credibilità, ancorché solo minoritaria, di parte del capitale sociale a beneficio di soggetti privati.

3.4 La sentenza Anav.

Con la pronuncia Anav c. Amtab e Comune di Bari¹⁹⁷ la Corte di Giustizia, ritornò sul dibattuto tema dell'affidamento diretto di un servizio pubblico locale ad una società a capitale interamente pubblico. In tale occasione la Corte ribadì che gli artt. 43, 49 e 86 del Trattato, nonché i principi di parità di trattamento, di non discriminazione sulla base della nazionalità e di trasparenza non ostano ad una disciplina nazionale (come quella dell'allora art. 113, comma 5, lett. c) che consenta l'affidamento diretto, senza gara, a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

La Corte di Giustizia aggiunse che tali condizioni, costituendo un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, avrebbero dovuto essere interpretate restrittivamente e che *“l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano la deroga a quelle regole grava su colui che intenda avvalersene”*.

Ad avviso dei giudici comunitari, se, in pendenza dell'affidamento del servizio, il capitale della società aggiudicataria fosse aperto ad azionisti privati, *“la conseguenza di ciò sarebbe l'affidamento di una concessione di servizi pubblici ad una società mista senza procedura concorrenziale, il che contrasterebbe con gli obiettivi perseguiti dal diritto comunitario”*. In particolare, *“la partecipazione, ancorché minoritaria, di un'impresa privata nel capitale di una società alla quale partecipa pure l'autorità pubblica concedente esclude in ogni caso che la detta autorità pubblica possa esercitare su tale società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi”*. Quindi,

¹⁹⁷ CGCE 6 aprile 2008, causa n. C-410/04.

se la società concessionaria è una società aperta, anche solo in parte, al capitale privato, tale circostanza impedisce di considerarla una struttura di gestione “interna” di un servizio pubblico nell’ambito dell’ente pubblico che la detiene e, se nel corso della durata di un rapporto di concessione sorto per affidamento diretto muta la compagine sociale dell’affidatario (con l’ingresso anche minoritario di privati) ciò comporta un *vulnus* ai principi sanciti dal Trattato in materia di concorrenza. Con la pacifica conseguenza secondo cui, oltre a dover sussistere nel momento genetico del rapporto, la proprietà pubblica della totalità del capitale sociale non solo deve permanere per tutta la durata del rapporto ma deve anche essere garantita da appositi e duraturi strumenti giuridici, quali il divieto di cedibilità delle azioni posto dalle norme statutarie.

3.5. La sentenza Carbotermo.

Con la sentenza *Carbotermo S.p.A. e Consorzio Alisei c. Comune di Busto Arsizio e AGESP S.p.A.*¹⁹⁸, avente ad oggetto ancora una volta un rinvio pregiudiziale in materia di in house providing, la Corte di Giustizia ha avuto modo di inquadrare e sviluppare il cd. criterio dell’attività prevalente. Nel caso in esame il Comune di Busto Arsizio aveva indetto una gara per la fornitura di energia, nonché per la manutenzione, l’adeguamento e la riqualificazione tecnologica degli impianti termici a servizio degli edifici comunali. Il Comune aveva poi deciso di revocare la gara, affidando direttamente l’appalto alla società AGESP S.p.A., controllata interamente dalla AGES Holding S.p.A., a sua volta il cui capitale apparteneneva per il 99,98% al Comune stesso e per le quote restanti ad alcuni comuni confinanti nella medesima provincia.

La sentenza Carbotermo contiene la prima “interpretazione autentica” del contenuto e della *ratio* del criterio dell’attività prevalente, posto che fino a quel momento il Giudice comunitario si era limitato ad escludere la possibilità di derogare al principio della gara ad evidenza pubblica unicamente sulla base della mancanza del controllo analogo. Nella sentenza in esame la Corte stabilì che “*nel valutare se un’impresa svolga la parte più importante della sua attività con l’ente pubblico che la detiene, al fine di decidere in merito all’applicabilità della direttiva 93/36, si deve tener conto di tutte le attività realizzate da tale impresa sulla base di un affidamento effettuato dall’amministrazione aggiudicatrice, indipendentemente da chi remunera tale attività, potendo trattarsi della stessa amministrazione aggiudicatrice o dell’utente delle prestazioni erogate, mentre non rileva il territorio in cui si è svolta l’attività*”.

¹⁹⁸ CGCE 11 maggio 2006, causa n. C-340/04, in Racc. 2006, pp. I-4137.

BIBLIOGRAFIA

MONOGRAFIE, LIBRI ED OPERE COLLETTANEE

Opere specifiche in materia di *in house providing*

- Casalini Dario, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Jovene Editore, Napoli, 2003;
- Comba Mario – Treumer Steen, *The in house providing in european law*, Djøf Publishing, Copenhagen, 2010;
- Ferrando Stefano, *L'in house providing nel diritto comunitario degli appalti e delle concessioni*, collana *Europa e diritti*, Forum Editrice, Udine, 2007;
- Guzzo Gerardo, *Società miste e affidamenti in house nella più recente evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, Giuffrè Editore, Milano, 2009;
- Iaione Christian, *Le società in house degli enti locali*, Roma, ANCI Lazio, 2006;
- Lorusso Piero, *Appalto in house*, Bonanno Editore, Roma, 2009;
- Massari Alessandro, *Sistemi alternativi all'appalto a evidenza pubblica nell'attività contrattuale degli enti locali*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2004;
- Michetti Enrico, *In house providing. Modalità, requisiti, limiti. Evoluzione legislativa e giurisprudenziale interna ed europea anche alla luce del referendum del 12-13 giugno 2011*, Giuffrè Editore, Milano, 2011;
- Rizzo Ilaria, *L'affidamento in house. Un istituto a cavallo tra il pubblico e il privato*, Dike Giuridica Editrice, Roma, 2009;
- Rizzo Ilaria, *Servizi pubblici locali e affidamento in house alla luce del decreto legge 23 settembre 2009, n. 135, convertito dalla legge 20 novembre 2009, n. 166*, Dike Giuridica Editrice, Roma, 2009;
- Soricelli Gerardo, *Contributo allo studio del modello organizzativo dell'in house providing*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008;
- Villata Riccardo (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Giappichelli Editore, Torino, 2011;

Manuali e testi in materia di Diritto amministrativo

- Caringella Francesco, *Compendio di Diritto amministrativo*, Dike Giuridica Editrice, Roma, 2010, pp. 857-917.

- Franchini Claudio (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, Tomo I e II, Utet Giuridica, Milanofiori Assago, 2007.
- Garofoli Roberto – Ferrari Giulia, *Manuale di diritto amministrativo*, II ed., Nel Diritto Editore, Roma, 2010, pp. 129-213;
- Piperata Giuseppe, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Giuffré, Milano, 2005.
- Vandelli Luciano, *Il sistema delle autonomie locali*, Il Mulino, Bologna, 2011, pp. 173-184.

Manuali e testi in materia di Diritto dei trasporti

- Claroni Alessio (a cura di), *La disciplina del trasporto pubblico locale: recenti sviluppi e prospettive*, in Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Trento, n. 96, 2011.
- Iaione Christian, *La regolazione del trasporto pubblico locale. Bus e taxi alla fermata delle liberalizzazioni*, Jovene Editore, Napoli, 2008.
- Laghi Enrico, *Crisi e risanamento delle aziende di trasporto pubblico locale*, Cedam, Padova, 2001.
- Zunarelli Stefano – Romagnoli Alessandra – Claroni Alessio, *Casi e materiali di diritto pubblico dei trasporti*, Libreria Bonomo Editrice, Bologna, 2008, pp. 287-313.
- Zunarelli Stefano (a cura di), *Il diritto del mercato del trasporto*, Cedam, Padova, 2008, pp. 141-182.
- Zunarelli Stefano, *Lezioni di diritto dei trasporti*, III ed., Libreria Bonomo Editrice, Bologna, 2006, pp. 63-72;

ARTICOLI SU RIVISTA

- Acocella Carla – Liguori Fiorenzo, *Questioni (vere e false) in tema di società miste e in house dopo la pronuncia della plenaria*, in *Foro Amministrativo CDS*, 2008, fasc. 3, p.p. 756-ss.;
- Alesio Massimiliano, *Comuni, affidamenti in house a rischio*, in *Diritto & Giustizia*, 2006, fasc. 37, p.p. 96-ss.;
- Alesio Massimiliano, *Comuni e servizi: difficile evitare le gare. Quel controllo strutturale sugli affidatari*, in *Diritto & Giustizia*, 2006, fasc. 34, p.p. 84-ss.;
- Alesio Massimiliano, *Società miste, no all'affidamento diretto – Mai affidamenti in house se ci sono i privati*, in *Diritto & Giustizia*, 2005, fasc. 5, p.p. 84-ss.;

- Alberti Chiara, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2001, fasc. 3-4, p.p. 405-ss.;
- Ammannati Laura, *La forza espansiva del modello di affidamento in house. Il settore del gas tra assimilazione alla disciplina generale dei servizi pubblici locali e incertezze del modello comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, fasc. 6, p.p. 1709-ss.;
- Balocco Giovanni, *La disciplina degli appalti in house di società concessionarie alla luce della "Merloni - quater"*, in *Urbanistica e Appalti*, 2003, fasc. 3, p.p. 277 - ss.;
- Calsolaro Oronzo Marco, *In house providing: il Tar Napoli interpreta il concetto di controllo analogo*, in *Foro Amministrativo TAR*, 2005, fasc. 4, p.p. 1165-ss.;
- Calsolaro Oronzo Marco, *S.p.A. in mano pubblica e in house providing. La corte di Giustizia CE torna sul controllo analogo: un'occasione perduta?*, in *Foro Amministrativo CDS*, 2006, fasc. 6, p.p. 1670 e ss.;
- Cameriero Luigi, *Gli affidamenti in house, il valzer normativo e giurisprudenziale nella mauvaise époque*, in *Urbanistica e Appalti*, 2007, fasc. 5, p.p. 587-ss.;
- Capantini Massimo, *Contratto di servizio ed affidamenti in house*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004, fasc. 4, p.p. 801-ss.;
- Caranta Roberto, *Dodo, rondine o fenice: quale futuro per l'in house?*, in *Urbanistica e appalti*, 2007, fasc. 12, p.p. 1479-1492;
- Caringella Francesco, *Lo strano caso dell'affidamento in house*, in *Il corriere del merito*, 2005, fasc. 3, p.p. 347-350;
- Carloni Enrico, *Il "carattere" del servizio locale e il suo affidamento e il suo affidamento: il sistema italiano fra aperture, paradossi e regressioni*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2004, fasc. 4, p.p. 786 ss.;
- Cavallo Perin Roberto- Casalini Dario, *L'"in house providing": un'impresa dimezzata*, in *Diritto amministrativo*, 2006, fasc. 1, p.p.51 ss.;
- Colombari Stefano, *"Delegazione interorganica" ovvero "in house providing" nei servizi pubblici locali*, in *Foro Amministrativo Consiglio di Stato*, 2004, fasc. 4, p.p. 1136-ss.;
- Colombari Stefano, *Il modello in house providing tra mito (interno) e realtà (comunitaria)*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, fasc. 2, p.p. 211-220;
- Del Giudice Ivan, *Perduranti profili di incertezza sul ricorso all'in house providing ed alle società miste anche alla luce della più recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Foro Amministrativo TAR*, 2008, fasc. 5, p.p. 1546-1570.;

- De Nictolis Rosanna, *La Corte CE si pronuncia in tema di tutela della trattativa privata, negli affidamenti in house e a società mista*, in *Urbanistica e Appalti*, 2005, pp. 308-ss.;
- Didonna Michele, *Il caso, chiuso, degli affidamenti in house*, in *Urbanistica e appalti*, 2006, fasc. 4, p.p. 377-ss.;
- Elefante Francesco, *Gli affidamenti "in house" nei servizi pubblici locali: il lungo cammino verso il riconoscimento della eccezionalità del modello gestionale societario a partecipazione pubblica totalitaria*, in *Foro Amministrativo TAR*, 2008, fasc. 1, p.p. 265-ss.;
- Fanizzi Rosa, *Il Consiglio di Stato accoglie un'interpretazione restrittiva dei requisiti dell'"in house providing" secondo una lettura comunitaria del fenomeno*, in *Giustizia Civile*, 2008, fasc. 4, p.p.1057-ss.;
- Ferraro Vincenzo, *La nuova ricostruzione dell'in house providing proposta dalla Corte di Giustizia nella sentenza Stadt Halle*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, fasc. 3-4, p.p.1004-ss.;
- Ferraro Vincenzo, *La sentenza Auroux-Commune De Roanne: una nuova pronuncia del giudice comunitario in materia di affidamento di un appalto senza procedura ad evidenza pubblica*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2007, fasc. 1, p.p. 350-371;
- Galesi Marco, *In house providing: verso una concreta definizione del "controllo analogo"?*, in *Urbanistica e appalti*, 2004, fasc. 8, p.p. 930-ss.;
- Galetta Diana Urania, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed in house providing nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2007, fasc. 1, p.p. 17-50;
- Gaverini Fabrizio, *Alle "radici" dell'in house providing: la giustizia amministrativa italiana si rimette alla Corte di Giustizia CE*, in *Foro Amministrativo TAR*, 2004, fasc. 10, p.p. 3111-ss.;
- Gaverini Fabrizio, *Nuove precisazioni in tema di in house providing e di «controllo» sulla partecipazione, non meramente simbolica, degli enti al capitale delle società che gestiscono pubblici servizi*, in *Foro Amministrativo Consiglio di Stato*, 2005, fasc. 7-8, p.p. 2004-ss.;
- Gilberti Biagio, *In house providing: questioni vecchie e nuove*, in *Foro Amministrativo CDS*, 2006, fasc. 1, p.p. 44-ss.;
- Giorello Marco, *L'affidamento dei servizi pubblici locali tra diritto comunitario e diritto italiano*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004, fasc. 3-4, p.p. 929-ss.;
- Giorgio Miriam, *L'affidamento in house è sempre un'eccezione? Il caso Catania Multiservizi (commento a Cons. giust. amm. per la regione Sicilia, sez. giur., 4 settembre 2007, n. 719)*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2008, fasc. 5, p.p. 544-554;

- Giovannelli Mauro, *Divieto di affidamento di servizi pubblici senza gara a società mista e ulteriore restrizione dell'in house providing*, in *Urbanistica e appalti*, 2006, fasc. 2, p.p. 157 e ss.;
- Giovannelli Mauro, *Verso il tramonto degli affidamenti diretti*, in *Urbanistica e appalti*, 2007, fasc. 8, p.p. 984 e ss.;
- Goso Richard, *Modelli di gestione dei servizi pubblici locali: affidamento mediante gara pubblica e in house providing*, in *Urbanistica e appalti*, 2006, fasc. 5, p.p. 586 e ss.;
- Greco Guido, *Gli affidamenti "in house" di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2000, fasc. 6, p.p. 1461 e ss.;
- Iaione Christian, *Gli equilibri instabili dell'in house providing fra principio di auto-organizzazione e tutela della concorrenza. Evoluzione o involuzione della giurisprudenza comunitaria?*, in *Giustizia Civile*, 2006, fasc. 1, p.p. 13 e ss.;
- Iera Luca, *E' ancora legittimo l'affidamento in house in favore di una società mista?*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2006, fasc. 9, pp. 984-ss.;
- Lacava Chiara, *In house providing e tutela della concorrenza*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2006, fasc. 8, p.p. 841e ss.;
- Lacava Chiara, *Occorre una disposizione di legge per ricorrere all'in house? Il caso Zetema*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2007, fasc. 8, p.p. 844-849;
- Landi Niccolò - Papi Rossi Antonio, *L'affidamento in house nella giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2008, fasc. 2, pp. 147-159;
- Lolli Alessandro, *Servizi pubblici locali e società in house: ovvero la collaborazione degli enti locali per la realizzazione di interessi omogenei*, in *Foro Amministrativo TAR*, 2005, fasc. 6, p.p. 1937-ss.;
- Lotti Paolo, *Affidamento in house nei servizi pubblici locali e pregiudizio per la concorrenza: la parola alla Corte di Giustizia*, in *Urbanistica e appalti*, 2005, fasc. 2, p.p. 223-ss.;
- Lotti Paolo, *Concessioni di pubblici servizi, principi dell'in house providing e situazioni interne*, in *Urbanistica e appalti*, 2006, fasc. 1, p.p. 31-ss.;
- Lotti Paolo, *Corte di Giustizia e involuzione dell'in house providing*, in *Urbanistica e appalti*, 2006, fasc. 9, p.p. 1047-s.s.;
- Mameli Barbara, *Affidamenti in house e libera concorrenza*, in *Urbanistica e appalti*, 2003, fasc. 12, p.p. 1417-ss.;
- Marchegiani Giannangelo, *Alcune considerazioni in tema di diritto comunitario concernenti le concessioni e i c.d. "affidamenti in house"*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004, fasc. 3-4, pag. 945 e ss.;

- Massera Alberto, *L'“in house providing”*: una questione da definire, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2004, fasc. 8, p.p. 849 e ss.;
- Mazzamuto Marco, *Brevi note su normativa comunitaria e in house providing*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2001, fasc. 2-3, p.p. 537 e ss.;
- Mellone Celestina, *Legittimi gli affidamenti in house anteriori alla legge di riforma dei servizi pubblici locali?*, in *Foro Amministrativo CDS*, 2004, fasc. 4, p.p. 1172-ss.;
- Mento Sandro, *Servizi pubblici e affidamenti trasparenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2006, fasc. 4, p.p. 407-413;
- Moretti Fabio, *Modello in house e controllo analogo. Articolazione della procedura di valutazione da parte degli enti locali e persistenza dei presupposti di affidamento (commento a Tar Campania, Napoli, sez. I, 24 aprile 2008, n. 2533)*, in *Appalti e Contratti*, 2008, fasc. 7, p.p. 69-73;
- Morfini Francesco, *I requisiti che legittimano l'affidamento in house nei servizi pubblici locali: disciplina vigente e prospettive di riforma*, in *Giurisprudenza di merito*, 2007, fasc. 12, p.p. 3359 e ss.;
- Moscardi Ilaria, *In house providing”*: il punto d'arrivo della giurisprudenza comunitaria e nazionale in tema di “controllo analogo”, in *Foro Amministrativo TAR*, 2007, fasc. 6, p.p. 2245 e ss.;
- Occhilupo Roberta, *L'ordinamento comunitario, gli affidamenti in house e il nuovo diritto societario*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2007, fasc. 2, p.p. 63-85;
- Pallotta Alessandra, *Servizi pubblici locali: affidamenti in house e società miste nella più recente giurisprudenza*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2008, fasc. 1, p.p. 191-ss.;
- Perfetti R. Luca, *L'affidamento diretto di servizi pubblici locali a società partecipate dai comuni, tra amministrazione indiretta e privilegi extra legem*, in *Foro amministrativo Consiglio di Stato*, 2004, fasc. 4, p.p. 1161-ss.;
- Piperata Giuseppe, *L'affidamento in house nella giurisprudenza del giudice comunitario*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2006, fasc. 2, p.p. 133-ss.;
- Pulvirenti Marco Gaetano, *Recenti orientamenti in tema di affidamenti in house*, in *Foro Amministrativo Consiglio di Stato*, 2009, fasc. 1, p.p. 108 e s.s.;
- Riccio Mario, *La dubbia sanabilità degli affidamenti “in house providing”*, in *Urbanistica e appalti*, 2004, fasc. 6, p.p. 690-695;
- Rizzo Ilaria, *Affidamento in house e controllo analogo: una certezza irraggiungibile?*, in *Urbanistica e appalti*, 2009, fasc. 11, p.p. 1345 e ss.;

- Rolando Elisa, *Gestione dei servizi pubblici locali: affidamento “in house” o procedura ad evidenza pubblica? La scelta degli enti locali*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2006, fasc. 11, p.p. 2174-2182;
- Rossi Francesco, *Gli affidamenti (quasi) in house: la partecipazione pubblica totalitaria come elemento essenziale. Problemi e quesiti*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2005, fasc. 2, p.p. 456-ss.;
- Roversi Monaco Maria Giulia, *I caratteri delle gestioni in house*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2006, fasc. 12, p.p. 1371 e ss.;
- Saracino Carla Maria, *In house providing: margini di una scelta tra libera concorrenza e cooptazione*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2005, fasc. 3, p.p. 631-ss.;
- Scarpino Valentina, *L'affidamento in house e la clausola risolutiva espressa*, in *Giurisprudenza di merito*, 2008, fasc. 11, pag. 2994 e ss.;
- Scotti Elisa, *Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico privato: osservazioni a margine di una recente pronuncia della Corte di Giustizia*, in *Foro amministrativo Consiglio di Stato*, 2005, fasc. 3, p.p. 666-ss.;
- Scotti Elisa, *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, in *Il diritto amministrativo*, 2005, fasc. 4, p.p. 915-ss.;
- Ursi Riccardo, *Anatomia di un ossimoro: “in house providing” e concorrenza nei servizi pubblici locali*, in *Foro italiano*, 2007, parte III, col. 227 e ss.;
- Ursi Riccardo, *Brevi osservazioni sui presupposti dell'approvvigionamento «in house» di servizi pubblici locali alla luce del nuovo testo dell'art. 113, 5° comma, lett. c), del testo unico sugli enti locali*, in *Foro Italiano*, 2004, fasc. 4, pag. 196 ss.;
- Ursi Riccardo, *Gli affidamenti “in house” a società a capitale interamente pubblico: la parola un'altra volta alla Corte di Giustizia*, in *Foro Italiano*, 2004, fasc. 11, p. 546 ss.;
- Ursi Riccardo, *La Corte di Giustizia stabilisce i requisiti del controllo sulle società “in house”*, in *Foro italiano*, 2006, parte IV, col. 79 e ss.;
- Ursi Riccardo, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Diritto amministrativo*, 2005, fasc. 1, p.p. 179 e ss.;
- Vacca Antonio, *Il concetto di controllo “analogo” in materia di affidamento “in house” di un servizio pubblico locale: un tentativo di ricostruzione positiva*, in *Foro Amministrativo TAR*, 2006, fasc. 1, p.p. 23 e ss.;
- Vacca Antonio, *Il controllo “analogo” sul soggetto affidatario in house di un servizio pubblico locale: dubbi ricostruttivi di ammissibilità, con particolare riguardo alla disciplina societaria*, in *Foro Amministrativo TAR*, 2005, fasc. 11, p.p. 3432 ss.;

- Vacca Antonio, *L'affidamento diretto (c.d. in house) di un servizio pubblico locale a rilevanza economica: il requisito del controllo analogo*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2007, fasc. 1, p.p. 61-68;
- Vacca Antonio, *Le società miste per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica: un modello di difficile qualificazione*, in *Foro Amministrativo TAR*, 2006, fasc. 4, p.p. 1225 e ss.;
- Vacca Antonio, *Ricostruzione ontologica dell'affidamento in house dei servizi pubblici locali*, in *Foro Amministrativo TAR*, 2006, fasc. 5, p.p. 1844 e ss.;
- Valentino Luigi, *Gli affidamenti in house tra principi di concorrenza e prerogative statali alla luce della recente giurisprudenza nazionale e comunitaria*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2005, fasc. 4, p.p. 739 e ss.;
- Varone Stefano, *Note in tema di affidamenti in house e diritto comunitario*, in *Foro Amministrativo CDS*, 2004, fasc. 9, p.p. 2416;
- Vessia Francesca, *Società in house e società miste nei servizi pubblici locali alla luce della disciplina antitrust*, in *Il diritto industriale*, 2008, fasc. 1, p.p. 31-45;

ARTICOLI SUL WEB

- Annibali Angelo, *Gli affidamenti in house: dal diritto comunitario ai servizi pubblici locali*, in www.lexitalia.it;
- Chiantera Giuseppe - Pettinato Daniela, *Il modello organizzativo dell'in house providing, con particolare riguardo alla possibilità di configurare l'organismo in house di un ministero come organismo in house a tutto l'apparato centrale*, su www.altalex.com, d.d. 07.07.2007;
- Del Dotto Alessandro, *L'in house providing e il paradosso del caffè*, su www.altalex.com, d.d.12.01.2009;
- Del Dotto Alessandro, *Si stringe il cerchio (dell'applicabilità) intorno all'in house providing*, su www.altalex.com, d.d.04.04.2005;
- Giovagnoli Roberto, *Gli affidamenti in house tra lacune del codice e recenti interventi legislativi*, Relazione al convegno sul codice dei contratti pubblici del 19 ottobre 2007, Palazzo Spada, per il decennale della rivista Urbanistica e Appalti, in www.giustizia-amministrativa.it;
- Graziano Alfonso, *Servizi pubblici locali: modalità di gestione dopo le riforme di cui alla l. 24.11.2003, n. 326 e alla l. 24.12.2003, n. 350 e compatibilità con il modello dell'in house providing alla luce delle ultime pronunce della Corte di Giustizia (sentenze Stadt Halle del*

11.1.2005; *Parking Brixen del 25.10.2005 e Modling del 10.11.2005*), in www.dirittodeiservizipubblici.it;

- Guzzo Gerardo, *Servizi pubblici locali e affidamenti in house nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in www.lexitalia.it;
- Guzzo Gerardo, *Affidamenti in house: controllo analogo, extraterritorialità e lesione degli interessi legittimi*, in www.lexitalia.it;
- Guzzo Gerardo, *Affidamenti in house: Corte di Giustizia e Consiglio di Stato: convergenze parallele. Extraterritorialità, regime transitorio e concorrenza delle società miste secondo la più recente teorica del giudice amministrativo e del legislatore italiano*, in www.dirittodeiservizipubblici.it;
- Lolli Alessandro, *Servizi pubblici locali e società in house: ovvero la collaborazione degli enti locali per la realizzazione di interessi omogenei*, in www.dirittodeiservizipubblici.it;
- Lucca Maurizio, *Il paradosso degli affidamenti in house nei servizi pubblici locali, tra meccanismi di incompiuta liberalizzazione e incompatibilità comunitaria*, in www.lexitalia.it;
- Marchegiani Giannangelo, *Gli affidamenti in house e la sindrome del cavallo a dondolo. Sentenze a confronto*, in www.giustamm.it, n. 5, 2005;
- Santi Delia, *Ancora sull'affidamento in house: gli sforzi della “nostra” giurisprudenza e “le regole generali del diritto comunitario”*, in www.lexitalia.it;
- Scarascia Antonio, *I limiti degli affidamenti in house dei servizi pubblici locali*, in www.lexitalia.it;
- Tessarolo Costantino, *La gestione in house dei pubblici servizi*, in www.dirittodeiservizipubblici.it;
- Varani Elena, *L'in house providing: la Corte di Giustizia torna a parlare di “controllo analogo”*, in www.diritto.net;

Ringraziamenti

Si desidera ringraziare per la preziosa collaborazione, per l'impegno e per la serietà profusi dalla Professoressa Chiara Alvisi dell'Università degli Studi di Bologna in veste di relatrice.

Particolari ringraziamenti vanno anche al Prof. Stefano Zunarelli, in qualità di Coordinatore del Dottorato in Diritto dei Trasporti Europeo, nonché ai Chiar.mi Professori membri della commissione di laurea per l'attenzione prestata all'elaborato.

In fede,
Elena Fiorentini