

*Breviaria Iuris*  
fondati da  
G. Cian e A. Trabucchi

---

CAVALLO PERIN

ROMANO

commentario breve  
al  
testo unico sulle  
**AUTONOMIE LOCALI**

CEDAM

**113** Gestione delle reti ed erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica <sup>(1)</sup>. 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 <sup>(2)</sup>.*

*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 <sup>(2a)</sup>.*

*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.*

*2-bis. Le disposizioni del presente articolo non si applicano agli impianti di trasporti a fune per la mobilità turistico-sportiva esercitati in aree montane <sup>(2a)</sup>.*

*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 <sup>(1)</sup>;

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 <sup>(2)</sup>.

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 dei servizi <sup>(3)</sup>.

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 <sup>(3)</sup>.

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 <sup>(4)</sup>].

8. Qualora sia economicamente più vantaggioso, è consentito l'affidamento contestuale con gara di una pluralità di servizi pubblici locali diversi da quelli del trasporto collettivo. 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 tutto o in parte la propria partecipazione nelle società erogatrici di servizi mediante procedure ad evidenza pubblica da rinnovarsi alla scadenza del periodo di affidamento. Tale cessione non comporta effetti sulla durata delle concessioni e degli affidamenti in essere <sup>(5)</sup>.

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 <sup>(6)</sup>.

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 al-

le province autonome di Trento e di Bolzano, se incompatibili con le attribuzioni previste dallo statuto e dalle relative norme di attuazione <sup>(6)</sup>.

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, relativamente al solo servizio idrico integrato al 31 dicembre 2007, 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 <sup>(7)</sup>.

15-ter. Il termine del 31 dicembre 2006, e relativamente al solo servizio idrico integrato del 31 dicembre 2007 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 <sup>(8)</sup>.

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 <sup>(9)</sup>.

**Art. 35, l. n. 448/01:** si riportano i commi non collocati nel precedente art. 113:

6. Qualora le disposizioni dei singoli settori prevedano la gestione associata del servizio per ambiti territoriali di dimensione sovracomunale, il soggetto che gestisce il servizio stipula appositi contratti di servizio con i comuni di dimensione demografica inferiore a 5.000 abitanti, al fine di assicurare il rispetto di adeguati ed omogenei standard qualitativi di servizio, definiti dai contratti stessi. In caso di mancato rispetto di tali standard nel territorio dei comuni di cui al primo periodo, i soggetti competenti ad affidare la gestione del servizio nell'ambito sovracomunale provvedono alla revoca dell'affidamento in corso sull'intero ambito.

7. Le imprese concessionarie cessanti al termine dell'affidamento reintegrano gli enti locali nel possesso delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni utilizzati per la gestione dei servizi. Ad esse è dovuto dal gestore subentrante un indennizzo stabilito secondo le disposizioni del comma 9 dell'articolo 113 del citato testo unico di cui al decreto legislativo n. 267 del 2000, come sostituito dal comma 1 del presente articolo.

8. Gli enti locali, entro il 30 giugno 2003, trasformano le aziende speciali e i consorzi di cui all'articolo 31, comma 8, del citato testo unico di cui al decreto legislativo n. 267 del 2000, che gestiscono i servizi di cui al comma 1 dell'articolo 113 del medesimo testo unico, come sostituito dal comma 1 del presente articolo, in società di capitali, ai sensi dell'articolo 115 del citato testo unico.

9. In attuazione delle disposizioni di cui ai commi 2 e 13 dell'articolo 113 del citato testo unico, come sostituito dal comma 1 del presente articolo, gli enti locali che alla data di entrata in vigore della presente legge detengano la maggioranza del capitale sociale delle società per la gestione di servizi pubblici locali, che siano proprietarie anche delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali, oppure dell'intero ramo d'azienda è conferita ad una società avente le caratteristiche definite dal citato comma 13 dell'articolo 113 del medesimo testo unico.

10. La facoltà di cui al comma 12 dell'articolo 113 del citato testo unico, come sostituito dal comma 1 del presente articolo, riguarda esclusivamente le società per la gestione dei servizi ed opera solo a partire dalla conclusione delle operazioni di separazione di cui al comma 9 del presente articolo.

11. In deroga alle disposizioni di cui al comma 2 dell'articolo 113 del citato testo unico, come sostituito dal comma 1 del presente articolo, e di cui al comma 9 del presente articolo, nonché in alternativa a quanto stabilito dal comma 10, limitatamente al caso di società per azioni quotate in borsa e di società per azioni i cui enti locali soci abbiano già deliberato al 1° gennaio 2002 di avviare il procedimento di quotazione in borsa, da concludere entro il 31 dicembre 2003, di cui, alla data di entrata in vigore della presente legge, gli enti locali detengano la maggioranza del capitale, è consentita la piena applicazione delle disposizioni di cui al comma 12 dell'articolo 113 del citato testo unico. In tale caso, ai fini dell'applicazione del comma 9 dell'articolo 113 del citato testo unico, sulle reti, sugli impianti e sulle altre dotazioni patrimoniali attuali e future è costituito, ai sensi dell'articolo 1021 del codice civile, un diritto di uso perpetuo ed inalienabile a favore degli enti locali. Resta fermo il diritto del proprietario, ove sia un soggetto diverso da quello cui è attribuita la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali, alla percezione di un canone da parte di tale soggetto. Non si applicano le disposizioni degli articoli 1024 e seguenti del codice civile. (...)

14. Nell'esercizio delle loro funzioni, gli enti locali, anche in forma associata, individuano gli standard di qualità e determinano le modalità di vigilanza e controllo delle aziende esercenti i servizi pubblici, in un quadro di tutela prioritaria degli utenti e dei consumatori.

(<sup>1</sup>) Rubrica e lettera mod. da art. 14, co. 1°, d.l. n. 269/03, conv. in l. n. 326/03.

(<sup>2</sup>) Sost. da art. 14, co. 1°, d.l. n. 269/03, conv. in l. n. 326/03.

(<sup>2a</sup>) Aggiunto da art. 1, co. 48°, l. n. 308/04.

(<sup>3</sup>) Aggiunto da art. 4, co. 234°, l. n. 350/03.

(<sup>4</sup>) Mod. da art. 14, co. 1°, d.l. n. 269/03, conv. in l. n. 326/03. Tra parentesi quadra il testo dichiarato incostituzionale da Corte cost. 272/04 sia dell'art. 113, co. 7°, II e III periodo (La gara ... Tali elementi ...), sia dell'art. 14, co. 1°, lett. e, d.l. n. 269/03, conv. in l. n. 326/03, che introduce il quarto periodo dello stesso comma (Le previsioni di cui al presente articolo...).

(<sup>5</sup>) Modif. da art. 14, co. 1°, d.l. n. 269/03, conv. in l. n. 326/03.

(<sup>6</sup>) Sost. da art. 35, co. 1°, l. n. 448/01, ma v. anche gli altri co. dell'art. 35.

(<sup>7</sup>) Aggiunto da art. 14, co. 1°, d.l. n. 269/03, conv. in l. n. 326/03, e poi così mod. da art. 4, co. 234°, l. n. 350/03 e ora da d.l. n. 223/06, art. 15.

(<sup>8</sup>) Aggiunto da art. 14, co. 1°, d.l. n. 269/03, conv. in l. n. 326/03 e ora mod. da d.l. n. 223/06, art. 15.

(<sup>9</sup>) Aggiunto da art. 4, co. 234°, l. n. 350/03.

**SOMMARIO:** Sezione I: *Ambito di applicazione:* I. Servizi pubblici, servizi all'ente e impresa pubblica. - II. Rilevanza economica dell'attività e fondamento della disciplina comunitaria dei servizi. - III. Fondamento costituzionale della disciplina statale, regionale e degli enti locali. - IV. Inderogabilità e leggi di settore. - Sezione II: *La disciplina della concorrenza:* I. La disciplina europea e statale. - II. Infrastrutture essenziali e separazione della gestione delle reti. - III. L'abuso di posizione dominante. - IV. La regolazione; - V. (segue) la distinzione tra governo, regolazione e gestione. - VI. Monopolio legale, naturale e di fatto. - VII. I limiti costituzionali e comunitari. - VIII. Riserva originaria, espropriazione

e beneficiari. - Sezione III: *Reti e impianti*: I. La proprietà pubblica e l'obbligo di «scorporo». - II. L'eccezione dei beni in proprietà privata. - III. La società proprietaria. - IV. La destinazione d'uso *ex lege* ai gestori. - V. La gestione integrata con il servizio pubblico locale (rinvio). - VI. La disciplina europea e nazionale sulla separazione. - VII. La gestione separata dei beni. Forme associate degli enti locali; - VIII. (segue) a società di capitale interamente pubblico; - IX. (segue) a imprese scelte con evidenza pubblica. - X. Obblighi *ex lege*: pagare il canone e assicurare il diritto di accesso alle reti. - XI. La gestione dei beni e l'esecuzione dei lavori. - Sezione IV: *Il rapporto giuridico e i gestori di servizio pubblico*: I. Il conferimento della titolarità della gestione del *serv. p. loc.* - II. Le società di capitali. - III. Il contratto di servizio: standard, tariffe, canoni e corrispettivi; - IV. (segue) i finanziamenti e la disciplina sul divieto di aiuti alle imprese. - V. Indirizzo, vigilanza e controllo degli enti locali. - VI. La disciplina transitoria dei rapporti preesistenti. - VII. Scelta tra forme di gestione e potere di ordinanza contingibile ed urgente. - Sezione V: *I terzi gestori*: I. I privati proprietari autorizzati alla gestione di servizi. - II. Concessione di pubblico servizio, concessione di beni, appalti e concessioni di servizi. - III. Il conferimento a terzi della gestione del *serv. p. loc.* - IV. La concessione di *serv. p. loc.*: natura, oggetto ed effetti giuridici; - V. (segue) natura giuridica e attività del terzo gestore; - VI. (segue) i presupposti. - VII. Procedure di scelta e pluralità dei produttori. - VIII. Instaurazione e cessazione del rapporto di concessione; - IX. (segue) il termine. - X. Poteri di indirizzo e di vigilanza. - Sezione VI: *La società a capitale misto pubblico privato*: I. La partecipazione a causa finanziaria. - II. La partecipazione correlata a prestazioni. - III. Evidenza pubblica e partecipazione minoritaria, maggioritaria, di controllo, o azionariato diffuso. - IV. I rapporti giuridici con i terzi, la cessione delle quote dell'ente locale e la circolazione delle quote del socio privato. - Sezione VII: *La società a capitale pubblico*: I. Le differenze con l'organismo di diritto pubblico. - II. Il controllo analogo dei soci pubblici. - III. Costituzione della società e capitale interamente pubblico. - IV. L'oggetto sociale e l'attività principale per gli enti controllanti. - V. La cessione della partecipazione pubblica. - VI. Le prestazioni rivolte all'ente affidante.

## SEZIONE I

### Ambito di applicazione

**I. Servizi pubblici, servizi all'ente e impresa pubblica.** ■ Il servizio pubblico si caratterizza per la definizione da parte dell'ente pubblico di un'obbligazione avente ad oggetto le prestazioni – di beni o attività – rese ad un pubblico di utenti, al fine di realizzare i bisogni sociali e di promuovere lo sviluppo economico e civile di una comunità locale (*sub art. 112, Sez. II, § I e 2 II*). ■ In tal senso il servizio pubblico appare **caratterizzato** da tre aspetti differenti, ma reciprocamente connessi: a) l'obbligazione avente ad oggetto prestazioni (*sub art. 112, Sez. II, § II*); b) rivolte imparzialmente (*sub art. 112, Sez. I, § III; Sez. II, § VI*) e di cui sono destinatari gli utenti (*sub art. 112, Sez. II § IX*); c) l'essere uno strumento per lo sviluppo delle comunità locali (*sub art. 112, Sez. II, § II, IV*). ■ La scelta dell'ente locale di definire **un'obbligazione** atta ad assicurare la soddisfazione della domanda di servizio pubblico in conformità ad un programma di gestione (*sub art. 112, Sez. II, § VII*) che individua l'oggetto delle prestazioni, i tempi di erogazione e le categorie di utenti, definisce il tratto caratteristico del rapporto giuridico di servizio pubblico (*sub art. 112, Sez. II, § IX*), che implica l'attribuzione agli **utenti** di un **diritto di credito** (*sub art. 112, Sez. II, § IX*) **ad ottenere la prestazione** (che taluno denomina «diritto condizionato»: MERUSI, *Dir. amm.* 04, 37) **direttamente dal**

**gestore** anche solo in ragione del programma definito dall'amministrazione con l'atto di assunzione del servizio pubblico (*sub art. 112, Sez. II, § VII*), o per effetto di un successivo atto di **ammissione** unilaterale o di **contratti di utenza**; in tutti i casi secondo un'interpretazione che distingue il servizio pubblico **dai servizi all'ente o dall'impresa pubblica** o dall'attività di interesse economico generale (*sub art. 112, Sez. II, § II*) che eroghi prestazioni ad un pubblico di consumatori. ■ Nei **servizi all'ente** – anche ove si tratti di prestazioni di servizio pubblico – il diritto di credito alle prestazioni spetta all'amministrazione verso l'ente strumentale dalla stessa controllato (*in house providing, organismo di diritto pubblico, ecc.*; *infra Sez. VII; art. 15, d.l. 223/06*) oppure verso un terzo prestatore di servizi con il quale instaura normalmente un rapporto di **appalto pubblico** di servizi o forniture. Il caso limite è dato dall'appalto che ha ad oggetto prestazioni di servizio pubblico a favore degli utenti, ma anche in tal caso il gestore-debitore delle prestazioni di servizio pubblico agli utenti è l'amministrazione pubblica mentre l'appaltatore ne è un suo produttore, il quale ultimo non ha alcun rapporto giuridico con gli utenti-creditori delle prestazioni medesime, sicché anche in tal caso si tratta formalmente di un'ipotesi di **servizi all'ente** (*sub art. 112, Sez. II, § IX*). ■ **Nell'impresa pubblica** – che non gestisce un servizio pubblico – difetta l'obbligazione definita dall'ente locale avente ad oggetto la soddisfazione di una determinata domanda di servizio pubbli-

co. L'imprenditore (pubblico o privato), che non gestisca un servizio pubblico può sempre scegliere di cessare la produzione ove ritenga che l'attività non sia conveniente, mentre nel caso di un gestore di servizio pubblico l'interruzione, o cessazione del servizio, è possibile solo per deliberazione dell'ente locale, che procede ad una rivalutazione dell'interesse pubblico che a suo tempo ne determinò l'assunzione, o – ma è inesatto – per venire meno del rapporto giuridico con il gestore, che determina perciò la cessazione nell'impresa della qualità di gestore di servizio pubblico.

## II. Rilevanza economica dell'attività e fondamento della disciplina comunitaria dei servizi.

1 ■ Si può affermare che i servizi pubblici «privi di rilevanza economica» non differiscono dai servizi pubblici «senza carattere imprenditoriale», con un ritorno al testo originale (l. 142/90, art. 22), dopo l'intermezzo dei servizi «industriali»  
2 (art. 35, l. n. 448/01). ■ Si sono correttamente incluse nei servizi pubblici a rilevanza economica anche quelle prestazioni in cui il corrispettivo non sia pagato al gestore dagli utenti del servizio pubblico, ma dagli enti territoriali, o da terzi rispetto al rapporto principale di servizio pubblico tra gestore e utente (*infra* Sez. IV; CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza*, in *www.giustizia-amministrativa.it, Studi e contributi*, § 2; segue la definizione oggettiva d'impresa: GALGANO, *Personae giuridiche*, Commentario al codice civile, a cura di Scialoja-Branca, 1969). ■  
3 Ai sensi dell'art. 2082 c.c. l'assenza di un carattere d'impresa può derivare dall'occasionalità (non professionalità), oppure dall'assenza di un *minimum* d'organizzazione, oppure dalla mancanza del carattere economico dell'attività. ■  
4 Per la disciplina in esame ogni gestore di servizio pubblico – ivi compresa l'istituzione (*sub* art. 114) – è un'organizzazione ed è noto che un servizio di interesse economico generale – ed a *fortiori* il servizio pubblico – non tollera erogazioni occasionali (**principio di continuità**: *sub* art. 112), con la conseguenza per cui l'assenza di ogni rilevanza economica pare coincidere nel nostro ordinamento con la mancanza di un carattere d'impresa nei servizi. ■ **Economica** è ritenuta quell'attività «creatrice di ricchezze o, secondo una espressione più tecnica, creatrice di nuove utilità» (COTTINO, *Diritto commerciale*, I, II<sup>a</sup> ed., 77; GALGANO, *op. cit.*, 23; ritiene pleonastica la nozione «economica» perché si confonde con «produttiva» propria di tutta la definizione della norma: BIGIARI, *La professionalità dell'imprenditore*, Padova, 1948, 50, spec. nt. 12), che esclude la mera **attività di godimento**, ma al contrario contempla le **attività finanziarie** considerate connesse e strumentali alla vita delle im-

prese (art. 2195, n. 5, c.c.), con la conseguenza del carattere imprenditoriale di una *holding*, di una *società di investimento*, dell'*investment trust* (GALGANO, voci *Imprenditore*, e *Imprenditore commerciale*, *D. disc. priv. - sez. dir. comm.*, VII, 1s. e 16s.). ■ La destinazione al mercato è definizione strutturale, o se si preferisce *potenziale*, di una determinata attività, indipendentemente poi dalla circostanza che in concreto un'attività abbia come destinatario un solo cliente, o una pluralità di essi, poiché non è parso possibile disconoscere un carattere imprenditoriale a quelle attività di *produzione* di beni di interesse *per una sola azienda*, come nel caso del cosiddetto «indotto» delle grandi imprese, o delle forme *in house* (*infra* Sez. VII). ■ La destinazione al mercato consente di mantenere la definizione d'impresa anche per i **servizi in regime di monopolio** (v. *infra* Sez. II), poiché l'essere rivolti al mercato non è inteso come concorrenza fra i produttori, ma unicamente come **destinazione al mercato degli utenti**, ma con ciò la precisazione cessa di ogni utilità con riferimento ai servizi in esame: la destinazione al mercato di consumatori o utenti si ritrova infatti in qualsiasi forma di erogazione di servizi pubblici, anche in quelli privi di rilevanza imprenditoriale, poiché ogni servizio pubblico è per definizione rivolto alla comunità di utenti del relativo ente territoriale. ■ Altri hanno rilevato che letteralmente la qualificazione economica contenuta nell'art. 2082 c.c. e nell'art. 2247 c.c. non risulta affatto riferita ad uno stesso oggetto, poiché in un caso (art. 2247 c.c.) attiene ai prodotti e nell'altro (art. 2082 c.c.) ai fattori della produzione (SANTARELLI, *R. d. civ.* 90, I, 611). ■ Gli studi che hanno tratto spunto dalla disciplina degli enti pubblici economici ritengono che l'imprenditore sia colui che tragga dalla sua attività quanto necessario a **riprodurre il capitale investito** all'inizio del ciclo produttivo, o secondo altri quanto occorre per compensare i fattori della produzione (OTTAVIANO, voce *Ente pubblico economico*, *Enc. D.*, VI, 970; CASSESE, voce *Ente pubblico economico*, *Nov. D.*, VI, 973; GALGANO, voce *Imprenditore*, cit., 10). ■ Senonché anche un'organizzazione che fondi il proprio sostegno sul volontariato, o su liberalità, è in grado al termine del ciclo produttivo di trarre dalla propria attività quanto necessario per riprodurre il capitale investito, o per compensare i fattori di produzione. ■ Ciò che forse pare distinguere l'organizzazione imprenditoriale dal suo opposto è che nella prima il corrispettivo desunto dal mercato dei prodotti (beni o attività) deve remunerare il costo desunto dal mercato dei fattori della produzione, ma non agevole ne risulta l'applicazione al caso in esame. ■ Pare corretto ritenere che i caratteri 12

- dell'impresa mancano ogni qualvolta il servizio sia erogato all'utenza in **assenza di un corrispettivo per il gestore**, comunque lo stesso venga denominato (prezzo, canone, tassa, tariffa, ecc.) e da chiunque sia pagato, poiché in tali casi si è lontani da ogni qualificazione economica dell'attività e più in generale si può affermare che nessun mercato può essere individuato e di conseguenza è assente ogni definizione di impresa.
- 13 ■ Il **corrispettivo** – anche ove pagato dall'ente pubblico in ragione delle prestazioni erogate agli utenti – va **infatti distinto dal finanziamento pubblico** ove è assente un rapporto di corresponsività con le prestazioni di servizio pubblico (*infra* Sez. IV, § IV). ■ La scienza delle finanze ha da tempo riservato la denominazione di «**tassa**» (FORTE, *Il bilancio nell'economia pubblica*, I, Milano, 1985, 121s.; TREVES, *Temi tribut.* 59, 196s.; cfr. COSCIANI, *Scienza delle finanze*, Torino, 1982, 120s.) alle prestazioni patrimoniali imposte a titolo di corrispettivo di un servizio pubblico, consentendo di affermare che se è compatibile (per il rapporto fra imposte e utilità pubblica: LUCIANI, *Scelte pubbliche e gestione dei servizi pubblici*, Milano, 1984, 27-28) con un carattere «imprenditoriale» quell'attività che produca servizi acquisendo i corrispettivi derivanti dalle tasse, o dal prezzo (o tariffa) pagato a titolo volontario dagli utenti (art. 12, d.l. n. 498/92), la copertura dei **costi sociali** (*sub* art. 114; *infra* Sez. IV) esclude un carattere d'impresa ove gli stessi siano la fonte principale di finanziamento del servizio (istituzione), mentre permane tale carattere d'impresa ove la copertura dei costi sociali determini la riduzione dei prezzi all'utenza del servizio stesso (azienda). ■ Ove un servizio pubblico trovi il proprio sostegno in una volontaria elargizione di prestazioni («**volontariato**») o di beni (**donazioni**, comodati, ecc.), tra i quali i finanziamenti pubblici, offerti non a corrispettivo dell'erogazione del servizio, si può affermare che l'attività è sorretta da contribuzioni totalmente estranee ad ogni ragione di mercato
- 16 e dunque all'impresa. ■ Il discrimine tra impresa ed altre attività assume rilievo sotto diversi profili: le **prestazioni di lavoro a titolo gratuito**, anche se pattuite, non sono riconosciute ove disposte a favore di un imprenditore (arg. ex art. 2113 c.c., mod. da art. 6, l. n. 533/73); la **disciplina comunitaria** vieta gli **aiuti** degli Stati alle **imprese, siano esse pubbliche o private** (*infra* Sez. IV, § 17 IV). ■ L'impresa è attività di organizzazione dei fattori della produzione e trova definizione nel reperimento di essi sui mercati finanziari e sul mercato del lavoro (*rectius*: sui diversi mercati del lavoro), in qualsiasi forma giuridica essi si esprimano (banca, borsa, socio di capitali, ecc.; lavoratore dipendente, socio d'opera, ecc.), con la conseguenza che il **carattere imprenditoriale** di un'organizzazione è dato dalla sua necessità di rivolgersi al mercato, non nel senso comunemente inteso dei suoi prodotti, siano essi beni o attività, ma dei suoi fattori di produzione: non è impresa chi produce sostenendosi sul **volontariato**, né chi reperisce finanziamenti volontari, o secondo una terminologia comune, a «fondo perduto», poiché in tali casi i fattori di produzione sono reperiti al di fuori di ogni logica di mercato, e per ciò solo non è svolta dall'ente nessuna attività economica (T.A.R. Lombardia, Sez. Milano, Sez. III, n. 1869/00; T.A.R. Veneto, Sez. I, n. 481/04). ■ Alle organizzazioni che con riferimento ad una determinata attività si siano poste al di fuori dei mercati – per principio o per necessità, di fatto o *ex lege* – è corretto negare una rilevanza economica, dunque la qualificazione di impresa a tali attività, ma ciò non esclude che le stesse **organizzazioni «no profit»** erogino anche prestazioni di servizi di rilevanza economica, come nel caso di affidamento da parte degli enti locali di un *serv. p. loc.*, cui si applicano le norme in esame (v. d. lgs. 24 marzo 2006, n. 155; T.A.R. Emilia Romagna, Sez. Bologna, Sez. II, n. 822/05; T.A.R. Liguria, Sez. II, n. 1206/02, *F. amm. - TAR* 03, 85). ■ L'**impresa commerciale** (art. 2195 c.c.) è l'ipotesi più frequente di *serv. p. loc.* e si precisa nell'alternativa dell'attività **industriale** diretta alla produzione di beni o di servizi (n. 1), dell'attività di trasporto per terra, per acqua o per aria (n. 3), nelle attività ausiliarie delle precedenti (n. 5) e nei casi previsti dalle leggi speciali nell'attività d'intermediazione nella circolazione dei beni (n. 2) (per quella bancaria e assicurativa leggi speciali prescrivono forme determinate: *infra* Sez. IV, § II). ■ Sono **espressamente esclusi** i *ss. p. loc.* nel settore dell'energia elettrica, del gas, del trasporto pubblico locale (su cui da ultimo: art. 12, d.l. 223/06), e la gestione degli impianti di trasporto a fune per le attività turistico-sportive in aree montane che restano disciplinati dalle norme di settore (*infra* § III e IV). ■ La legge non limita i servizi pubblici all'attività di impresa commerciale, aprendo così all'**impresa agricola** (art. 2135s. c.c.) un tempo consentita solo per settori determinati da leggi speciali (ad es. r.d. 30 dicembre 1923, n. 3267, artt. 139s.; l. 25 luglio 1952, n. 991, artt. 4, 5 e 9, per le aziende di gestione tecnica dei boschi e dei pascoli, dette anche «Aziende speciali silvo-pastorali»).
- 17 ■ **III. Fondamento costituzionale della disciplina statale, regionale e degli enti locali.** ■ Il fondamento costituzionale della disciplina statale in esame è stato ritrovato nell'art. 117, co. 2°, lett. e) Cost., ove attribuisce al legislatore statale la «tutela della concorrenza» (Corte cost. 272/04

e 274/04; cfr. 14/04; ma per competenza regionale: Corte cost. 109/00; cfr. 30/98; 135/97; 2/93; per considerazioni anteriori alla sentenza del 2004: ZIRO, *D. amm.* 03, 387) che deve essere intesa sia come «garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio (concorrenziale) perduto», sia come «misure pubbliche volte ... a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali», di servizi erogati sino a quel momento in condizioni di monopolio od oligopolio (Sez. III). ■ Proprio al fine di **superare assetti monopolistici** (co. 5° bis) le **norme statali** di settore possono introdurre norme che assicurino la concorrenza nella gestione dei servizi pubblici da esse disciplinati «prevedendo criteri di gradualità nella scelta della modalità di conferimento del servizio», ferme restando le forme giuridiche di gestione (gara, società mista, società *in house*) dei <sup>3</sup> *ss. p. loc.* a rilevanza economica. ■ Il richiamo agli artt. 11 e 117, co. 1° (rispetto dell'ordinamento comunitario) e all'art. 117 co. 2°, lett. a, Cost. («rapporti dello Stato con l'Unione Europea») non pare tuttavia irrilevante per la norma in esame, ove si ritenga che la concorrenza è uno dei settori in cui si afferma la competenza **dell'ordinamento comunitario**, che in tal senso si è espresso in numerose disposizioni poste dal *T.Ce* e – in base ad esso – con regolamenti o direttive comunitarie, dalle quali non possono essere ritenute esenti i servizi di interesse economico generale, tra i quali è parso corretto includere i *ss. p. loc.* (sub art. 112). ■ La «determinazione dei **livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali**» attribuita dalla Costituzione (art. 117, co. 2°, lett. m; nonché art. 117, co. 6°) alla disciplina statale, seppure riguardi la disciplina dei *ss. p. loc.*, non pare assumere rilievo per la norma in esame che ha ad oggetto unicamente le forme giuridiche di gestione dei servizi pubblici a rilevanza economica (così: Corte cost. 272/04) e non le prestazioni che tali forme giuridiche – una volta prescelte – debbono assicurare agli utenti. ■ All'opposto il legislatore si è preoccupato di salvare la disciplina in esame da eventuali «incompatibilità» con le attribuzioni previste dallo Statuto e dalle relative norme di attuazione dei **regioni a statuto speciale** e delle **province autonome** di Trento e Bolzano (co. 15°). ■ La **disciplina dei servizi pubblici** non s'identifica nelle norme in esame sulle forme giuridiche di gestione, né si esaurisce nelle norme generali o speciali sulla concorrenza (*infra* Sez. II; Sez. IV, § II), ma è integrata dalle **discipline di settore** più volte richiamate dalla norma in esame (co. 1°, 3°, 5°, 5° bis, 7°, 13°, 14°, 15° bis) nel rispetto delle disposizioni costituzionali e dell'ordinamento europeo (co. 5°; art. 117, co. 1°, Cost.).

**IV. Inderogabilità e leggi di settore.** ■ Occorre distinguere tra i settori di *serv. p. loc.* espressamente **esclusi** (co. 1°; co. 1° bis) dalla disciplina in esame, come il *gas* (d. lgs. 23 maggio 2000, n. 164), *l'energia elettrica* (d. lgs. 16 marzo 1999, n. 79) e i *trasporti pubblici locali* (d. lgs. 19 novembre 1997, n. 422; art. 12, d.l. 223/06; per competenza regionale: Corte cost. 109/00), da ogni altra disciplina di settore statale, o regionale, o locale. Non mancano norme speciali europee, statali o regionali per i principali settori, così *la raccolta e lo smaltimento dei rifiuti* (già d. lgs. n. 22/97; ora d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152, artt. 177s.), *il ciclo completo delle acque* (già l. n. 36/94, ora d. lgs. n. 152/06, artt. 141s.), il servizio delle farmacie municipali (l. n. 475/68, art. 9; art. 5, d.l. 223/06; T.A.R. Lombardia, Sez. Milano, n. 2654/02; *La gestione delle farmacie comunali: modelli e problemi giuridici*, a cura di De Pretis, Trento, 2006), la gestione di *canili comunali* (l. n. 281/91, art. 2; Cons. St., Sez. VI, n. 4688/00). Norme di settore hanno ad oggetto anche i servizi sociali ove si configuri una gestione del servizio di rilevanza economica per le prestazioni affidate a terzi nell'*assistenza sociale* (d. lgs. n. 328/00, art. 11, co. 3°), negli *asili d'infanzia* (l. n. 1044/71) «convenzionati o accreditati» ove al gestore sia pagato un corrispettivo, che occorre *distinguere dal finanziamento pubblico* di attività d'interesse generale che non costituiscono servizio pubblico (sub art. 112), come gli asili aziendali, o familiari, o per l'attività di *pro-loco*, *filarmiche*, ecc., i cui finanziamenti pubblici sono sottoposti alla condizione di una determinata gestione, ma senza che tali soggettività assumano un'obbligazione alla gestione (sub art. 112). ■ Tra le discipline di settore possono rientrare ancora le norme su *attività sportive, culturali o turistiche*, che disciplinano la gestione di *ss. p. loc.*, o **la sola gestione di reti, impianti** ed altre dotazioni a tal fine destinati, entrambi sono soggetti ai rigori delle presenti norme (Sez. V; sub art. 19) ad eccezione *degli impianti a fune per la mobilità turistico-sportiva esercitati in aree montane* (co. 2° bis). ■ Le disposizioni del presente articolo che disciplinano le modalità di gestione e di affidamento dei *ss. p. loc.* concernono la **tutela della concorrenza** e perciò (art. 117, co. 2°, lett. e, Cost.) sono ritenute **inderogabili ed integrative delle discipline di settore** (co. 1°; co. 8°), salvo che le norme in esame *rinviano* a queste ultime senz'altra precisazione (co. 3°; co. 5°; co. 5° bis; cfr. l. n. 448/01, art. 35, co. 6°) oppure si rivelino norme *dispositive* (co. 13°). ■ La norma ha ancora cura di precisare che **resta ferma ogni altra disposizione di settore**, diversa da quelle che concernono la tutela della concorrenza o cui la presente disciplina abbia rinviato. ■ Si tratta di un'**abrogazione**

espressa (art. 15 c.c.) delle preesistenti disposizioni di settore sulle modalità di gestione e di affidamento dei *ss. p. loc.* (salvo rinvio alle stesse), ma non pare possa riuscire nell'intento di impedire un effetto in deroga di successive leggi di settore (art. 14 c.c.), che sono norme speciali rispetto alla norma in esame. ■ L'efficacia **inderogabile** pare piuttosto riconducibile alla relazione indotta dal suo enunciato dichiarativo («le modalità di gestione... dei servizi pubblici locali concernono la tutela della concorrenza»), poiché il fondamento dell'inderogabilità è posto: verso discipline **regionali** di settore dal riparto di competenza del nuovo Titolo V Cost., ove si riserva allo Stato la disciplina a «tutela della concorrenza» (art. 117, co. 2°, lett. e; art. 117, co. 6°, Cost.: su cui *supra* § III); verso successive norme **statali** di settore l'inderogabilità si afferma ove le stesse siano in violazione delle norme dell'Unione europea (art. 117, co. 1°, Cost.) sulla concorrenza, siano esse i trattati, regolamenti, o direttive «autoapplicative» (*infra* Sez. II; COLAVECCHIO, voce *Energia elettrica*, *D. disc. pubbl.*, Agg. II, spec. 73s.; ID. *La liberalizzazione del settore elettrico nel quadro del diritto comunitario*, Bari, 2000).

## SEZIONE II

### La disciplina della concorrenza

**I. La disciplina europea e statale.** ■ La disciplina nazionale ed europea sulla concorrenza si applica anche ai *ss. p. loc.* secondo i caratteri peculiari dei servizi di interesse economico generale (art. 82-85, *TCe*; *Regol. ce*, n. 1/03; l. 10 ottobre 1990, n. 287; *sub art.* 112; GUERRI, *L'applicazione del diritto antitrust in Italia dopo il regolamento CE n. 1/03*, Torino, 2005; D'ALBERTI, *D. amm.* 04, 705; IACOVONE, *Regolazione, diritti e interessi nei pubblici servizi*, Bari, 2004; MERUSI, *D. amm.* 04, 38; CLARICH, *R. trim. d. pubbl.* 03, 91; NAPOLITANO, *R. giur. q. pub. serv.* 02, 25; DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità* 02, 92s.; ANTONIOLI, *Mercato e regolazione* 01, 56s.; RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 2 1998). ■ Il nesso tra la disciplina sulla concorrenza e quella sui *ss. p. loc.* è dato dalla **rilevanza economica** di essi, che li distingue nettamente da quelli che ne sono privi, poiché le relative norme sottintendono logiche e regimi giuridici diversi e non è di poco conto la riconduzione all'uno o all'altro ambito (*supra* Sez. I, § II; *sub art.* 113 *bis*; Corte cost. 272/04; DUGATO, *I Servizi pubblici locali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, III, 2003, 2581s.; AGCM Segnalazione AS 266 del 8-9-2003 in materia di servizi idrici). ■ Ai fini qui in esame

sono destinatari della disciplina sulla concorrenza i gestori di *ss. p. loc.* che svolgono un'**attività di impresa ai sensi della normativa comunitaria e nazionale** in materia di concorrenza (art. 81, 82 e 86 *TCe*; *Regol. ce* n. 1/03; l. n. 287/90; *supra* Sez. I, § II; PERICU, *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, Milano, 2001, 26). ■ La prestazione dei servizi pubblici è spesso legata all'esigenza di assicurare alla collettività determinati servizi di qualità a prezzi accessibili (c.d. servizio universale: *sub art.* 112) o ad altri interessi pubblici, ed anche il **perseguimento di questi fini pubblici** può condizionare la regolazione dei *ss. p. loc.*, potendo incidere sulla struttura concorrenziale dei mercati (*Comunic. ue*, *I servizi d'interesse generale in Europa*, G.U.C.E. 19 gennaio 2001, C17), poiché si esclude l'applicazione delle regole di concorrenza ai **soggetti incaricati di servizi di interesse economico generale** nei ristretti limiti in cui sia necessario per lo svolgimento della missione affidata ad essi (*supra* Sez. I, § II; art. 86 *TCe*; art. 8, l. n. 287/90). ■ Vi sono *ss. p. loc.* la cui gestione prescinde dall'uso di un'infrastruttura essenziale (sulla quale v. *infra* § III) ovvero non presentano ipotesi di monopolio naturale; in tali casi non vi sono tendenzialmente ostacoli all'erogazione in regime di concorrenza nel mercato, senza, in particolare, esigenze di contingentamento, cioè predeterminazione d'autorità del numero degli operatori. Tali sono, secondo l'AGCM, il **servizio taxi** (cfr. segnalazione AS 277 26-2-2004, *Boll.* 9/04; ma cfr. art. 6, d.l. 223/06) ove il numero di licenze in circolazione è sensibilmente inferiore alle esigenze espresse dalla domanda e i **servizi funebri** (C 05/11503; cfr. segnalazione AS 147 2-7-1998, *Boll.* 27/98), per questi ultimi si può affermare l'**illegittimità dei regolamenti comunali** (*sub art.* 7) che prevedono una **privativa** per tale tipo di servizi (*infra* § VII), mentre per il servizio pubblico di **farmacia comunale** si è affermato che il disposto della norma in esame supera definitivamente l'ordinamento settoriale (l. n. 475/68; l. n. 362/91; ed ora cfr. art. 5, d.l. 223/06) sulle modalità di scelta del **partner** privato di una società mista (*sub art.* 116; T.A.R. Puglia, Sez. Lecce, n. 7064/04).

**II. Infrastrutture essenziali e separazione della gestione delle reti.** ■ Si è in presenza di un monopolio naturale che può compromettere le dinamiche competitive tra più operatori (*infra*, § VI) per i servizi che necessitano di una **infrastruttura c.d. essenziale** cioè di «un'infrastruttura o un impianto che risulti essenziale per raggiungere gli utenti e/o consentire ai concorrenti di svolgere la loro attività e che non possa essere duplicato in modo adeguato» (*Comunic. ue*, *Accordi in materia di accesso nel settore delle telecomunicazioni*, G.U.C.E. 22 agosto 1998, C 265,

punto 68) che nella prassi coincide in larga misura con le infrastrutture a rete (*infra* Sez. III) di cui l'elemento rilevante è la non duplicabilità, in ragione di caratteristiche obbiettive di natura tecnica o economica. ■ I servizi la cui prestazione necessita di una **infrastruttura «essenziale»** si sono tradizionalmente tradotti nell'affermazione di monopoli verticalmente integrati che assorbono tutta la filiera produttiva che parte dalla rete e si conclude con l'erogazione del servizio al cliente finale, con una eliminazione delle dinamiche competitive ben oltre l'alveo del monopolio naturale. ■ Da ciò, e sotto la spinta dell'ordinamento comunitario, è maturata l'esigenza di interventi regolatori che, in una prospettiva convergente con l'intervento *antitrust* classico, principalmente finalizzato alla repressione di pratiche anticoncorrenziali di intese e abusi di posizione dominante, restringessero l'estensione di questi monopoli, ove non fosse possibile eliminarli del tutto, nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza. ■ Quando ragioni obbiettive giustificano l'assenza di un confronto competitivo tra più operatori (c.d. **concorrenza nel mercato**), una soluzione compatibile con la tutela della concorrenza è quella di assicurare un confronto competitivo nella scelta dell'impresa deputata a svolgere determinate attività economiche (c.d. **concorrenza per il mercato**; AGCM AS 222 *Servizi pubblici locali* dell'8 novembre 2001, *Boll.* 43/01). ■ Questa impostazione appare sottesa anche con riferimento alla norma in esame laddove pone uno stretto legame tra la tutela della concorrenza e le modalità di gestione ed affidamento di *ss. p. loc.* e distingue la gestione dell'infrastruttura (reti e impianti) dall'erogazione dei servizi la cui prestazione necessita di tali infrastrutture. La norma in esame va letta secondo la logica di restituire alla concorrenza, intesa come confronto competitivo tra più operatori con pari opportunità, tutto ciò che ad essa può essere restituito; soltanto in via residuale e in presenza di obbiettive ragioni tecniche ed economiche possono permanere aree sottratte a tale confronto. La separazione tra proprietà della rete e degli impianti destinati alla produzione di *ss. p. loc.* e l'erogazione dei servizi stessi è insita nel sistema laddove si riserva la proprietà pubblica agli enti locali, fatta salva l'eccezione della società proprietaria (*infra* Sez. III, § I). ■ Meno netta è la scelta di separazione tra la gestione della rete (e degli impianti) e l'erogazione dei servizi, scelta che il legislatore italiano rinvia, in via meramente eventuale alle norme di settore (co. 3°; *infra* Sez. III, § VI, § VII). ■ L'AGCM aveva auspicato che, nella riforma della norma in esame, la separazione della gestione della rete dalla erogazione

dei servizi fosse assistita da un chiaro *favor* normativo e non prevista come mera possibilità (cfr. AS 222 cit.). Questa soluzione appare infatti consentire «la presenza di una pluralità di soggetti in concorrenza tra loro nell'erogazione di servizi» oltre che essere conforme alle scelte effettuate a livello comunitario con riferimento ai servizi di telecomunicazione e delle ferrovie. In altro contesto, ma mossa dalla medesima ratio, l'Autorità si è espressa in termini ancora più netti con riferimento al settore elettrico (segnalazione AS 278 – *Riunificazione della proprietà e della gestione delle reti elettrica nazionale* del 7-4-2004, *Boll.* 15/04; v. anche la concentrazione AGCM, 4 agosto 2005, C7065 *Cassa Depositi e Prestiti/TERNA-GRTN*, *Boll.* 29/2005, a seguito della quale si è riunita la proprietà e la gestione della rete elettrica nazionale di trasmissione). ■ La separazione tra proprietà e gestione della rete e attività di erogazione dei servizi è particolarmente significativa quando i servizi a valle sono prestati da una pluralità di concorrenti. In questo caso, infatti, la separazione effettiva tra attività svolte in regime di monopolio naturale e attività aperte alla concorrenza elimina alla radice gli incentivi dell'impresa monopolista a estendere abusivamente tale posizione in altri mercati potenzialmente in concorrenza (cfr. TESAURO, *Relazione conclusiva*, Convegno *Regolazione e Concorrenza*, Roma, 22-23 novembre 1999). ■ L'art. 8, co. 2°s., l. n. 287/90 impone alle imprese che, in base a disposizioni di legge, agiscono sui mercati per la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero in regime di monopolio, di operare, quando intendono ampliare la gamma dei servizi o beni offerti in mercati diversi, soltanto attraverso società separate; inoltre quando le predette imprese rendano, al fine di operare nei mercati diversi, disponibili a società partecipate o controllate *asset* di cui abbiano la disponibilità a causa del loro particolare *status*, esse sono tenute a rendere accessibili tali beni o servizi, a condizioni equivalenti, alle altre imprese direttamente concorrenti (cfr. MELI, *N. l. civ. comm.* 01, 1080s.).

**III. L'abuso di posizione dominante.** ■ Emblematici sono i casi *antitrust* nei quali l'impresa che gestisce in regime di monopolio un'infrastruttura essenziale e che direttamente, o attraverso altre società del gruppo, opera anche in mercati a monte e/o a valle aperti alla concorrenza, ha posto in essere comportamenti restrittivi della concorrenza, in particolare, ostacolando ai concorrenti l'accesso a quella stessa infrastruttura. Questi casi sono le ipotesi di **abuso di posizione dominante** disciplinati dalla legge nazionale (art. 3, l. n. 287/90) oppure dall'ordinamento dell'Unione europea ove assuma rilievo

un pregiudizio agli scambi intracomunitari (art. 82 *TCe*). ■ **Un'impresa si trova in posizione dominante** in virtù dell'elevata quota di mercato e/o di altre circostanze specifiche che determinano una potenza economica in forza della quale può ostacolare le condizioni di concorrenza con possibilità di tenere comportamenti indipendenti in misura rilevante dai concorrenti e soprattutto dai consumatori. L'impresa è in posizione dominante anche quando detta posizione «sia dovuta non già all'attività dell'impresa stessa, bensì al fatto che, a causa di disposizioni di legge o di regolamenti, non possa esservi concorrenza su detto mercato oppure può esservene unicamente una estremamente limitata» (Corte Ue, 3 ottobre 1985, C-311/84, 32061). ■ A tali imprese è vietato l'abuso di posizione dominante, cioè è vietato porre in essere comportamenti che eliminino o restringano la concorrenza, di cui si offre un'elencazione esemplificativa, tra cui «non limitare o impedire la produzione, gli sbocchi o l'accesso al mercato» nonché «applicare nei rapporti commerciali con altri contraenti condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza» (art. 3, l. n. 287/90; art. 82 *TCe*). ■ Nei casi di monopolio, nei quali l'eliminazione della concorrenza è in re ipsa, il divieto di abuso di posizione dominante riguarda comportamenti abusivi che incidono su mercati contigui e strettamente collegati, ove l'impresa detiene una posizione dominante che deriva anche dalla circostanza che essa, detenendo il monopolio sulla prestazione di un'attività o su un'asset essenziale per la prestazione di beni o servizi, è necessaria controparte dei concorrenti (cfr. Corte Ue, C-311/84). ■ In generale il comportamento abusivo può essere tale anche quando concerne mercati nei quali è tecnicamente assente la presenza di una posizione dominante, purché tali mercati siano strettamente collegati e ricorrano determinate circostanze (Corte Ue, 14 novembre 1996, C-333/94). ■ Elemento essenziale ai fini del comportamento abusivo è la circostanza che il comportamento restrittivo della concorrenza posto in essere dal gestore della rete non sia giustificato da ragioni obiettive come ad es. la saturazione della rete. ■ Con riferimento ai servizi aeroportuali si è ritenuto in abuso di posizione dominante il comportamento del gestore di un aeroporto – attivo anche nel mercato dei servizi di *handling* necessari all'uso aeroportuale – che aveva attuato pratiche finalizzate ad ostacolare l'accesso ai concorrenti (AGCM, 29 maggio 2003, caso A303 *Aviapartner/Società Aeroporto Guglielmo Marconi di Bologna*, Boll. 22/03). ■ Una società attiva nell'approvvigionamento e vendita di gas

naturale cui faceva anche capo l'infrastruttura di trasporto, dispacciamento e rigassificazione (Snam di Eni), aveva posto in essere comportamenti la cui finalità era quella di escludere e/o limitare l'ingresso al mercato della vendita di gas di operatori indipendenti (AGCM, 21 novembre 2002, caso A329 *Blugas/Snam*, Boll. 47/02). Si è inoltre accertato il comportamento abusivo di Snam consistente nel rifiuto di concedere l'accesso alla rete nazionale di gasdotti in sua proprietà per il trasporto del gas naturale dei prodotti privati a suoi concorrenti a valle della distribuzione primaria (AGCM, 25 febbraio 1999, caso A221 *Snam - Tariffe di vettoriale*, Boll. 8/99). ■ Con riferimento ai servizi postali sono stati addebitati comportamenti abusivi a Poste nella gestione della rete postale volti a restringere la concorrenza nel mercato della posta transfrontaliera (AGCM, 23 maggio 2002, n. 10763, caso A299 *International Mail Express Italy/Poste Italiane*, Boll. 21/02); mentre l'unico operatore a disporre di una rete nazionale postale ed attivo sia nella gamma dei servizi oggetto di riserva sia di quelli liberalizzati di posta elettronica ibrida aveva applicato condizioni di accesso alla rete postale discriminatorie, precludendo alle imprese concorrenti di offrire alla clientela condizioni di offerta competitive nel mercato della posta elettronica ibrida (AGCM, 17 dicembre 1998, caso A218 *Consorzio Risposta/Ente Poste Italiane*, Boll. 51/98, e, più recentemente, AGCM, 29 marzo 2006, *Posta Elettronica Ibrida*, Boll. 13/06). ■ Con riferimento al trasporto su ferrovia l'allora titolare della concessione esclusiva del servizio su rete nazionale e attraverso una controllata attivo anche nell'attività di organizzazione e commercializzazione del trasporto ferroviario e intermodale di *container*, aveva favorito la società del gruppo a discapito dei concorrenti nell'applicazione delle tariffe di accesso alla trazione ferroviaria (AGCM, 23 luglio 1999, caso A35, *Fremura/Ferrovie dello Stato*, Boll. 18-19/93).

**IV. La regolazione.** ■ Le caratteristiche oggettive delle infrastrutture e le esigenze di servizio universale sono i temi sui quali si sono sviluppate le liberalizzazioni degli scorsi anni a livello nazionale ed hanno costituito lo sfondo per l'intenso dibattito, mai per la verità sopito, sul rapporto tra concorrenza e regolazione (cfr. ad es. il caso di abuso di posizione dominante da parte di Telecom Italia, AGCM, 16 novembre 2004, A351 *Comportamenti abusivi di Telecom Italia*, Boll. 47/04 e la successiva Cons. St., Sez. VI, n. 1271/06). In talune normative di settore si sono già delineate scelte che condizionano l'assetto concorrenziale dei mercati a livello locale come per l'energia elettrica e il gas naturale (d. lgs. n.

79/99; d. lgs. n. 164/00) esclusi dall'ambito di applicazione della norma in esame, anche se tali discipline hanno accolto soluzioni non sempre soddisfacenti per gli assetti concorrenziali dei mercati (oltre alla già citata segnalazione AGCM AS 278, v. AGCM, AS 197 23 marzo 2000, *Boll.* 11/00; Id., AS 183 del 4 novembre 1999, *Boll.* 43/99; Id., AS 44 del 27 aprile 1995, *Boll.* 17/95; Id., AS 154 del 5 novembre 1998, *Boll.* 44/98). ■ La concorrenza nel mercato dei ss. p. loc. è stata pressoché assente (MERUSI, *D. amm.* 04, 37s.) e l'obiettivo primario diviene quello di favorire interpretazioni della norma in esame volte ad instaurare una concorrenza tra i produttori, superando le situazioni di monopolio naturale con la separazione della gestione delle reti dall'erogazione dei servizi (*infra* Sez. III), limitando l'accesso ai mercati soltanto in ipotesi residuali di monopolio legale conforme alla disciplina europea (*infra* § VII). ■ Assume rilievo l'imposizione di **obblighi di trasparenza e di struttura delle imprese** che possono essere definiti nei **regolamenti locali** (*sub* art. 7) che trovano giustificazione nella finalità di evitare integrazioni verticali e sussidi incrociati incompatibili con l'effettiva apertura dei mercati (D'ALBERTI, *Riforma della regolazione e sviluppo dei mercati in Italia*, relazione al convegno «Regolazione e concorrenza», tenutosi a Roma 22-23 novembre 1999). ■ In presenza di infrastrutture essenziali, la disciplina deve regolare l'accesso all'infrastruttura nel rispetto dei principi delle tariffe orientate ai costi, della trasparenza e della non discriminazione e deputando al corretto espletamento delle funzioni di gestione dell'infrastruttura **autorità regolatrici** che preferibilmente non devono coincidere con l'ente affidatario del serv. p. loc. (MERUSI, *op. cit.*). V. (*segue*) **la distinzione tra governo, regolazione e gestione**. ■ La Commissione delle Comunità Europee (*Libro Verde sui servizi di interesse economico generale*, 21 maggio 2003, 47s.) ha ritenuto che la disciplina comunitaria possa imporre agli Stati membri di istituire le **autorità nazionali di regolazione** e sono state ritenute di interesse quelle sinora istituite (es. Gran Bretagna per il settore acqua: OFWAT ha il potere di regolare i prezzi e il livello del servizio fornito; MERUSI, in *Annuario A.i.p.d.a.*, Milano, 2001, 2 63s.). ■ Le regole istituzionali delle autorità di settore sono tuttavia lasciate alla discrezionalità degli Stati membri, ritenendo ammissibile un organo o ente già esistente a tal fine legittimato, addirittura «il ministro responsabile del settore», fermo restando che è carattere istituzionale imprescindibile l'**indipendenza** del regolatore **dagli operatori economici del mercato interessato** (Corte Ue, 19 marzo 1991, C-202/88, § 51, 52;

9 novembre 1995, C-91/94, § 18, 19; cfr. Commissione Ue, decisione 29 luglio 2002, n. 2022/CE, *G.U.C.E.* L 200 del 30-7-2002). La soluzione di affidare *le funzioni di regolazione* ad organi o enti *di governo* pone in forse l'indipendenza solo ove gli stessi enti od organi abbiano anche la proprietà o il controllo delle imprese operanti nel settore (*Libro Verde sui servizi di interesse economico generale*, cit., § 34, 41). L'affermazione è di rilievo e pare costituire un principio dell'ordinamento europeo che vincola quello italiano nella definizione del riparto di competenza tra enti territoriali (art. 118, co. 2°, Cost.), con **necessaria attribuzione dei poteri di regolazione dei ss. p. loc. ad un livello di governo** (es. regionale o provinciale) **diverso** da quello individuato come ottimale per la gestione del servizio stesso (es. provinciale o comunale), poiché quest'ultimo può anche divenire ente di controllo della società di capitali *in house*. ■ La Comunità riconosce tuttavia che alcune «decisioni di regolazione» non possano essere sottratte agli organi di governo, sicché in tali casi appare normale una deroga alla **distinzione tra organi e funzioni di governo e di regolazione** (cfr. D'ALBERTI, *D. amm.* 04, 705; DELLA CANANEA, *R. it. d. pub. com.* 04, 1385; IACOVONE, *Regolazione, diritti e interessi nei pubblici servizi*, Bari, 2004; MERUSI, *D. amm.* 04, 38; VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, 2004; LIQUORI, *I servizi pubblici locali. Contendibilità del mercato e impresa pubblica*, Torino, 2004; CLARICH, *R. trim. d. pub.* 03, 91; NAPOLITANO, *R. giur. q. pub. serv.* 02, 25; DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002, 92s.; ANTONIOLI, *Mercato e regolazione*, Milano, 2001, 56s.; RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998), con un riparto delle attività di regolazione tra organi indipendenti ed organi di governo. ■ Si riconosce che nella maggior parte dei casi la **nomina e gli obiettivi politici generali** degli organi di regolazione spettano agli organi di governo o del parlamento, cui i primi debbono riferire. ■ Gli **organi politici** con legge (regolamento o atto generale: *sub* art. 112), definiscono gli obblighi di servizio pubblico, come le tariffe massime o minime, gli *standard* di sicurezza e qualità, le garanzie di accesso, in generale quanto è stato definito come programma di *serv. p. loc.* (*sub* art. 112); spetta invece alle **autorità di regolazione** procedere alla loro successiva applicazione al caso concreto. ■ Le **autorità** di regolazione invece **non possono essere soggette** alle istruzioni del governo per le decisioni da assumere; è preferibile che abbiano fonti autonome di finanziamento che non dipendano dal bilancio del governo, infine che i componenti abbia-

no una buona cultura sulla disciplina da applicare, poiché ciò accresce l'imparzialità del regolatore e ne rafforza la continuità dell'azione (*Libro Verde sui servizi di interesse economico generale*, cit., § 40-43). ■ Le funzioni di regolazione si distinguono inoltre da quelle generali di **antitrust** anche se le stesse si possono talvolta sovrapporre: le funzioni di *antitrust* danno applicazione al diritto generale sulla concorrenza ad un settore specifico mediante provvedimenti *ex post* repressivi dei comportamenti anticoncorrenziali, cioè sanzionando l'abuso che si è verificato (*supra* § III; v. art. 14, d.l. 223/06), mentre il **regolatore di settore** interviene *ex ante*, applicando la disciplina atta a prevenire il rischio e dunque lo stesso intervento *antitrust* (*Libro Verde sui servizi di interesse economico generale*, cit., § 46).

#### 1 VI. Monopolio legale, naturale e di fatto. ■

Le ipotesi di monopolio sono disciplinate dalla Costituzione (art. 43), dall'ordinamento comunitario e dalle leggi statali di settore (*supra* § I; Sez. I) e la norma posta dal t.u. ord. enti locali (sub art. 112, co. 2°, ora *abrogato* dall'art. 35, co. 12°, l. n. 448/01) ricordava unicamente («I servizi riservati in via esclusiva ai comuni e alle province sono stabiliti dalla legge») quanto era già più propriamente posto da norme costituzionali (artt. 43 e 41 Cost.). ■ Il **monopolio è legale** ove una data attività è - dalla legge, o in base ad essa per atto amministrativo - oggetto di *riserve, esclusive, o private*, a favore di alcuni produttori (art. 1, r.d. n. 2578/92, sub art. 123; **negativa un'esclusiva** per i *servizi funebri* C 05/11503; per *canili*: Cons. St., Sez. VI, n. 4688/00). ■ Nel **monopolio naturale** invece l'attività di servizio in sé considerata permane libera, ma l'esclusiva a taluno deriva dalla disciplina dei beni pubblici, necessari all'erogazione del servizio, il cui uso è di solito sottoposto ad un atto dell'ente proprietario (concessione). Se nel monopolio legale l'atto dell'amministrazione legittima un terzo a svolgere l'attività altrimenti preclusa, il monopolio naturale **ha ad oggetto il bene pubblico utile all'esercizio di un'attività** d'impresa privata (ricezione turistica), ovvero all'esercizio di un servizio pubblico (tramvia, ciclo completo dell'acqua, distribuzione del gas, ecc.) come accessorio del conferimento della gestione del servizio pubblico (*infra* Sez. IV), oppure del conferimento della sola gestione separata delle reti, impianti ed altre dotazioni destinate all'erogazione del servizio stesso (*infra* Sez. III). ■ La precisazione è di interesse perché la disciplina comunitaria (Dir/Cee n. 91/440/CE, sulle ferrovie; Dir/Ce n. 17/04/CEE, per trasporti, acqua, energia, gas e telecomunicazioni) si sta evolvendo nel senso di una **separazione** della gestione delle re-

ti ed impianti dall'attività di gestione dei servizi (*infra*, sez. III, § VI), con orientamento che **induce a limitare la tradizionale categoria del monopolio naturale** con riferimento ai pubblici servizi, perché l'esclusiva di un determinato servizio non può più essere derivata dalla natura giuridica e dall'esclusivo uso dei beni necessari alla sua produzione. Proprio per superare gli ostacoli posti dal monopolio naturale alla disciplina della concorrenza, gli enti locali debbono orientarsi verso l'indicato principio di separazione delle gestioni di reti e servizi, che consente più di affermare una pluralità di produttori di servizi locali. Quanto potrà divenire oggetto di una esplicita norma comunitaria in materia pare già presente come **norma di sistema**, poiché il nostro ordinamento non consente di confondere il potere di concessione di un bene con l'attività di gestione di un servizio al fine di giustificare ancora limitazioni indebite alla concorrenza, se non nei casi di eccezione ammessi dall'ordinamento dell'Unione europea e dalla nostra Costituzione (*infra* Sez. III, § VI).

**VII. I limiti costituzionali e comunitari.** ■ È l'opinione comune che la riserva in esclusiva a comuni e province di determinate attività (servizi) di cui alla norma in rassegna sia delimitata e integrata dalla previsione dell'art. 43 Cost. che disciplina la così detta «avocazione pubblica» di «determinate imprese o categorie di imprese» (GALGANO, *Rapporti economici*. Art. 43, *Comm. Branca*, 195s., CASSESE, *G. cost.* 60, 1356; PREDIERI, voce *Collettivizzazione*, *Enc. D.*, VII, 422s.; MIELE, *D. ec.* 58, 1133; SPAGNUOLO VIGORITA, *Attività economica privata e potere amministrativo*, Napoli, 1962; ID., *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico* 59; BARILE, *Il soggetto privato nella costituzione italiana*, Padova, 1953; OTTAVIANO, voce *Impresa pubblica*, *Enc. D.*, XX, 671s.; ROVERSI MONACO, *L'attività economica pubblica*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, I, *La costituzione economica*, 385s.; GIANNINI, *Il diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995, 137; LEVI, in *Studi sull'amministrazione regionale e locale*, Torino, 1978, 177s.). ■ L'art. 43 Cost. delimita l'**oggetto del potere di riserva** originaria, o del trasferimento mediante espropriazione, alle attività che abbiano un carattere d'impresa, che siano di preminente interesse generale e che alternativamente si riferiscano a servizi essenziali, fonti di energia, o situazioni di monopolio. ■ La delimitazione all'**impresa** esclude la possibilità di riservare in esclusiva agli enti locali attività a carattere non imprenditoriale, con precetto che trova conforto in altre norme costituzionali come l'art. 38, u. co., Cost. (Corte cost. 396/88, dichia-

ra l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, l. 17 luglio 1890, n. 6972, cui è seguito il d.p.c.m. 16 febbraio 1990, in *G.U.* 23 febbraio 1990, n. 45), o  
 4 l'art. 33, co. 3°, Cost. relativo all'istruzione. ■  
 L'attività inoltre deve essere di **preminente interesse generale**, cioè rivestire un carattere ulteriore che non si identifica con l'interesse pubblico all'assunzione del servizio, poiché letteralmente il requisito è richiesto dall'art. 43 Cost. anche per le imprese che abbiano ad oggetto  
 5 servizi pubblici essenziali. ■ Alle imprese incaricate della gestione di servizi d'**interesse economico generale**» (*infra* Sez. III, § VI) è consentito di operare in deroga alle norme del *TCE*, nei «limiti in cui l'applicazione di tali norme» sia di ostacolo «all'adempimento, in linea di diritto e  
 6 di fatto, della specifica missione loro affidata». ■  
 Le attività che la legge può attribuire in esclusiva agli enti locali debbono *referirsi* a fonti d'energia, ovvero a servizi pubblici essenziali o a situazioni  
 7 di monopolio. ■ Con decreto del Ministro dell'Interno 28 maggio 1993 si è provveduto ad individuare i **servizi indispensabili** di comuni (art. 1), province (art. 2) e comunità montane (art. 3) la cui erogazione deve essere sostenuta dai trasferimenti erariali (*sub* art. 149, co. 5°), con definizione che è riferita generalmente a tutti i compiti imposti dallo Stato agli enti locali minori fra i quali rientrano, ai fini erariali sopra indicati, i  
 8 **servizi pubblici essenziali**. ■ La possibilità di imporre per legge il monopolio (riserva originaria o a mezzo d'espropriazione) ad attività che si riferiscono a servizi la cui erogazione è considerata dalla legge come irrinunciabile da parte degli enti locali, pare affiancare la disciplina dei contributi erariali, poiché in entrambi i casi si tratta di mezzi utili al sostentamento economico dell'attività di produzione dei servizi in esame: l'uno finanziario, l'altro come garanzia dell'esclusiva dell'intera domanda degli utenti (mo-  
 9 nopolio). ■ La Corte costituzionale ha da tempo chiarito che al **monopolio** va equiparato l'**oligopolio** e ad una situazione di esclusiva su scala nazionale equivale quella circoscritta ad un determinato territorio locale (Corte cost. 59/60, la questione è ripresa dalle sentenze in materia di radiotelevisione: Corte cost. 225/74; 226/74; 227/74; 228/74; 826/88; 102/90; 438/90; 329/91; cfr. PACE, *Dir. radiodiffusioni* 87, 453s.; ROPPO, *G. cost.* 88, 3945; LANZILLO, *D. informaz. e informatica* 89, 11ss.; PADOVANI, *Leg. pen.* 89, 102; *Il sistema radiotelevisivo pubblico e privato*, a cura di Roppo e Zaccaria, Milano, 1991; SARAZANI, *D. d'autore* 91, 60s.; DOGLIOTTI, *Giust. civ.* 91, II 337; P. RESCIGNO, *D. informaz. e informatica* 91, 411; CARUSO, *Le emissioni radiotelevisive nella direttiva comunitaria e nella sua applicazione in Italia*,  
 10 Milano, 1991; FABIANI, *D. d'autore* 91, 135). ■

L'interpretazione che ricollega la disciplina sulla restrizione della concorrenza all'art. 43 Cost., non è contraddittoria ove la si ritenga (Corte cost. 58/65; SANDULLI, *Manuale*, XIV<sup>a</sup> ed., 132) un mezzo per la trasformazione del «preesistente **monopolio di fatto**» di taluni imprenditori (art. 43) in un monopolio legale e temporaneo. ■ 11  
 In attuazione dell'art. 43 Cost. e dell'art. 86 *TCE*, la legge statale può prevedere, come mezzo per l'**attuazione graduale della concorrenza** (co. 5° *bis*), che l'esclusiva del *serv. p. loc.* sia finalizzata a interrompere il monopolio dei privati, favorendo nel tempo l'affermazione di una pluralità di concessionari in concorrenza con una società in mano pubblica.

**VIII. Riserva originaria, espropriazione e beneficiari.** ■ La previsione costituzionale (art. 1 43 Cost.) individua due poteri pubblici alternativi, entrambi utili a conseguire lo scopo: la riserva originaria, o il trasferimento mediante espropriazione e salvo indennizzo, che hanno tuttavia presupposti giuridici nettamente distinti. ■ È ne- 2  
 cessaria una **procedura d'esproprio** ove la legge riservi agli enti locali un servizio pubblico di rilevanza economica (impresa), non già esercitato dagli stessi in regime di monopolio di fatto, con necessità d'indennizzo a favore di tutti coloro che si vedono preclusa per legge un'attività di impresa; in ogni altro caso può essere prevista una **riserva originaria**. ■ Si è ritenuto che l'art. 3  
 43 Cost. ponga una **riserva di legge relativa** (cfr. Corte cost. 11/60) per altri una **legge provvedimento** (GALGANO, *op. cit.*, 194), ma la questione non appare risolta poiché le sentenze della Corte costituzionale hanno sinora avuto ad oggetto solo leggi statali provvedimento (Corte cost. 14/ 64; Corte cost. 60/57). ■ La riserva di legge nor- 4  
 malmente è individuata nella **legge statale** (v. *supra* § VII), ma non si esclude una competenza della **legge regionale sull'organizzazione** del pubblico servizio locale (*sub* art. 4), mantenendo la legge statale la competenza a determinare la sfera di limite alla libertà di iniziativa economica (artt. 41 e 43 Cost.). ■ È posto un rinvio alle 5  
**norme di settore** per definire «**criteri di gradualità**» nella scelta delle modalità di gestione indicate dalla norma in esame (co. 5°), cioè i presupposti per la scelta di una determinata forma rispetto ad altra, al fine espressamente dichiarato dalla legge di **superare gli «assetti monopolistici»** ed assicurare la concorrenza nella gestione dei servizi pubblici (co. 5° *bis*). ■ L'art. 6  
 43 Cost., oltre allo Stato ed enti pubblici, individua come beneficiari le sole «**comunità di lavoratori o d'utenti**», ma ora gli enti locali non possono assumere la «titolarità della gestione» dei servizi di rilevanza economica (*infra* Sez. IV). ■ 7  
 È tuttavia possibile offrire un'interpretazione -

che in conformità ad altre norme costituzionali (art. 45, co. 1°, art. 46, Cost.) – impone di riconsiderare le norme che disciplinano le **forme di gestione** (co. 5°) per i servizi pubblici che leggi di settore abbiano riservato in esclusiva agli enti locali. ■ Il conferimento della titolarità della gestione «a società di capitali» va inteso o alle società *in house* (co. 5°, lett. c) ove le si ritenga – in conformità all'indirizzo della Corte Ue – una modalità organizzativa dell'ente locale che le controlla (*infra* Sez. VII) oppure ove si sia prescelto il conferimento a società terze scelte con procedure ad evidenza pubblica (co. 5°, lett. a) va inteso con riferimento a società *cooperative* (art. 45, co. 1°, art. 46, Cost.) *di lavoratori* (art. 43 Cost.; per cooperative tra dipendenti pubblici: l. n. 59/92, art. 18, co. 3°, che modifica l'art. 61, d.p.r. n. 3/57) o *uteni* (art. 43 Cost. per la partecipazione alla designazione di amministratori o sindaci *sub* artt. 6, 8, 42 e 50) che può essere rafforzata ove l'atto costitutivo della società preveda come obbligatorio l'**«azionariato popolare»** con dovere di collocazione della quote del capitale sociale presso utenti e lavoratori (art. 43 Cost.) secondo una direzione interpretativa che è stata ora accolta dal legislatore (*infra* Sez. VI e *sub* art. 116).

### SEZIONE III

#### Reti e impianti

**I. La proprietà pubblica e l'obbligo di «scorporo».** ■ **In generale** – salvo che il bene di un ente territoriale utilizzato per la gestione di un pubblico servizio sia sottoposto alla più rigorosa disciplina del **bene demaniale** (art. 822, art. 824 c.c.: es. strade, strade ferrate, aerodromi, acquedotti, acque superficiali o sotterranee, raccolte dei musei, delle biblioteche, degli archivi, immobili di interesse storico, archeologico e artistico) i restanti beni mobili o immobili appartenenti ad enti pubblici anche non territoriali e destinati ad un pubblico servizio sono sottoposti alla disciplina dei beni del **patrimonio indisponibile**, cioè «non possono essere sottratti alla loro destinazione se non nei modi stabiliti dalle leggi che li riguardano» (art. 828, co. 2°, art. 830, co. 2° c.c.: art. 1, l. n. 36/94; d. lgs. n. 490/99; DUGATO *R. trim. app.* 03, 519s.; RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004, 143s., 171, 279s.; A. ROMANO, in AA.VV., *La cultura e i suoi beni giuridici*, a cura di Caputi Jambrenghi, 1999, 407s.; LOLLI, *R. trim. dir. proc. civ.* 97, 633; CERULLI IRELLI, voce *Uso pubblico*, *Enc. D.*, XLV, 953; V. CAPUTI JAMBRENGHI, voce *Beni pubblici*, *Enc. giur.*, V, 11; ID., *Diritto amministrativo*, a cura di Mazza-

rolli, Pericu, Romano, Roversi Monaco, Scoca, 2001, 1140; FALZONE, *I beni del patrimonio indisponibile*, Milano, 1957, 274, 285s.; GUICCIARDI, *Il concetto di demanio pubblico nel nuovo codice civile*, in *Stato e diritto* 43, 104s.; Santi ROMANO, *Circol. Giur.* 1898, 78s.; ID., *Corso di diritto amministrativo* 37, 171s.). ■ La norma in esame (co. 2°) pone una **disciplina speciale**: sono **inalienabili** gli impianti, le reti e le altre dotazioni **destinati all'esercizio dei ss. p. loc.** in proprietà di enti locali (anche non territoriali: *sub* art. 2); ove non sia vietato dalla disciplina di settore è tuttavia consentito il conferimento della proprietà dei beni stessi a **società a capitale interamente pubblico** (co. 2° e co. 13°), ed il **vincolo dell'inalienabilità permane** con riferimento alla titolarità alternativa dell'ente locale o della società a capitale interamente pubblico, cui si aggiunge in quest'ultimo caso l'incedibilità del capitale interamente pubblico di tali società proprietarie (*infra* § III). ■ Gli enti locali che prima dell'entrata in vigore dei vincoli di titolarità dei beni destinati al pubblico servizio avessero avuto la maggioranza del capitale di società di gestione dei ss. p. loc., dovevano provvedere allo **scorporo** della proprietà di reti, impianti ed altre dotazioni entro il 1 gennaio 2003 (l. n. 448/01, art. 35, co. 9° e 7°). Scorporo da effettuarsi **anche per scissione** ove oltre alla proprietà dei beni è la titolarità dell'intero ramo d'azienda di gestione degli stessi ad essere trasferito alla società proprietaria di reti, impianti e dotazioni (co. 13°). ■ **A partire dal 1° gennaio 2002** le società di gestione dei ss. p. loc. non possono invece divenire destinatarie della proprietà dei beni, poiché la costituzione delle stesse è disciplinata dal divieto per gli enti locali di conferire la proprietà di impianti, reti ed altre dotazioni a società erogatrici del servizio (co. 13°). L'obbligo di scorporo vale anche per gli enti locali che abbiano provveduto alla **«trasformazione» delle aziende speciali e dei consorzi** in società di capitali in data successiva al 1° gennaio 2002 (*sub* art. 115). ■ Sino all'avvenuto «scorporo» **gli enti locali non possono cedere la propria partecipazione alle società di erogazione** dei ss. p. loc. (l. n. 448/01, art. 35, co. 10°). ■ Il vincolo non vale per le società già quotate in borsa, le quali inoltre mantengono la proprietà dei beni destinati al *serv. p. loc.* su cui grava *ex lege* un diritto **d'uso perpetuo ed inalienabile** a favore degli enti locali di natura demaniale (art. 825 c.c.; l. n. 448/01, art. 35, co. 11°; art. 1021 c.c.; RENNA, *La regolazione...*, cit., 149). ■ Al termine dell'affidamento le **imprese concessionarie reintegrano gli enti locali nel possesso delle reti, impianti ed altre dotazioni** utilizzati per la gestione dei servizi,

fermo restando che dal gestore subentrante è dovuto un **indennizzo** pari al valore dei beni non ancora ammortizzati il cui ammontare risulti dal bando di gara (l. n. 448/01, art. 35, co. 9°). L'oggetto della reintegrazione va riferito alla proprietà e non solo al possesso in senso proprio, poiché l'ammontare dell'indennizzo è rapportato al valore di ammortamento dei beni, fermo restando che l'ipotesi interpretativa letterale – di un possesso *ex lege* agli enti locali (che nega la possibilità di un trasferimento della proprietà alla società *ex co.* 13°) con un vincolo *ex lege* di destinazione del bene (co. 3°) – condizionerebbe comunque l'eventuale permanere della proprietà in capo all'impresa privata.

#### II. L'eccezione dei beni in proprietà privata. ■

Dalle imprese concessionarie (*supra* § I) si distingue l'ipotesi dei proprietari – diversi dagli enti locali – di «reti, impianti ed altre dotazioni patrimoniali», i quali non debbono reintegrare gli enti locali nel possesso dei beni, ma al contrario il permanere in capo ad essi della proprietà di tali beni è il presupposto per il rilascio dell'autorizzazione a gestire i servizi o loro segmenti (*infra* Sez. V, § I). Ben'oltre l'ipotesi delle società quotate in borsa – ove la proprietà privata è gravata da vincolo *ex lege* considerato di natura demaniale (*supra* § I) – il caso in esame può ritenersi l'unico di piena proprietà privata dei beni utili alla «gestione dei ss. *p. loc.* di rilevanza economica», che può permanere – salvo espropriazione – in capo a soggetti diversi dagli enti locali (co. 14°).

#### 1 III. La società proprietaria. ■

Si è detto che gli enti locali, anche in forma associata (*sub* art. 31), nei casi in cui non sia vietato dalle norme di settore possono conferire a società di capitali pubbliche – il cui capitale è incedibile – la proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinati all'esercizio dei servizi pubblici

#### 2 (*supra* § I). ■

Alla suddetta società «proprietaria» gli enti locali possono anche (a) affidare la gestione di reti, qualora sia separata l'attività di erogazione dei servizi, (b) nonché il compito di espletare le gare necessarie al conferimento della titolarità della gestione del servizio (*infra* Sez. V). ■ **L'oggetto necessario** (*ex lege*) di tali società è la proprietà dei beni destinati all'esercizio dei ss. *p. loc.* a rilevanza economica, senza possibilità di un uso diretto del proprietario, né di poterle distrarre da quello cui sono destinate, poiché *ex lege* tali beni sono posti «a disposizione» dei gestori (di reti, impianti, o dei servizi), a fronte di un canone stabilito dall'Autorità di settore, o in mancanza dagli enti locali (co. 13°).

#### 4 ■

Oltre all'inalienabilità dei beni destinati al *serv. p. loc.* a rilevanza economica (*supra* § I) è altresì disposta l'incapibilità del **capitale intera-**

**mente pubblico** della società proprietaria secondo una disciplina speciale che pone problemi a quella generale di naturale destinazione del capitale a garanzia dei terzi creditori (art. 2446 c.c.). Analogamente il vincolo *ex lege* di destinazione all'uso dei terzi gestori di *serv. p. loc.* delle reti, impianti ed altre dotazioni (co. 9°; co. 13°; l. n. 448/01, art. 35, co. 11°) è norma speciale che limita il principio generale di valorizzazione della proprietà dei beni in natura conferiti a capitale (art. 2342, co. 1°, 2°; art. 2254, co. 2°; art. 2343 c.c.). ■ **Trasferiti alla società proprietaria i beni** 5 destinati al *serv. p. loc.* si produce l'effetto giuridico d'incapibilità del capitale previsto dalla norma (co. 13°), siano o non siano, le quote o azioni sociali rappresentative dei beni stessi. Ciò che assume rilievo nella norma in esame (co. 13°) è la deroga alla disciplina sull'incapibilità di tali beni (co. 2°) che salva l'atto negoziale di trasferimento della proprietà dall'ente locale alla società proprietaria, senza perciò imporre in senso tecnico-giuridico un conferimento di tali beni a capitale. ■ La società «proprietaria» non può 6 gestire i ss. *p. loc.*, forse neppure espletare le gare per la gestione delle reti (nel co. 13° manca un rinvio al co. 4°, lett. b); mentre tra i possibili oggetti sociali eventuali vi sono l'affidamento della gestione diretta degli impianti (co. 4°, lett. a; *infra* Sez. V), nonché il compito di espletare le gare per la gestione del *serv. p. loc.*, o per la scelta del *partner* di società mista (co. 5°, lett. b). ■ 7 L'affidamento alla società proprietaria della gestione d'impianti importa anzitutto una *separazione* della gestione dei beni dalla gestione dei servizi ed inoltre presuppone che la stessa società sia un'organizzazione *in house* (per il rinvio dal co. 13° al co. 4°, lett. a): cioè oltre al capitale interamente pubblico, che gli enti locali esercitano sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che l'attività principale della società sia per l'ente o gli enti pubblici che la controllano (*infra* § VII).

#### IV. La destinazione d'uso ex lege ai gestori. ■ 1

La titolarità della proprietà delle reti, impianti ed altre dotazioni patrimoniali destinati all'esercizio del *serv. p. loc.* a rilevanza economica è configurata dalla legge nell'alternativa tra enti locali o società a capitale interamente pubblico (*supra* § I). In via d'eccezione la proprietà di tali beni in capo a soggetti (diversi dagli enti locali) è presupposto per ottenere l'autorizzazione a svolgere i servizi o loro segmenti (*supra* § II; *infra*, Sez. V, § I). La proprietà di tali beni è infine riconosciuta alle società quotate in borsa, nonché alle società per azioni di cui gli enti locali abbiano al 1° gennaio 2002 (l. n. 448/01, art. 35, co. 11°) la maggioranza del capitale e sempreché gli enti locali soci abbiano deliberato entro

la stessa data di avviare il procedimento di quotazione in borsa da concludersi entro il 31 dicembre 2003 (*supra* § I). ■ Dalla proprietà degli enti locali o delle società in mano pubblica (co. 13°) consegue la **destinazione di tali beni all'esercizio dei ss. p. loc.** a rilevanza economica (co. 2°; co. 13°). ■ Le **società proprietarie** hanno l'obbligo *ex lege* di porre i beni stessi a disposizione dei **gestori** (del servizio o delle reti: co. 13°) con diritto di credito *ex lege* a percepire un **canone** stabilito dall'Autorità di settore, o in mancanza dagli enti locali. ■ Alla **scadenza di ciascun periodo di affidamento** i beni in proprietà degli enti locali o delle società a capitale interamente pubblico (co. 13°) destinati al pubblico servizio sono assegnati al nuovo gestore, unitamente ai beni o parti di essi – non ancora destinati – ma già realizzati dal precedente gestore in attuazione dei piani di investimento, con diritto di questi ad ottenere dal nuovo gestore il pagamento di un indennizzo pari al valore dei beni non ancora ammortizzati, in misura comunque non superiore a quella prevista dal bando di gara (co. 9°). ■ Nel caso delle **società per azioni quotate in borsa**, sulle reti, sugli impianti e sulle altre dotazioni patrimoniali attuali e future è costituito un diritto d'uso perpetuo ed inalienabile (art. 1021 c.c.) a favore degli enti locali, con diritto del proprietario ad ottenere dal gestore dei beni il pagamento di un canone. I beni possono essere ceduti (non il diritto d'uso) o dati in locazione e non si applicano le ulteriori disposizioni previste dal codice civile per il diritto d'uso (art. 35, co. 11°, l. n. 448/01). ■ L'**accesso** ai soli beni costituenti la **rete di serv. p. loc.** a rilevanza economica è comunque **garantito a tutti i soggetti legittimati all'erogazione dei servizi** (co. 3°), anche ove la proprietà sia di soggetti diversi dagli enti locali (co. 14°).

**V. La gestione integrata con il servizio pubblico locale (rinvio).** ■ La disciplina della gestione integrata di beni e dei *ss. p. loc.* agli utenti è quella indicata dalla norma in esame al suo co. 5° (*infra* Sez. V), la quale non consente agli enti locali un **affidamento in forma associata** (*infra* § VII), ma condivide con la gestione separata dei beni la disciplina sull'esecuzione dei lavori connessi alla gestione delle reti (*infra* § XI).

**VI. La disciplina europea e nazionale sulla separazione.** ■ La disposizione in esame espressamente rinvia alle discipline di settore per l'individuazione dei «casi nei quali l'attività di gestione delle reti e degli impianti destinati alla produzione dei *ss. p. loc.* a rilevanza economica può essere separata da quella di erogazione degli stessi» (co. 3°). ■ Separata l'attività di erogazione dei servizi da quella di gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimo-

niali gli enti locali, anche in forma associata, si avvalgono (co. 4°): a) di società *in house providing* a tal fine istituite (*infra* § VIII); b) d'impresе idonee individuate mediante procedure ad evidenza pubblica (*infra* § IX). ■ La sequenza delle norme indicate pare configurare come normale l'ipotesi della gestione integrata tra *serv. p. loc.* e relative reti o impianti, relegando la «possibilità» della separazione della gestione dei beni da quella di erogazione dei *ss. p. loc.* a rilevanza economica ai soli «casi» d'eccezione indicati dalle «discipline di settore». ■ Senonché le imprese incaricate di servizi d'**interesse economico generale** – e tra questi i servizi pubblici – o le imprese aventi carattere di monopolio fiscale (*supra* Sez. II) sono sottoposte alle norme del «Trattato ed 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» (art. 86, § 2, *TCE*; RACCA, *D. amm.* 94, 128s.; Corte Ue, 20 marzo 1985, C-41/83; Corte Ue, 11 aprile 1989, C-66/86; Corte Ue, 18 giugno 1991, C-260/89; Corte Ue, 4 maggio 1988, C-30/87; Corte Ue, 27 marzo 1974, C-127/73; PASTORI, in *Scritti per Mario Nigro*, Milano, 1991, 350; MEGRET, LOUIS, VIGNES, WAELEBROECK, DOUSSET, SARMET, *Le droit de la communauté économique européenne*, III, 83; FRIGNANI-WAELEBROECK, *Disciplina della concorrenza nella Cee*, 131; DELVAUX-FABER, *R. d. industr.* 63, 158; DRAGO, *ivi*, 126; FRANCESCHELLI, *ivi*, 84; HUBER, *Serv. pub. app.* 05, 85). ■ Possibilità per tali imprese di operare in deroga al *TCE* (art. 86 § 2) che è stata oggetto di **interpretazioni restrittive** che hanno negato la legittimità della deroga alle regole sulla concorrenza ove l'attività svolta in regime di monopolio od oligopolio (restrizione della concorrenza) non costituisca l'**unico mezzo tecnicamente od economicamente utile a raggiungere le «missioni»** affidate (Corte Ue, 4 maggio 1988, C-30/78; 30 aprile 1986, C-209-213/84; 30 aprile 1974, C-155/73). ■ **Non sono ostacoli** che legittimano una gestione in esclusiva i **costi di costruzione e gestione di una rete** o impianto (con diritto a gestire l'opera o il servizio: *infra* § VII), ove sia possibile una riorganizzazione che separi la gestione delle reti dalla gestione del servizio, con diritto di accesso alle prime per tutti gli operatori (co. 3°, ult. frase; v. *Libro verde sui servizi di interesse economico generale*, 29s.). ■ Per i **servizi a rete** (VETRÒ, *Il servizio pubblico a rete*, Torino, 2005; *I servizi a rete in Europa*, a cura di E. Ferrari, Milano, 2000; CAVALIERE, *Serv. pub. app.* 05, 5; CARDI, *ivi*, 13; DE MARTINO, *ivi*, 19; CORSO, *ivi*, 29; DEVOLVÈ, *ivi*, 35; DIAZ LEMA, *ivi*, 47; SORACE-TORRICELLI, *ivi*, 115; STANZANI GHEDINI, *ivi*, 129) il **principio giuridico della separa-**

zione si afferma come ipotesi precettiva ordinaria dell'ordinamento dell'Ue (art. 86, § 2°, TCe), poiché consente di superare sia il conflitto di interessi del gestore integrato di infrastrutture e ss. p. loc., sia le ragioni di esclusiva apparentemente fondate sull'investimento economico dell'infrastruttura, poiché con la separazione il gestore di rete potrà ottenere i proventi a tal fine necessari da qualsiasi gestore di servizi all'utente finale (co. 3°, ult. frase). ■ Salva l'ipotesi dell'impossibilità tecnica assoluta – e non solo relativa ad una particolare organizzazione del servizio – non è conforme al Trattato (art. 86, § 2°, TCe) un'esclusiva di gestione volta a remunerare i costi infrastrutturali, poiché la soluzione conforme all'ordinamento comunitario è il normale superamento della situazione di monopolio od oligopolio nell'erogazione del serv. p. loc. agli utenti finali. Si tratta di un vero e proprio vincolo posto dal diritto comunitario, immediatamente efficace nell'ordinamento degli Stati membri (sub art. 112), che impone agli enti locali di procedere all'organizzazione dei ss. p. loc. (sub art. 42, co. 2°, lett. e) separando la gestione dei servizi dalla gestione delle reti, ove ciò risulti indispensabile a superare situazioni di monopolio, oligopolio e di ineffettività di un diritto di accesso alle reti (Corte cost. 29/06). ■ Fuori dal vincolo normativo dell'ordinamento dell'Unione europea (art. 86, TCe) il legislatore nazionale con la norma in esame (co. 3°, prima frase) ha previsto che la separazione della gestione infrastrutturale dalla gestione del servizio all'utente sia ammessa solo «nei casi» tipici previsti dalla disciplina di settore (supra Sez. I, § III), sia essa una norma di legge o di regolamento, statale, regionale o degli enti locali secondo le rispettive competenze (art. 117 Cost.)

**VII. La gestione separata dei beni. Forme associate degli enti locali.** ■ Qualora – in osservanza delle norme dell'Unione europea, oppure per scelta dell'Autorità o degli enti locali nei casi in cui la separazione sia consentita dalle norme di settore – sia separata la gestione dei ss. p. loc. a rilevanza economica dalla gestione dei beni costituenti le reti e gli impianti per l'esercizio dei servizi stessi gli enti locali debbono provvedere alle forme di gestione secondo la relativa differente disciplina. ■ Si tratta di una gestione di beni o di servizi, che non differisce nei suoi tratti essenziali dalle tradizionali ipotesi previste dal diritto comunitario di costruzione e gestione di un'opera pubblica, di sola manutenzione e gestione dell'opera medesima o della gestione di servizi con compiti accessori di realizzazione di lavori. Nei casi in esame tuttavia la gestione dei beni o del servizio è oggetto di un'obbligazione ex lege del gestore di rete verso i (separati) ge-

stori di serv. p. loc. a rilevanza economica (co. 3°: *infra* § X), ovvero di un'obbligazione contrattuale (co. 11°; co. 14°: *infra* § IX) assunta dal gestore di rete, impianto od altra dotazione patrimoniale verso gli enti locali o loro forme associate. ■ Lo sfruttamento del bene (concessione) è dato dalla gestione del bene o del servizio, che si sostanzia nell'offerta della fruizione del bene in buono stato d'uso ai gestori di servizio all'utenza (co. 2°; co. 13°: *supra* Sez. III, § IV) verso i corrispettivi pagati da qualsiasi soggetto legittimato all'erogazione dei servizi (co. 3°), a fronte dell'esborso del canone dovuto dal gestore del bene alla società proprietaria (co. 13°, penultima frase: *infra* § X), o di quello eventualmente previsto a favore degli enti locali – o loro forme associate – in sede di gara (bando o capitolato) per l'aggiudicazione all'impresa idonea (co. 4°, lett. b: *infra* § IX), oppure – ma è diversa partita finanziaria – a fronte del capitale investito dai soci e dell'utile eventualmente deliberato dall'assemblea della società a capitale interamente pubblico cui partecipano gli enti locali, o loro forme associate (co. 4°, lett. a; *infra*, § VIII). ■ Gli enti locali – anche in forma associata – possono utilizzare due differenti forme di gestione: la società a capitale interamente pubblico (*infra* § VIII) oppure avvalersi di imprese terze scelte con gara (*infra* § IX). Nelle forme previste dalla norma in esame per la gestione dei beni manca – rispetto alla disciplina sulla gestione dei ss. p. loc. (co. 5°, lett. b; *infra*: Sez. V) – la società a capitale misto pubblico-privato, né al terzo aggiudicatario di procedure ad evidenza pubblica si impone la forma delle società di capitali (co. 5°, lett. a). ■ La norma in esame (co. 4°) indica gli enti locali anche in forma associata, tra i quali i consorzi (sub art. 31) – ma anche le unioni di comuni, le comunità montane o isolate già definite enti locali (sub art. 2); forme associate che possono avvalersi di società a capitale interamente pubblico per la gestione di reti, impianti e altre dotazioni destinate al pubblico servizio, di cui abbiano il controllo analogo e sempreché le società realizzino la parte più importante della loro attività per gli enti pubblici che le controllano (co. 4°, lett. a: *infra* § VIII), oppure avvalersi d'impresе idonee scelte con procedure ad evidenza pubblica (co. 4°, lett. b: *infra* § IX). Analogamente accordi (sub art. 34) o convenzioni (sub art. 30) possono prevedere che il compito di svolgere le gare sia assolto da uno degli enti locali stipulanti per conto degli altri, mentre maggiori dubbi possono essere avanzati sulla possibilità di una pattuizione convenzionale (sub art. 30) tra enti locali che abbia ad oggetto il controllo analogo sulla società (da qualificarsi come esercizio di una funzione) o

addirittura la stessa quota di partecipazione nella società a capitale interamente pubblico, assunta in comunione o avente ad oggetto un pacchetto di azioni (da qualificarsi come servizio). ■ Sono sottoposti alla disciplina comunitaria dei c.d. **settori esclusi** «la messa a disposizione o la gestione di reti fisse per l'erogazione di un servizio al pubblico, per quanto riguarda la produzione, il trasporto o la distribuzione di acqua potabile, gas, energia elettrica, energia termica, nonché l'alimentazione delle suddette reti» (art. 3, d. lgs. n. 158/95; ora Dir/Cee 04/17/CEE) e la messa a disposizione o la gestione di reti pubbliche, o la prestazione di servizi di telecomunicazione (d. lgs. n. 158/95, art. 6, ora Dir/Cee 04/17/CEE). Si afferma un **«diritto speciale od esclusivo»** ove tali attività siano riservate ad uno o più soggetti per effetto di legge, regolamento, o altro atto amministrativo (d. lgs. n. 158/95, art. 2, co. 3°; ora Dir/Cee 04/17/CEE).

#### VIII. (segue) a società di capitale interamente

1 **pubblico.** ■ La prima forma di gestione dei beni (co. 4°, lett. a) è stata da molti denominata **«in house providing»**, seguendo quell'interpretazione della giurisprudenza comunitaria che ha introdotto un'ulteriore ipotesi di organizzazione a fianco dell'organismo di diritto pubblico, anch'essa sottoposta alla disciplina prevista per lo «Stato e gli enti pubblici territoriali» (artt. 86 e 2 87, TCE). ■ Tale prima forma di gestione consente l'affidamento della gestione senza gara, ove si realizzino le stesse tre condizioni previste per il conferimento *in house* della titolarità della gestione del *serv. p. loc.*, cioè deve trattarsi di società: a **capitale interamente pubblico** (*infra* Sez. VII, § III); sottoposta al **«controllo analogo»** degli enti locali affidanti (*infra* Sez. VII, § II); ove **la parte più importante dell'attività** sia svolta per conto dell'ente o degli enti pubblici che la controllano (v. art. 13, d.l. 223/06 la cui applicazione è espressamente esclusa per i servizi pubblici locali).

#### IX. (segue) a imprese scelte con evidenza pubblica.

1 **blica.** ■ L'ente locale – anche in forma associata (*supra* § VII) – può affidare la gestione delle reti, impianti od altra dotazione patrimoniale a **imprese terze idonee** (requisiti soggettivi), individuate secondo procedure ad evidenza pubblica (*aperta, ristretta, negoziata*), ove la gara è indetta in conformità agli **standard qualitativi e quantitativi**, ambientali, di equa distribuzione del territorio e di sicurezza definiti dall'Autorità di settore, o in mancanza dagli enti locali (co. 7°, primo periodo non oggetto di annullamento di 2 Corte cost. 272/04). ■ La norma **non definisce** né la **forma del soggetto gestore** («imprese idonee»), né il **rapporto giuridico** («si avvalgono») avente ad oggetto la gestione delle reti, degli im-

pianti e delle altre dotazioni patrimoniali, che in concreto l'ente locale – anche in forma associata (*supra* § VII) – può delineare come concessione di lavori oppure come concessione di servizi. ■ L'ente locale disporrà per una **concessione di lavori** – nel senso utilizzato dalla disciplina comunitaria – ove intenda attribuire al concessionario il diritto-obbligo a gestire l'opera (le reti, gli impianti e le altre dotazioni) ed a tal fine risulti come oggetto principale ed essenziale *l'esecuzione*, o congiuntamente *la progettazione e l'esecuzione, di lavori* (Dir/Cee 04/18/CEE, all. 1; art. 3, d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, *Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture*) o di un'opera, oppure l'esecuzione con qualsiasi mezzo di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice. Per **opera** si intende il risultato di un insieme di lavori edilizi o di genio civile che di per sé esplichi una funzione economica o tecnica (Dir/Cee 04/18/CEE, art. 1, § 2, lett. b). ■ **L'esecuzione dei lavori** può essere effettuata dal concessionario solo ove la stessa **sia stata dedotta come oggetto della gara** ed il gestore si sia a tal fine qualificato; diversamente questi deve affidarli a terzi a mezzo di gara (*infra* § XI). ■ L'ente locale 5 disporrà per una **concessione di servizi** nel senso utilizzato dalla disciplina comunitaria ove intenda attribuire al concessionario il diritto-obbligo (*supra* § VII) di gestire i beni (le reti, gli impianti e le altre dotazioni) ed i lavori a tal fine necessari costituiscano un accessorio rispetto all'oggetto principale della concessione (Dir/Cee 04/18/CEE, art. 1, § 2 lett. d). Nella triade della definizione comunitaria dei lavori, delle forniture e dei servizi, quest'ultimi costituiscono l'ipotesi residuale, ove rientrano tutte le prestazioni non ricomprese tassativamente nelle prime due definizioni (Dir/Cee 04/18/CEE, art. 1, § 4, che rinvia all'art. 1, § 2 lett. d; quest'ultimo all'Allegato II B, cat. 27). ■ Le **procedure ad evidenza pubblica** seguono la disciplina della **«concessione di lavori pubblici»** (l. n. 109/04; Dir/Cee 04/18/CEE; artt. 142s. d. lgs. n. 163/06) ove l'oggetto principale della gestione di reti, impianti e altre dotazioni siano i lavori a tal fine necessari. Ove i lavori siano invece un accessorio dell'oggetto principale in concessione (art. 1, § 2 lett. d), Dir/Cee 04/18/CEE) la disciplina è quella dettata per la **«concessione di servizi»** (artt. 3 e 17, Dir/Cee 04/18/CEE; art. 30, d. lgs. n. 163/06), costituita soprattutto dai principi (artt. 43 e 49 TCE) di trasparenza, di parità di trattamento, di proporzionalità e del mutuo riconoscimento (*sub* art. 112: *Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario della Commissione Ce 00, 2; Libro Verde sui servizi di interesse economico generale* 03, 25; *Libro Verde*

partenariato pubblico privato e diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni 04, 7). ■ Il riferimento alla «gestione di reti impianti ed altre dotazioni patrimoniali» posto dalla norma in esame anche per le imprese idonee scelte con procedure ad evidenza pubblica (co. 4°, lett. b) pare **escludere l'appalto di lavori o di servizi**, ove si ricordi che – a differenza del concessionario – all'appaltatore non spetta (a titolo di corrispettivo) la gestione dell'opera o dei servizi verso terzi (arg. ex art. 1, § 3 e § 4, Dir/Cee 04/18/CEE). Una lettura sistematica non consente infatti di trattare asimmetricamente le due forme di gestione, poiché anche l'oggetto della gara è sicuramente la gestione della rete (conferma in co. 5° *ter* ultima frase) ed eventualmente l'esecuzione dei lavori ad essa connessi (*infra* § XI), poiché il rischio della gestione delle reti ed impianti non può permanere in capo all'ente locale proprio nella forma in esame di affidamento a terzi. ■ I rapporti tra enti locali con le società di gestione delle reti e degli impianti sono regolati da **contratti di servizio** (co. 11° e co. 14°) **allegati ai capitolati di gara** che debbono prevedere sia lo *standard* delle prestazioni dei servizi (qualitativo, quantitativo, ambientale, di sicurezza ecc.: arg. ex co. 7°), sia strumenti adeguati di verifica del rispetto degli stessi da parte del gestore, mentre l'obbligazione di pagare il canone è già definita *ex lege* (*infra* § X).

**X. Obblighi ex lege: pagare il canone e assicurare il diritto di accesso alle reti.** ■ Alla proprietà degli enti locali o delle società in mano pubblica (co. 13°: *supra* § III) è collegata la destinazione dei beni all'esercizio dei *ss. p. loc.* a rilevanza economica. ■ Per le società a capitale interamente pubblico (co. 13°) la norma in esame ha cura di precisare che debbono porre i beni a disposizione dei gestori della rete (sia essa separata o congiunta alla gestione del servizio), a fronte di un **canone** stabilito dalla competente Autorità di settore o, in mancanza, dagli enti locali. ■ Può ritenersi una norma di chiusura e una disposizione a tutela della concorrenza (*supra* Sez. II) l'enunciato della norma in esame che con riferimento ai soli beni costituenti la rete di *serv. p. loc.* a rilevanza economica stabilisce che «è, in ogni caso, **garantito l'accesso alle reti a tutti i soggetti legittimati all'erogazione dei relativi servizi**» (co. 3°, ult. frase). La disposizione va intesa come negazione di un'esclusiva al gestore di *serv. p. loc.* – sia esso un monopolio od oligopolio legale o naturale o di fatto (*supra* Sez. II, § VI) – e come corollario indispensabile per l'affermazione di una pluralità di produttori di servizi e del diritto di scelta degli utenti (*sub* art. 112).

**XI. La gestione dei beni e l'esecuzione dei lavori.** ■ Ove la gestione della rete non sia stata af-

fidata per **gara** ad evidenza pubblica i gestori della rete (separata o integrata all'erogazione del servizio agli utenti) possono eseguire solo i lavori in economia (co. 4°, lett. a; co. 5°, lett. c; l. n. 109/94, art. 24; d.p.r. n. 554/99, art. 143; d. lgs. n. 163/06, art. 125), mentre in ogni altro caso debbono affidarli a terze imprese secondo procedure ad evidenza pubblica. ■ Solo il **gestore** della rete (separata o integrata all'erogazione del servizio agli utenti) che sia stato **aggiudicatario di una gara che abbia avuto ad oggetto anche l'esecuzione dei lavori** (e il gestore sia a tal fine qualificato) può realizzare direttamente i lavori connessi alla gestione della rete; in difetto i lavori debbono essere dal gestore di rete (separata o integrata all'erogazione del servizio) *affidati* a terzi (co. 5° *ter*). ■ La norma esclude che i gestori **in house** (co. 4°, lett. a; co. 5°, lett. c) possano eseguire direttamente lavori diversi da quelli ammessi dalla gestione in economia, **ma anche** che a ciò provveda la **società** di capitali **mista** (co. 5°, lett. b), ove non sia stata espressamente posta in gara (capitolato) anche l'esecuzione dei lavori, con indicazione in bando delle necessarie qualificazioni soggettive. ■ La norma **non involge** invece i lavori connessi alla **sola gestione del serv. p. loc.**, sicché la **separazione della gestione del bene costituente la rete** risulta essere una norma di favore per i gestori del solo servizio pubblico, siano essi società di capitali *in house*, miste pubblico-private, oppure società di capitali aggiudicatarie all'esito di una gara avente ad oggetto il servizio pubblico, anche senza espressa indicazione nel capitolato dei lavori a tal fine necessari.

#### SEZIONE IV

##### *Il rapporto giuridico e i gestori di servizio pubblico*

**I. Il conferimento della titolarità della gestione del serv. p. loc.** ■ È nozione di diritto comune che il **gestore** (GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, III, t. I, 1990, 110s., spec. 116, 117) possa essere **titolare dell'attività**, ed in tal caso nel diritto commerciale si fa riferimento all'imprenditore, mentre ove la titolarità manchi si introducono le differenti figure dell'istitutore, del genitore o del tutore dell'incapace (artt. 2203, 320, 357 c.c.). ■ Si è altresì da tempo evidenziata la **«scissione» fra titolarità e gestione dell'impresa** ove il **manager** – amministratore – non è titolare del pacchetto azionario di controllo (BERLE & MEANS, *Società per azioni e proprietà privata*, Torino, 1966). ■ Le due ipotesi – talvolta erroneamente confuse – non sono affatto assimilabili, nonostante la definizione del rapporto come

rappresentanza in entrambi casi (artt. 2206, 320, 2328, n. 9, 1384, 2384 *bis*, c.c.); per GALGANO, *op. cit.*, 117, le ipotesi di rappresentanza legale non sono vera rappresentanza; cfr. PUGLIATTI, *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965). Nel caso del *manager* è parso eccessivo ipotizzare una scissione soggettiva fra titolarità e amministrazione di un'impresa commerciale, perché la **titolarità dell'impresa** è pur sempre della persona giuridica (società) e non delle persone fisiche proprietarie del pacchetto azionario di controllo in assemblea. ■ Per la **persona giuridica pubblica** è noto che da tempo è stata accolta la teoria del **rapporto organico** – non estranea al diritto commerciale – che ha negato l'applicazione della disciplina giuridica della rappresentanza dettata dal codice civile, con affermazione teorica che ha evidenziato l'assenza di una doppia soggettività nel rapporto fra gestione (organo-dirigente) ed ente pubblico di riferimento, che di per sé ha impedito l'importazione dal diritto privato di ogni uso improprio (fra organi) dell'affermata scissione fra titolarità e amministrazione di un ente, affermandosi piuttosto, ove necessario, la definizione di un riparto di competenza fra organi di gestione (dirigenti) ed organi di governo con poteri di indirizzo e di controllo (d. lgs. 165/01, art. 4). ■ Nei *ss. p. loc.* una doppia soggettività si riscontra invece nella disciplina in esame sulla gestione dei servizi a rilevanza economica ove si afferma una scissione fra l'ente (locale) che assume ed affida il *serv. p. loc.* e la società di capitali gestore del servizio. Nel linguaggio comune come in quello giuridico, il «**gestore**» – senz'altra precisazione – non indica necessariamente chi amministra per conto altrui (ed – ove sussista la rappresentanza – in nome di questi), il sostantivo **gestione** è normalmente sinonimo di amministrazione, al pari del verbo **gestire** che equivale nell'accezione più in uso ad amministrare, senza chiarire se l'attività sia svolta dal titolare oppure *per conto* di un titolare (come nel caso dell'istitutore, del genitore, o del tutore), consentendo di concludere che può esservi **gestione con titolarità e gestione in assenza di titolarità**. ■ Nell'articolo in esame con locuzione ellittica si stabilisce che gli enti locali «**provvedono alla gestione** dei servizi pubblici», ma «l'erogazione del servizio» a **rilevanza economica** avviene... **con conferimento della titolarità del servizio** a società di capitali...» (co. 5°). ■ La denominazione «**gestore del servizio pubblico**» risulta una corretta denominazione dell'organizzazione che assume la **titolarità del rapporto giuridico di servizio pubblico**, cioè dell'**obbligazione** verso gli utenti che ha ad oggetto le prestazioni indicate dal programma (*sub art. 112*), sia poi il gestore lo stesso ente locale (gestione

in economia: *sub art. 113 bis*) o un ente strumentale dell'ente locale (istituzione, azienda speciale: *sub art. 114*) o altra persona giuridica **controllata** dall'ente locale (Sez. VII), o ancora un soggetto terzo (Sez. V). ■ Il comma in esame (co. 5°) disciplina in modo uniforme sia l'affidamento congiunto della gestione di reti impianti ed altre dotazioni e del relativo *serv. p. loc.* a **rilevanza economica**, sia l'affidamento della sola gestione di quest'ultimo «qualora» la stessa sia stata separata dalla gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni (Sez. V, § I e II). ■ «Gli enti locali provvedono alla gestione dei servizi pubblici locali» (*sub art. 112*) «con conferimento della titolarità del servizio» di rilevanza economica a società di capitali individuate attraverso gare ad evidenza pubblica (*infra Sez. V*) o miste pubblico private (*infra Sez. VI*) o a capitale interamente pubblico (*infra Sez. VII*). ■ Il conferimento della titolarità del servizio **presuppone** un atto di assunzione del servizio (*sub art. 112*, Sez. II, § I) e la definizione del relativo programma (*sub art. 112*, Sez. II, § VII), poiché sono atti che valgono ad individuare l'oggetto del conferimento. La **mancaza di un atto di assunzione** vale assenza della definizione di una causa giuridica o titolo di qualificazione dell'attività d'impresa come esercizio di un *serv. p. loc.* La **mancaza del programma** determina l'indeterminatezza dell'oggetto (prestazioni) e fors'anche dell'individuazione dei destinatari del *serv. p. loc.* L'ente locale conferisce dunque alla società di capitali ciò che ha individuato nell'atto di assunzione e nel programma come prestazioni agli utenti oggetto dell'attività di *serv. p. loc.* a rilevanza economica. ■ Definisce il tratto caratteristico del rapporto giuridico di servizio pubblico (*sub art. 112*, Sez. II, § IX) la scelta dell'ente locale di assumere il servizio pubblico con **un'obbligazione** atta ad assicurare la soddisfazione della relativa domanda di utenti in conformità ad un programma di gestione (*sub art. 112*, Sez. II, § VII), che individua l'oggetto delle prestazioni, i tempi di erogazione e le categorie di utenti. ■ Obbligazione di servizio pubblico di cui è debitore la società titolare della gestione e di cui sono creditori gli **utenti** indicati dal programma di gestione come destinatari del servizio stesso (*sub art. 112*, Sez. II, § IX). Questi ultimi sono perciò **direttamente** legittimati **ad ottenere la prestazione direttamente dal gestore anche solo** in ragione del programma definito dall'amministrazione (*sub art. 112*, Sez. II, § VII), oppure in forza di **contratti di utenza o altro atto di ammissione**, secondo un'interpretazione che vale a distinguere il servizio pubblico dai servizi all'ente o dall'impresa pubblica che non è stata chiamata ad erogare un servizio pub-

- 13 blico (*supra* Sez. I § I). ■ La locuzione «**conferimento della titolarità**» – al pari della più tradizionale parola **affidamento** senz'altra precisazione – se sicuramente trova precisazione in ragione delle differenti forme di gestione di servizio pubblico, delimitata in sé il carattere della **titolarità** della gestione della società che **pone due punti fermi**: a) la titolarità *dipende* dagli atti degli enti locali (o dell'Autorità di settore) non importa ora se per atti unilaterali o contrattuali, ad effetto costitutivo o traslativo; b) gli enti locali *non possono direttamente mantenere o assumere la titolarità* della gestione dei *ss. p. loc.* a rilevanza economica. ■ La previsione della forma della società di capitali per tutte le tre forme (*in house*, mista, a terzi) rafforza l'idea di una **persona giuridica separata** dagli enti locali cui imputare ogni rapporto giuridico (attivo o passivo) della gestione, con soluzione che vale ad escludere l'appalto (*supra* Sez. I, § I; Sez. V, § V) o ogni altra configurazione del rapporto che mantenga all'ente locale le posizioni attive e passive con il rischio della gestione del *serv. p. loc.* a rilevanza economica. ■ La norma in esame rinvia alle **norme di settore** la possibilità di prevedere «**criteri di gradualità**» nella scelta delle modalità di gestione, cioè la definizione di presupposti in presenza dei quali la scelta dell'ente locale deve preferire una determinata forma rispetto ad altra, al solo fine di **superare gli «assetti monopolistici»** ed assicurare la concorrenza nella gestione dei servizi pubblici (co. 5° *bis*). In ogni caso l'ente locale deve dare **motivazione** della scelta a favore di una determinata forma di gestione, con particolare riferimento alla maggiore idoneità di quella forma di gestione a dare attuazione al programma di *serv. p. loc.*, al carattere della domanda degli utenti che si intende soddisfare e agli investimenti che a tal fine sono necessari, giustificando la scelta con un giudizio comparativo dell'utilità relativa di ciascuna differente forma di gestione.
- 14 **II. Le società di capitali.** ■ Gli «Stati membri sono liberi di stabilire le modalità di gestione» dei servizi d'interesse economico generale, poiché spetta «alle autorità pubbliche decidere se fornire questi servizi direttamente tramite la propria amministrazione oppure se affidarli a terzi (soggetti pubblici o privati)», fermo restando che «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» (Comm. CE, *Libro verde sui servizi di interesse generale* 03, cit. § 79 e 80; sul rapporto tra concorrenza e servizi pubblici affidati a società di capitali: D'ALBERTI, *D. amm.* 04, 705; IACOVONE, *Regolazione, diritti e interessi nei pubblici servi-*

*zi*, Bari, 2004; VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, 2004; LIQUORI, *I servizi pubblici locali. Contendibilità del mercato e impresa pubblica*, Torino, 2004). ■ Si può affermare che l'eventuale **legge statale** che abbia ad oggetto un **obbligo** di regioni, province, città metropolitane e comuni di **rivolgersi al mercato** (c.d. «esternalizzazione»), negando in radice l'auto-produzione, appare comprimere illegittimamente la loro autonomia costituzionale (art. 114 Cost.), che è riconosciuta dallo stesso Trattato dell'Unione (art. 5 *TCE*), poiché il nucleo imprescindibile di ogni autonomia pubblica è la capacità di darsi un'organizzazione, né una consimile scelta del legislatore statale parrebbe trovare fondamento in Costituzione (art. 117, co. 2°, Cost.). L'attribuzione della competenza legislativa esclusiva statale in materia di rapporti con l'Unione europea (Corte cost. 307/03) e di tutela della concorrenza (art. 117, co. 2°, lett. a, e, Cost.) non può giungere sino a negare l'autonomia costituzionale riconosciuta alle regioni e agli altri enti territoriali (*sub* art. 1; *sub* art. 3) precludendo a quest'ultimi la scelta tra mercato e autoproduzione, poiché si rivelerebbe lesiva della loro autonomia giuridica pubblica (art. 114 Cost.), ma ancora prima della stessa capacità giuridica di diritto privato riconosciuta agli enti pubblici per i loro rapporti giuridici patrimoniali. Se per il nostro ordinamento sono da ritenersi d'eccezione le ipotesi di monopolio legale e naturale nella produzione di beni e servizi (*supra* Sez. III), appare non compatibile con la disciplina a tutela della personalità e dell'autonomia privata ogni obbligo legale alle organizzazioni o agli individui di procurarsi presso terzi beni e servizi. La garanzia costituzionale dell'autonomia pubblica degli enti territoriali (art. 114 Cost.) non pare tollerare alcun obbligo di esternalizzazione da parte di leggi statali o regionali che pretendano di disciplinare, invece che la propria amministrazione pubblica, quella di comuni, province o città metropolitane (art. 117, co. 6°, e 118 Cost.; i vincoli del patto di stabilità non possono prevedere l'imposizione di scelte organizzative: Corte cost. 417/05; Id. 35/05; Id. 64/05; Id. 390/04; Id. 425/04; Id. 260/04; Id. 17/04; Id. 4/04; Id. 388/04; Id. 314/03). Tale scelta del legislatore statale si affermerebbe oltre gli stessi confini della nozione di concorrenza riconosciuta dall'ordinamento comunitario (Corte Ue, 6 aprile 2006, C-04/410), poiché il c.d. valore costituzionale o materia trasversale «tutela della concorrenza» presuppone anche per il legislatore nazionale un mercato, poiché il mercato è l'oggetto della tutela anche per la disciplina nazionale sulla concorrenza, definizione di mercato che non raggiunge gli spazi interni d'organiz-

zazione pubblica (Corte cost. 345/04; Id. 36/04, sull'imposizione statale dell'obbligo di utilizzare le convenzioni CONSIP). L'attribuzione della competenza legislativa esclusiva in materia di determinazione delle funzioni fondamentali (art. 117, co. 2°, lett. p, Cost.) di comuni, province e città metropolitane, concerne la loro individuazione e distribuzione tra gli enti territoriali, secondo il principio di sussidiarietà verticale (art. 118, co. 1°, Cost.) ma non legittima ingerenze nell'autonomia che gli enti stessi esercitano per l'adempimento di tali competenze attribuite dalla legislazione statale (Corte cost. 16/04; Id. 272/04). La legislazione statale che voglia imporre maggiori livelli di efficienza nella gestione dei servizi con bacini d'utenza più ampi, può infatti diversamente allocare le competenze sulla provincia, sulla città metropolitana, sulla regione, o sul livello di governo dell'amministrazione statale, eventualmente disponendo in quest'ultimo caso per una esternalizzazione (CAVALLO PERIN-CASALINI, *D. amm.* 06, 51s.). L'*in house providing* è espressione del potere d'organizzazione delle pubbliche amministrazioni, ove il legame che unisce l'amministrazione territoriale all'ente *in house* ha carattere organizzativo e non richiede l'esperimento di procedure ad evidenza pubblica poiché l'ente *in house* è parte dell'amministrazione controllante, in ragione della sussistenza del requisito del «controllo analogo» e della destinazione prevalente dell'attività (*infra* Sez. VII). Questi due limiti che caratterizzano l'organizzazione *in house* valgono ad escludere non solo la disciplina della concorrenza nella scelta del gestore (non è terzo, non è mercato), ma anche che i principi sulla concorrenza siano di ostacolo all'operare di tale organizzazione *in house* nella successiva fase di competizione tra gestori di servizi pubblici o fornitori di beni (CAVALLO PERIN-CASALINI, *D. amm.* 06, 53). ■ Nella locuzione società di capitali rientrano sicuramente le società per azioni e le società a responsabilità limitata (cfr. l'originaria versione del co. 1°, lett. e), le cooperative per azioni o a responsabilità limitata. I dubbi sono storicamente sorti per la partecipazione di enti pubblici alle società di accomandita, mentre il riferimento della norma al tipo «società» esclude tutte le società di persone e le altre persone giuridiche (fondazioni, associazioni riconosciute), anche ove si ritenga (GALGANO, *Persone giuridiche*, cit.) che le stesse possano svolgere attività d'impresa. ■ Nelle gare (co. 5°, lett. a o b) il diritto comunitario non consente (*infra*: Sez. V) di respingere un candidato o un'offerta soltanto per il fatto che, secondo il diritto nazionale dell'amministrazione aggiudicatrice, l'operatore economico avrebbe dovuto es-

sere una persona fisica o giuridica (arg. ex art. 4, co. 1°, Dir/Cee 04/18/CEE), poiché ciò configura una discriminazione in base alla nazionalità (art. 12 TCe: Corte Ue, 2 dicembre 1999, C-176/98; Cons. St., Sez. VI, n. 8145/04; Sez. IV, n. 560/03), vietata da un enunciato immediatamente applicabile nel diritto nazionale anche ove siano escluse le norme europee sugli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi (Dir/Cee 04/18/CEE). ■ Fuori da ciò la disciplina comunitaria afferma l'irrelevanza giuridica («di rigorosa neutralità»: *Libro Verde sui servizi di interesse economico generale*, 03, cit., 270, § 21) dell'assetto proprietario pubblico o privato delle imprese di gestione dei servizi di interesse economico generale – tra cui quelle di gestione dei ss. p. loc. – di cui è enunciato il fondamento: «Il presente Trattato lascia del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri» (art. 295, nonché cfr. art. 86, § 1°, TCe) «Non è pertanto necessario privatizzare le imprese pubbliche» (Comunic. ue, *I servizi d'interesse generale in Europa*, 20 settembre 2000, COM(2000) 580, § 21), poiché le norme dell'Unione europea, in particolare quelle del Trattato sulla concorrenza (artt. 81-85) – tra queste quelle sul divieto di aiuti (*infra* Sez. IV, § IV) – si applicano anche alle «imprese pubbliche» (art. 86, § 1°, TCe), ove la locuzione «impresa pubblica» è normalmente utilizzata per definire la proprietà dell'organizzazione che presta il servizio (*Libro Verde sui servizi di interesse economico generale* 03, cit. § 21). ■ Le società di erogazione dei ss. p. loc. a rilevanza economica non possono essere, né divenire, proprietarie di reti, impianti ed altre dotazioni patrimoniali, poiché dopo l'entrata in vigore della l. n. 448/04 è vietato ogni conferimento di tali proprietà alle società che hanno ad oggetto l'erogazione dei servizi (arg. ex co. 2°, co. 13°), con l'unica eccezione delle società di gestione dei ss. p. loc. di cui gli enti locali avessero prima del 1° gennaio 2002 la maggioranza del capitale, le quali tuttavia debbono entro un anno procedere a separare la proprietà (artt. 35, co. 9°, e 79, co. 3° l. n. 448/01, cit.) con impossibilità – *medio tempore* – per gli enti locali stessi di cedere le relative quote di capitale (art. 35, co. 10°, l. n. 448/01). ■ Costituisce invece un'apparente eccezione alla regola della separazione quella dei proprietari – diversi dagli enti locali – autorizzati a gestire i servizi o loro segmenti (co. 14°), poiché tali soggetti non assumono alcuna obbligazione a gestire il servizio pubblico agli utenti (v. *supra* Sez. III, § II; *infra* Sez. V, § I). ■ Verso le società – pubbliche o private – affidatarie della gestione dei ss. p. loc. la norma in esame (co. 10°) vieta ogni forma di «differenziazione» del regime tributario, o di aiuto (contribu-

zioni o agevolazioni) da chiunque dovuto (*infra* § IV) per la gestione dei servizi. ■ Entro il **30 giugno 2003 gli enti locali «trasformano» le aziende speciali e i consorzi** (*sub* art. 31 – v. testo originario) che gestiscono i *ss. p. loc.* di rilevanza economica in società di capitali (l. n. 448/01, art. 35, co. 8°; *sub* art. 115; *sub* art. 31 testo originario). Letteralmente la norma è di portata generale, poiché tale vicenda giuridica può essere finalizzata dagli enti locali anche alla successiva *dismissione totale o parziale* della loro partecipazione nella società risultante dalla trasformazione (*sub* art. 115, co. 4°), ma assume particolare interesse per le società a totale partecipazione pubblica (*infra* Sez. VII).

**III. Il contratto di servizio: standard, tariffe, canoni e corrispettivi.** ■ Si distingue dal rapporto giuridico di servizio pubblico – che intercorre tra gli utenti delle prestazioni di servizio pubblico e la società titolare della gestione (*supra* § I) – il rapporto tra gli enti locali e le società di erogazione del servizio, il quale è regolato da **contratti di servizio** (co. 11°; co. 14°) allegati ai capitolati di gara che dovranno prevedere sia i livelli qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza dei servizi definiti dall'Autorità di settore o in mancanza dagli enti locali (arg. *ex* co. 7°), sia adeguati strumenti di verifica del rispetto degli stessi da parte del gestore, nonché eventuali finanziamenti degli enti locali (*infra* § IV) o canoni di gestione del servizio a favore di quest'ultimi risultanti dai capitolati di gara ove le tariffe dei servizi lo consentano. ■ L'obbligazione del gestore di pagare il canone al proprietario delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni, nonché il suo diritto di accesso a quest'ultime sono già definiti *ex lege* (*supra* Sez. III, § X). ■ La disposizione sicuramente valida per gli affidamenti della **titolarità della gestione a terzi** (*infra* Sez. V) è stata introdotta quando (l. n. 448/01) la gara era l'unica forma possibile (a regime) di affidamento della titolarità della gestione del servizio pubblico, né la norma è stata modificata o integrata dal successivo d.l. n. 269/03, lasciando quindi aperta – per il suo tenore letterale («allegati ai capitolati di gara») – la questione se la stessa disciplini in modo uniforme anche i rapporti con le **società a capitale interamente pubblico e con le società miste**, nel senso – bene inteso – che tra quest'ultima e gli enti locali debba necessariamente intervenire un contratto bilaterale ulteriore e diverso da quello costitutivo della società e non piuttosto essere quest'ultimo ad avere ad oggetto – anche *per relationem* – gli elementi essenziali del rapporto di gestione, una volta che si sia optato per una forma associativa di gestione. ■ La soluzione indicata nega in radi-

ce la possibilità di prevedere contratti di servizio con equilibri patrimoniali differenti in ragione della popolazione dell'ente locale stipulante, imponendo con la competenza dell'assemblea (e non degli organi di amministrazione) una trasparenza di rapporti tra soci, che appare essenziale soprattutto nei confronti di chi intenda successivamente alla costituzione della società acquisire la qualità di socio, dovendosi così seguire per ogni modificazione del rapporto di gestione le regole che sono proprie della soggettività prescelta (atto costitutivo: artt. 2328s.; artt. 2365 e 2368, co. 2°, c.c.), con facoltà di recesso dei soci dissenzienti ove le deliberazioni dell'assemblea straordinaria riguardino il cambiamento dell'oggetto (art. 2437 c.c.). ■ Nessun dubbio invece ove le disposizioni di settore prevedano una gestione associata per **ambiti sovracomunali**: il gestore deve stipulare appositi contratti di servizio con **i comuni *infra* 5.000 ab.**, proprio al fine di assicurare il rispetto di adeguati ed omogenei *standard* qualitativi di servizio, definiti dai contratti stessi. ■ L'inosservanza di tali *standard* nel territorio degli indicati comuni – seppure configuri un inadempimento parziale (artt. 1181 e 1459 c.c.) del rapporto giuridico di servizio pubblico avente ad oggetto l'intero ambito sovracomunale – travolge quest'ultimo per l'inosservanza da parte del gestore di una clausola *ex lege* (inserimento di diritto: art. 1339 c.c.) che prevede la risoluzione («revoca») dell'affidamento in corso sull'intero ambito (art. 35, co. 6°, l. n. 448/01). ■ Le **competenze** degli organi comunali e provinciali relative agli atti da cui deriva l'affidamento della titolarità della gestione del servizio pubblico sono variamente articolate dalla legge, poiché se al **consiglio** è attribuita la deliberazione di concessione dei pubblici servizi e di partecipazione dell'ente locale a società di capitali (*sub* art. 42, co. 2°, lett. e), oltre ai poteri d'indirizzo e vigilanza (*sub* art. 42, co. 2°, lett. g, su cui *infra* § V), ivi compresa la deliberazione di statuti ed atti costitutivi, è invece attribuita ai **dirigenti** (*sub* art. 107) la definizione delle procedure di gara (asta, licitazione, trattativa privata) e l'adozione di tutti gli atti della procedura stessa (bando, presidenza della commissione di gara, stipulazione, ecc.), gli atti esecutivi della partecipazione dell'ente locale alla società di capitali, compresi quelli che impegnano l'amministrazione verso l'esterno. ■ Le **deliberazioni degli organi** sono adottate secondo le procedure stabilite dalle regole generali (T.A.R. Campania, Sez. Salerno, n. 103/83, *R. circ. trasp.* 84, 147, che ritiene illegittimo lo scrutinio segreto). ■ La **tariffa** costituisce nel rapporto con l'utenza il corrispettivo del servizio e **deve** essere determinata – anche con riferimento a dati statistici

- (T.A.R. Campania, Sez. Napoli, n. 2320/99) – «in misura tale da assicurare l'equilibrio economico-finanziario dell'investimento e della connessa gestione» ed in ragione dei seguenti criteri: a) corrispondenza tra costi e ricavi compresi gli ammortamenti; b) equilibrato rapporto tra finanziamenti raccolti e capitale investito; c) entità dei costi di gestione delle opere, tenuto conto anche degli investimenti e della qualità del servizio; d) adeguata remunerazione del capitale, coerente con le prevalenti condizioni di mercato
- 10 (sub art. 117). ■ L'ordinamento comunitario ha elaborato da tempo il principio di «accessibilità delle tariffe» per i servizi di interesse economico generale, cioè un prezzo accessibile a tutti, principio che contribuisce alla «coesione economica sociale negli Stati membri»; fissato il livello accessibile secondo criteri «pertinenti» (es. rapportato al prezzo di un paniere di servizi di base riferito al reddito disponibile di determinate categorie di utenti) gli Stati membri debbono vigilare sulla sua osservanza (Comm. Cee, *Libro Verde sui servizi di interesse generale*, 2003, 18).
- 11 ■ Si è ritenuto che ai comuni spetti la competenza residuale sulle tariffe dei pubblici servizi (Cons. St., Sez. V, n. 449/80, *F. amm.* 80, I, 707) in applicazione della regola generale in materia
- 12 di funzioni comunali (sub art. 13). ■ La tariffa è determinata e adeguata ogni anno dai soggetti proprietari con contratti di programma di durata poliennale nel «rispetto del disciplinare tipo» e dello statuto conseguente alla forma di gestione ed è riscossa dal soggetto gestore (sub art.
- 13 117). ■ Si è ritenuto che vi è un interesse sostanziale del gestore ad avere tariffe remunerative, sicché è in violazione dell'art. 41 Cost. la clausola che sottopone le sue istanze di revisione delle tariffe all'adesione dell'ente locale (Cons. St.,
- 14 Sez. VI, n. 624/78, *R. amm.* 78, 677). ■ Contribuiscono a definire l'equilibrio economico finanziario della gestione del servizio i finanziamenti (lato attivo), nonché i corrispettivi dovuti dal gestore. ■ Un canone corrispettivo della concessione in uso di un bene pubblico è dovuto al proprietario delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni destinate all'esercizio del
- 15 servizio pubblico (*supra* Sez. III, § X). ■ Per ogni gestione deve essere indicato il finanziamento oppure il corrispettivo (un tempo il «canone» di concessione) dovuto rispettivamente dagli enti locali in ragione degli «obblighi di servizio pubblico» oppure dal gestore in presenza di un vantaggioso trasferimento della domanda
- 16 di servizio (utenti). ■ Il corrispettivo deve assumere anche il titolo di partecipazione dell'ente territoriale agli utili (società a capitale interamente pubblico o miste), o essere determinabile in ragione percentuale rispetto alla tariffa (prez-

zo al pubblico del prodotto: C 85/4696), o ancora prevedendo per gli utenti una tariffa ridotta rispetto ai prezzi praticati da altre imprese (C 79/4572).

**IV. (segue) i finanziamenti e la disciplina sul divieto di aiuti alle imprese.** ■ Verso le società di gestione di *ss. p. loc.* – pubbliche o private – la norma in esame vieta ogni forma di «differenziazione» di regime tributario, o di aiuto (contribuzioni o agevolazioni) da chiunque dovuto per la gestione del servizio (co. 10°) attuando un principio giuridico di derivazione comunitaria (Corte Ue, 13 marzo 2001, C-379/98). ■ La disposizione infatti contorna la disciplina europea sul **divieto di aiuti di Stato** (art. 87s. TCe; Regol. ce 22 marzo 1999, n. 659/99; Corte Ue, 14 settembre 1994, cause riunite C-278/92, C-279/92 e C-280/92; Corte Ue, 21 marzo 1991, C-303/88) e il rimborso degli **obblighi di servizio pubblico**, in particolare quella disciplina che appare di maggiore interesse per i *ss. p. loc.*, come gli aiuti alle imprese nei quartieri urbani svantaggiati (G.U. C.E. 14 maggio 1997, n. C 146), gli aiuti all'occupazione (Regol. commce 12 dicembre 2003, n. 2204/02, G.U.C.E. 13 dicembre 2003, n. L 337), quelli alla formazione, *de minimis* e a favore delle piccole e medie imprese (Regol. commce, 12 gennaio 2001, nn. 68-69-70/01, G.U.C.E. 13 gennaio 2001, n. L 103). La Commissione Ce (decisione 28 novembre 2005, n. 05/842/CE, G.U.C.E. 29 novembre 2005, n. L 312) ha precisato a quali condizioni le compensazioni degli obblighi di servizio pubblico concessi a determinate imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale, costituiscono aiuti compatibili (art. 86, § 2, TCe), esentando le compensazioni che soddisfino le condizioni previste dall'obbligo di notifica preventiva. Le restanti compensazioni di obblighi di servizio pubblico che costituiscono aiuti di Stato soggetti all'obbligo di notifica preventiva sono invece oggetto di una differente disciplina della Commissione (Comunic. ue n. 05/C 297/04, G.U.C.E. 29 novembre 2005, n. C 297). ■ La Commissione ha adottato comunicazioni che possono riguardare i *ss. p. loc.*, come gli aiuti a tutela dell'ambiente (G.U. C.E. 3 febbraio 2001, n. C 37), per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà (G.U. C.E. 9 ottobre 1999, C 288), gli aiuti di stato orizzontali (Regol. ce 7 maggio 1998, n. 994/98), gli aiuti di stato a finalità regionale (G.U. C.E. 10 marzo 1998, n. C 74) e quelli regionali ai grandi progetti d'investimento (G.U. C.E. 19 marzo 2002, n. 70), gli aiuti di Stato e capitale di rischio (G.U. C.E. 21 agosto 2001, n. C 235) infine gli aiuti di stato sotto forma di garanzia (G.U. C.E. 11 marzo 2000, n. C 71). ■ È ammesso compensare i costi degli obblighi di servizio

**pubblico** (sub art. 112, Sez. II, § II, cfr.: RACCA, *D. amm.* 94, 128s.; REVIGLIO, *D. ec.* 91, 541) sostenuti dai fornitori di servizi di interesse economico generale, sicché ogni compensazione che supera quanto necessario non è, in linea di principio, compatibile con il trattato, ma viola il divieto di aiuti alle imprese (Comunicazione Comm. Ce n. 2005/C 297/04, § 2.4; Decisione Comm. Ce n. 2005/842/CE, art. 5-6; Corte Ue, 24 luglio 2003, C-280/00; Corte Ue, 3 luglio 2003, C-83/01 P, C-93/01 P e C-94/01; Corte Ue, 6 dicembre 2001, C-146/00; Corte Ue, 22 novembre 2001, C-53/00; Corte Ue, 9 ottobre 2001, C-400/99; Trib. Ce, n. T-46/97/00; Trib. Ce, n. T-106/95/97; Corte Ue, 14 settembre 1994, C-278/92, C-279/92 e C-280/92; Corte Ue, 27 aprile 1994, C-393/92; Corte Ue, 19 maggio 1993, C-320/91; per le misure di sostegno T.A.R. Lombardia, Sez. Milano, n. 17/02). ■ Il pagamento in compensazione può assumere forme diverse: a carico del bilancio dello Stato o di un ente territoriale con potere di imposizione fiscale, o attraverso contributi degli operatori di mercato, con la concessione di diritti speciali o esclusivi, con il calcolo della media delle tariffe o, nel caso di servizi sociali non economici, di finanziamento basato sul principio di solidarietà. Si impone un obbligo di trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati e le loro imprese pubbliche che fruiscono di diritti speciali o esclusivi ex art. 86, § 1, *TCe* o siano incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale ex art. 86, § 2, *TCe* (Dir/CommCe n. 80/723 mod. da ultimo da Dir/CommCe n. 2005/6 81). ■ La **compensazione diretta dal bilancio statale o di un ente territoriale** ripartisce fra tutti i contribuenti l'onere del finanziamento di un obbligo di servizio pubblico: può essere un'uscita di bilancio o una riduzione d'entrata (esenzione fiscale), può essere integrata da un cofinanziamento comunitario (es. i fondi strutturali) e non 7 deve creare ostacolo all'ingresso sul mercato. ■ È noto che il finanziamento pubblico definisce la società come **agente contabile** con giurisdizione di responsabilità della Corte dei conti (C 01/8 12367). ■ Gli Stati membri possono invece stabilire che i costi netti degli obblighi di servizio pubblico siano **coperti da tutti gli utenti del servizio mediante prelievi applicati dalle imprese** (es. norme Ue su telecomunicazioni e servizi postali) secondo una ripartizione che si basi su **criteri obiettivi non discriminatori** e conformi al principio di proporzionalità, che non impedisca l'iscrizione dai contributi di nuovi operatori, poiché i costi netti degli obblighi di servizio pubblico possono essere ripartiti fra tutte o tra alcune 9 categorie d'imprese. ■ Le autorità di regolazione debbono assicurare che le imprese benefi-

ciarie di un finanziamento diano **informazioni dettagliate** sugli elementi specifici da finanziare e sui sistemi di contabilità dei costi e di finanziamento degli obblighi di servizio universale (es. Dir/Cee n. 2002/22/CE, su comunicazioni elettroniche), poiché gli operatori potrebbero sopravvalutare il costo netto degli obblighi di servizi. ■ La concessione di **diritti speciali o esclusivi** – atti a garantire la redditività finanziaria di un fornitore di un servizio di interesse economico generale – non è di per sé incompatibile con il trattato «nella misura in cui restrizioni della concorrenza, o persino l'esclusione di qualsiasi concorrenza da parte di altri operatori economici, siano necessarie per garantire l'adempimento della specifica funzione attribuita alle imprese titolari dei diritti esclusivi» (art. 86, § 2, *TCe*; Corte Ue, 17 maggio 1993, 320/91, § 14), salvo norme speciali (Dir/CommCe n. 2002/77/CE concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica; Dir/Cee n. 97/67/CE sui servizi postali), fermo restando che tali diritti non debbono comunque generare un abuso di posizione dominante (art. 82 *TCe*). ■ Per alcuni 11 servizi (es. telecomunicazioni o servizi postali) gli Stati membri impongono che il servizio universale sia fornito ad una **tariffa media** (sub art. 117) uniformata sull'intero territorio dello Stato membro, basata sulla media dei costi di fornitura dei servizi (tra quelli in un'area densamente popolata o in una zona rurale remota). ■ Per 12 quanto assoggettata ad un controllo di abuso da parte della Commissione, l'imposizione di tariffe medie è compatibile con la normativa comunitaria purché sia stabilita da uno Stato membro per ragioni di coesione territoriale e sociale e rispetti quanto statuito dall'art. 86, § 2, *TCe* (Corte Ue, 19 maggio 1993, C-320/91). ■ Il finanzia- 13 mento basato sul **principio di solidarietà e associazione obbligatoria** riguarda soltanto i servizi d'interesse generale di natura non economica ed è studiato per fornire una copertura a tutte le persone contro i rischi di malattia, vecchiaia, morte e invalidità, indipendentemente dalla condizione finanziaria e dallo stato di salute al momento della sottoscrizione (programmi di assicurazione sanitaria, programmi per la terza età, programmi di sicurezza sociale). ■ Gli enti 14 cui è demandata la fornitura dei servizi basati sul principio di solidarietà e del tutto privi di qualsiasi scopo di lucro assolvono ad una funzione esclusivamente sociale, non sono impegnati in un'attività economica e non devono essere considerati imprese ai sensi del diritto comunitario (Corte Ue, 17 febbraio 1993, C-159/91 e 160/91, § 18, 19; Corte Ue, 22 gennaio 2002, C-218/00). ■ La disciplina comunitaria stabilisce 15 che gli **aiuti di Stato sono normalmente incom-**

**patibili** con il mercato comune, salvo le deroghe previste dal *TCE* stesso; a tal fine gli Stati membri hanno l'obbligo di notifica di ogni progetto volto a istituire aiuti e non debbono erogarli prima dell'approvazione comunitaria o prima che sia decorso un certo periodo di tempo (art. 88 *TCE*; Comunic. ue n. 2005/C 297/04, § 5-6). ■ Le norme relative agli aiuti di Stato riguardano solo le misure che comportano un **trasferimento di risorse pubbliche** dai bilanci degli enti pubblici nazionali, regionali e locali, di banche e fondazioni pubbliche e l'aiuto può essere concesso direttamente da organi o enti di Stato, ma anche attraverso altri enti pubblici o privati che vi provvedono. ■ L'aiuto deve costituire un **vantaggio economico** che l'impresa non avrebbe potuto ottenere nel corso normale della sua attività, come l'acquisto oppure la vendita di un bene di un ente pubblico ad un prezzo rispettivamente inferiore o superiore a quello di mercato; l'uso di un bene pubblico (rete, impianto o immobile) con pagamento di un canone inferiore a quello di mercato; l'erogazione di un servizio ad ente pubblico a tariffe superiori a quelle praticate per quel tipo di prestazioni; percepire da enti pubblici un capitale di rischio a condizioni più favorevoli di quelle che può offrire un investitore privato, ivi compresi i conferimenti di capitale con tale carattere (Trib. Ce, n. 96/98, Trib. Ce, n. 127/96, *F. it.* 99, IV, 88; Corte Ue, 3 ottobre 1991, 261/89/91, *R. d. inter.* 92, 1070; nonché *Comunic. ue* su aiuti di Stato e capitale di rischio, cit.); ottenere agevolazioni tributarie (da ultimo Corte Ue, 11 maggio 2005, C-207/05; nonché *Regol. ce* 22 marzo 1999, n. 659/99). ■ L'aiuto di Stato deve **potenzialmente** incidere sull'equilibrio fra un'impresa e i concorrenti, ma pur essendo a tal fine sufficiente dimostrare che l'impresa eserciti un'attività economica in cui esistono scambi commerciali fra Stati membri, la circostanza non sempre è da considerarsi presente in un attività di *serv. p. loc.* (cfr. *Comunic. ue*, *I servizi d'interesse generale in Europa*, 20 settembre 2000, § 32; Corte Ue, 21 gennaio 1999, C-215/96; C-216/96). ■ L'aiuto di Stato deve essere **selettivo**, cioè il beneficio deve distinguersi da quelli a carattere generale perché derivante dall'esercizio di un potere pubblico discrezionale, oppure per il carattere particolare (aiuti regionali, locali o di settore). ■ Sono indicati i casi in cui gli aiuti sono invece **considerati compatibili** con il mercato comune, sia con norme generali (art. 87, § 2, *TCE*), sia speciali come quella in materia di trasporti (gli aiuti corrispondenti al rimborso di talune servitù inerenti alla nozione di pubblico servizio: art. 73), o della produzione o commercializzazione dei prodotti dell'agricoltura e della pesca, che sono soggetti alle normali

regole di concorrenza, solo «nella misura determinata dal Consiglio» (*Regol. ce*, 23 dicembre 2003, n. 1/04). ■ Alcune norme fondano invece il **potere** della Commissione di **autorizzare** gli aiuti di Stato per ragioni locali, in particolare: gli aiuti destinati a favorire lo sviluppo delle «regioni ove il tenore di vita sia anormalmente basso, oppure si abbia una grave forma di sottoccupazione» (art. 87, § 3, lett. a); gli «aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di ... talune regioni economiche» (art. 87, § 3, lett. c; *Comunic. ue*, *su aiuti di Stato a finalità regionale*, cit.; *Comunic. ue*, *aiuti regionali destinati ai grandi progetti d'investimento*, cit.); infine gli aiuti destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio, quando non alterino le condizioni degli scambi e della concorrenza in misura contraria all'interesse comune (art. 87, § 3, lett. d). ■ *Trattasi di valutazione economica nella quale la commissione gode di un potere discrezionale, sindacabile per inosservanza delle norme relative alla procedura e alla motivazione, all'esattezza dei fatti considerati nell'operare la scelta contestata, al difetto di un errore manifesto e di ragionevolezza* (Trib. Ce, n. 358/94/96; in generale sugli aiuti: Corte Ue, 26 settembre 1996, C-241/94/96; Corte Ue, 24 ottobre 1996, C-329/93/96, n. 62-63/95; Trib. Ce n. 551/93/96, n. 231-232-233/94; Corte Ue, 14 settembre 1994, C-42/93/94; Corte Ue, 14 settembre 1994, C-278/92/94-280/92; Corte Ue, 4 aprile 1995, C-348/93/95; *BAU-DUCCO*, *ITAR* 96, II, 293; *SCIORTINO*, *R. it. d. pub. com.* 93, 1232; Corte Ue, 9 agosto 1994, C-44/93/94; Corte Ue, 24 febbraio 1994, C-99/92/94; in materia di appalti Corte Ue, 14 gennaio 1993, C-257/90/93, *G. it.* 94, I, 1, 196; Corte Ue, 11 luglio 1991, C-351/88/91, *F. amm.* 92, 1305; *TRIGGIANI*, *Comunità internaz.* 93, 99; *Bo*, *Nuova g. civ.* 92, I, 4; *Cons. St.*, Sez. V, n. 1400/95, *F. amm.* 95, 2184; Corte conti, Sez. contr., n. 43/94, *Cons. Stato* 94, II, 1705).

**V. Indirizzo, vigilanza e controllo degli enti locali.** ■ La legge prevede che gli enti locali esercitino la **vigilanza sulla gestione** dei servizi pubblici, in un quadro di tutela prioritaria degli utenti e dei consumatori (art. 35, co. 14°, l. n. 448/01) ed ancor prima che definiscano «gli indirizzi da osservare da parte delle aziende pubbliche e degli enti, dipendenti, sovvenzionati o sottoposti a vigilanza» (*sub* art. 42, co. 2°, lett. g). ■ Dalla vigilanza sull'attività di servizio pubblico – che nega ogni ingerenza nell'autonoma organizzazione imprenditoriale dei fattori di produzione dell'impresa di cui è titolare il gestore di servizio pubblico – svolta nei confronti di qualsiasi forma di gestione, ivi compresa la società mista e i concessionari, si distingue il **controllo analogo** dell'ente locale sulle società a

capitale interamente pubblico (*infra* Sez. VII).  
**VI. La disciplina transitoria dei rapporti preesistenti.** ■ La l. n. 448/01 – nel prevedere che l'affidamento del *serv. p. loc.* potesse avvenire unicamente mediante «procedure ad evidenza pubblica» (art. 35, co. 1°, a modificazione dell'art. 113) – aveva disciplinato con norma transitoria (art. 35, co. 2°) l'anticipata cessazione delle sole *concessioni* (esclude le società miste: Cons. St., Sez. V, n. 2380/03) rilasciate senza procedure ad evidenza pubblica, ove le norme «previste per i singoli settori non avessero stabilito un congruo periodo di transizione», entro il termine di cessazione anticipata da definirsi con regolamento governativo (comunque non inferiore a tre e non superiore a cinque anni, salve alcune condizioni di ulteriore proroga: art. 35, co. 3°, cit.). ■ Alle imprese che cessavano dalla concessione era comunque dovuto dal gestore subentrante un indennizzo per le reti, gli impianti e le altre dotazioni (art. 35, co. 7°, l. n. 448/01). ■ La nuova disciplina transitoria posta dalla norma in esame (co. 15° *bis*, introdotto da d.l. n. 269/03, conv. in l. n. 326/03) stabilisce che – qualora le disposizioni per i singoli settori non stabiliscano un congruo periodo di transizione (es. per il servizio idrico l. n. 36/94, art. 10, co. 3° e ora art. 172, d. lgs. n. 152/06) – le *concessioni* rilasciate con procedura *diverse dall'evidenza pubblica cessano* comunque al 31 dicembre 2006, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante (ma 31 dicembre 2007 per il solo servizio idrico integrato v. d.l. 223/06, art. 15). ■ **Sono escluse dalla cessazione:** a) «le concessioni affidate a società misto pubblico-privato nelle quali il socio privato sia stato scelto mediante procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia del rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza»; b) «le 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». ■ Nonostante il non chiaro tenore letterale della disposizione in esame, la stessa è stata considerata quale «norma di salvezza destinata a conferire legittimità a provvedimenti posti in essere sotto il vigore di una diversa disciplina» (Cons. St., Sez. V, n. 679/04) per i rapporti ancora in essere al 1° ottobre 2003 (data di entrata in vigore del d.l. n. 269/03), con conseguente «*efficacia retroattiva*» (Cons. St., Sez. V, n. 679/04; T.A.R. Lombardia, Sez. Milano, Sez. III, n. 1685/04; T.A.R., Puglia, Sez. Lecce, Sez. II, n. 2549/04; PERFETTI, *F. amm.* 04, 1161; MEL- LONE, *F. amm.* 04, 1172) della disciplina delle

nuove forme di gestione dei *ss. p. loc.* introdotta in via transitoria dallo stesso d.l. n. 269/03, conv. in l. n. 326/03, sia con riferimento alle società misto pubblico-private (co. 5°, lett. b), sia alle società a capitale interamente pubblico *in house* (co. 5°, lett. c). ■ La norma **transitoria ha ad oggetto** gli affidamenti intervenuti tra il 1° gennaio 2002 (data di entrata in vigore della l. n. 448/00, artt. 35 e 79) e il 30 settembre 2003 (giorno precedente all'entrata in vigore del d.l. n. 269/03, conv. in l. n. 326/03), poiché prima e dopo tale periodo valgono le forme di gestione al tempo previste che paiono rendere inutile la disposizione: le «società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale, costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio» (versione originaria del co. 1°, lett. e) e le «società per azioni senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria a norma dell'art. 116» (versione originaria del co. 1°, lett. f), oppure le forme ora previste dalla vigente versione dell'articolo in esame. ■ Dalla disposizione transitoria (co. 15° *bis*, prima frase) si possono **ricavare le seguenti norme:** 1) si preclude *ex lege* che affidamenti successivi al 1° gennaio 2002 difformi dall'evidenza pubblica e dunque originariamente illegittimi, possano essere annullati qualora il *socio privato* sia stato scelto mediante procedure ad evidenza pubblica conformi al diritto italiano e comunitario vigenti al momento della scelta (ma cfr. *infra* per «le concessioni» affidate a società originariamente a capitale interamente pubblico che entro il 1° ottobre 2003 abbiano provveduto a collocare mediante procedure ad evidenza pubblica quote del loro capitale sul mercato: co. 15° *bis* seconda frase); 2) si preclude *ex lege* che gli affidamenti a società a capitale interamente pubblico successivi al 1° gennaio 2002, pur difformi dall'evidenza pubblica e dunque originariamente illegittimi, possano essere annullati alla «condizione» che la società affidataria acquisisca – anche successivamente all'affidamento – i requisiti soggettivi del «controllo analogo» e «dell'attività prevalente a favore degli enti pubblici controllanti» che secondo la nuova disciplina (co. 5°) legittimano l'Amministrazione a disporre l'affidamento diretto; 3) si prevede senz'altro la cessazione *ex lege* al 31 dicembre 2006 ovvero al 31 dicembre 2007 per il solo servizio idrico integrato (*ex* art. 15, d.l. 223/06) di tutti gli altri affidamenti difformi dall'evidenza pubblica che, pur essendo originariamente illegittimi, non sono già stati annullati e che perciò permarranno sino alla scadenza naturale, oltre il 31 dicembre 2006; 4) emerge in via interpretativa il limite – insuperabile dal legislatore in ragione dell'assetto costituzionale dei rapporti tra potere legisla-

tivo e giudiziario – di un giudicato intervenuto entro il 30 settembre 2003 (giorno precedente all'entrata in vigore della disciplina transitoria in esame) di annullamento per illegittimità dell'affidamento disposto sotto la previgente disciplina legislativa. ■ Sono altresì escluse dalla cessazione al 31 dicembre 2006 ovvero al 31 dicembre 2007 per il servizio idrico integrato (ex art. 15, d.l. 223/06), ma il termine non può superare la durata media delle concessioni del settore aggiudicate con procedure ad evidenza pubblica: a) «le concessioni affidate alla data del 1° ottobre 2003» – con procedura non conforme all'evidenza pubblica – qualora si tratti di società affidatarie esclusive del servizio già quotate in borsa al 1° ottobre 2003 o di società dalle prime direttamente partecipate a tale data; b) «le concessioni» affidate a società originariamente a capitale interamente pubblico che entro il 1° ottobre 2003 abbiano provveduto a collocare sul mercato quote di capitale attraverso procedure ad evidenza pubblica. ■ Si è detto che in entrambi i casi «le concessioni» cessano – ex lege – allo scadere del termine calcolato sulla durata media delle concessioni del settore aggiudicate con procedure ad evidenza pubblica, ma la disposizione in esame introduce un'ulteriore potere di deroga in tutti i casi in cui una data di scadenza successiva risulti necessaria per il recupero degli investimenti effettuati dal gestore (co. 15° bis, anch'esso introdotto dal d.l. n. 269/03, conv. in l. n. 326/03). ■ Infine la disciplina transitoria non esclude che il termine del 31 dicembre 2006 ovvero al 31 dicembre 2007 per il servizio idrico integrato (ex art. 15, d.l. 223/06) possa – in ragione del bacino di utenza servito – essere ulteriormente differito (al massimo di 2 anni) in base ad un previo accordo caso per caso con la Commissione europea (co. 15° ter; ma cfr. d.l. n. 223/06, art. 15).

**VII. Scelta tra forme di gestione e potere di ordinanza contingibile ed urgente.** ■ La scelta della forma di gestione deve indicare le ragioni (motivazione) di compatibilità tra la società di capitali prescelta ed il programma di servizio pubblico, con motivazione comparativa rispetto alle altre forme possibili di gestione ed all'eventuale graduazione nella scelta delle forme di gestione previste dalle discipline di settore (art. 113, co. 5° bis). ■ Le forme di gestione dei ss. p. loc. di rilevanza economica sono state ritenute tipiche (per tutti CAIA, *F. amm.* 91, 3167; critico PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005, 115s.), poiché la norma in esame individua con norma generale sia le modalità di scelta del gestore (gara, o affidamento diretto), sia le soggettività – pubbliche o private – ad esse correlate (società di capitali,

miste, *in house*), che possono essere utilizzate per la gestione dei ss. p. loc. ■ In situazioni contingibili ed urgenti gli organi titolari del potere di ordinanza possono tuttavia disporre l'erogazione di servizi pubblici in «deroga» alle indicate forme di gestione, fermi restando i principi (sub art. 112) del diritto comunitario per la scelta del gestore, tra i quali assume rilievo il caso d'eccezione che ammette alla trattativa privata nelle situazioni d'emergenza non imputabili all'amministrazione. ■ Una disciplina specifica è stata prevista per fronteggiare le situazioni di emergenza da rifiuti o di pericolo per danni ambientali (sub art. 50), più in generale si può affermare che la norma attributiva del potere di ordinanza (sub art. 54) consente di derogare alle disposizioni di legge, o di regolamento, che definiscono l'esercizio delle funzioni, ivi compresa quella della scelta della forma di gestione di un servizio pubblico (sub art. 42, co. 2°, lett. e), perché il potere di ordinanza di necessità ed urgenza può avere ad oggetto l'organizzazione della pubblica amministrazione (sub art. 50, § VI), con il limite dettato dall'impossibilità di istituire nuovi enti pubblici o privati non già previsti dalla legge (così: M.S. GIANNINI, *G. compl. Cass. civ.* 50, III, 576), siano essi definiti in questo articolo o in altre norme legislative (es. sub art. 114).

## SEZIONE V

### I terzi gestori

**I. I privati proprietari autorizzati alla gestione di servizi.** ■ Si è detto che dalle società cui è conferita la titolarità della gestione del servizio pubblico mediante procedure ad evidenza pubblica si distingue l'ipotesi in esame dei proprietari diversi dagli enti locali – di «reti, impianti ed altre dotazioni patrimoniali» (supra Sez. III, § II), poiché – a differenza dei concessionari di serv. p. loc. – non debbono reintegrare gli enti locali nel possesso dei beni, ma al contrario il permanere in capo ad essi della proprietà di tali beni è dedotto come presupposto per il rilascio dell'autorizzazione a gestire servizi o loro segmenti (supra Sez. III, § II). ■ Ben oltre l'ipotesi delle società quotate in borsa – ove la proprietà privata è gravata da vincolo ex lege considerato di natura demaniale (supra Sez. III, § IV) – il caso in esame può ritenersi l'unico di proprietà privata di beni che sono utili alla gestione dei servizi di rilevanza economica disciplinato dalla norma in esame (co. 14°). ■ A differenza dei concessionari, questi proprietari – anche ove esercenti talune prestazioni di servizio – non assumono alcuna obbligazione di servizio pubblico, dunque non sono gestori di servizio pubblico

in senso proprio (*sub* art. 112), da cui consegue la possibilità – una volta autorizzati – di iniziare o di cessare il servizio (o segmenti di esso) senza essere ritenuti inadempienti, poiché l'obbligazione è (servizio universale) unicamente dei gestori di *serv. p. loc.* ■ L'ipotesi più frequente è stata quella dei **consorzi tra proprietari privati di acquedotto** e talvolta di fognatura (li considera **supercondomini**: C 03/14791), verso i quali il gestore universale di servizio pubblico assumeva la gestione del servizio di depurazione (o anche di fognatura), considerando giuridicamente il consorzio tra proprietari privati come unica utenza delle parziali prestazioni (residue) di servizio pubblico, distinguendosi perciò le prestazioni autonomamente definite e svolte dall'autonomia privata, rispetto a quelle assunte dal gestore di servizio pubblico secondo gli **standard** che ad esso sono propri. ■ Tali consorzi sono stati distinti dall'ipotesi più frequente di un rapporto con i «**condomini**», ove l'intera prestazione di servizio pubblico (ciclo completo delle acque) era unicamente *in fatto* arretrata rispetto all'ordinario, riguardando sia l'immissione di acqua potabile, sia la rete fognaria (su suolo pubblico), sia la depurazione delle acque in uscita dall'amministrazione condominiale, garantendo così l'adempimento dell'obbligazione di servizio pubblico sino ai confini della proprietà comune.

6 ■ La legge con la norma in esame (co. 14°) procede a riconoscere e disciplinare il fenomeno, prescrivendo che i proprietari – di reti, impianti ed altre dotazioni patrimoniali utili alla gestione dei *ss. p. loc.* di rilevanza economica – diversi dagli enti locali (v. *supra* Sez. IV, § I) **possano essere autorizzati** – salva diversa disposizione delle discipline o dell'Autorità di settore – a gestire i servizi o loro segmenti, **alle seguenti condizioni**: a) che siano rispettati gli **standard** qualitativi, quantitativi ed ambientali definiti dall'Autorità di settore, o in mancanza dagli enti locali (co. 7°; co. 14°); b) siano praticate **tariffe** non superiori alla media regionale (co. 14°); c) sia stipulato un **contratto di servizio** contenente le misure di coordinamento con gli altri gestori, primo tra tutti il gestore di servizio pubblico (co. 14°), nonché adeguati strumenti di verifica dei livelli previsti (co. 11°; co. 14°); d) sia garantito a tutti i legittimati all'erogazione di servizi **l'accesso alle reti** in proprietà privata (co. 3°, seconda parte). ■ Si ritiene che **l'amministrazione competente al rilascio dell'autorizzazione** sia il **comune** (CAIA, *Le società con partecipazione maggioritaria dei comuni*, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), *Studi e contributi*, § 4), in applicazione del principio di sussidiarietà verticale (*sub* art. 13; art. 118, co. 1°, Cost.), con esercizio del potere di **regolamentare** la relativa funzione (*sub* art.

7; art. 117, co. 6°, Cost.). ■ Il rilascio dell'autorizzazione, la stipulazione del contratto di servizio ed il permanere delle condizioni prescritte **sospendono nella zona l'efficacia dell'obbligazione** del gestore di servizio pubblico, che riprende la sua pienezza al cessare per qualsiasi causa degli effetti dell'atto di autorizzazione, o del contratto di servizio, tra i quali si possono ricordare la mancanza del presupposto (proprietà dei beni), o il venire meno o la violazione anche di una sola delle condizioni previste. ■ **L'unico vincolo di natura reale** (obbligazione *propter rem*) che la norma in esame (co. 14°: «Fermo restando quanto disposto dal comma 3») pone ai proprietari autorizzati alla gestione dei servizi o segmenti di essi, è quello di garantire in ogni caso l'accesso alle reti a tutti i legittimati all'erogazione dei servizi (co. 3°, seconda parte), fors'anche la separazione della gestione delle reti dall'erogazione dei servizi ove prescritta dall'Autorità competente sulla base della previsione della disciplina di settore (co. 3°, prima parte).

## II. Concessioni di pubblico servizio, concessione di beni, appalti e concessioni di servizi. ■ 1

La norma in esame non disciplina espressamente il titolo giuridico in forza del quale l'ente locale provvede a conferire a terzi la titolarità della gestione del *serv. p. loc.*, ma non pare discostarsi dalla tradizione dei rapporti giuridici denominati «concessioni di servizio pubblico» la cui autonoma individuazione è stata segnata dal distacco dalla categoria delle **concessioni di beni** (demaniali), in ragione del diverso oggetto dei due tipi di concessioni ed è progressivamente emersa l'idea di un atto – non importa ora se unilaterale o contrattuale – di legittimazione o qualificazione del terzo a svolgere compiti della pubblica amministrazione, poi di un atto giuridico che individua nel terzo imprenditore colui che assume la qualità di gestore del servizio pubblico con la titolarità di tutti i rapporti attivi e passivi con gli utenti (*infra* § IV). ■ Dalla concessione di pubblico servizio si è distinto l'**appalto pubblico di servizi**, instaurato dall'amministrazione aggiudicatrice – che permane gestore del servizio pubblico – con un'impresa che è debitrice verso l'amministrazione stessa delle prestazioni di *serv. p. loc.* senza alcun rapporto giuridico con gli utenti, i quali ultimi mantengono il diritto di credito alle prestazioni di servizio pubblico verso l'amministrazione, cui si **applicano le disposizioni generali sugli appalti pubblici di servizi** (Dir/Cee n. 2004/18, art. 1; art. 30, d. lgs. n. 163/06). ■ Sia l'**appaltatore** (artt. 1655 e 1677 c.c.; Dir/Cee n. 2004/18, art. 1), sia il concessionario assumono giuridicamente **il rischio dell'impresa**, ma con una **sostanziale differenza**: se l'appaltatore di servizi subisce il «rischio»

della sua produzione connesso al suo rapporto giuridico con l'amministrazione aggiudicatrice (eventuale aumento dei prezzi dei fattori di produzione), il **concessionario** di servizi invece subisce inoltre il *rischio della gestione del serv. p. loc.*, cioè quello connesso al suo rapporto giuridico principale con gli utenti (eventuale riduzione del numero dei consumatori). Esclusa una categoria intermedia, di concessione di beni e servizi, oltre alle concessioni di servizio pubblico si possono annoverare le concessioni di beni, le concessioni di costruzione e gestione di opera pubblica, le concessioni di servizi. ■ Nella categoria della **concessione di servizi** si sono collocati gli appalti di servizi il cui corrispettivo è tratto almeno in parte dalla gestione del servizio, come nel caso del *servizio di tesoreria comunale* (sub art. 208; cfr. Dir/Cee n. 2004/18, artt. 1, 17, All. II A, cat. 6, lett. b «servizi bancari e finanziari»; Cons. St., Sez. V, n. 606/82, F. it. 83, III, 142, Giust. civ. 83, I, 351, G. it. 83, III, 1, 87, F. amm. 82, I, 1472) o talune concessioni aventi ad oggetto l'*amministrazione di beni pubblici (stadio comunale: C 89/1161; riscossione delle tasse di occupazione di suolo pubblico: C 90/8058, C 79/4994)* ove la realizzazione di opere sia l'oggetto accessorio del rapporto principale di gestione del servizio (Dir/Cee n. 2004/18/CEE, artt. 1, § II, lett. d; art. 22; All. II A, cat. 14 «servizio di... gestione delle proprietà immobiliari»; art. 14, d. lgs. n. 163/06). ■ La **concessione di lavori pubblici**, detta anche concessione di costruzione e gestione di opera pubblica (Dir/Cee n. 2004/18/CEE art. 1, § III) è un appalto in cui il corrispettivo è dato almeno in parte dai proventi della gestione dell'opera pubblica (es. autostrada, ferrovia: FRACCHIA, D. amm. 93, 367s.). ■ La **concessione di servizi pubblici** può richiedere l'**uso di beni** della stessa amministrazione pubblica (es. acquedotti, strade, musei, archivi, biblioteche, cimiteri, mercati comunali: artt. 824 e 822, co. 2°, c.c.) o di altro ente territoriale (es. servizio comunale di trasporto fluviale, la risorsa idrica, ecc.). La concessione del bene in quanto **accessoria a quella di pubblico servizio** è attratta alla disciplina prevalente di quest'ultima (per la distinzione in due atti separati: T.A.R. Lazio, Sez. II, n. 1736/88, ITAR 89, I, 81) con valutazione economica dell'uso del bene in esclusiva che è assorbita dalla valutazione economica del rapporto principale in tutti i casi in cui il soggetto titolare delle relative competenze sia un'unica amministrazione (C 79/4572; C 79/2436; Comm. centr. imposte, Sez. XIX, n. 3279/80, Comm. trib. centr. 80, I, 913). ■ La **cessazione della demanialità** di un bene può importare la trasformazione del rapporto instaurato dall'amministrazione con il terzo che muta da

concessione pubblica a **locazione, o affitto, ecc.**, con perdita dei poteri pubblici a tutela dei beni stessi ed affermazione della giurisdizione del giudice ordinario a conoscere delle relative controversie (C 89/2014), ma la soluzione non vale per i beni destinati a servizi pubblici perché sottoposti dalla legge ad una disciplina speciale (*supra* Sez. III) con la conseguenza che non muta la giurisdizione e permane la titolarità dei poteri pubblici di autotutela esecutiva sui beni stessi (T.A.R. Lazio, Sez. III, n. 1817/87, F. it. 88, III, 163).

**III. Il conferimento a terzi della gestione del serv. p. loc.** ■ Il conferimento della titolarità della gestione del servizio pubblico alla società di capitali individua nel terzo – scelto con procedura ad evidenza pubblica – il debitore dell'obbligazione avente ad oggetto le prestazioni di servizio pubblico agli utenti che è normalmente anche il creditore delle corrispettive tasse o tariffe di servizio pubblico (sub art. 117, co. 3°). ■ All'esito della gara tra l'ente locale e il terzo è stipulato un **contratto di servizio pubblico** (*infra* § VIII) ma il **nomen juris** (concessione o contratto) non è determinante della natura giuridica del rapporto che il terzo instaura con l'amministrazione, poiché anche la stipulazione di un contratto non impedisce di riconoscere la natura giuridica di concessione di pubblico servizio (C 89/3203; Cons. St., n. 889/78, Cons. Stato 78, I, 1201; T.A.R. Lazio, Sez. II, n. 148/82, ITAR 82, I, 759). ■ La norma in esame richiede che il partecipante alla gara sia una **società di capitali** (*supra* Sez. IV, § II), secondo un enunciato che si pone in contrasto con il diritto comunitario, che non consente di respingere un candidato o un'offerta solo perché secondo il diritto nazionale l'offerente avrebbe dovuto essere una persona fisica o giuridica (arg. ex art. 4, co. 1°, Dir. 04/18). La norma viola il **principio di non discriminazione** in base alla nazionalità (sub art. 112) che è immediatamente applicabile alle concessioni di servizi ivi comprese quelle di servizio pubblico (art. 12, TCE; art. 17, art. 3, Dir. 04/18; art. 30, d. lgs. n. 163/06). ■ **Norme transitorie** hanno previsto la disciplina delle concessioni rilasciate in violazione delle norme ad evidenza pubblica, prevedendone l'anticipata cessazione al 31 dicembre 2006 (Sez. IV, § VI; ma cfr. d.l. n. 223/06, art. 15).

**IV. La concessione di serv. p. loc.: natura, oggetto ed effetti giuridici.** ■ Un tempo era imperante l'idea che i servizi pubblici fossero affidati a terzi in un regime di monopolio (*supra* Sez. II) o collegati comunque all'esercizio di funzioni, o compiti riservati alla pubblica amministrazione (FORTI, G. it. 1900, IV, 369, poi *Studi di diritto pubblico*, I, 362; CAMMEO, G. it. 1903, I, 1, 173;

ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, Trattato Orlando, II, pt. III, 1935, 235s.; REDANÒ, voce *Servizio pubblico*, *N. D.*, XII, 230; D'ALESSIO, *G. it.* 17, I, 1). La successiva analisi ha chiarito che **non sempre al concessionario** sono trasferiti o attribuiti poteri pubblici o compiti, che l'ordinamento **riserva** alla pubblica amministrazione e del pari «**eventuale e non essenziale**» diviene l'asserito **carattere monopolistico** dell'attività di erogazione del servizio pubblico (*supra* Sez. II; MIELE, *Scritti giuridici*, Milano, 1987, 33; 424; 359s.; ROMANO TASSONE, *Reg. gov. loc.* 92, 87; SORACE-MARZUOLI, voce *Concessioni amministrative*, *D. disc. pubbl.*, III, 298; D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, Napoli, 1981, 334). L'ordinamento riconosce a tutti la **libertà di iniziativa economica** privata (art. 41, co. 1°, Cost.) ed ancor più la **libertà di svolgere attività non imprenditoriali** (art. 33, co. 1°; art. 38, u. co.; art. 118, u. co., Cost.) anche ove la stessa attività sia al contempo erogata dalla pubblica amministrazione ed anche ove configurata come servizio pubblico. ■ I servizi pubblici esercitati in regime di monopolio sono solo quelli indicati dalla legge (*sub* art. 112) ed è noto che la concessione a terzi ha trovato applicazione anche in settori ove manca tale riserva, sicché **un'attività riservata** all'amministrazione **non è l'oggetto necessario** della concessione di pubblico servizio (MIELE, *op. loc. cit.*; ROMANO TASSONE, *Reg. gov. loc.*, cit.). L'affermazione comune secondo la quale l'amministrazione concede a terzi la possibilità di gestire un servizio pubblico appare inesatta, poiché l'amministrazione non può «concedere» o «conferire» a terzi ciò che l'ordinamento già riconosce a tutti come libertà, in particolare come iniziativa economica per la «produzione di beni e servizi» (*sub* art. 112). ■ Eliminata tale possibilità si è aperto lo spazio alla configurazione della concessione-contratto, o al solo contratto di diritto privato, o infine all'accordo di diritto pubblico (contrari al provvedimento: SORACE-MARZUOLI, cit., 288-293; cfr. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984, 257-261; per il contratto: SILVESTRI, voce *Concessione amministrativa*, *Enc. D.*, VII, 376; D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., 306s., 316-317; critici SORACE-MARZUOLI, cit., 299; ROMANO TASSONE, *op. cit.*, 87; per l'accordo di diritto pubblico: PERICU, in *Diritto amministrativo*, a cura di Mazzaroli, Pericu, A. Romano, Roversi Monaco, Scoca, I<sup>a</sup> ed., 1390). ■ Gli **effetti giuridici** si riassumono in una vicenda **costitutiva** sia per chi vede nella concessione un «atto organizzatorio» che individua nel terzo un ufficio dell'amministrazione alla cui persona giuridica restano tuttavia imputati atti, attività, risultati, o rischi d'impresa, poi-

ché **la concessione non trasferisce al terzo un'attività**, ma unicamente l'amministrazione «si serve dell'attività di quest'ultimo» (M.S. GIANNINI, *D. pub. ec.* 89, 147; ID. *Lezioni di diritto amministrativo*, Pisa, 1950, 131), sia per chi vede nel concessionario un «sostituto dell'amministrazione» ove gli interessi dell'amministrazione pubblica sono affidati alla cura di un terzo ad essa estraneo, con **legittimazione** giuridica del concessionario ad agire «per lo svolgimento di un'altrui sfera di competenza» (MIELE, *op. cit.*, 359s.; ZANOBINI, *L'esercizio privato...* cit., 235; C 90/12221; C 91/12966; C 92/3359). ■ Più direttamente la **vicenda costitutiva** dell'atto di concessione crea in capo al terzo la **qualità giuridica di gestore del servizio pubblico**, il cui effetto **economico-giuridico** determina l'assunzione – rispetto ai concorrenti – di una **nuova domanda di utenti**, quella nel tempo raccolta **dalla pubblica amministrazione** in ragione delle norme che disciplinano la sua attività, che impongono normalmente un livello di «garanzie» per l'utenza superiore a quello imposto a qualsiasi operatore privato, per la continuità, sicurezza, imparzialità, qualità media, trasparenza, in genere per la così acquisita **fiducia nell'agire della pubblica amministrazione**. ■ Perciò **il concessionario si distingue da qualsiasi altro produttore** sia perché egli è destinatario di una domanda che è rivolta all'amministrazione pubblica, sia perché non determina autonomamente le prestazioni oggetto dell'obbligazione di servizi verso gli utenti. Le **prestazioni** che il concessionario si obbliga ad erogare agli utenti sono quelle per le quali si è qualificato in **gara** come il migliore offerente (co. 11°) consentendo giuridicamente di mantenere il rigore della concorrenza anche nella successiva fase di esecuzione delle prestazioni di servizio pubblico, contando sul diritto **degli utenti** all'esatto **adempimento** dell'obbligazione del concessionario il cui interesse è favorito dalla **partecipazione alle valutazioni periodiche** sulla qualità del servizio pubblico e dal diritto d'accesso alle informazioni in possesso del gestore sull'esecuzione della sua obbligazione (*sub* art. 112). ■ Nella fase di esecuzione della prestazione infatti **gli interessi dell'amministrazione aggiudicatrice non sempre coincidono con quelli degli utenti creditori** delle prestazioni di *serv. p. loc.*: talvolta concordano con quelli del concessionario (l'esecuzione e il pagamento degli oneri di servizio pubblico pesano sul concessionario e sull'ente locale che li deve compensare); soprattutto l'amministrazione non sempre è in grado di mantenere nel tempo efficienti uffici di controllo; infine l'interesse ad un generale (medio) adempimento non garantisce affatto dell'esattezza dell'esecuzione delle sin-

8 gole prestazioni. ■ Dalle eventuali osservazioni degli utenti (**trasparenza-partecipazione**) sorge il dovere del concessionario di corrispondervi congruamente, accogliendo soluzioni che siano per loro di minore sacrificio (proporzionalità: *sub art. 112*), poiché più in generale i **principi** dell'ordinamento europeo vanno intesi come **norme imperative** a tutela della concorrenza e dei consumatori, che s'impongono nella definizione dell'esatta prestazione di servizio pubblico (9 *sub art. 112*). ■ Dal **rapporto** principale con gli utenti si distingue quello **accessorio con l'amministrazione** perché volto a conferire al primo un equilibrio patrimoniale, disciplinato negli elementi essenziali (capitolato, corrispettivi, termine, ecc.) dalla legge o dal contratto di servizio (*infra § VIII-X*).

**V. (segue) natura giuridica e attività del terzo gestore.** ■ La **legislazione previgente** individuava l'ambito dei possibili concessionari nell'industria privata segnando la radice storica della legge sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte di comuni e province come «riscatto» dalle ragioni di dipendenza economica e tecnica (*infra § VI*) in cui erano caduti gli enti locali sul finire del secolo scorso (r.d. n. 2578/25, artt. 24 e 26; d.p.r. n. 902/86, art. 8). ■ La prima legge di riforma (l. 142/90) poi la norma in esame elimina ogni qualificazione che valga a caratterizzare la **natura giuridica** delle società di capitali scelte con procedure ad evidenza pubblica come soggetto privato; inoltre nessuna norma generale impone ai **concessionari** di pubblici servizi di essere esclusivi o **essenzialmente dediti a tale compito** (attività principale), né che il terzo operi solo a favore di un determinato *ente territoriale*, anzi in taluni casi può essere richiesto esattamente l'opposto ove sia necessario che il concessionario svolga altre attività che gli permettano di mantenere quelle conoscenze indispensabili a svolgere il servizio pubblico (ragioni tecniche od economiche: *infra § VI*). Non si può escludere che l'attività svolta a favore di altri possa essere negata a fronte di un pericolo di un **conflitto di interessi** con il rapporto di servizio pubblico, o delineare un'ipotesi di concorrenza vietata dalla legge ai singoli amministratori (art. 2390 c.c.), o a seguito di cessione di azienda (art. 2557 c.c.), oppure perché si configura come atto di concorrenza sleale (2598 c.c.) o perché escluso dal contratto o patto che accede alla concessione (art. 2596 c.c.). ■ La norma in esame richiede (a differenza del terzo gestore di rete *supra* Sez. IV) che il terzo gestore del *serv. p. loc.* sia una **società di capitali**, ma il precetto ove riferito a imprese di altri Stati membri dell'Ue pare in contrasto con la disciplina comunitaria (*supra* Sez. IV, § II).

**VI. (segue) i presupposti.** ■ La disposizione in 1 esame **non prevede più espressamente nessun presupposto** equiparando formalmente la gara, la società mista e la società a capitale interamente pubblico, fermo restando il dovere di motivazione delle scelte d'amministrazione pubblica secondo le regole generali. ■ La concessione 2 **si è affermata** tuttavia per la mancanza di capacità **tecniche dell'ente locale** e la «facoltà di riscatto» era un utile strumento per fornire l'amministrazione della tecnologia dei privati (r.d. n. 2578/25, art. 24, co. 4° e 9°). Le ragioni tecniche sono rafforzate dai diritti di *brevetto o di monopolio legale* di terzi ove questi non possano o non vogliano cedere l'esercizio dell'attività in esclusiva. ■ Le **ragioni finanziarie** un tempo 3 venivano intese come potenza dell'organizzazione economica all'esercizio di una determinata attività, che postulava una *povertà finanziaria dell'amministrazione* la quale si risolveva a cedere a terzi l'unico bene di cui era titolare (la domanda di servizi degli utenti). ■ Le «**ragioni 4 economiche-finanziarie**» affermano piuttosto una necessità dell'amministrazione di raggiungere adeguate *economie di scala* che solo un *bacino d'utenza* più ampio di quello offerto dall'ente territoriale di riferimento può consentire per diminuire i costi di gestione del servizio, ponendo l'affidamento a terzi come diretta alternativa alla «società a capitale interamente pubblico» e alla società mista. ■ Ai motivi finanziari 5 si affiancano da ultimo **ragioni di promozione dello sviluppo economico della comunità locale** (*sub art. 112*), poiché prima di affidare a terzi l'amministrazione definisce il programma e le tariffe del *serv. p. loc.* (*sub art. 112*) con un atto preliminare che è organizzazione della domanda di *serv. p. loc.*, che di per sé può essere sufficiente a soddisfare i costi necessari ad avviare il processo produttivo dei terzi imprenditori. Il concessionario non è vincolato a produrre solo per il concedente e può dunque soddisfare altre domande di beni e di servizi compatibili con la produzione del servizio pubblico, contando sul persistere dell'iniziale domanda pubblica definita dall'ente locale.

**VII. Procedure di scelta e pluralità dei produttori.** ■ Già prima della disciplina in esame si ritenevano applicabili le procedure ad **evidenza pubblica** per la scelta del concessionario: era necessaria una **pubblicità del bando idonea** a favorire l'imparzialità e la parità di trattamento fra i candidati (Cons. St., Sez. I, n. 130/85, *F. it.* 87, III, 435; r.d. n. 1175/31, art. 265 e 267, ora *abr. sub art. 273*; Cons. St., Sez. IV, n. 490/89, *Cons. Stato* 89, I, 532; T.A.R. Lazio, Sez. I, n. 1023/87, *F. amm.* 87, 2715; Cons. St., Sez. IV, n. 749/71, *Cons. Stato* 71, I, 1898), **invitando** alla licitazio-

ne privata il **concessionario precedente** anche ove risultasse impossibile la proroga della concessione (Cons. St., Sez. VI, n. 496/82, *F. amm.* 82, I, 1909; T.A.R. Piemonte, Sez. I, n. 418/85, *ITAR* 85, 4139; T.A.R. Piemonte, Sez. II, n. 627/87, *F. amm.* 88, 1767; *per impossibilità della proroga*: C 77/4297; Cons. St., Sez. VI, n. 413/85, *F. amm.* 85, 2230; Cons. St., Sez. VI, n. 496/82, 2 *Cons. Stato* 82, I, 1277). ■ In mancanza di norme scritte sul procedimento, la scelta del concessionario andava definita in ragione delle **caratteristiche del servizio** (C 76/1387; C.G.A.Sic., n. 535/66, *Cons. Stato* 66, I, 1900; T.A.R. Piemonte, Sez. II, n. 546/89, *ITAR* 89, I, 4310; T.A.R. Molise, n. 55/79, *ivi* 79, 1576; T.A.R. Lazio, Sez. III, n. 512/75, *F. amm.* 76, 160; Corte conti, Sez. contr., n. 1883/86, *F. it.* 87, III, 437) con motivazione sulla **logicità dei parametri di valutazione dei candidati** (Cons. St., Sez. V, n. 1305/66, *F. amm.* 66, 1578; Cons. St., Sez. VI, n. 135/63, *Cons. Stato* 63, I, 440; per criteri indicati in circolare: Cons. St., Sez. IV, n. 970/75, *Cons. Stato* 75, 1197) a seguito di un imparziale **esame comparativo delle offerte** e scelta di quella più rispondente all'interesse pubblico (può mancare nei soli casi d'eccezione come le **concessioni precarie**: Cons. St., Sez. VI, n. 268/64, *F. amm.* 64, I, 2, 508; le **situazioni di necessità e urgenza**: C.G.A.Sic. n. 190, *Cons. Stato* 90, I, 99; cfr. C.G.A.Sic., n. 14/85, *Cons. Stato* 85, I, 217 *sub art.* 54; non necessari i pareri di organi tecnici: Cons. St., Sez. V, n. 719/87, *Giust. civ.* 88, I, 1070; interesse pubblico: Cons. St., Sez. IV, n. 1352/64, *F. it.* 65, III, 105; C.G.A.Sic., n. 535/66, *cit.*; Cons. St., Sez. V, n. 1305/66, *F. amm.* 66, 1578; Cons. St., Sez. VI, n. 696/72, *Cons. Stato* 72, I, 1830). ■ L'aggiudicazione per una superiorità **tecnico-finanziaria** è illegittima ove tutte le imprese fossero idonee ad erogare il servizio salvo il caso in cui i requisiti tecnico finanziari consentissero una migliore qualità e continuità nell'erogazione del servizio (Cons. St., Sez. VI, n. 106/65; 4 *Cons. St.*, Sez. IV, n. 1047/71, *R. amm.* 72, 57). ■ Le gare secondo **procedure ad evidenza pubblica** sono generalmente indicate nell'asta o procedura aperta, nella licitazione privata o procedura ristretta, sia al prezzo più basso, sia all'offerta economicamente più vantaggiosa (T.A.R. Lazio, Sez. II *bis*, n. 3377/04; Cons. St., Sez. V, n. 2294/02; Cons. St., Sez. V, n. 4012/02). Nonostante il tenore letterale contrario della norma in esame non pare che si possa escludere la trattativa privata o procedura negoziata nei casi d'eccezione previsti dalla legge (contro la trattativa privata: CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza*, *cit.*) nei limiti dei principi dell'Ue (proporzionalità: *sub art.* 112) come le **situazioni di urgenza** non causate dall'ente locale (*sub*

*art.* 54) o di servizi pubblici che abbisognano di diritti **di brevetto** di cui risultano titolari imprese terze. Il **regolamento dei contratti** degli enti locali (*sub art.* 192) può avere ad oggetto ogni procedura di scelta di chi a **titolo oneroso** entri in rapporto giuridico con l'amministrazione pubblica, ivi compresa la concessione di *serv. p. loc.* (Cons. St., Sez. V, n. 765/69, *Cons. Stato* 69, 1209; per la partecipazione a titolo onorario: *sub art.* 8). A tali rapporti si applicano le procedure previste dalla **normativa comunitaria** «recepita o comunque vigente nell'ordinamento giuridico italiano» (*sub art.* 192), tra queste le norme di dettaglio (Dir/Cee n. 17/04 e 18/04) e di principio (*sub art.* 112: **non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza, mutuo riconoscimento, proporzionalità**). ■ Il principio di **parità di trattamento** «vieta non solo le discriminazioni palesi a motivo della cittadinanza, (...) ma anche qualsiasi forma di discriminazione dissimulata che con altri criteri distintivi, «abbia in pratica le stesse conseguenze» (Corte Ue, 13 luglio 1993, C-330/91; Corte Ue, 3 febbraio 1982, cause riunite C-62/81 e C-63/81); implica inoltre che le **regole** della competizione siano **conosciute** da tutti i potenziali concessionari e si applichino a tutti nello stesso modo (Corte Ue, 26 febbraio 1992, C-357/89; Corte Ue, 7 luglio 1992, C-295/90), che tutte le offerte siano **conformi alle prescrizioni del capitolato** d'oneri affinché sia possibile un **raffronto obiettivo** tra le stesse (Corte Ue, 22 giugno 1993, C-243/89) non potendosi tenere conto di **modifiche all'offerta iniziale** di un concorrente, poiché il «raffronto tra le offerte deve rispettare, in tutte le sue fasi, tanto il principio della parità di trattamento degli offerenti quanto quello della trasparenza, affinché tutti gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte» (Corte Ue, 25 aprile 1996, C-87/9; Trib. Ce, 203/96/1998). ■ Dai principi di **trasparenza e parità di trattamento, proporzionalità e mutuo riconoscimento** (*sub art.* 112) deriva inoltre rispettivamente l'effetto utile di assicurare condizioni non falsate di concorrenza, di chiedere capacità tecniche, professionali, finanziarie o fissare termini eccessivi rispetto all'oggetto della concessione, di accettare specifiche tecniche, controlli, titoli, certificati e qualifiche prescritti nello Stato di provenienza degli offerenti ove equivalenti a quelli dello Stato di destinazione della prestazione. ■ Se è vero che i principi **non si applicano** 7 ove le prestazioni implichino l'esercizio di **pubblici poteri**, da quest'ultime sono escluse le **prestazioni tecniche di supporto** all'esercizio di una funzione pubblica (*artt.* 45 e 55 *TCe*; Corte Ue, 15 gennaio 1998, causa C-44/96; Corte Ue, 18 marzo 1997, C-343195; Corte Ue, 26 aprile 1994,

C-272191; Corte Ue, 5 dicembre 1989, C-3/88; Corte Ue, 15 marzo 1988, C-147/86; Corte Ue, 16 giugno 1987, C-118/85; Corte Ue, 21 giugno 1974, C-2/74; C 97/6225, F. it. 97, I, 3194, *ivi nt.* FRACCHIA; Cons. St., Sez. IV, n. 147/96, R. it. d. pub. com. 96, 486; C 96/10955, Urb. e app. 97, 631, *ivi nt.* MONTEDORO; Corte conti, Sez. riu., n. 63/96, R. Corte conti 96, 87; Cons. St., ad. gen., n. 90/96, Cons. Stato 96, I, 1640; Coll. Arb., 2 maggio 1995, A. g. op. pub. 97, 131). ■ La norma in esame prevede che la **gara sia 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 (co. 7°). ■ Si prevedeva l'aggiudicazione sulla base del migliore livello di qualità e sicurezza e delle condizioni economiche e di prestazione del servizio, dei piani di investimento, di innovazione tecnologica e gestionale (co. 7°), ma tale ultima parte è stata dichiarata incostituzionale per violazione della competenza legislativa regionale e degli enti locali (Corte cost. 272/04: *supra* Sez. I). ■ Ove economicamente vantaggioso, è consentito l'**affidamento contestuale** con gara di una **pluralità di ss. p. loc.** (diversi dal trasporto collettivo) e 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 (co. 8°). ■ Negli atti di gara deve essere indicato il **valore dell'indennizzo** che deve pagare l'aggiudicatario al gestore uscente per la porzione di reti, impianti e altre dotazioni già realizzate in attuazione dei piani di investimento (co. 9°). ■ È vietata ogni forma di **differenziazione nel trattamento dei gestori** in ordine al regime tributario, nonché la concessione di contribuzioni o agevolazioni per la gestione del servizio (co. 10°). ■ Le **società di gestione separata di reti**, impianti e altre dotazioni non possono partecipare alle gare per l'affidamento del servizio (co. 6°, ult. frase). 14 ■ Dal 1° gennaio 2007 le società – loro controllate, collegate, o controllanti – che in Italia o all'estero (ma cfr. co. 6° e 15° *quater*) gestiscono ss. p. loc. con **affidamento diretto** senza evidenza pubblica – originario, per rinnovo, o proroga – **non sono ammesse alle gare** per il conferimento della titolarità della gestione del servizio (co. 5°). Tale divieto *non si applica* alle **prime gare** aventi ad oggetto gli stessi servizi in affidamento diretto (co. 6° e 15° *quater*; cfr. seppure per la 15 disciplina del gas: Corte cost. 413/02). ■ L'ammissione alle gare d'**imprese straniere** che abbiano la gestione del servizio senza procedure di evidenza pubblica è demandata al regolamento governativo (co. 15° *quater*). ■ Per il servizio pubblico l'amministrazione può ricorrere ad

una **pluralità di concessionari** ed il principio trova fondamento anche nel diritto comunitario (*supra* Sez. II; Trib. sup.re Acque pubbl., n. 4/86, Cons. Stato 86, II, 118). ■ L'amministrazione deve favorire le soluzioni organizzative conformi alle regole sulla **concorrenza** sia delimitando congruamente la **durata** del rapporto con un solo concessionario (*infra* § IX), sia definendo un **programma di erogazione del servizio** con soluzioni tecniche ed economiche utili a mantenere una **pluralità di produttori** siano essi pubblici (società a capitale interamente pubblico) o privati o misti. ■ La deroga alla concorrenza (art. 86 *TCe*) è ammessa per ragioni tecniche od economiche che rendano impossibile o economicamente svantaggiosa per l'amministrazione una gestione del servizio con una pluralità di operatori, secondo una valutazione che è sindacabile per vizio di eccesso di potere o di proporzionalità per difetto o insufficienza di motivazione, o di istruttoria, o contraddittorietà fra presupposti e dispositivo, ecc.

**VIII. Instaurazione e cessazione del rapporto di concessione.** ■ Non si è mai dubitato che l'ente locale debba anzitutto deliberare la scelta della forma di gestione in ragione di un programma di servizio pubblico (Sez. IV, § I). ■ La **2 deliberazione di gara** contiene il capitolato cui è allegato il «**contratto di servizio**» (co. 11°; già art. 26, r.d. n. 2578/25; Sez. IV, § III) ove debbono essere inoltre previsti i livelli qualitativi e quantitativi dei servizi ed adeguati strumenti di verifica del rispetto degli stessi (co. 11°) e negli atti di gara anche debbono essere indicati le tariffe, i canoni ed gli altri corrispettivi, poiché tutti contribuiscono a definire l'equilibrio economico finanziario della gestione. ■ All'esito della gara tra l'ente locale e il terzo è stipulato il contratto di servizio pubblico (Sez. IV, § III) secondo il testo precedentemente oggetto di gara, al quale si è ritenuto di applicare i **principi in materia di obbligazioni e contratti** (PERICU, *op. cit.*, 1388; C 79/3553: convalida per volontaria esecuzione *ex art.* 1444, co. 2°, c.c.), nonché l'inefficacia della pattuizione di **proroga tacita** della concessione, poiché il consenso deve essere espressamente rinnovato (Cons. St., Sez. V, n. 606/82, F. amm. 82, I, 1472; T.A.R. Piemonte, n. 127/03). ■ Il rapporto di concessione – comunque instaurato – può **cessare per inadempimento** e salvo il risarcimento del danno, oppure per **recesso unilaterale** della pubblica amministrazione motivato da pubblico interesse, salvo pagamento al concessionario di un congruo indennizzo (cfr. art. 11, co. 3° e art. 21 *sexies*, l. 241/90). Oltre i casi di invalidità, il rapporto tra amministrazione e concessionario può cessare secondo le regole generali sulla rescissione (art.

1447 c.c.), sulla risoluzione per inadempimento (art. 1453 c.c.) o in quanto stipulato come accordo sostitutivo (Cons. St., Sez. V, n. 1327/00, cit.; GRECO, *Accordi amministrativi*, Torino, 2003, 158-159) sul recesso della pubblica amministrazione e salvo indennizzo (l. 241/90, art. 11, co. 4°; cf. art. 1373 c.c.). ■ Alla «scadenza del periodo di affidamento», e in esito alla successiva gara di affidamento, le reti, gli impianti e le altre dotazioni ... sono assegnati al nuovo gestore», anche quelle «realizzate, in attuazione dei piani di investimento ... dal gestore uscente» Per quest'ultime è dovuto dal nuovo gestore un indennizzo pari al valore dei beni non ancora ammortizzati, il cui ammontare è indicato nel bando di gara (co. 9°).

1 IX. (segue) il termine. ■ La legge non fissa un termine al rapporto di concessione (cfr. art. 265, r.d. n. 1175/31), ma in conformità al principio di proporzionalità (sub art. 112) la durata del rapporto con il terzo gestore (Cons. St., Sez. V, n. 606/82, *Giust. civ.* 83, I, 351) non può essere superiore ai tempi di ammortamento dei costi relativi alla costruzione o installazione, totale o parziale, degli impianti produttivi e dell'ammortamento (tecnologico) di essi, che sono necessari al servizio pubblico, fermo restando il mantenimento sul concessionario del rischio della gestione (*Comunic. ue*, 12 aprile 2000, § 3.1.3; sub art. 112). ■ L'ammortamento tuttavia è voce contabile dettata in ragione di un piano di rinnovamento degli impianti necessari e dei ricavi di gestione del servizio pubblico, che può essere riproposto nei bandi a venire come debito di gestione dell'attività di servizio pubblico, con clausole di accollo dei valori di ammortamento al nuovo aggiudicatario o all'ente territoriale nel caso di cessazione del servizio pubblico, prevedendo così la distinzione fra termine di durata del rapporto con un concessionario (ad. es. 5 anni) e tempi di ammortamento degli impianti (ad. es. 20 anni). Il nuovo gestore è tenuto infatti a pagare al precedente un indennizzo pari al valore dei beni non ancora ammortizzati, secondo l'ammontare indicato nel bando di gara (co. 9°; supra § VIII). ■ La separazione della gestione delle reti dall'erogazione dei servizi (supra Sez. III, § V) e il pagamento di un canone al proprietario (supra Sez. IV, § III), supera in radice la questione e libera il gestore del servizio dagli oneri di ammortamento relativi agli investimenti necessari alla costruzione e manutenzione delle opere. ■ La proroga del termine può essere disposta in via transitoria dalla legge (es. co. 15° bis-quater; esclude l'applicazione della proroga ex art. 14, d.l. n. 333/92, conv. in l. n. 359/92; Cons. St., Sez. VI, n. 4905/03) o in base ad essa dall'amministrazione (d. lgs. n. 164/00; Cons. St.,

Sez. V, n. 3815/05), nei limiti di compatibilità con l'ordinamento europeo (supra Sez. IV, § VII). ■ Una disciplina speciale, che ora parrebbe abrogata, consentiva l'esercizio della facoltà di riscatto anticipato da parte degli enti locali (r.d. n. 2578/25, art. 24, co. 4° e 9°; sub art. 123; Cons. St., Sez. V, n. 3817/05; Id. n. 4791/04, *F. amm. - CdS* 05, I, 447; Id. n. 3823/04; Id. n. 3296/03).

X. Poteri di indirizzo e di vigilanza. ■ L'attribuzione al terzo di tutta o parte della domanda di servizi che si rivolge alla pubblica amministrazione (supra § V) giustifica di per sé l'opposizione di speciali vincoli ed obblighi nell'esercizio di una attività che ai privati, in ogni altro caso, è riconosciuta secondo quella più ampia libertà accordata dall'ordinamento in via generale e astratta (nei limiti stabiliti dalla legge) a tutti gli imprenditori del settore. ■ Un potere di vigilanza è previsto dalla legge per tutte le aziende esercenti i servizi pubblici (supra Sez. IV, § V) tra i quali rientra da tempo anche il terzo gestore di servizio pubblico (Corte cost. 337/85; già d.l. n. 1175/31, art. 265, n. 3; DE VALLES, *I servizi pubblici*, cit., 576; POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, cit., 294-295, 349; Casetta, *R. d. comm.* 50, II, 306; D'ALESSIO, *G. it.* 17, I, 8). ■ Al consiglio dell'ente locale (per i consorzi: sub art. 31) spetta la competenza «a dettare gli indirizzi da osservare da parte delle degli enti sottoposti a vigilanza» (sub art. 42, co. 2°, lett. g; supra Sez. IV, § V).

## SEZIONE VI

### La società a capitale misto pubblico privato

I. La partecipazione a causa finanziaria. ■ 1 L'acquisto della qualità di socio da parte di privati in una società alla quale gli enti locali hanno conferito la titolarità della gestione di un serv. p. loc. a rilevanza economica (Comm. Ue, *Libro verde sul partenariato pubblico-privato*, 30 aprile 2004 COM(2004); SCOTTI, *F. it.* 02, III, 554; VOLPE, *Urb. e app.* 03, 721; *Le società miste per i servizi pubblici locali*, a cura di Trimarchi, Milano, 1999; NIUTTA-POLICE, *R. d. comm.* 99, 477; CAMPOBASSO, *R. soc.* 98, 390; GIANDOMENICO, FAGIANO, RUTA, *Le società miste locali per la gestione dei servizi pubblici*, Napoli, 1997; CAIA, *Nuova Rass.* 95, 1082; ABBAMONTE, in *Studi in Onore di Leopoldo Elia*, Milano, 1999, spec. 7s.; DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006, spec. 49s.) è subordinata dalla norma in esame al positivo esito di «una gara» esperita «con procedure ad evidenza pubblica» (già Cons. St., Sez. V, n. 192/98, *App. e lav. pubbl.* 98, 402, nt. GAROFOLI; Cons. St., Sez. V, n. 4586/01; C. 99/754, *F. it.* 00, 804, nt. FRACCHIA, che supera i precedenti contrari di C. 95/4991 e C.

95/4989, entrambe in *F. it.* 96, I, 1363, nt. CARINGELLA; ma cfr. Cons. St., Sez. V, n. 272/05), svolta in **osservanza** «delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza, secondo gli indirizzi impartiti dalle autorità competenti». ■ Il **bando** deve indicare la consistenza economico-giuridica dell'instaurando rapporto sociale, ivi compresi gli affidamenti sui quali potrà contare la società mista nel periodo di partecipazione del socio privato (*infra* § III). ■ La gara può avere ad oggetto la sola partecipazione al capitale sociale, sia essa di minoranza, di maggioranza, o di controllo (*infra* § III) e per ciascuno di essi possono assumere rilievo le norme sulle concentrazioni ed i collegamenti tra organizzazioni d'impresa e le competenze delle autorità antitrust (*supra* Sez. II). ■ Acquisita la qualità, il socio in sé considerato ha i **diritti e gli obblighi** previsti dal codice civile, essenzialmente il **diritto di voto** in assemblea e il diritto ad ottenere gli utili deliberati dall'assemblea. ■ Secondo le regole generali il socio privato può essere una *persona fisica, una società, un'associazione, o una fondazione anche bancaria* (a favore: PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005, 397; MARCHI, in *Le fondazioni casse di risparmio*, a cura di ROVERSI Monaco, 1998, 391s.) cioè ogni soggettività compatibile con la disciplina della società di capitali (legge, atto costitutivo, statuto) di cui si è inteso divenire socio. ■ La gara può anche avere ad oggetto la *collocazione dei titoli azionari sul mercato* oppure la destinazione di una quota all'*azionariato diffuso* (*infra* § III). ■ Il diritto comunitario degli appalti pubblici ha sinora regolato operazioni di **versamenti di capitale** da un finanziatore pubblico ad un'impresa con le disposizioni sul **divieto di aiuti alle imprese** (*supra* Sez. IV, § IV) sulla **trasparenza delle relazioni finanziarie** (Dir/CommCe 80/723/CEE – mod. da 85/413/CEE, da 93/84/CEE, da 00/52/CEE) e sul **libero movimento dei capitali** (art. 56s. *TCE*) secondo le quali non si devono costituire ostacoli agli investimenti di operatori finanziari di altri Stati membri (Comunic. ue, su investimenti intracomunitari, in *G.U.C.E.* 19 luglio 1997, n. C 220, 15). ■ La semplice operazione in capitale inoltre **non deve nascondere** l'attribuzione al **partner privato di appalti pubblici o concessioni**, sia nel senso che, prima dell'operazione in capitale, l'impresa si veda attribuire senza gara incarichi volti a rendere attraente l'operazione in capitale, sia nel senso che il **partner** privato – acquisita la qualità di socio a causa finanziaria – non può riservarsi poi compiti o prestazioni di servizi, che non siano stati già oggetto di gara (*infra* § II).

## II. La partecipazione correlata a prestazioni.

1 ■ La norma in esame si applica anche alle ipote-

si in cui la qualità di socio privato ad una società mista sia **collegata** all'attribuzione al privato stesso di un appalto o di una concessione comunitaria (è l'ipotesi del *Libro verde sul partenariato*, cit., § 8, 46; Cons. St., Sez. V, n. 3672/02), per atto contrattuale o unilaterale (anche legislativo o regolamentare). ■ Anche in questo caso si può trattare della **creazione ex novo** di una società di capitali che prevede la partecipazione del privato all'atto costitutivo della società stessa, **oppure della cessione a privati** (Sez. VII, § V) **di una partecipazione** in una società a capitale interamente pubblico, destinataria di un affidamento diretto all'atto della gara di scelta del privato (*infra* § III). ■ L'operazione in esame – ove il socio pubblico è l'affidante – ha normalmente ad **oggetto** l'appalto (o la concessione comunitaria) di servizi al socio privato che si obbliga verso la società a produrre le prestazioni richieste, con la conseguenza che la **scelta del socio privato** collegata a tale vicenda di servizi va fondata, non tanto sull'entità del contributo in capitali, ma soprattutto sulla quantità e sulla qualità dell'**offerta di servizi** che deve assicurare il privato ed ancora prima (requisiti soggettivi) sulla capacità tecnica ed economica del privato a svolgerle (Cons. St., Sez. V, n. 3672/05; Id., n. 5582/04, che esclude l'offerta condizionata; cfr. anche Id., Sez. IV, n. 3113/05, *F. amm.* - CdS 05, 1716). ■ Il pagamento del conferimento a capitale (o del sovrapprezzo di acquisto di azioni o quote) – con diritto a percepire gli utili o a subire le perdite della società – è invece la conseguenza dell'acquisto della qualità di socio e può anche essere indicata come variabile del prezzo dell'offerta economicamente più vantaggiosa o del prezzo più basso. ■ I bandi delle procedure ad evidenza pubblica di scelta del socio privato debbono in tal caso avere necessariamente ad oggetto l'appalto di servizi che si intende affidare allo stesso socio privato (capitolato), dare conoscenza dell'atto costitutivo e dello statuto e degli affidamenti su cui può contare la società mista nel periodo di partecipazione del socio privato e di durata dell'appalto, chiarendo il complessivo rapporto economico giuridico cui si intende dare vita, poiché le condizioni di acquisto della qualità di socio sono dedotte come elemento essenziale dell'aggiudicazione del servizio e non possono discriminare od ostacolare ingiustamente la libertà di prestazione o di stabilimento, o essere sproporzionate rispetto allo scopo da raggiungere. ■ La scelta del socio privato collegata ad un appalto o concessione deve rispettivamente essere conforme alle direttive in materia di lavori forniture e servizi (Dir/Cee n. 18/04) e alle relative norme interne di recepimento, oppure ai principi di non discriminazio-

ne in ragione della nazionalità e di libera circolazione dei capitali (cfr. art. 56 TCE; Dir/Cee n. 88/361/CEE, all. 1; Corte Ue, 4 giugno 2002, C-367/98; 4 giugno 2002, C-483/99; 13 maggio 2003, C-463/00; 13 maggio 2003, C-98/01; Cons. St., Sez. V, n. 3166/05, *F. amm.* - *CdS* 05, 1778; per un caso d'eccezione v. Corte Ue, 4 giugno 2002, C-503/99). ■ Un termine alla partecipazione del socio privato (con diritto di opzione, o patto di riscatto) deve essere indicato nel bando e coincidere con la durata dell'appalto o della concessione al socio privato (co. 12°; *Libro verde sul partenariato pubblico privato*, 30 aprile 2004, COM(2004), § 61), decorso il quale è nulla (invalidità sopravvenuta) l'aggiudicazione dell'incarico al socio privato e la collegata sua partecipazione, salva la trasformazione in partecipazione finanziaria ove originariamente prevista dal bando (*supra* § I). ■ Un nuovo incarico alla scadenza è soggetto alle stesse regole indicate dalla norma in esame, al pari della proroga o rinnovo del precedente affidamento al socio privato che non può avvenire senza una nuova gara, poiché diversamente si consentono incarichi che, *de facto*, mirano a durata illimitata.

**III. Evidenza pubblica e partecipazione minoritaria, maggioritaria, di controllo, o azionariato diffuso.** ■ La norma in esame non distingue tra le partecipazioni di minoranza, di maggioranza, o di controllo (di direzione o coordinamento artt. 2497s. c.c.), che assumono rilievo per altre disposizioni, ma sottopone senz'altro la scelta del socio privato alle procedure ad evidenza pubblica (Cons. St., Sez. V, n. 192/98; Id., n. 4750/00; Id., n. 4586/01; Id., n. 917/02), sussista una partecipazione di minoranza (già d.l. n. 31 gennaio 1995, n. 26, conv. in l. 29 marzo 1995, n. 5) o di maggioranza degli enti locali (già Cons. St., Sez. V, n. 192/98), ove la violazione delle procedure può coinvolgere una responsabilità erariale degli amministratori avanti alla giurisdizione della Corte dei Conti (C 04/3899, *F. amm.* - *CdS* 04; I, 375; Corte conti, Sez. giur. Reg. Lombardia, n. 232/05; Id., n. 296/00). ■ La vicenda instaurata con un privato può avere ad oggetto la partecipazione puramente finanziaria (*supra* § I) ad una società a capitale interamente pubblico che era affidataria diretta (senza gara) del servizio, o indicare in bando il conferimento del *serv. p. loc.* alla società con effetto dal momento dell'acquisto della qualità di socio del privato (*supra* Sez. V), oppure riunire in un'unica gara il capitolato dell'appalto di servizi e l'acquisto della qualità di socio (*supra* § II). ■ In ogni caso il conferimento alla società mista della titolarità della gestione del *serv. p. loc.* è elemento indefettibile della disciplina in esame, che ove disposto in conformità alle presenti norme non necessità di

un atto di concessione in senso proprio (Cons. St., Sez. V, n. 3448/02). ■ Il bando deve sempre 4 indicare gli elementi essenziali dell'instaurando rapporto sociale (atto costitutivo, statuto, patti parasociali, ecc.) e gli affidamenti sui quali potrà contare la società mista per tutto il periodo di partecipazione del socio privato, poiché atti a definire la consistenza economico-giuridica dell'acquisto della qualità di socio. ■ Le missioni affidate alla società mista infatti non sempre risultano chiaramente definite (contratto di servizi) e talvolta sfuggono a qualsiasi quadro contrattuale, con soluzione che, non solo contrasta con i principi di trasparenza e di parità di trattamento (*sub* art. 112), ma rischia di pregiudicare gli stessi obiettivi d'interesse generale perseguiti dalla pubblica autorità. ■ Costituita la società con il socio privato è illegittima la revoca (*rectius*: il **recesso dell'ente pubblico dell'affidamento** indicato nel bando di gara **alla società** di conferimento della titolarità della gestione del *serv. p. loc.* (Cons. St., Sez. V, n. 6867/04; Id., n. 2714/04), né sono possibili successivi **affidamenti alla società mista diversi** da quelli indicati nel bando di gara (Cons. St., Sez. V, n. 2380/03; SCORTI, *F. amm.* - *CdS* 05, 673), sia nel caso di partecipazione di privati a causa finanziaria (*supra* § I) sia in quella collegata ad un appalto o concessione comunitaria (*supra* § II), poiché per tutto il periodo di valida partecipazione del socio privato ogni affidamento non previsto in gara determina la modificazione delle condizioni economico-giuridiche oggetto dell'originaria offerta del socio privato. ■ Per tali ragioni gli affidamenti non oggetto del bando di gara sono stati ritenuti in contrasto con l'ordinamento comunitario ove la società - di cui è socio l'ente affidante - non fosse un'organizzazione «*in house*» a **totale partecipazione pubblica** (Corte Ue, 11 gennaio 2005, C-26/03, § 15; cfr. Corte Ue 18 novembre 1999, C-107/98, § 50), così come previsto dalla disciplina italiana per i *ss. p. loc.* (*infra* Sez. VII). ■ Ferme restando le procedure ad evidenza pubblica per la scelta del socio privato la **partecipazione di minoranza** degli enti locali è oggetto di **norme particolari** per i soli **servizi privi di rilevanza economica**, come il rinvio ad altre disposizioni (d.l. n. 26/95 conv. in l. n. 95/95; d.p.r. 16 settembre 1996, n. 533), la previsione in statuto dell'obbligo di nomina pubblica di uno o più amministratori e sindaci, la possibilità dell'azionariato diffuso e di garanzia fideiussoria dell'ente locale, alcune modalità particolari di costituzione della società (*sub* art. 116, co. 1°, terzo e ult. periodo, co. 2°, co. 4°, co. 5°). ■ La 9 norma in esame (co. 5°, lett. *b*) costituisce la **disciplina generale** sulla scelta del socio privato in ogni società mista di gestione dei *ss. p. loc.* a rile-

- vanza economica, comunque partecipata dagli enti locali, salvo ritenere la delimitazione posta dal successivo articolo un difetto di coordinamento (*sub art.* 116; Cons. St., Sez. V, n. 2586/05, *F. amm.* - *CdS* 05, 1493). ■ Letteralmente il conferimento della titolarità della gestione dei servizi pubblici di rilevanza economica a società miste con la partecipazione di minoranza degli enti locali *non può ritenersi derogato dall'art. 116*, poiché è norma di «*autorizzazione*» («Gli enti locali possono... costituire»; sulle norme di autorizzazione da ult. Corte cost. 17/04) avente ad oggetto i soli casi di costituzione di società per l'esercizio di *ss. p. loc.* privi di rilevanza economica (anche «senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria»). ■ Tale disciplina particolare (*sub art.* 116, co. 1°, ultimo periodo) prevede che «una quota delle azioni» possa essere destinata all'**azionariato diffuso**, enunciando espressamente quanto può ritenersi ammesso in via generale per la società mista in esame avente ad oggetto servizi pubblici di rilevanza economica (cfr. art. 3, d.l. n. 332/94, conv. in l. n. 474/94).
- 12 ■ L'acquisto della qualità di socio può infatti essere sottoposta dallo statuto o dall'atto costitutivo (art. 2355 *bis* c.c.) a «particolari condizioni al trasferimento», come la *residenza* (GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 2004, 128) o il *domicilio* in uno dei comuni di gestione della società, oppure alla *qualità di utente* del servizio, o di lavoratore della società, *mancando* i quali (la *limitazione deve risultare dal titolo*: art. 2355 *bis*, co. 4°, c.c.) l'acquirente non è legittimato all'esercizio dei diritti del socio verso la società, in particolare al diritto di voto in assemblea (art. 3 e 4, d.l. n. 332/94, conv. in l. n. 474/94). ■ La possibilità di una riserva statutaria ad utenti, residenti, o domiciliati, può essere configurata come attuazione del diritto di accesso al risparmio e all'investimento azionario popolare (art. 47, co. 2°, Cost.) oppure come favore per la partecipazione dei lavoratori alla gestione della società di erogazione del *serv. p. loc.* (art. 46 Cost.).
- IV. I rapporti giuridici con i terzi, la cessione delle quote dell'ente locale e la circolazione delle quote del socio privato.** ■ **I rapporti giuridici** delle società miste con i terzi – o più precisamente **diversi da quelli sociali** (C 05/7799, *F. it.* 05, I, 2726 nt. Ursi) e non oggetto della gara per la scelta del socio privato – sono sottoposti alle regole generali di principio o di dettaglio sugli appalti o concessioni di servizi, lavori o forniture (Dir/Cee n. 18/04/CEE; d. lgs. n. 163/06), o per i settori esclusi (Dir/Cee n. 17/04/CEE), ove le società miste si configurino come amministrazioni aggiudicatrici (organismi di diritto pubblico, imprese pubbliche, ove si ammettano le società *in house* a maggioranza pubblica; art. 32, d. lgs. n.

163/06). ■ Le procedure ad evidenza pubblica – da rinnovarsi alla scadenza del periodo di affidamento (co. 12°) – consentono all'ente locale di **cedere parte o l'intera partecipazione in società di gestione di servizi senza perciò pregiudicare** la durata delle concessioni e degli affidamenti in essere (co. 12°) ed è sufficiente la deliberazione di giunta ove non vi sia modificazione della forma di gestione (Cons. St., Sez. V, n. 2699/04; *sub art.* 42). ■ Ove si tratti della **partecipazione di maggioranza** che gli enti locali hanno in società di *ss. p. loc.*, la **cessione produce effetto** solo con l'avvenuta separazione della proprietà di reti, impianti ed altre dotazioni dalla gestione dei servizi (*supra* Sez. III, § I; l. n. 448/01, art. 35, co. 9° e co. 10°). ■ Spetta invece agli ordinamenti nazionali la disciplina del trasferimento (oltre alle norme in esame v. d.l. n. 332/94, conv. in l. n. 474/94) dal pubblico al privato di un'impresa o del pacchetto di controllo di una società di capitali secondo il principio di neutralità sulla proprietà (art. 295 *TCe*), ferma restando l'osservanza delle norme comunitarie ed in particolare di quelle sulla libertà di stabilimento (art. 43 *TCe*), anche ove un'autorità pubblica ceda la partecipazione di controllo su un'impresa pubblica che svolga attività economiche rientranti nella responsabilità dello Stato (cfr. Corte Ue, 13 aprile 2000, C-251/98). ■ La circolazione delle azioni del privato è soggetta alla disciplina generale di diritto commerciale, salvo i vincoli personali o reali che debbono risultare dal titolo (art. 2355 *bis*, co. 4°, c.c.) posti nell'originario atto di cessione dell'ente locale o dall'atto costitutivo a fondamento dell'istituenda società di capitali (art. 2355 c.c.) che non possono essere pretermessi ove si tratti dell'acquisto della qualità di socio collegata ad un incarico di appalto (o concessione) di servizi (*supra* § II). ■ Il termine apposto al connesso rapporto giuridico di appalto o di concessione legittima la previsione di un **diritto di opzione** o di un patto di riscatto a favore dell'amministrazione aggiudicatrice ad acquistare o riacquistare alla scadenza del termine stesso la partecipazione azionaria del socio privato, o più in generale a prevedere una obbligazione di quest'ultimo a cedere la partecipazione alla scadenza del termine, consentendo così una nuova gara avente ad oggetto l'appalto (o concessione comunitaria) congiuntamente all'acquisto della qualità di socio nella società mista per un nuovo periodo.

## SEZIONE VII

### *La società a capitale pubblico*

**I. Le differenze con l'organismo di diritto pubblico.** ■ L'enunciato *società di capitali* è comu- 1

ne a tutte le tre forme giuridiche di gestione dei servizi pubblici a rilevanza economica (*supra* Sez. IV, § II). ■ Si è detto che spetta «alle autorità pubbliche (nazionali) decidere se fornire i servizi (d'interesse economico generale) direttamente tramite la propria amministrazione oppure se affidarli a terzi (soggetti pubblici o privati)», fermo restando che «i fornitori di servizi di interesse economico generale, compresi i fornitori di servizi *in house*» nei rapporti che gli stessi instaurano con i terzi (*infra* § V) «sono in ogni caso imprese e quindi soggette alle norme sulla concorrenza del trattato» (Comm. CE, *Libro verde sui servizi di interesse generale* 03, cit. § 79 e 80; v. art. 15, d.l. 223/06 non applicabile ai ss. p. loc.; sulla natura delle società legali pubbliche da ult.: DELLA SCALA, *D. amm.* 05, 391; sul rapporto tra concorrenza e servizi pubblici affidati a società di capitali: D'ALBERTI, *D. amm.* 04, 705; IACOVONE, *Regolazione, diritti e interessi nei pubblici servizi*, Bari, 2004; VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, 2004; LIQUORI, *I servizi pubblici locali. Contendibilità del mercato e impresa pubblica*, Torino, 2004). ■ La partecipazione degli enti locali a società di capitali di *serv. p. loc.* non è una novità nel nostro ordinamento (per fine '800: CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, 1998, 14s.; in generale GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004; VILLATA, *Pubblici servizi*, III<sup>a</sup> ed., Milano, 2003; DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Milano, 2001; AMMANATI, CABIDDU, DE CARLI, *Servizi pubblici, concorrenza, diritti*, Milano, 2001; VASQUEZ, *I servizi pubblici nella prospettiva del principio della libera concorrenza*, Torino, 1999; CAMMELLI ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, 1997; MARTELLI, *Servizi pubblici locali e società per azioni*, Milano, 1997; RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, Torino, 1997; CAIA, *Nuova Rass.* 95, 1082; ANDREANI, *D. amm.* 95, 245; LUCIANI, *ivi*, 275; P. PIRAS, *Servizi pubblici e società per azioni a partecipazione comunale*, Milano, 1994). ■ Nella disciplina comunitaria degli appalti pubblici (Dir/Cee 18/04/CEE, art. 1, co. 9<sup>o</sup>) è stato selezionato l'**organismo di diritto pubblico** (per tutti CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003), il quale – proprio al fine dell'applicazione della disciplina stessa sugli appalti pubblici – è stato definito un'*amministrazione* aggiudicatrice al pari dello Stato, degli enti territoriali, o loro associazioni. ■ Si ha un organismo di diritto pubblico ogni qual volta un ente sia: a) una persona giuridica; b) istituita «per soddisfare specificamente esigenze di inte-

resse generale, aventi carattere non industriale o commerciale»; c) di cui lo Stato, gli enti territoriali o altri organismi di diritto pubblico abbiano alternativamente: c1) il controllo della gestione; oppure c2) finanziato in modo maggioritario l'attività; oppure c3) designato più della metà dei componenti degli organi di amministrazione, o di direzione, o di controllo. ■ La disciplina comunitaria **sull'evidenza pubblica non si applica** agli appalti pubblici di servizi aggiudicati ad altra amministrazione aggiudicatrice (tra cui l'organismo o ad associazioni) in base ad un **diritto esclusivo** di cui la stessa beneficia per disposizioni legislative, regolamentari (o amministrative pubblicate) compatibili con il *TCe* (Dir/Cee 18/04/CEE, art. 18, cfr. art. 11, per centrali di committenza). ■ Un'elaborazione ha selezionato l'organizzazione ***in house providing*** con la quale si è esclusa ogni violazione delle direttive o dei principi comunitari in materia di concorrenza ove la società – affidataria senza gara – *svolga in concreto* (anche senza vincolo statutario: Corte Ue, 12 dicembre 2002, C-470/99, § 29s., 58 e 62) la propria *attività principale* per le amministrazioni affidatarie (*infra* § IV) e quest'ultime esercitino sulla società un «*controllo analogo*» (*infra* § II) a quello che hanno sui propri servizi (per appalto di servizi all'ente: Corte Ue, 18 novembre 1999, C-107/98; per servizi pubblici: Corte Ue, 11 gennaio 2005, C-26/03, § 48 e 49; Cons. St., Sez. VI, n. 3090/01; Cons. St., Sez. VI, n. 192/01; Cons. St., Sez. VI, n. 1478/98; Corte Ue, 10 novembre 1998, C-360/96; CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico*, cit.; GRECO, *R. it. d. pub. com.* 01, 1461; MASSERA, *Giorn. d. amm.* 04, 849; MAZZAMUTO, *Dir. un. europ.* 01, 537; CAPANTINI, *R. it. d. pub. com.* 04, 801; URSI, *D. amm.* 05, 196; ID., *F. it.* 04, III, 196; ID., *F. it.* 04, III, 546; COLOMBARI, *F. amm. - CdS* 04, 1136; MARCHEGIANI, *R. it. d. pub. com.* 04, 945; ALBERTI, *R. it. d. pub. com.* 01, 495; VARONE, *F. amm. - CdS* 04, 2416; MAMELI, *Urb. e app.* 03, 1419; GALESI, *Urb. e app.* 04, 931; PERFETTI, *F. amm. - CdS* 04, 1160; MELLONE, *ivi*, 1172; RICCIO, *Urb. e app.* 04, 690). ■ Si è così ammesso che tali organizzazioni d'impresa possano ricevere senz'altro dalle controllanti la richiesta di *fornitura di carburante* e del *servizio calore* (Corte Ue, 18 novembre 1999, C-107/98) o di *servizi informatici* (società regionale Informatica Lombardia: Cons. St., Sez. IV, n. 147/96) alle amministrazioni stesse (*infra* § VI), oppure il servizio di *smaltimento di rifiuti urbani* con onere di investire *nell'impianto di termo-valorizzazione* (Corte Ue, 11 gennaio 2005, C-26/03), il servizio di *raccolta di rifiuti urbani* per la popolazione dei due unici comuni soci (Corte Ue, 10 novembre 1998, ARA C-360/96), anche se letto ancora come or-

9 ganismo di diritto pubblico. ■ Solo in parte diversa è la **disciplina nazionale** in esame, poiché conferma quanto elaborato in sede comunitaria per distinguere l'organizzazione *in house* dall'organismo di diritto pubblico (la società-impresa «realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano», i quali debbono avere sulla società un «controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi»), ma introduce *tre specificazioni*: l'organizzazione *in house* deve essere una società di capitali, con il vincolo del capitale interamente pubblico ed il «controllo analogo» deve essere degli «enti pubblici titolari del capitale sociale». ■ L'*in house providing* non è stato disciplinato espressamente dalle recenti direttive comunitarie (non è stato accolto un considerando), perché correttamente si è ritenuto che tale forma giuridica sia alternativa al contratto di appalto pubblico di servizi; presupposto per la giuridica esistenza di un contratto di appalto – e per la conseguente applicazione della disciplina sulla concorrenza, sia essa di principio o di dettaglio (direttive) – è che il *prestatore di servizi* sia «distinto sul piano formale, nonché autonomo sul piano decisionale» dall'amministrazione aggiudicatrice (Corte Ue, 18 novembre 1999, C-107/98, § 51; concl. Avv. gen. Léger, C-94/99, cit. § 54, 59). ■ L'organizzazione *in house* è infatti un legame organizzativo «interno all'amministrazione» e se di obbligazione dell'ente controllato verso l'amministrazione affidante si può parlare il suo oggetto non è tanto l'erogazione di prestazioni di lavori, servizi, o forniture, ma anzitutto l'*organizzazione* della produzione o il reperimento sul mercato delle prestazioni stesse come «stazione appaltante» (CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico*, cit., 262s.). ■ L'**inapplicabilità all'*in house providing*** della **direttiva lavori servizi e forniture** trova dunque fondamento nella differente relazione giuridica d'organizzazione che l'amministrazione ha inteso instaurare, che si distingue dall'appalto e che perciò assume un fondamento autonomo rispetto all'esenzione posta dall'art. 18, Dir/Cee 04/18/CE, il quale si riferisce alla diversa ipotesi di un'amministrazione che – senza avere alcun controllo analogo sulla società che svolge un'attività prevalente per i soci controllanti – aggiudichi un appalto di servizi ad altra amministrazione aggiudicatrice (prestatore di servizi) in base ad un suo «diritto esclusivo».

11 **II. Il controllo analogo dei soci pubblici.** ■ La disposizione in esame letteralmente non prevede che il controllo analogo sulla società debba essere degli enti locali che procedono all'affidamento del servizio senza gara, limitandosi a stabilire che gli enti pubblici che hanno il controllo

analogo sulla società debbono essere «titolari del capitale sociale» (*infra* § III), lasciando il dubbio che anche gli **enti locali non soci** (direttamente o indirettamente della società) possano – senza una gara – stipulare convenzioni con organizzazioni *in house* aventi ad oggetto l'affidamento di servizi determinati (*sub* art. 30). ■ Senonché il riferimento del controllo pubblico agli enti «titolari del capitale sociale» operato dalla norma in esame (co. 5°, lett. c) va interpretato secondo l'orientamento comunitario per il quale il «controllo analogo» è proprio quello esercitato dalla stessa amministrazione aggiudicatrice senza gara (cfr. concl. Avv. Gen. P. Léger, 15 giugno 2000, C-94/99, § 76, 80, 83). ■ Trattandosi di un'organizzazione d'impresa («operatore economico» art. 1, § 8, Dir/Cee 2004/18/CEE, o imprenditore artt. 2082 e 2093 c.c.) gli appalti o concessioni a titolo oneroso dati a società a capitale interamente pubblico risultano in **violazione della disciplina comunitaria** di dettaglio (Dir/Cee 2004/18/CEE) o di principio ove le società affidatarie non siano sottoposte all'indicato dominio delle amministrazioni affidanti (Comunic. ue, *Sulle concessioni nel diritto comunitario*, 12 aprile 2000, 2; *Libro Verde* 03, cit., 25; *sub* art. 112) e non svolgano per quest'ultime la parte più importante dell'attività. ■ **Gli enti locali** che intendono conferire alla società di capitali il *serv. p. loc.* debbono anzitutto avere sulla stessa un **controllo analogo** a quello che hanno sui propri servizi (CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico*, cit.). ■ A tal fine occorre distinguere «tra le relazioni esterne dell'impresa pubblica con gli altri operatori economici e le sue relazioni interne con il Comune» o i Comuni soci (concl. dell'Avv. Gen. J. Kokott, 1° marzo 2005, C-458/03, cit. § 64). ■ Per la definizione del controllo analogo assume interesse la «**relazione interna**» fra gli enti pubblici titolari del capitale sociale e la società *in house* (*idem*, § 66) che definisce la società controllata come «parte» dell'amministrazione affidante, in quanto persona giuridica non autonoma (che può ingenerare la responsabilità *ex* artt. 2497 e 2497 *bis* c.c.) sul piano decisionale (concl. Avv. gen. S. Alber, 18 marzo 1999, C-108/99; concl. Avv. gen. G. Cosmas, 1 luglio 1999, C-107/98, § 59; concl. Avv. gen. P. Léger, C-94/99, § 54, 59). ■ Le «possibilità di influenza» dei soci pubblici sulla società *in house* «non debbono necessariamente essere identiche a quelle esercitate sui propri servizi», ma debbono essere tali da consentire di disporre in concreto dell'organizzazione come **strumento** utile a perseguire i **fini pubblici** dell'ente locale (cfr. sul punto Corte Ue, 11 gennaio 2005, C-26/03, cit., § 50; seppure con riferimento a società mista Cons. St., Sez. V, n. 4850/00; Corte Ue, 22

8 luglio 2005, C-231/03). ■ Ciò risulta chiaro ove una «pubblica amministrazione detenga il 100% delle quote societarie» della società *in house* oppure abbia l'esclusiva nella nomina dei consiglieri di amministrazione (artt. 2449 e 2450 c.c.), poiché l'asservimento della società risulta «garantito, anche senza un potere direttivo in senso tecnico, con gli strumenti del diritto societario» (concl. dell'Avv. gen. J. Kokott, cit. § 75; Cons. St., Sez. V, n. 637/03; Id., n. 3448/02). ■ La partecipazione del 51% del capitale può affermare una posizione di «controllo analogo» **ove contornata** da altri poteri come il *placet* dell'ente locale socio al trasferimento di azioni o quote residue, un potere di riserva nella nomina e sostituzione della maggioranza degli amministratori (Cons. St., Sez. V, n. 5316/03; Corte Ue, 14 dicembre 2002, C-470/99; Corte Ue, ord. 14 novembre 2002, C-310/01; Cons. St., Sez. VI, n. 3090/01; T.A.R. Campania, Sez. I, n. 2784/05; 10 T.A.R. Lombardia, Sez. Milano, n. 4807/03). ■ Il controllo da parte degli enti locali affidanti, può anche **non essere diretto**, né **esclusivo** (Cons. St., Sez. V, n. 2418/02; Id., n. 3576/02), ma tale da rivelare *oggettivamente* un potere effettivo dei soci pubblici sull'organizzazione ed erogazione dei servizi affidati dagli enti locali (Corte Ue, 27 febbraio 2003, C-373/00; ammette anche con solo il 49% del capitale: T.A.R. Puglia, Sez. Lecce, Sez. II, n. 2459/04; cfr. Cons. St., Sez. V, n. 679/04), anche unitamente ad altri enti pubblici («gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitano sulla società un controllo»; concl. dell'Avv. gen. C. Sixt-Hackl, 12 gennaio 2006, C-340/04, § 31ss.; Cons. St., Sez. V, n. 3733/05, *F. amm.* - *CdS* 05, 2233) o attraverso controllate (Corte Ue, 8 maggio 2003, C-349/97; Corte Ue, 12 dicembre 2002, C-470/99; Corte Ue, 11 maggio 2006, C-340/04, § 34s.; T.A.R. Campania, Sez. I, n. 2784/05; contro: T.A.R. Toscana, n. 25/01; art. 2, co. 2°, d.l. n. 158/95; cfr. *Dir/Cee* 2004/17/CEE che ritiene amministrazioni aggiudicatrici anche le imprese sulle quali gli enti pubblici non economici, organismi di diritto pubblico, o loro associazioni, possano esercitare anche indirettamente un'influenza dominante). ■ A tal fine si deve distinguere la società che svolge la stessa attività di servizio per tutti i soci pubblici di controllo, da quella con attività disomogenea 12 (o «pluriservizi»). ■ Nel primo caso occorre prevedere – quanto meno – poteri dei soci pubblici meno forti che siano utili a contrastare un'erogazione discriminatoria del servizio. ■ Nelle società «pluriservizi» invece l'adeguatezza dei poteri di controllo dei soci va ragguagliata al tipo di attività e ai possibili raggruppamenti di enti affidanti, prevedendo poteri atti a superare gli eventuali conflitti tra gli enti affidanti-soci di

controllo della società. ■ In tutti i casi ciò che 14 appare rilevante è «che all'interno di tale società l'amministrazione aggiudicatrice sia concretamente in grado di realizzare pienamente gli obiettivi fissati nell'interesse pubblico», perché «solo quando un'impresa concretamente si emancipa (si rende autonoma) al punto da mettere l'amministrazione aggiudicatrice nell'impossibilità di far valere appieno i propri interessi all'interno dell'impresa suddetta non si potrà più parlare di un controllo analogo» (Concl. Avv. gen. Kokott, cit. § 72; Corte Ue, 15 ottobre 2005, C-458/03, § 64s.; Corte Ue, 10 novembre 2005, C-29/04, § 47ss. e concl. dell'Avv. Gen. L.A. Geelhoed, 21 aprile 2005, C-29/04, § 36, 39 e 46s.). ■ Appare unicamente una disposizione 15 strumentale all'esercizio dei poteri di controllo dell'ente locale prevedere accordi tra enti pubblici di esercizio in comune dei poteri di controllo (*sub* art. 30; art. 15 l. 241/90; T.A.R. Lombardia, Sez. III, n. 4807/03) o che gli atti fondamentali (per una definizione *sub* art. 114) di gestione della società siano comunicati agli enti locali affidanti (così come previsto per i consorzi, *sub* art. 31).

**III. Costituzione della società e capitale interamente pubblico.** ■ Fermo restando che alla 1 società-impresa si applica la disciplina comunitaria sulla concorrenza nei rapporti con i terzi (*infra* § V) e quella sul divieto di aiuti (Sez. VI, § VI), si è discusso se si tratti di società di diritto speciale sottoposta ad una disciplina in deroga al c.c. (da ult. DELLA SCALA, *D. amm.* 05, 395s.; MARASÀ, *La società senza scopo di lucro*, Milano, 1984, 6s.; SPADA, *La tipicità delle società*, Milano, 1974; Id., *R. d. civ.* 85, I, 114; VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, 1979; FERRI, *Delle società. Disposizioni generali. Le società semplici*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja - Branca, *Libro V - Del Lavoro* 81, 100s.) e per l'effetto se le norme in esame siano condizioni di acquisto e di perdita della personalità giuridica della società per azioni, al pari di quanto è previsto agli artt. 2328s. c.c., oppure come appare preferibile semplice definizione delle forme di «gestione» di un *serv. p. loc.*, la cui violazione determina l'invalidità dell'affidamento ma non del procedimento di costituzione della società di capitali (per l'autonomia del giudizio delle giurisdizioni amministrativa e ordinaria: C 99/754; Cons. St., Sez. VI, n. 374/90; T.A.R. Campania, Sez. I, n. 2784/05; SORACE, *R. it. d. pub. com.* 97, 51; GAROFOLI, *App. lav. pub.* 98, 168; PIPERATA *Giorn. d. amm.* 00, 475), salvi gli effetti dell'annullamento sul contratto costitutivo che seguono le regole generali e quelle speciali previste per la società per azioni (art. 2332

2 c.c.). ■ L'organizzazione *in house* è «un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice» (Corte Ue, 11 gennaio 2005, C-26/03, cit. § 49), di cui gli enti locali affidatari sono i soci di controllo (*supra* § II), senza perciò essere gli unici soggetti titolari di azioni o quote della società, ben potendo **altri enti pubblici** assumere partecipazioni non di controllo nella società, poiché la diversa forma della società mista è disciplinata unicamente per la partecipazione 3 di soci privati (co. 5°, lett. c; *supra* Sez. VI). ■ La norma in esame non esclude la partecipazione al capitale sociale di **consorzi, società, fondazioni o associazioni controllati** da enti pubblici (a favore della partecipazione di GEPI s.p.a.: Cons. St., Sez. V, n. 4771/04, con nt. ROMOLI, *F. amm.* - *CdS* 05, 842; G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, 181, 103 spec. nt. 193; SORACE, *R. it. d. pub. com.* 92, 357s.), purché non sia menomato il controllo 4 analogo degli enti locali affidatari (*infra* § V). ■ Le società di capitali in esame possono anche essere l'esito di **trasformazioni, o fusioni, di soggetti** preesistenti, o della cessione di rami azienda (*sub* art. 118; Cons. St., Sez. VI, ord. n. 1610/05, *F. amm.* - *CdS* 05, 2299 con nt. PERFETTI-GI- 5 LIBERTI). ■ Già una disciplina preesistente (l. 19 marzo 1993, n. 68, art. 1, co. 3°) consentiva di trasformare le aziende municipali in società per azioni (senza il vincolo del prevalente capitale pubblico locale) esercenti le *farmacie comunali* (l. 9 giugno 1947, n. 530, art. 27) o gli «enti comunali di consumo» (d.l. C.P.S. 13 settembre 1946, n. 90, mod. da d.l. C.P.S. 8 settembre 1947, n. 1045, rat. mod. l. 31 ottobre 1952, n. 1901). 6 ■ Gli enti locali entro il 30 giugno 2003 sono tenuti a «trasformare» (*sub* art. 115) in società di capitali le aziende speciali e i consorzi di gestione di servizi a rilevanza economica (l. n. 448/01, art. 7 35, co. 8°, e *sub* art. 31 nel testo originario). ■ La «trasformazione» è adottata nel caso dell'azienda speciale con *deliberazione* dal consiglio comunale e per i consorzi dall'assemblea consortile a maggioranza dei componenti (*sub* art. 115, 8 co. 7 bis). ■ La parola «trasformazione» utilizzata dalla norma in esame è da intendersi sia nel significato tradizionale di *mutamento solo formale* di un'organizzazione già esistente, che sopravvive senza soluzione di continuità, senza estinzione né successiva creazione di un nuovo ente (art. 2498 c.c.), sia nel senso di *trasferimento* dell'intero (azienda) o parte del suo patrimonio (rami aziendali) *ad una o più società di capitali di nuova creazione* (artt. 2504 *septies* e 2504 *decies* c.c.), che determina la creazione e l'estinzione di soggetti giuridici (artt. citati in *Commentario al codice civile Breviaria juris*, a cura di 9 Cian-Trabucchi). ■ La deliberazione di «trasformazione» – che giova *sia di esenzioni fiscali sia*

*di una procedura semplificata* – può anche prevedere la **scissione** dell'azienda speciale o del consorzio e la destinazione a società di nuova costituzione di un ramo aziendale di questa (*sub* art. 115, co. 7°). ■ Il tenore letterale non chiarisce se possa giovare della procedura speciale e relative esenzioni fiscali (*sub* art. 115) anche il solo *trasferimento*, di tutto o parte, del *patrimonio* dell'azienda speciale o del consorzio a società di capitali preesistenti (artt. 2504 *septies* e 2504 *decies* c.c.). ■ La vicenda di «trasformazione» può essere finalizzata dagli enti locali anche alla successiva **dismissione totale o parziale** della loro partecipazione nella società risultante dalla trasformazione (*sub* art. 115, co. 4°). ■ Fermo restando che anche oltre il termine del 30 giugno 2003 gli enti locali possono in ogni tempo procedere alla «trasformazione» di aziende e consorzi (*sub* art. 115), non è chiaro l'effetto giuridico della **violazione del termine**. ■ Salvo 13 norme speciali (cfr. l. n. 36/94) in generale per i **consorzi** è prevista (*sub* art. 273, co. 4°) la nomina di un commissario per la «trasformazione del consorzio» e l'eventuale messa in liquidazione dello stesso, previa diffida del prefetto agli enti consortili a provvedere entro i tre mesi successivi, durante i quali possono essere compiuti soltanto atti di ordinaria amministrazione (*sub* art. 31). ■ Per le **aziende municipalizzate** si ribadisce 14 l'obbligo per gli enti locali di adeguare l'ordinamento delle aziende speciali (*sub* art. 114), sempreché si tratti di gestire servizi divenuti privi rilevanza economica (*sub* art. 123). ■ Il non chiaro 15 carattere **perentorio** del termine – salve disposizioni transitorie di leggi di settore – non consente di configurare una responsabilità degli amministratori per danni eventualmente cagionati agli organi dell'azienda o a terzi, né pare agevole sostenere l'invalidità degli atti compiuti dall'azienda in esercizio dell'impresa per contrasto con le norme che la legge prevede per quel tipo di soggettività (*sub* art. 114).

**IV. L'oggetto sociale e l'attività principale per gli enti controllanti.** ■ L'oggetto della relazione tra enti locali e organizzazione *in house* non è l'erogazione di prestazioni di lavori, servizi, o forniture, quanto l'*organizzazione* della produzione (o il reperimento sul mercato) delle prestazioni stesse (CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico*, cit., 262s.). ■ L'oggetto necessario di 2 una società si ricava dalla sua definizione (CAIA, *F. amm.* 91, 3165: art. 2247 c.c.: «esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili») la cui violazione comporterebbe nullità dell'atto costitutivo (art. 2332, n. 4, c.c.) per contrasto con norme imperative (illiceità dell'oggetto sociale). ■ L'oggetto sociale è li- 3 mitato *ex lege* dalle norme in esame alla gestio-

ne (oggetto principale) di un *serv. p. loc.* a rilevanza economica (*sub art.* 112), ma ciò non esclude che lo statuto preveda la possibilità di gestire attività accessorie, connesse, o collaterali alla definizione *ex lege* dell'oggetto sociale

4 (Cons. St., Sez. V, n. 2605/01). ■ La legge impone unicamente alla società di realizzare la **parte più importante della sua attività** con l'ente o gli enti pubblici che la controllano (il plurale conferma che il controllo non deve essere esclusivo di un singolo ente affidante: *supra* § II). ■ Sono tali le ipotesi **quantitative** di valori di bilancio prevalenti, ma anche quelle **qualitative** (concl. Avv. gen. Kokott, *cit.*, § 83; Corte Ue, 15 ottobre 2005, C-458/03, § 65-67) che distinguono la vicenda giuridica tra **oggetto principale ed accessorio**, secondo una definizione nota alla disciplina comunitaria (cfr. Dir/Cee 2004/18/CEE, art. 1, co. 2°, lett. d, ult. frase). ■ La disposizione pare superare *ex lege* la risalente questione dell'ammissibilità di una **attività extraterritoriale** (così CAIA, *Autonomia*, *cit.*, § 13; COLOMBARI, *op. cit.*, 1150; Cons. St., Sez. V, n. 3264/05, *F. amm.* - CdS 05, 1792) delle aziende municipalizzate (*sub art.* 114), delle aziende consortili (*sub art.* 31) e delle società comunali (Cons. St., Sez. V, n. 3448/02; n. 4586/01), ma con la precisazione che a partire dal 1° gennaio 2007 (co. 15° *quater*) deve trattarsi di un'attività accessoria diversa dalla gestione di *ss. p. loc.* di altri enti che non partecipano al controllo analogo sulla società (v. anche art. 15, d.l. 223/06). ■ A partire dal **1° gennaio 2007** le società con partecipazione pubblica maggioritaria, che siano affidatarie (senza gara) di *ss. p. loc.*, **non possono partecipare alle gare** per l'affidamento di *ss. p. loc.* di rilevanza economica (*supra* Sez. V; co. 6°; co. 8 15° *quater*). ■ **Norme speciali** possono integrare l'oggetto legale delle società in esame ove pongano norme di rinvio alle forme di gestione dei *ss. p. loc.*: così è per «la promozione e il coordinamento di attività o la realizzazione di opere di rilevante interesse provinciale sia nel settore economico, produttivo, commerciale e turistico, sia in quello sociale, culturale e sportivo» (*sub art.* 19, co. 3°), o per la «gestione del servizio di riscossione dei tributi locali» o di tesoreria comunale (*sub art.* 208; *infra* § VI). ■ **La società a capitale interamente pubblico** che sia stata affidataria senza gara della gestione di reti, impianti, ecc. (congiuntamente o disgiuntamente all'erogazione del servizio) **non può avere ad oggetto l'esecuzione diretta dei relativi lavori**, ma deve affidarli secondo la disciplina dell'appalto

10 o della concessione di lavori (Sez. V, § VIII). ■ La disciplina sui c.d. «settori esclusi» (*supra* § II) definisce **amministrazioni aggiudicatrici** anche le **imprese** sulle quali Stato, regioni, enti lo-

cali, altri enti pubblici non economici, organismi di diritto pubblico, o loro associazioni, possano esercitare anche indirettamente «**un'influenza dominante**», in ragione della proprietà, della partecipazione finanziaria, o delle norme che le disciplinano. ■ L'**influenza dominante è presunta** quando sulle imprese i soggetti indicati, direttamente o indirettamente, detengano la maggioranza del capitale (o dei voti in assemblea), o il diritto di nominare la maggioranza degli amministratori (o del comitato esecutivo), o del collegio sindacale (d. lgs. n. 158/95, art. 2, co. 2°; Dir/Cee 2004/17/CEE).

#### V. La cessione della partecipazione pubblica.

■ I **rapporti giuridici** delle società *in house* con i terzi sono sottoposti alle regole generali di principio o di dettaglio sugli appalti o concessioni di servizi, lavori o forniture (Dir/Cee n. 18/04/CEE; art. 32, d. lgs. n. 163/06), o per i settori esclusi (Dir/Cee n. 17/04/CEE). ■ Gli enti locali, 2 solo dopo avere provveduto allo «scorporo» dalla società delle proprietà di reti, impianti ed altre dotazioni (Sez. IV), possono **cedere** tutta o parte della propria **partecipazione** (co. 12°) nella società di gestione dei servizi ad altri soggetti pubblici o **privati**, in quest'ultimo caso osservando **procedure ad evidenza pubblica** (da rinnovarsi alla scadenza del periodo d'affidamento). ■ Spetta agli ordinamenti nazionali invece la disciplina del trasferimento (oltre alle norme in esame v. d.l. n. 332/94, conv. in l. n. 474/94) dal pubblico al privato di un'impresa o del pacchetto di controllo di una società di capitali secondo il principio di neutralità sulla proprietà (art. 295 TCe) ferma restando l'osservanza delle norme comunitarie ed in particolare quelle sulla libertà di stabilimento (art. 43 TCe). ■ L'**alienazione** a 4 soggetti privati di tutta o parte della partecipazione degli enti locali nella società di gestione dei *ss. p. loc.* **non pregiudica** la durata delle concessioni e degli **affidamenti in essere** (co. 12°), ma determina la **cessazione** della disciplina di favore prevista per la gestione *in house* (co. 5°, lett. c) con continuazione nella qualità di gestore del servizio pubblico secondo la diversa disciplina della **gestione a terzi** (*supra* Sez. V), oppure della **società mista pubblico-privata** (*supra* Sez. VI), con la conseguenza in entrambi i casi di un'invalidità degli affidamenti non indicati dal bando di gara che ha disposto l'acquisto della qualità di socio del privato. ■ Dalla cessione 5 delle quote si distingue la **trasformazione** di enti in società di capitali (*sub art.* 115; *supra* Sez. IV) o l'eventuale estinzione per qualsiasi causa della società.

#### VI. Le prestazioni rivolte all'ente affidante.

■ Le prestazioni rivolte all'ente affidante, che non rientrano nella definizione di servizio pubblico

agli utenti (*sub art. 112*), né sono connesse alla gestione degli stessi, possono essere oggetto non solo di affidamento a terzi secondo la disciplina dell'appalto o della concessione comunitaria di lavori, servizi, o forniture (*supra Sez. V*), ma anche mediante affidamento senza gara.

2 ■ Se si escludono i casi di rinvio della disciplina alle norme in esame per la gestione dei servizi pubblici, come per il servizio di *riscossione tributi locali o di tesoreria comunale* (*sub art. 208*) o di gestione di taluni impianti (*sub art. 19*), la soluzione non trova fondamento nella norma in esame, ma è frutto dell'interpretazione della indicata disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, dunque delle pedissequae norme nazionali di recepimento (d. lgs. n. 157/95; d. lgs. n. 358/92; poi d. lgs. n. 163/06), secondo le quali per le prestazioni rivolte all'ente pubblico lo stesso può procedere ad affidamenti diretti a società *in house*, come nel caso dell'affidamento del servizio calore per gli edifici dell'ente affi-

dante (ammesso proprio con la sentenza capostipite Teckal: Corte Ue, 18 novembre 1999, C 107/98; Cons. St., Sez. V, n. 5316/03) o della *gestione dei parcheggi e strade* (C 95/4989, F. amm. 96, I, 32; Cons. St., Sez. V, n. 2155/04), dell'*anagrafe* (*sub art. 14*), o del servizio di *illuminazione pubblica* delle strade non connesso ad un servizio pubblico, o la manutenzione degli edifici giudiziari (*ex l. 24 aprile 1941, n. 392*: contrario all'affidamento diretto T.A.R. Piemonte, n. 1354/01). ■ Ciò è possibile sempreché gli enti affidanti abbiano sulla società un controllo analogo a quello svolto sui propri servizi (*supra § II*) e la società realizzi la sua attività per gli enti controllanti (*supra § IV*; art. 15, d.l. 223/06), ove si deve ritenere che – anche per i servizi rivolti all'ente – l'affidamento alla società non sia un contratto a titolo oneroso tra l'amministrazione aggiudicatrice ed un soggetto terzo (ma Cons. St., Sez. V, n. 2316/04, rimette alla Corte Ue proprio l'indicata questione).

**[113 bis** (1) Gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica (2). 1. *Ferme restando le disposizioni previste per i singoli settori, i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica sono gestiti mediante affidamento diretto a* (2):

a) istituzioni;

b) aziende speciali, anche consortili;

c) 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 (2).

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 sussistono 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 (3).

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

(1) L'art. 113 bis, aggiunto da l. n. 448/01, art. 35, co. 15°, è stato dichiarato incostituzionale da Corte cost. 272/04 nonché Corte cost. (ord.) 274/04 per violazione dell'art. 117, co. 2° e 4°, Cost.

(2) La rubrica dell'articolo, la frase iniziale del co. 1° e la sua lett. c), sono state modificate dal d.l. n. 269/03, conv. in l. n. 326/03, art. 14, co. 2°.

(3) Co. 4° già abrogato da d.l. n. 269/03, art. 14, co. 2°.

**SOMMARIO:** I. I servizi privi di rilevanza economica. - II. L'incostituzionalità della norma. - III. La disciplina regionale e locale. - IV. La gestione in economia; - V. (segue) le competenze. - VI. I servizi di base. - VII. La gestione a mezzo di enti: associazioni e fondazioni.

**I. I servizi privi di rilevanza economica.** ■ La disciplina sulla tipicità delle forme di gestione dei servizi privi di rilevanza economica posta dalla l. 142/90 e poi dalla versione originaria del presente testo unico, poneva agli enti locali l'alternativa tra gestione in economia, istituzione e concessione a terzi, non escludendo letteralmente la possibilità di utilizzare (CAVALLO PERIN, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici locali*, Milano, 1993, 169, nt. 13) anche l'azienda speciale e la società per azioni. ■ La l. n. 448/01 (art. 35, co. 15°) ha introdotto la distinzione tra gestioni dei *ss. p. loc. con o «privi del carattere industriale»*, di vecchia memoria (l. n. 103/1903), prevedendo per quest'ultime, oltre alla gestione in economia (co. 2°), l'affidamento diretto a istituzioni, alle aziende speciali anche consortili, o anche a «società di capitali costituite o partecipate dagli enti locali, regolate dal codice civile» (co. 1°), infine l'affidamento diretto ad associazioni e fondazioni costituite o partecipate dagli enti locali per i soli servizi culturali e del tempo libero, nonché la generale forma alternativa di un affidamento «a terzi, mediante procedure ad evidenza pubblica, secondo le modalità definite dalle normative di settore» (co. 4°). ■ **L'attuale testo** della norma in esame ha visto (art. 14, d.l. n. 269/03, conv. in l. n. 326/03) modificata la rubrica e la frase iniziale del co. 1° da «rilevanza industriale» a «**rilevanza economica**», con abrogazione dell'affidamento a terzi (co. 4°) ed introduzione dell'affidamento a società di capitali *in house* (co. 1°, lett. c). ■ La Comunità europea, tradizionalmente orientata a disciplinare i servizi a rilevanza economica (artt. 16 e 86 TCE; art. 36 della Carta dei diritti fondamentali), pare più di recente riservare attenzione anche ai servizi che assolvono ad una funzione di **coesione dei cittadini dell'Unione** (art. 17 TCE). La distinzione fra attività economiche e non economiche ha dimostrato per la Comunità un carattere *evolutivo* e si nota che negli ultimi decenni molte attività hanno assunto una rilevanza economica; come settori ove si svolge di preferenza un'attività *non economica* sono ricordati la cultura, l'istruzione, i servizi sanitari, i servizi sociali, che sono costitutivi di una sensibilità a problemi ritenuti di «scala europea», poiché incidono direttamente «sul contenuto del modello europeo di società» (Commissione Ce, *Libro verde sui Servizi di interesse generale*, 21 maggio 2003, COM(2003) 270 definitivo, 15). Servizi privi di rilevanza economica – pur restando estranei alle norme del trattato sul mercato interno, la concorrenza e gli aiuti di stato – sono tuttavia **oggetto delle norme comunitarie** che si applicano anche alle attività non economiche e a quelle che non incidono sugli scambi

intracomunitari, come il **principio** fondamentale di *non discriminazione*, della *libera circolazione delle persone* (Commissione Ce, *Libro verde sui Servizi di interesse generale* 03, cit., 14), ed altri principi come quello di accesso di ogni cittadino a servizi efficienti e di alta qualità in tutta l'Unione europea, di trasparenza su tariffe, clausole e condizioni contrattuali, sulla scelta e il finanziamento dei gestori, il diritto di scelta tra prestazioni di servizio ed ove possibile tra gestori, la rappresentanza e la partecipazione attiva degli utenti alla definizione dei servizi e alla scelta delle modalità di pagamento (cfr. Comunicazione 20 settembre 2000, COM(2000) 580 definitivo, 7-8) più in generale all'osservanza degli obblighi di servizio pubblico (*sub art. 112*).

■ Indiscusso è che le norme sugli **appalti pubblici** si applicano ai beni, ai servizi o alle opere acquisite da enti pubblici nella prospettiva di fornire servizi sia di natura economica che non economica. Ogni attività che implica l'offerta di beni e servizi su un dato mercato è un'*attività economica* (per tutti: Corte Ue, 12 settembre 2000, cause congiunte C-180-184/98), pertanto, **i servizi economici e non economici possono coesistere all'interno dello stesso settore** e talora possono essere forniti dallo stesso ente. ■ Se per l'erogazione alla popolazione di alcuni servizi può non esserci mercato, la **rilevanza economica di un mercato** potrebbe tuttavia essere presente «**a monte**» quando le imprese contrattano con le autorità pubbliche la prestazione di questi servizi (Commissione Ce, *Libro verde sui Servizi di interesse generale* 03, cit.).

**II. L'incostituzionalità della norma.** ■ La riforma del Titolo V Cost. (L. cost. 18 ottobre 2001, n. 3) modificando l'art. 117, ha disciplinato il riparto di competenza del *potere normativo*, sia legislativo dello Stato e delle Regioni (art. 117, co. 2°-5°), sia regolamentare (art. 117, co. 6°) statale, regionale, oppure delle Province, Città metropolitane o dei Comuni. ■ La Corte costituzionale (sent. 272/04; ord. 274/04) ha dichiarato l'**incostituzionalità dell'intero articolo in esame** (sia del testo introdotto dall'art. 35, l. n. 448/01, sia di quello modificato dall'art. 14, co. 2°, d.l. n. 269/03, conv. in l. n. 326/03; nonché dell'art. 113, co. 7°, secondo, terzo e quarto periodo: *sub art. 113*). Si è ritenuto che la disciplina statale sulla tipicità delle forme di gestione dei *ss. p. loc.* privi di rilevanza economica **non trovi fondamento** nell'art. 117, co. 2°, Cost.: *non* nella «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che debbono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» (art. 117, co. 2°, lett. m), né in quella relativa «alle funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane» (art.

117, co. 2°, lett. p), né in quella di «tutela della concorrenza» (art. 117, co. 2°, lett. e). La disciplina in esame ha ad oggetto unicamente la tipicità delle forme di gestione dei ss. p. loc. privi di rilevanza economica e non disciplina affatto i livelli essenziali delle prestazioni, né i ss. p. loc. come funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane (sub art. 112; sub art. 3; sub art. 13; sub art. 19; sub art. 23). ■ Il parametro di costituzionalità (art. 117, co. 2°, lett. e) è inteso non solo nel senso di un ripristino di un equilibrio concorrenziale perduto, ma anche come promozione della concorrenza, che comprende la disciplina posta per ottenere la riduzione di squilibri, favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o instaurare assetti concorrenziali, che non esclude in altri termini eventuali «interventi promozionali dello Stato» (cfr. anche Corte cost. 14/04) ed in tal senso può essere considerata la disciplina dei ss. p. loc. a rilevanza economica (sub art. 113) per il suo espresso riferimento testuale (co. 1°: «concernono la tutela della concorrenza e sono indelegabili ed integrative delle discipline di settore») e soprattutto perché l'oggetto esclusivo delle norme sulla concorrenza sono proprio le attività economiche (Comm. Ue, *Libro verde sui servizi di interesse generale* 03, cit.). ■ È salvata la disciplina sulle forme di gestione dei ss. p. loc. di rilevanza economica (sub art. 113) – anche transitoria – perché norma generale di principio sulle forme di gestione dei servizi pubblici di rilevanza economica che si afferma come inderogabile da parte della disciplina regionale di settore ed è conforme al principio di «ragionevolezza e proporzionalità» rispetto agli obiettivi attesi, conformità che appare essenziale ove si tratti di una «materia-funzione» ove la competenza normativa dello Stato attraversa una pluralità di interessi alcuni dei quali di competenza concorrente od esclusiva delle Regioni, «connessi allo sviluppo economico e produttivo del Paese» (Corte cost. 272/04). ■ Tale fondamento costituzionale non sussiste per la disciplina dei ss. p. loc. privi di rilevanza economica, ove l'assenza di un mercato non legittima alcuna tutela della concorrenza, sia essa intesa come promozione di una pluralità di produttori, sia come ripristino di una competizione tra gli stessi (Corte cost. 272/04). Per tali servizi è lasciato spazio ad «una specifica ed adeguata disciplina di fonte regionale ed anche locale», proprio perché la norma in esame è stata ritenuta incostituzionale «per illegittima compressione dell'autonomia regionale e locale» (Corte cost. 272/04). ■ Permane valida – oltre alla disciplina statale di attuazione dell'art. 118 Cost. di individuazione delle «funzioni fondamentali di Comuni, Provin-

ce e Città metropolitane» (art. 117, co. 2°, lett. p, Cost.; sub art. 112; sub art. 3; sub art. 13; sub art. 19; sub art. 23) – la disciplina statale di settore che abbia ad oggetto la «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni» concernenti i diritti civili e sociali che debbono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» (art. 117, co. 2°, lett. m, Cost.), la disciplina statale sulle strutture organizzative pubbliche che possono – ma non debbono – essere utilizzate per la gestione dei ss. p. loc. privi di rilevanza economica (sub art. 114), o per promuovere o coordinare attività, nonché realizzare opere di rilevante interesse provinciale sia nel settore economico, produttivo, commerciale e turistico, sia in quello sociale, culturale e sportivo (sub art. 19), o ancora la definizione dei principi fondamentali nelle materie di legislazione concorrente (art. 117, co. 3°, Cost.).

**III. La disciplina regionale e locale.** ■ Per i ss. p. loc. privi di rilevanza economica c'è «spazio per una specifica ed adeguata disciplina di fonte regionale ed anche locale» (Corte cost. 272/04), tra cui le discipline legislative regionali di settore sui servizi sociali, le scuole materne e gli asili nido, la formazione professionale, i servizi sportivi e ricreativi (art. 117, co. 4°, Cost.), la valorizzazione dei beni culturali, o l'organizzazione delle attività culturali (art. 117, co. 3°, Cost.), ferma restando l'esclusiva competenza statale per la distribuzione delle competenze tra enti territoriali (art. 117, co. 2°, lett. p, Cost.) e la «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni» concernenti i diritti civili e sociali che debbono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» (art. 117, co. 2°, lett. m, Cost.). ■ Il riferimento al principio di **specificità ed adeguata disciplina regionale** parrebbe escludere la legittimità costituzionale di una legge generale che ripristini la **tipicità** delle forme di gestione dei ss. p. loc. privi di rilevanza economica, cioè a prescindere da una collocazione dei «tipi» in ragione della disciplina di settore di determinati servizi pubblici, senza perciò escludere che il legislatore regionale possa validamente emanare una disciplina generale sugli **enti strumentali**, cui possono riferirsi anche le discipline di settore sui ss. p. loc. ■ Maggiori problemi si pongono per la disciplina regionale in ragione della **riserva di regolamento** di Comuni, Province e Città metropolitane (sub art. 7; art. 117, co. 6°, Cost.) in ordine alla disciplina dell'**organizzazione** e dello **svolgimento delle funzioni** loro attribuite, che correttamente la Corte non ha dimenticato («specificità ed adeguata disciplina anche locale»: Corte cost. 272/04). Spetta all'ente territoriale la definizione del programma di **serv. p. loc.** (sub art. 112), delle modalità di esercizio e dell'**organizzazione dei pubblici servizi** (sub art. 42, co.

4 2°, lett. e). ■ Le **forme di gestione** dei *ss. p. loc.* privi di rilevanza economica trovano dunque definizione nelle *discipline regionali di settore o negli statuti o regolamenti degli enti locali* (*sub artt. 6 e 7*), con possibilità di scelta tra tutti i tipi di organizzazione ammessi dall'ordinamento italiano (*sub art. 114*; per fondazioni e associazioni: *infra § VII*) osservando per l'affidamento i limiti posti dall'ordinamento italiano ed europeo (*appalto, in house, organismo di diritto pubblico: infra § VII*).

1 **IV. La gestione in economia.** ■ La gestione «in economia» è stata definita come uno dei modi di «*assunzione diretta*» dei *ss. p. loc.* unitamente all'azienda speciale ed un tempo con tale locuzione sono state disciplinate entrambe le forme (r.d. n. 2578/25, artt. 10-15; d.p.r. n. 902/86, titolo 2 I, art. 1-7). ■ Alla gestione in economia dei servizi pubblici è stata da sempre dedicata un'unica norma relativa ai presupposti ponendola in *alternativa diretta* con la costituzione di una *istituzione* o di una *azienda* (*sub art. 114*) anche consortile (*sub art. 31*) poi di una *società in house* (*sub art. 113*). I **presupposti** sono due: le **modeste dimensioni del servizio** che non renderebbero conveniente la costituzione di un apparato organizzativo differenziato dall'ente locale; le **caratteristiche del servizio** che escludono l'opportunità di costituire un'istituzione o un'azienda, riferita ad ipotesi in cui risulti inscindibile l'erogazione del servizio pubblico dall'esercizio delle funzioni. Due ragioni positive – sia «le caratteristiche» (inscindibilità), sia le «modeste dimensioni» (economicità) del servizio – ed una negativa (impossibilità di un'azienda o di un'istituzione) debbono indurre gli enti locali ad adottare la gestione in economia. ■ Anche a seguito della sentenza della **Corte costituzionale** (n. 272/04) non pare revocabile in dubbio il permanere della *legittimità* della forma di gestione in economia per i *ss. p. loc.* privi di rilevanza economica, fermo restando il dovere di motivazione dell'adeguatezza della scelta operata in ragione di altre possibili forme di gestione.

1 **V. (segue) le competenze.** ■ **L'organizzazione dei pubblici servizi** è una competenza del consiglio (*sub art. 42, co. 2°, lett. e*) che si affianca alla disciplina regolamentare del funzionamento degli organi e degli uffici e per l'esercizio delle funzioni (*sub art. 7*) di competenza della Giunta ove abbia ad oggetto l'ordinamento degli uffici e dei servizi (*sub art. 48*). Non è più invece citato espressamente il potere regolamentare del servizio pubblico in economia come nella disciplina previgente (art. 15, co. 2°, r.d. n. 2578/25; art. 6, d.p.r. n. 902/86; contro: NICOLETTI, *Reg. gov. loc.* 92, 74-77). Occorre distinguere tra la potestà regolamentare in materia di gestione in

economia che normalmente ha ad oggetto la struttura di competenza della Giunta dai regolamenti che disciplinano il *serv. p. loc.*, cioè il «programma» di servizio pubblico che può avere natura giuridica di un **atto generale** (*sub art. 112*), con la conseguenza non irrilevante che l'erogazione del servizio risulta **derogabile dai dirigenti** nei casi d'eccezione di cui abbiano offerto congrua motivazione, senza escludere che il programma possa assumere – almeno in parte – forma regolamentare. ■ La **scelta** della forma di gestione è **deliberata** dal consiglio (*sub art. 42, co. 2°, lett. e*; già art. 2, d.p.r. n. 902/86) e la proposta deve essere accompagnata dai **dati tecnici ed economico-finanziari** utili a corredare la motivazione della scelta della forma di erogazione del servizio «opportunitamente coordinati e sviluppati in un apposito» programma di massima (*sub art. 112*; già art. 2, co. 2°, d.p.r. n. 902/86) dal quale trarre un'**esauriente motivazione** anche *per relationem* al programma tecnico finanziario e alla relazione che lo accompagna circa la convenienza dell'assunzione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale (Cons. St., Sez. V, n. 223/81, *F. amm.* 81, I, 1094; T.A.R. Abruzzi, Sez. l'Aquila, n. 623/82, *ITAR* 83, I, 644). ■ Al consiglio è attribuito inoltre il 3 potere di determinare la **disciplina generale delle tariffe** dei servizi (*sub art. 117*; *sub art. 42, co. 2°, lett. f*), nonché il **potere di indirizzo e di controllo** sull'erogazione del servizio pubblico, che seppure espressamente previsto per altre forme di gestione (*sub art. 42, co. 2°, lett. g*) non pare revocabile in dubbio neppure per la gestione in economia (*sub art. 112*). ■ Nella gestione in economia – quando il servizio pubblico non è dato in **appalto a terzi** (*sub art. 113*) – è **erogato dalla struttura amministrativa** dell'ente territoriale, cioè l'organizzazione di beni (art. 826, co. 3°, c.c.) e persone che sono la definizione di **ufficio** valida ad un tempo per i procedimenti amministrativi dell'ente territoriale o per l'erogazione di servizi (Santi ROMANO, *Scritti minori*, rist. 1990, 479s.), per i quali valgono le **regole generali**. ■ Ai **dirigenti** spetta l'attività di **erogazione del servizio** (*sub art. 107*) ivi compresa l'emana- 5 zione di tutti gli atti e provvedimenti a rilevanza esterna necessari al suo svolgimento, nonché l'assunzione di tutte le decisioni utili a garantire l'efficienza della gestione con le conseguenti responsabilità (*sub art. 107*). ■ Al sindaco e al pre- 6 sidente della provincia è attribuito il potere di «**sovrintendere al funzionamento dei servizi e degli uffici**» (*sub art. 50, co. 2°*), in attuazione delle norme statutarie fondamentali di organizzazione dell'ente (*sub art. 6*) e del regolamento della giunta sull'ordinamento degli uffici e dei servizi (*sub art. 7 e art. 48*).

1 **VI. I servizi di base.** ■ La legge stabilisce che il comune attua sia forme di decentramento, sia di cooperazione con altri comuni e con la provincia (sub art. 13, co. 2°; CAMMELLI, *Reg.* 92, 8s.). ■

2 La novità più evidente della gestione in economia consiste proprio nella diversa configurazione della struttura amministrativa degli enti locali con favore per il decentramento e la cooperazione, poiché i caratteri essenziali non sono formalmente molto dissimili da quelli di inizio del secolo scorso, che già al tempo erano individuati nell'attribuzione del servizio pubblico all'apparato amministrativo dell'ente territoriale, ma la diversa struttura di questo ridonda sul tipo di gestione e trasferisce a tale forma di erogazione del servizio tutte le relative novità. ■ L'esercizio coordinato ed associato delle funzioni ha trovato una articolata disciplina (sub artt. 24-33) ed il decentramento trova un espresso riferimento nelle disposizioni relative alla fusione di comuni (sub art. 15) ai municipi (sub art. 16) e alle circoscrizioni (sub art. 17). ■ La legge regionale che, mediante fusione di due o più comuni contigui, istituisce nuovi comuni (art. 133 Cost.) deve prevedere che alle comunità di origine siano assicurate adeguate forme di partecipazione e di decentramento dei servizi (sub art. 15, co. 2°). Al fine di favorire la fusione di due o più comuni contigui lo statuto comunale può prevedere l'istituzione di «municipi» nei territori delle comunità di origine o in talune di esse (sub art. 16). ■ I comuni con pop. superiore a centomila ab. debbono articolare il territorio in «circoscrizioni di decentramento, quali organismi di... gestione dei servizi di base, nonché di esercizio delle funzioni delegate dal comune». La ratio normativa delle disposizioni tuttavia non pare identica per i municipi e le circoscrizioni: per i municipi la riserva della gestione dei «servizi di base» è imposta affinché la riorganizzazione degli uffici delle amministrazioni preesistenti nel nuovo ente non peggiori la precedente localizzazione dell'erogazione dei servizi. ■ La locuzione «servizi di base» include tutti i compiti dell'amministrazione comunale, siano essi «servizi pubblici» in senso proprio (sub art. 112) oppure attività che la legge definisce «servizi» senz'altra precisazione, comprensiva di prestazioni, atti o provvedimenti, come i «servizi di competenza statale» (sub artt. 14 e 54). ■ La localizzazione dell'erogazione dei servizi di base deve essere circoscrizionale, dunque secondo modalità che possono concentrare in capo agli organi comunali alcune scelte di governo (delle forme di gestione, ecc.), mai la struttura che consente la fruizione del servizio da parte dell'utenza. ■ L'erogazione dei servizi di base da parte delle circoscrizioni favorisce la partecipazione dei cittadini e

degli utenti, poiché la partecipazione dei cittadini (in forma associata) all'amministrazione locale è in tal caso più agevole come risulta anche dalle norme sulla partecipazione popolare (sub art. 8, co. 1°) e dalla legge-quadro sul volontariato (l. n. 266/91, art. 3, co. 5°; art. 7, co. 1°, art. 10, co. 2°). Le circoscrizioni sono non a caso ritenute forme di «decentramento e partecipazione», ove il primo termine (decentramento) afferma una più diffusa dislocazione territoriale dell'erogazione dei servizi, o dell'esercizio delle funzioni, mentre il secondo (partecipazione) definisce il possibile contributo di soggetti estranei alla amministrazione nell'erogazione di servizi, o nell'esercizio di funzioni amministrative. ■ Per i servizi di base si afferma dunque una riserva di gestione in economia in capo agli organi di decentramento e partecipazione e si deve escludere che il consiglio possa sottrarre alla circoscrizione i servizi di base istituendo altra forma di gestione (es. un'istituzione, o fondazione) in chiara violazione di legge (sub art. 17, co. 1°). ■ 10

Alla gestione in economia si è ricondotta anche l'ipotesi dell'appalto, che non nega la qualità di gestore del servizio pubblico dell'ente comune anche nella sua articolazione di circoscrizione (sub art. 113), ferma restando l'applicazione della disciplina sulle procedure ad evidenza pubblica e sempreché nel caso dei servizi di base la scelta tra le due ipotesi di erogazione a mezzo dell'organizzazione pubblica decentrata o a mezzo di appaltatori spetti agli organi della circoscrizione.

**VII. La gestione a mezzo di enti: associazioni e fondazioni.** ■ Il testo unico dedica altre norme alla disciplina dell'istituzione e dell'azienda speciale (sub art. 114), anche consortile (sub art. 31) e in applicazione del principio di coordinamento fra comuni e province nella gestione dei servizi pubblici (supra § VI) si ritrovano come enti il consorzio (sub art. 31) l'unione di comuni (sub art. 32), la comunità montana (sub art. 28). ■ Già prima della dichiarazione d'incostituzionalità della norma in esame (Corte cost. 272/04) non chiari erano gli spazi residui della gestione a mezzo di società a capitale interamente pubblico ora prevista per i servizi di rilevanza economica (sub art. 113). ■ La sentenza 3 che dichiara l'illegittimità costituzionale della norma in esame (Corte cost. 272/04) travolge anche la disciplina che limitava l'affidamento diretto ad associazioni o fondazioni (costituite o partecipate dagli enti locali) ai soli servizi culturali e del tempo libero. ■ Già prima della dichiarazione di incostituzionalità l'affidamento diretto – cioè senza gara – poteva considerarsi conforme al diritto europeo solo ove fosse dato ad un'organizzazione in house o ad organismo

di diritto pubblico con diritto di esclusiva. In ogni altro caso l'affidamento, la concessione (*sub art. 113*) o l'appalto di prestazioni di *ss. p. loc.* a fondazioni o associazioni deve essere con-

forme alla disciplina italiana (di contabilità pubblica) ed europea di scelta del contraente (*sub art. 192*).