

PERCORSI ISTITUZIONALI

Collana della Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione Locale

diretta da **BALDOVINO DE SENSI**

SERVIZI PUBBLICI LOCALI, AUTONOMIE E MERCATI

Volume 1

**L'AFFIDAMENTO E LA GESTIONE
DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI
A RILEVANZA ECONOMICA**

Percorsi e disciplina generale

a cura di

Harald Bonura e Massimo Cassano

G. Giappichelli Editore – Torino



Le regole dell'organizzazione e della gestione

Sommario: 1. Le regole di distinzione tra funzioni di regolazione e funzioni di gestione. – 2. Durata degli affidamenti e ammortamento degli investimenti. – 3. La proprietà e la gestione delle reti. – 4. Gli affidamenti di una pluralità di servizi, i bacini di gara e le gestioni in forma associata. – 5. Il sistema dei controlli e il regime delle responsabilità.

1. Le regole di distinzione tra funzioni di regolazione e funzioni di gestione

La legge ha deferito al potere regolamentare governativo il compito di prevedere «una netta distinzione tra le funzioni di regolazione e le funzioni di gestione dei servizi pubblici locali, anche attraverso la revisione della disciplina sulle incompatibilità» (art. 23-*bis*, comma 10, lett. c), d.l. n. 112 del 2008, cit.).

Lo sfondo per l'intenso dibattito sul rapporto tra concorrenza e regolazione è dato dalle caratteristiche oggettive delle infrastrutture e dalle esigenze di servizio universale, temi sui quali si sono sviluppate le liberalizzazioni degli scorsi anni a livello nazionale (sul rapporto tra regolazione e concorrenza 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*, e la successiva sentenza Cons. Stato, sez. VI, 10 marzo 2006, n. 1271)¹.

Alcune norme di settore hanno già delineato scelte che condizionano l'assetto concorrenziale dei mercati a livello locale, così per l'energia elettrica (d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79 e legge 23 agosto 2004, n. 239) e il gas naturale (d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164)² che sono stati esclusi infatti dall'ambito di ap-

¹ R. VILLATA, *Pubblici servizi: discussioni e problemi*, Giuffrè, Milano, 2008; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Il Mulino, Bologna, 2005; S. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2004; F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali. Contendibilità del mercato e impresa pubblica*, Giappichelli, Torino, 2004.

² E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete: il caso del-*

plicazione delle disposizioni in esame (cfr. art. 23-bis, comma 1, d.l. n. 112 del 2008, cit., come mod. dall'art. 15, comma 1, d.l. n. 135 del 2009, cit.), sebbene tali discipline non sempre abbiano offerto soluzioni soddisfacenti per gli assetti concorrenziali dei mercati³.

Occorre riconoscere che il punto di maggiore sofferenza nel settore dei servizi pubblici locali è la limitatissima concorrenza nei relativi mercati di produzione ove è stata pressoché assente⁴, sicché nei confronti delle numerose modifiche che dal 2001 hanno interessato la disciplina generale in materia (d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, art. 113)⁵ l'obiettivo primario dell'interprete e degli operatori sembra divenuto quello di favorire interpretazioni della legge stessa volte ad instaurare una concorrenza tra i produttori, volendo così superare le situazioni di monopolio naturale dando attuazione ove tecnicamente ed economicamente possibile alla separazione della gestione delle reti dall'erogazione dei servizi, limitando per l'effetto l'accesso ai mercati dei servizi locali soltanto a poche ipotesi residuali definite dalla legge ed in conformità alla disciplina europea, pervenendo nei casi di maggiore evoluzione (tecnica e gestionale) o di resistenza all'introduzione di una pluralità di produttori alla trasformazione delle prestazioni di servizio pubblico in una attività di interesse pubblico (*rectius*: di interesse economico generale), che – di nuovo salvo eccezioni *ex lege* – non può essere riservata ad un solo produttore.

Si è ritenuto che i regolamenti possano prevedere obblighi di trasparenza e di struttura delle imprese che trovano giustificazione nella finalità di evitare integrazioni verticali e sussidi incrociati incompatibili con l'effettiva apertura dei mercati⁶. Ove esistano infrastrutture essenziali, la disciplina deve regolare l'accesso all'infrastruttura nel rispetto dei principi delle tariffe orientate ai costi (c.d. gestione *cost-effective*), della trasparenza e della non discriminazione, in-

l'energia elettrica e del gas naturale, Giuffrè, Milano, 2006; F. GIGLIONI, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale: una prospettiva per riconsiderare liberalizzazioni e servizi pubblici*, Giuffrè, Milano, 2008; L. AMMANNATI-M.A. CABIDDU-P. DE CARLI, *Servizi pubblici, concorrenza, diritti*, Giuffrè, Milano, 2001.

³ Oltre alla segnalazione AGCM AS 278 7 aprile 2004 in *Boll.*, n. 15/2004, v. AGCM, AS 197 23 marzo 2000, in *Boll.*, n. 11/2000; Id., AS 183 del 4 novembre 1999, in *Boll.*, n. 43/1999; Id., AS 44 del 27 aprile 1995, in *Boll.*, n. 17/1995; Id., AS 154 del 5 novembre 1998, in *Boll.*, n. 44/1998.

⁴ Cfr. F. MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 37 s.

⁵ L.R. PERFETTI, *I servizi pubblici locali. La riforma del settore operata dall'art. 35 della legge n. 448 del 2001 ed i possibili profili evolutivi*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 575 ss.; A. VIGNERI, *La liberalizzazione dei servizi pubblici locali*, in *Regioni*, 2002, p. 1091 ss.; M. CAMMELLI, *Concorrenza, mercato e servizi pubblici: due riforme*, in *Riv. trim. appalti*, 2003, p. 517 ss.

⁶ M. D'ALBERTI, *Riforma della regolazione e sviluppo dei mercati in Italia*, relazione al convegno "Regolazione e concorrenza", tenutosi a Roma 22-23 novembre 1999.

dividuando, per il corretto espletamento delle funzioni di gestione dell'infrastruttura, autorità regolatrici che preferibilmente non devono coincidere con l'ente affidatario del servizio pubblico locale.

La Commissione delle Comunità Europee (*Libro Verde sui servizi di interesse economico generale*, 21 maggio 2003, §§ 47 s.) ha ritenuto che la disciplina comunitaria possa imporre agli Stati membri l'istituzione di autorità nazionali di regolazione, mentre sono state ritenute di interesse quelle già istituite dagli Stati membri (es. Gran Bretagna per il settore acqua: OFWAT ha il potere di regolare i prezzi e il livello del servizio fornito⁷).

Agli Stati membri è lasciata la definizione delle regole istituzionali delle autorità di settore, ritenendosi ammissibile un organo o ente già esistente a tal fine legittimato, addirittura "il ministro responsabile del settore", ferma restando però l'indipendenza del regolatore dagli operatori economici del mercato interessato che è carattere istituzionale imprescindibile del regolatore stesso⁸.

Si è ritenuto che la soluzione di affidare le funzioni di regolazione ad organi o enti di governo ponga in forse l'indipendenza solo ove gli stessi enti o organi abbiano anche la proprietà o il controllo delle imprese operanti nel settore (*Libro Verde sui servizi di interesse economico generale*, 21 maggio 2003, § 34, 41), con affermazione di sicuro interesse che anzi potrebbe essere intesa come espressione di un principio dell'ordinamento europeo che vincola quello italiano nella definizione del riparto di competenza tra enti territoriali (art. 118, comma 2, Cost.), con necessaria attribuzione dei poteri di regolazione dei servizi pubblici locali 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 dell'organizzazione *in house*.

Tuttavia la stessa Comunità riconosce che alcune "decisioni di regolazione" non possano essere sottratte agli organi di governo, sicché in tali casi appare normale non solo una distinzione tra funzioni di governo e di regolazione⁹, ma

⁷ F. MERUSI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Annuario AIPDA*, 2001, p. 63 ss.

⁸ Corte giust. CE, 19 marzo 1991, C-202/88, § 51, 52; 9 novembre 1995, C-91/94, § 18, 19; Commissione CE, decisione 29 luglio 2002, n. 2022/CE.

⁹ Cfr. M. D'ALBERTI, *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 705; G. DELLA CANANEA, *L'organizzazione comune dei regolatori per l'energia elettrica e il gas*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, p. 1385 ss.; G. IACOVONE, *Regolazione, diritti e interessi nei pubblici servizi*, Laterza, Bari, 2004; F. MERUSI, *Diritto amministrativo*, 2004, p. 38; C. DE VINCENZI-A. VIGNERI (a cura di), *Le virtù della concorrenza: regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, Il Mulino, Bologna, 2006; S. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2004; F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali. Contendibilità del mercato e impresa pubblica*, Giappichelli, Torino, 2004; M. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, p. 91; G. NAPOLITANO,

anche un riparto delle attività di regolamentazione 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 siano di competenza degli organi di governo o del parlamento, cui i primi debbono riferire.

Gli organi politici con legge oppure con regolamento o atto generale, definiscono gli obblighi di servizio pubblico, come le tariffe massime o minime, gli *standard* di sicurezza e qualità, le garanzie d'accesso, in generale tutto ciò che si può definire programma di servizio pubblico; invece le autorità di regolazione sono chiamate alla successiva applicazione al caso concreto della disciplina stabilita dagli organi politici.

È certo che le autorità di regolazione non possano essere soggette alle istruzioni del governo per le decisioni di loro competenza; è preferibile che abbiano fonti autonome di finanziamento, non dipendenti dal bilancio del governo, e che siano composte da membri in possesso di una buona cultura sulla disciplina da applicare poiché ciò accresce l'imparzialità del regolatore e ne rafforza la continuità d'azione (*Libro Verde sui servizi di interesse economico generale*, 21 maggio 2003, §§ 40-43).

Le funzioni di regolazione si distinguono da quelle generali cd. di *antitrust*. La regolazione dei servizi pubblici, a differenza di quella *antitrust*, non ha ad oggetto la protezione della struttura concorrenziale del mercato, pur ritenuta essenziale alla tutela dei consumatori, bensì la garanzia della qualità e correttezza nella erogazione delle prestazioni di servizio pubblico anche in considerazione delle connesse esternalità sociali e ambientali. Le funzioni e le decisioni *antitrust* applicano il diritto generale sulla concorrenza ad un settore specifico mediante provvedimenti *ex post* repressivi di comportamenti anticoncorrenziali, cioè sanzionando l'abuso verificato; invece l'autorità di regolazione del 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*, 21 maggio 2003, § 46).

Il d.p.r. n. 168 del 2010, cit., ha inteso attuare la distinzione tra funzioni di regolazione e funzioni di gestione dei servizi pubblici locali con norme volte a disciplinare il regime delle incompatibilità di amministratori, dirigenti e responsabili di uffici e servizi dell'ente locale e di organismi ad esso equiparati.

È disposto che i predetti soggetti (nonché i loro congiunti) fino a che non siano decorsi tre anni dal venir meno delle predette qualifiche non possono

Regolazione o programmazione nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali?, in *Riv. giur. quadr. pubbl. serv.*, 2002, p. 25 ss.; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 92 s.; M. ANTONIOLI, *Mercato e regolazione*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 56 s.; M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Giuffrè, Milano, 1998.

svolgere incarichi inerenti la gestione dei servizi affidati dall'ente di appartenenza (d.p.r. n. 168 del 2010, cit., art. 8, commi 1 e 2). Analogo divieto è previsto per chi presta o ha prestato nel triennio precedente consulenze a favore degli enti locali affidanti il servizio (d.p.r. n. 168 del 2010, cit., art. 8, comma 2).

Si prevede inoltre il divieto d'essere nominati amministratori di società partecipate da enti locali per coloro che nei tre anni precedenti siano stati amministratori degli enti locali che detengono quote di partecipazione al capitale della società stessa (d.p.r. n. 168 del 2010, cit., art. 8, comma 3).

2. Durata degli affidamenti e ammortamento degli investimenti

La disciplina generale di legge statale (art. 23-*bis*, d.l. n. 112 del 2008, cit.) non indica un termine al rapporto di concessione di servizio pubblico con un'impresa terza (cfr. art. 265, r.d. 14 settembre 1931, n. 1175).

Tuttavia, persino ove non sia individuato un termine nella concessione e a prescindere da ogni considerazione in tal caso sulla conseguente violazione di norma imperativa (art. 12, comma 1, r.d. 18 novembre 1923, n. 2240), vale comunque il principio europeo di proporzionalità che limita la durata del rapporto con il terzo gestore ad un tempo non superiore a quello d'ammortamento dei costi relativi alla costruzione o installazione, totale o parziale, degli impianti produttivi e dell'ammodernamento (tecnologico) di essi, che sono necessari al servizio pubblico, fermo restando il mantenimento sul concessionario del rischio della gestione (*Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario* 12 aprile 2000, § 3.1.3.).

È espressione di tale principio europeo il limite che il legislatore statale ha segnato al Governo di prevedere nel regolamento di delegificazione «idonee forme di ammortamento degli investimenti ed una durata degli affidamenti strettamente proporzionale e mai superiore ai tempi di recupero degli investimenti» (art. 23-*bis*, comma 10, lett. *b*), d.l. n. 112 del 2008, cit.). Il regolamento governativo ha previsto che il bando di gara o la lettera d'invito indichino «la durata dell'affidamento commisurata alla consistenza degli investimenti in immobilizzazioni materiali previsti nei capitolati di gara a carico del soggetto gestore» precisando che «in ogni caso la durata dell'affidamento non può essere superiore al periodo di ammortamento dei suddetti investimenti» (d.p.r. n. 168 del 2010, cit., art. 3, comma 3, lett. *c*).

L'ammortamento 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 d'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).

Ex lege il nuovo gestore è infatti tenuto a pagare al precedente un indennizzo pari al valore dei beni non ancora ammortizzati, secondo l'ammontare indicato nel bando di gara (art. 113, comma 9, d.lgs. n. 267 del 2000, cit.; si veda d.p.r. n. 168 del 2010, cit., art. 3, comma 3, lett. *f*), ed art. 10, comma 2, secondo cui tale valore deve essere «*al netto di eventuali contributi pubblici direttamente riferibili ai beni stessi*»).

La separazione della gestione delle reti dall'erogazione dei servizi ed il pagamento di un canone al proprietario supera senz'altro la questione liberando il gestore del servizio dagli oneri di ammortamento relativi agli investimenti necessari alla costruzione e manutenzione delle opere.

Molto (ma verrebbe da dire troppo) frequentemente la proroga del termine è disposta in via transitoria dalla legge stessa (cfr. art. 35, legge 28 dicembre 2000, n. 448; art. 14, comma 1, d.l. n. 269 del 2003, cit.; art. 15, d.l. n. 223 del 2006, cit.; vigente art. 23-*bis*, comma 8, d.l. n. 112 del 2008, cit.).

Da tempo risulta invece abrogata la disciplina speciale che consentiva agli enti locali l'esercizio della facoltà di riscatto anticipato (r.d. 15 ottobre 1925, n. 2578, art. 24, commi 4 e 9; cfr. in particolare art. 35, comma 12, legge n. 448 del 2001, cit.)¹⁰.

3. La proprietà e la gestione delle reti

La riforma conferma il principio secondo cui «ferma restando la proprietà pubblica delle reti, la loro gestione può essere affidata a soggetti privati» (art. 23-*bis*, comma 5, d.l. n. 112 del 2008, cit.).

Seppure con formulazione sintetica la disposizione riafferma sia la necessità di una proprietà pubblica delle reti, sia la possibilità che le stesse siano gestite da privati, sicché sono tuttora in vigore – salve le precisazioni che seguono – le norme poste dall'art. 113, d.lgs. n. 267 del 2000, cit. sulla proprietà e la gestione di reti ed impianti perché «compatibili» (cfr. art. 23-*bis*, comma 11, d.l. n. 112 del 2008, cit.).

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 (artt. 822 e 824 c.c.: es. strade, strade ferrate, aerodromi, acquedotti, acque superficiali o sotterranee, raccolte dei musei, delle biblioteche, degli archivi, gli

¹⁰ Cfr. *ex multis*, per il servizio di distribuzione del gas, Cons. Stato, sez. V, 20 ottobre 2004, n. 6870, Id., 18 giugno 2004, n. 4791, Id., 15 dicembre 2005, n. 7124; per il servizio acquedotto, Cons. Stato, sez. VI, 14 giugno 2004, n. 3871.

immobili di interesse storico, archeologico e artistico) i 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 (art. 830, c.c.), dunque non possono essere sottratti alla loro destinazione se non nei modi stabiliti dalle leggi che li riguardano (art. 828, comma 2; art. 143, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152; d.lgs. n. 490 del 1999, cit.)¹¹.

È disposta l'inalienabilità d'impianti, reti ed altre dotazioni destinati all'esercizio dei servizi pubblici locali in proprietà di enti locali anche non territoriali (d.lgs. n. 267 del 2000, cit., art. 113, comma 2); ove non sia vietato dalla disciplina di settore, si consente il conferimento della proprietà dei beni stessi a società a capitale interamente pubblico (d.lgs. n. 267 del 2000, cit., art. 113, comma 2 e comma 13), con vincolo d'inalienabilità che permane con riferimento alla titolarità alternativa dell'ente locale o della società a capitale interamente pubblico, cui s'aggiunge in quest'ultimo caso l'incedibilità del capitale interamente pubblico di tali società proprietarie.

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 di servizi pubblici locali, dovevano provvedere allo scorporo della proprietà di reti, impianti ed altre dotazioni entro il 1° gennaio 2003 (legge n. 448 del 2001, cit., art. 35, commi 9 e 7), scorporo effettuato anche per scissione ove con la proprietà si trasferisce alla società proprietaria di reti, impianti e dotazioni l'intero ramo d'azienda di gestione dei beni stessi (d.lgs. n. 267 del 2000, cit., art. 113, comma 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 (cfr. d.lgs. n. 267 del 2000, cit., art. 115). Dal 1° gennaio 2002 le società di gestione di servizi pubblici locali 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

¹¹ M. DUGATO, *Proprietà e gestione delle reti nei servizi pubblici locali*, in *Riv. trim. appalti*, 2003, p. 519 s.; M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 143 ss. e 279 ss.; A. ROMANO, *Demianialità e patrimonialità: a proposito dei beni culturali*, in V. CAPUTI JAMBRENGHI (a cura di), *La cultura e i suoi beni giuridici*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 407 s.; LOLLI, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 633; V. CERULLI IRELLI, *Uso pubblico*, in *Enc. dir.*, 1992, p. 953; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Beni pubblici*, in *Enc. dir.*, 1988, p. 11; ID., *Beni pubblici e di interesse pubblico*, in L. MAZZAROLLI-G. PERICU-A. ROMANO-F.A. ROVERSI MONACO-F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Monduzzi, Bologna, 2001, p. 1140; G. FALZONE, *I beni del patrimonio indisponibile*, Giuffrè, Milano, 1957, pp. 274, 285 s.; E. GUICCIARDI, *Il concetto di demanio pubblico nel nuovo codice civile*, in *Stato e diritto*, 1943, p. 104 s.; SANTI ROMANO, *La determinazione della demianialità da parte dell'autorità amministrativa*, in *Circol. giur.*, 1898, p. 78 s. poi in *Scritti minori*, II, Giuffrè, Milano, 1990, p. 140 s.; ID., *Corso di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1937, p. 171 s.

società erogatrici del servizio (ancora d.lgs. n. 267 del 2000, cit., art. 113, comma 13).

Sino all'avvenuto "scorporo" gli enti locali non possono cedere la propria partecipazione alle società di erogazione dei servizi pubblici locali (legge n. 448 del 2001, cit., art. 35, comma 10), secondo un vincolo che però non vale per le società già quotate in borsa, le quali mantengono inoltre la proprietà dei beni destinati al servizio pubblico locale su cui grava *ex lege* un diritto d'uso perpetuo ed inalienabile a favore degli enti locali di natura demaniale (art. 825 c.c.) con diritto al pagamento di un canone (art. 1024 c.c.; legge n. 448 del 2001, cit., art. 35, comma 11; art. 1021 c.c.).

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 deve risultare in bando di gara (d.lgs. n. 267 del 2000, cit., art. 113, comma 9; si veda d.p.r. n. 168 del 2010, cit., art. 3, comma 3, lett. *f*), e art. 10, comma 2, secondo cui tale valore deve «essere al netto di eventuali contributi pubblici direttamente riferibili ai beni stessi»; sempre d.p.r. n. 168 del 2010, cit., art. 10, comma 1, specifica che i beni da cedere al nuovo gestore sono quelli «non duplicabili a costi socialmente sostenibili» e necessari «per la prosecuzione del servizio». Tale reintegrazione va riferita 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 opposta – possesso *ex lege* agli enti locali (che nega la possibilità di un trasferimento della proprietà alla società *ex art. 113, comma 13, cit.*) con vincolo *ex lege* di destinazione del bene (art. 113, comma 3, cit.) – condizionerebbe comunque pesantemente l'eventuale permanere della proprietà in capo all'impresa privata.

Gli enti locali, anche in forma associata e ove non sia vietato dalle norme di settore, possono conferire a società di capitali pubbliche – con capitale incedibile – la proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinati all'esercizio dei servizi pubblici, anche unitamente alla gestione delle stesse qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi. Alle società pubbliche proprietarie dell'infrastruttura può essere affidato altresì, il compito di espletare le gare necessarie al conferimento della titolarità della gestione del servizio.

La proprietà dei beni destinati all'esercizio del servizio pubblico è l'oggetto necessario di tali società, ma ciò non consente un uso diretto dei beni alle stesse società che non possono neanche distrarre i beni dall'uso cui sono destinati: i 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 difetto – dagli enti locali (d.lgs. n. 267 del 2000, cit., art. 113, comma 13).

L'inceditività del capitale interamente pubblico della società proprietaria (d.lgs. n. 267 del 2000, cit., art. 113, comma 13) è norma speciale di non age-

vole coordinamento con la disciplina generale che vuole il capitale sociale “naturalmente destinato” a garantire i terzi creditori (art. 2446 c.c.). D'altronde lo stesso vincolo *ex lege* di destinazione all'uso dei terzi gestori di servizi pubblici locali delle reti, impianti ed altre dotazioni (d.lgs. n. 267 del 2000, cit., art. 113, comma 9; comma 13; legge n. 448 del 2001, cit., art. 35, comma 11) è norma speciale che limita il principio generale di valorizzazione della proprietà dei beni in natura conferiti a capitale (art. 2342, commi 1 e 2; art. 2254, comma 2; art. 2343, c.c.).

Trasferiti alla società proprietaria i beni, si produce l'effetto giuridico d'inedibilità del capitale previsto dalla norma, siano o non siano le quote o azioni sociali rappresentative dei beni stessi (d.lgs. n. 267 del 2000, cit., art. 113, comma 13), con deroga alla disciplina sull'inedibilità di tali beni (d.lgs. n. 267 del 2000, cit., art. 113, comma 2), che dunque 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 gestire i servizi pubblici locali, mentre può essere chiamata ad affidare la gestione diretta degli impianti ed espletare le gare per la gestione del servizio o per la scelta del *partner* di società mista.

L'affidamento alla società proprietaria della gestione d'impianti presuppone sia una *separazione* della gestione dei beni dalla gestione dei servizi, sia che la stessa società sia un'organizzazione *in house* (per il rinvio dal comma 13 al comma 4, lett. a), art. 113, cit.).

La proprietà di reti, impianti ed altre dotazioni patrimoniali destinati all'esercizio del servizio pubblico locale è infine riconosciuta alle società quotate in borsa, nonché alle società per azioni di cui gli enti locali abbiano al 1° gennaio 2002 (legge n. 448 del 2001, cit., art. 35, comma 11) la maggioranza del capitale sempreché gli enti locali soci abbiano deliberato entro la stessa data di avviare il procedimento di quotazione in borsa che si doveva concludere entro il 31 dicembre 2003.

Come detto, le società proprietarie hanno l'obbligo *ex lege* di porre i beni stessi a disposizione dei gestori (del servizio o delle reti: d.lgs. n. 267 del 2000, cit., art. 113, comma 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 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 quest'ultimo 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 (d.lgs. n. 267 del 2000, cit., art. 113, comma 9; si veda d.p.r. n. 168 del 2010, cit., art. 3, comma 3, lett. f), ed art. 10, comma 2, secondo cui tale valore deve essere «al

netto di eventuali contributi pubblici direttamente riferibili ai beni stessi»; sempre d.p.r. n. 168 del 2010, cit., art. 10, comma 1, specifica che i beni da cedere al nuovo gestore sono quelli «non duplicabili a costi socialmente sostenibili» e necessari «per la prosecuzione del servizio»).

Ove si tratti di società per azioni quotate in borsa, a favore degli enti locali è costituito un diritto d'uso perpetuo ed inalienabile (art. 1021 c.c.) sulle reti, sugli impianti e sulle altre dotazioni patrimoniali attuali e future, con diritto del proprietario stesso ad ottenere dal gestore dei beni il pagamento di un canone, fermo restando che i beni (non il diritto d'uso) possono essere ceduti o dati in locazione e non si applicano le ulteriori disposizioni previste per il diritto d'uso dal codice civile (legge n. 448 del 2001, art. 35, comma 11).

Il d.lgs. n. 267 del 2000, art. 113, comma 3, 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 servizi pubblici locali a rilevanza economica può essere separata da quella di erogazione degli stessi». Tale disciplina pare configurare come normale l'ipotesi della gestione integrata tra servizi e relativi beni (reti o impianti), relegando la possibilità della separazione ai soli casi d'eccezione indicati dalle discipline di settore.

Separata l'attività di erogazione dei servizi da quella di gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali, gli enti locali – anche in forma associata – possono affidare la gestione di tali infrastrutture a società *in house* a tal fine istituite oppure ad imprese idonee, individuate mediante procedure ad evidenza pubblica mentre non vi è riferimento alla forma della società a capitale misto pubblico-privato (d.lgs. n. 267 del 2000, cit., art. 113, comma 4). Senonché le imprese incaricate di servizi d'interesse economico generale – e tra questi i servizi pubblici – o le imprese aventi carattere di monopolio fiscale 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. 106, § 2, TFUE¹²).

La possibilità per tali imprese d'operare in deroga al Trattato (art. 106, § 2) è stata oggetto di interpretazioni restrittive che hanno negato la legittimità del-

¹² G.M. RACCA, *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.*, 1994, p. 201 s.; Corte giust. CE, 20 marzo 1985, causa 41/83; Corte giust. CE, 11 aprile 1989, causa 66/86; Corte giust. CE, 18 giugno 1991, C-260/89; Corte giust. CE, 4 maggio 1988, causa 30/87; Corte giust. CE, 27 marzo 1974, causa 127/73; G. PASTORI, *Pubblica amministrazione e impresa nei servizi pubblici*, in *Scritti per M. Nigro*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 350 s.; J. MEGRET-J.V. LOUIS-D. VIGNES-M. WAELBROECK-J. DOUSSET-M. SARMET, *Le droit de la communauté économique européenne*, vol. III, Giuffrè, Bruxelles, 1971, p. 83; A. FRIGNANI-M. WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CEE*, Utet, Torino, 1996, p. 131; P.M. HUBER, *L'armonizzazione dei servizi di interesse economico generale in Europa ed i suoi limiti*, in *Serv. pubbl. appalti*, 2005, p. 85 s.

la deroga alle regole sulla concorrenza ove l'attività svolta in regime di monopolio o oligopolio (restrizione della concorrenza) non costituisca l'unico mezzo tecnicamente od economicamente utile ad espletare le "missioni" affidate¹³.

I costi di costruzione e gestione di una rete o impianto (con diritto a gestire l'opera o il servizio) non costituiscono ostacoli utili a legittimare una gestione in esclusiva 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 (cfr. *Libro Verde sui servizi di interesse economico generale*, p. 29 s.).

Anzi si è ritenuto che per i servizi a rete¹⁴ il principio giuridico della separazione si affermi come ipotesi precettiva ordinaria dell'ordinamento dell'UE (art. 106, § 2, TFUE), poiché la separazione consente di superare sia il conflitto di interessi del gestore integrato di infrastrutture e servizi pubblici locali, sia le ragioni di esclusiva apparentemente fondate sull'investimento economico dell'infrastruttura poiché con la separazione il gestore di rete potrà comunque ottenere i proventi a tal fine necessari dai gestori del servizio che sono tenuti a pagare un canone di accesso alla rete (d.lgs. n. 267 del 2000, cit., art. 113, comma 3, ult. frase)¹⁵.

Salva l'ipotesi dell'impossibilità tecnica assoluta – e non solo relativa ad una particolare organizzazione del servizio – non è conforme ai Trattati europei un'esclusiva di gestione volta a remunerare i costi infrastrutturali, poiché l'ordinamento europeo richiede il superamento della situazione di monopolio o oligopolio nell'erogazione del servizio pubblico agli utenti finali.

Si tratta di un vero e proprio vincolo posto dal diritto comunitario, immediatamente efficace nell'ordinamento degli Stati membri, che impone agli enti locali di procedere all'organizzazione dei servizi pubblici locali (d.lgs. n. 267 del 2000, cit., art. 42, comma 2, lett. e) separando la gestione dei servizi dalla gestione delle reti, ove ciò risulti indispensabile a superare situazioni di mono-

¹³ Corte giust. CE, 4 maggio 1988, causa 30/78; 30 aprile 1986, causa 209-213/84; 30 aprile 1974, causa 155/73.

¹⁴ F. VETRO, *Il servizio pubblico a rete*, Giappichelli, Torino, 2005; E. FERRARI (a cura di), *I servizi a rete in Europa*, Giuffrè, Milano, 2000; A. CAVALIERE, *La rete dell'energia*, in *Serv. pubbl. appalti*, 2005, p. 5 s.; E. CARDI, *La nozione di rete*, *ivi*, p. 13; R. DE MARTINO, *Le reti di comunicazione a livello europeo: cenni tecnologici e regolamentari, implementazione di reti trans-nazionali*, *ivi*, p. 19; G. CORSO, *Esiste una rete postale europea?*, *ivi*, p. 29; P. DELVOLVE, *Le reti di telecomunicazione*, *ivi*, p. 35; J.M. DIAZ LEMA, *La liberalización de las redes europeas de gas y electricidad (un estudio de las directivas comunitarias 2003/54 y 2003/55 - La liberalizzazione delle reti europee del gas e dell'elettricità (uno studio delle direttive 2003/54 e 2003/55))*, *ivi*, 47; D. SORACE-S. TORRICELLI, *La rete transeuropea dei trasporti: il quadro normativo*, *ivi*, 115; P.L. STANZIANI GHE-DINI, *La rete postale*, *ivi*, p. 129.

¹⁵ A. PINTO, *Le utilities tra regolazione, concorrenza e obblighi di separazione societaria*, in *Giust. amm.*, n. 5/2009.

polio, oligopolio e di ineffettività di un diritto di accesso alle reti (Corte cost., sent. n. 29 del 2006).

Fuori dal vincolo normativo dell'ordinamento dell'Unione europea il legislatore nazionale ha previsto che la separazione della gestione infrastrutturale dalla gestione del servizio all'utente sia ammessa solo in casi tipici previsti dalla disciplina di settore, che può essere costituita da legge o regolamento dello Stato, delle Regioni o degli enti locali secondo le rispettive competenze (artt. 117 e 118 Cost.).

La gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali non differisce nei suoi tratti essenziali dalle tradizionali ipotesi – ammesse dal diritto europeo – 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, fermo restando che la gestione dei beni o del servizio è oggetto di un'obbligazione *ex lege* del gestore di rete verso i (separati) gestori di servizi pubblici locali a rilevanza economica (d.lgs. n. 267 del 2000, cit., art. 113, comma 3), oppure di un'obbligazione contrattuale (d.lgs. n. 267 del 2000, cit., art. 113, comma 11) che è assunta dal gestore dell'infrastruttura 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 stesso in buono stato d'uso ai gestori del servizio pubblico (d.lgs. n. 267 del 2000, cit., art. 113, commi 2 e 13) verso i corrispettivi pagati da qualsiasi soggetto legittimato all'erogazione dei servizi (d.lgs. n. 267 del 2000, cit., art. 113, comma 3), a fronte dell'esborso del canone dovuto dal gestore del bene alla società proprietaria (d.lgs. n. 267 del 2000, cit., art. 113, comma 13, penultima frase), 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 (d.lgs. n. 267 del 2000, cit., art. 113, comma 4, lett. *b*), oppure ancora – 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, anche in forma associata (d.lgs. n. 267 del 2000, cit., art. 113, comma 4, lett. *a*).

Né si può escludere che accordi o convenzioni fra enti locali (d.lgs. n. 267 del 2000, cit., artt. 34 e 30) prevedano che il compito di svolgere le gare sia assolto da uno degli enti locali stipulanti per conto degli altri e forse anche che la pattuizione tra enti locali abbia ad oggetto addirittura il controllo analogo sulla società (da qualificarsi come esercizio di una funzione) o 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 agli enti).

La gara per la scelta di imprese terze per la gestione delle reti è indetta in conformità agli *standard* qualitativi e quantitativi, ambientali, di equa distribu-

zione del territorio e di sicurezza definiti dall'Autorità di settore, o in mancanza dagli enti locali (d.lgs. n. 267 del 2000, cit., art. 113, comma 7, primo periodo non oggetto di annullamento da parte della Corte costituzionale con sentenza n. 272 del 2003, ora abrogato; ora si veda d.p.r. n. 168 del 2010, cit., art. 3, comma 1).

La legge stessa non definisce la forma del soggetto gestore («soggetti privati», «imprese idonee»), né il rapporto giuridico («si avvalgono» o affidano) avente ad oggetto la gestione di reti, impianti e ed altre dotazioni patrimoniali, che dunque l'ente locale – anche in forma associata – può delineare come concessione di lavori oppure come concessione di servizi.

Si tratterà di concessione di lavori – nel significato proprio della disciplina europea – ove l'ente locale attribuisca 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 (direttiva 2004/18/CEE, all. 1; d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 3) o di un'opera, oppure l'esecuzione con qualsiasi mezzo di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice. Resta fermo che 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.

L'ente locale disporrà invece per una concessione di servizi secondo la disciplina europea ove attribuisca al concessionario il diritto-obbligo 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 (direttiva 2004/18/CEE, art. 1, § 2, lett. d).

Il riferimento alla «gestione» di reti, impianti ed altre dotazioni patrimoniali pare invece escludere l'appalto di lavori o di servizi, ove è noto che – a differenza del concessionario – all'appaltatore non spetta (a titolo di corrispettivo) la gestione dell'opera o dei servizi verso terzi, né il rischio della gestione può permanere in capo all'ente locale (come avverrebbe in caso di appalto).

Resta fermo che i rapporti tra enti locali con le società di gestione delle reti e degli impianti sono regolati da contratti di servizio (d.lgs. n. 267 del 2000, cit., art. 113, comma 11) allegati ai capitolati di gara che debbono prevedere sia lo standard delle prestazioni dei servizi (qualitativo, quantitativo, ambientale, di sicurezza, ecc.), sia strumenti adeguati di verifica del rispetto degli stessi da parte del gestore, oltre l'obbligazione, prevista *ex lege*, di pagare il canone.

La norma che con riferimento ai soli beni costituenti la rete di servizio pubblico locale a rilevanza economica stabilisce che «è, in ogni caso, garantito l'accesso alle reti a tutti i soggetti legittimati all'erogazione dei relativi servizi» può ritenersi norma di chiusura posta a tutela della concorrenza (art. 113, comma 3, ult. frase del d.lgs. n. 267 del 2000). Si pone così un divieto di esclusiva al gestore di servizio pubblico locale – sia esso un monopolio od oligopolio legale o

naturale o di fatto – corollario indispensabile per l'affermazione di una pluralità di produttori di servizi e del diritto di scelta degli utenti.

Ove la gestione della rete non sia stata affidata con gara, i gestori della rete (separata o integrata all'erogazione del servizio agli utenti) possono eseguire solo i lavori in economia, 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 avente ad oggetto anche l'esecuzione dei lavori può realizzare direttamente i lavori connessi alla gestione della rete; in difetto il gestore di rete (separata o integrata all'erogazione del servizio) deve affidare i lavori a terzi (d.lgs. n. 267 del 2000, cit., art. 113, comma 5-ter).

Lavori diversi da quelli ammessi dalla gestione in economia non possono essere eseguiti direttamente dai gestori *in house*, né dalla società di capitali mista ove non sia stata espressamente posta in gara (capitolato) anche l'esecuzione di tali lavori, con indicazione in bando delle necessarie qualificazioni soggettive.

La norma (d.lgs. n. 267 del 2000, cit., art. 113, comma 5-ter) non involge invece i lavori connessi alla sola gestione del servizio, sicché la separazione della gestione del bene costituente la rete è di favore per i gestori del solo servizio pubblico, siano essi organizzazioni *in house*, società miste pubblico-private, oppure soggetti aggiudicatari all'esito di gara avente ad oggetto il servizio pubblico, anche senza espressa indicazione in capitolato dei lavori a tal fine necessari.

4. Gli affidamenti di una pluralità di servizi, i bacini di gara e le gestioni in forma associata

In continuità a quanto già previsto (dal d.lgs. n. 267 del 2000, art. 113, comma 8, ora abrogato) «è consentito l'affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi pubblici locali nei casi in cui possa essere dimostrato che tale scelta sia economicamente vantaggiosa», fermo restando che «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» (art. 23-bis, comma 6, d.l. n. 112 del 2008, cit.).

Si prescrive dunque che l'affidamento simultaneo di più servizi pubblici locali possa avvenire: a) «con gara»; b) sempreché la scelta sia «economicamente vantaggiosa», con conseguente irrilevanza di ulteriori motivazioni utili a sostenere la scelta stessa, c. con il vincolo di una durata del rapporto che deve essere comma 1) «unica per tutti i servizi», comma 2) «non superiore» ad un termine di «durata media» che – secondo il legislatore – si trae in ragione «della durata degli affidamenti indicata dalle discipline di settore».

Già quest'ultima prescrizione potrebbe risultare d'ostacolo ad organizzare

gare per l'affidamento simultaneo di una pluralità di servizi ove – come già accaduto per l'applicazione di precedente disciplina transitoria in materia di servizi pubblici locali (d.lgs. n. 267 del 2000, cit., art. 113, comma 15-*bis*, ult. frase, ora abrogato) – non è chiaro il livello territoriale utile di riferimento (europeo, statale, infra-statale, ecc.), né paiono comunque di agevole reperimento i dati e – prima ancora – le fonti di conoscenza per determinare l'indicata «durata media» degli affidamenti del settore.

La prescrizione della «gara» per l'affidamento simultaneo di più servizi non pare escludere la possibilità di affidamento diretto a un produttore *in house* con oggetto sociale multiplo (che, come già precisato, non deve però precludere l'esercizio del controllo analogo) se sussistono le «situazioni eccezionali» che legittimano l'autoproduzione *multiutilites* (art. 23-*bis*, commi 2, 3 e 4, d.l. n. 112 del 2008, cit.). La mancanza di un'espressa previsione in tal senso comporta infatti l'applicazione dei principi generali desumibili dall'ordinamento europeo che ammette entrambe le forme alternative di gestione dei servizi pubblici locali nel rispetto degli ulteriori limiti previsti dal legislatore nazionale.

La limitazione della scelta ad un unico motivo («maggior vantaggio economico») non può che essere interpretata ragionevolmente (*ex art. 3, comma 2, Cost.*), cioè nel senso che l'amministrazione interessata deve ravvisare comunque tale vantaggio economico che però non è condizione necessaria e sufficiente per procedere all'affidamento simultaneo di una pluralità di servizi occorrendo comunque una congrua ed adeguata motivazione su tutti i profili d'interesse in conformità alla disciplina generale sul dovere d'istruttoria e motivazione degli atti amministrativi. Dovrebbe, ad esempio, essere valutata la possibilità «integrazione di servizi a domanda debole nel quadro di servizi più redditizi» (art. 23-*bis*, comma 7, d.l. n. 112 del 2008, cit.) che consenta la garanzia del servizio universale attraverso espresse sussidiazioni incrociate la cui trasparente predeterminazione al momento dell'affidamento (sia esso *in house* o a terzi con gara) ne assicura la compatibilità col diritto europeo della concorrenza.

Il termine unitario di durata del rapporto («affidamento di durata unica per tutti i servizi»), infine, non pare escludere la possibilità di distinguere per ciascun servizio i tempi di ammortamento delle reti ed impianti i cui valori possono essere riproposti nei bandi a venire come debito di gestione dell'attività di servizio pubblico, con clausole d'accollo dei valori di ammortamento al nuovo aggiudicatario o all'ente territoriale nel caso di cessazione del servizio pubblico.

Le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze e d'intesa con la Conferenza unificata «possono definire, nel rispetto delle normative settoriali, i bacini di gara per i diversi servizi, in maniera da consentire lo sfruttamento delle economie di scala e di scopo e favorire una maggiore efficienza ed efficacia nell'espletamento dei servizi, nonché l'integrazione di servizi a do-

manda debole nel quadro di servizi più redditizi, garantendo il raggiungimento della dimensione minima efficiente a livello di impianto per più soggetti gestori e la copertura degli obblighi di servizio universale» (art. 23-*bis*, comma 7, d.l. n. 112 del 2008, cit.).

La disposizione di legge statale non fa che esplicitare un profilo del potere d'organizzazione di regioni ed enti locali dei *propri* servizi (art. 117, commi 4 e 6, Cost.) per il buon andamento degli stessi (art. 97, comma 1, Cost.), giungendo però a prescrivere per ogni definizione di «bacino di gara» una singolare previa «intesa con la Conferenza unificata» Stato-Regioni-Città ed Autonomie locali che pare di difficile armonizzazione con le indicate attribuzioni costituzionali di regioni ed enti locali, oltre ad essere adempimento procedimentale sicuramente gravoso.

Numerose discipline di settore già prevedono per la gestione dei servizi pubblici ambiti territoriali ottimali che, pur con diverse denominazioni, individuano le porzioni del territorio che per caratteristiche orografiche o infrastrutturali prevedibilmente garantiscono economie di scala nell'erogazione del servizio: così per il servizio idrico integrato (art. 147, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152), per il servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani (art. 200, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152), per la distribuzione del gas (art. 46-*bis*, d.l. 1° ottobre 2007, n. 159, *Interventi urgenti in materia economico-finanziaria, per lo sviluppo e l'equità sociale*, conv. in legge 29 novembre 2007, n. 222 prevede l'individuazione di «ambiti territoriali minimi per lo svolgimento delle gare per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas, a partire da quelli tariffari, secondo l'identificazione di bacini ottimali di utenza, in base a criteri di efficienza e riduzione dei costi» nonché «misure per l'incentivazione delle relative operazioni di aggregazione»).

La previsione in esame ha l'effetto, forse non previsto, di estendere in via generale a tutti i servizi pubblici la necessità di individuare una ambito ottimale di gestione del servizio – che può non coincidere con le circoscrizioni amministrative degli enti territoriali – anche se al solo fine della valutazione tra l'opportunità di ricorrere al mercato – quindi procedere all'affidamento in via ordinaria («bacini di gara») – o alla produzione attraverso la propria organizzazione – affidamenti in deroga ove sussistano le ricordate «situazioni eccezionali».

I «bacini di gara» sono definiti dalle regioni e dagli enti locali d'intesa con la Conferenza unificata (art. 23-*bis*, comma 7, d.l. n. 112 del 2008, cit.) che non sembra tuttavia possano ignorare le «soglie» di affidamento rilevante definite invece dallo Stato in sede regolamentare (art. 23-*bis*, comma 4-*bis*, d.l. n. 112 del 2008, cit.; d.p.r. n. 168 del 2010, cit., art. 4, comma 1). L'esigenza di un coordinamento tra le due definizioni appare evidente in ragione della comune finalità: l'individuazione di un «mercato rilevante» caratterizzato da «economie di scala e di scopo» e da una «dimensione minima efficiente a livello di im-

pianto» che rendono appetibile la gestione del servizio pubblico per gli operatori di mercato.

I bacini di gara non dovrebbero semplicemente coincidere con l'estensione delle reti e degli impianti esistenti che, anche ove costituiscano monopolio naturale non duplicabile, non possono essere di ostacolo a una più ampia interoperabilità tra infrastrutture che, ove possibile, apra ad una concorrenza tra gestori del servizio che accedono alla medesima rete locale o al medesimo sistema di reti locali («il raggiungimento della dimensione minima efficiente a livello di impianto per più soggetti gestori» è uno degli obiettivi dichiarati della riforma *ex art. 23-bis*, comma 7, d.l. n. 112 del 2008, cit.). Gli enti locali possono provvedere alla gestione del servizio pubblico in forma associata, in conformità ad una tradizione storica comune a molti ordinamenti giuridici nazionali europei¹⁶ che ha trovato espressione nella *Convenzione europea relativa alla Carta europea dell'autonomia locale* del 15 ottobre 1985, art. 6, § 1 secondo cui «le collettività locali devono poter definire esse stesse le strutture amministrative interne di cui intendono dotarsi, per adeguarle alle loro esigenze specifiche in modo tale da consentire un'amministrazione efficace».

Tra le diverse forme di esercizio associato di servizi pubblici tra una pluralità di enti territoriali devono includersi le convenzioni (art. 30, d.lgs. n. 267 del 2000), i consorzi (art. 31, d.lgs. n. 267 del 2000) e le unioni di comuni (art. 3, d.lgs. n. 267 del 2000) oltre alle forme di esercizio associato di servizi da parte di comuni che la regione può promuovere (art. 33, commi 3 e 4, d.lgs. n. 267 del 2000), ciascuna delle quali presenta particolarità che valgono a distinguersela dalle altre.

La convenzione costituisce la forma più semplice di collaborazione e coordinamento tra enti locali¹⁷, poiché non implica la costituzione di un nuovo soggetto, come per l'unione di comuni e il consorzio. La legislazione regionale è orientata nel senso di considerare le convenzioni come “forme associate” di esercizio di servizi in ambiti territoriali ottimali individuati. L'alternativa tra la convenzione e la costituzione di enti associativi dipende dalla minore o maggiore complessità dei compiti da assolvere in collaborazione. La convenzione è indicata (art. 42, comma 2, lett. e), d.lgs. n. 267 del 2000) come una possibile modalità di affidamento di “attività o servizi”, laddove i “servizi pubblici” so-

¹⁶ Ad es. per la Francia, art. L5111-1 e s. del *Code général des collectivités territoriales*; per l'Inghilterra, art. 18 (area committees) e 20 (joint exercise of functions) del *Local Government Act 2000*; G. CAIA, *La società a prevalente capitale pubblico locale come formula organizzativa di cooperazione tra Comuni*, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2002, p. 1231 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, Jovene, Napoli, 1993; P. PIRAS, *Servizi pubblici e società per azioni a partecipazione comunale*, Giuffrè, Milano, 1994.

¹⁷ TUBERTINI, *Le forme associative e di cooperazione fra enti locali tra i principi di autonomia e di adeguatezza*, in *Le istituzioni del federalismo*, n. 2, 2000, p. 320.

no oggetto di una disciplina particolare rispetto a cui la convenzione può essere fonte di disciplina delle modalità di gestione di un servizio, ma non essa stessa una modalità di gestione. Sulla base della convenzione può essere scelta qualunque modalità organizzativa (ordinaria o derogatoria) di gestione del servizio pubblico. In passato la convenzione era utilizzata per l'affidamento per estensione territoriale dell'attività del gestore pubblico di un servizio di altro comune (azienda speciale) per accordo diretto tra gestore e comune (art. 5, d.p.r. 4 ottobre 1986, n. 902, da ritenersi abrogato¹⁸). La convenzione può consistere in una delega ad uno degli enti che sarà chiamato a scegliere la modalità di gestione del servizio in nome e per conto di tutti gli altri, con conseguente eventuale legittimazione dell'ente strumentale di uno dei comuni convenzionati ad operare nel territorio dell'ente convenzionato *extra moenia*, ove tale estensione risulti a vantaggio delle esigenze della collettività e non diretta a conseguire vantaggi economici e finanziari in aree territoriali distanti dai comuni associati¹⁹.

La Corte di giustizia ha recentemente confermato²⁰ la compatibilità delle forme associate di gestione dei servizi pubblici tra enti territoriali purché non siano di ostacolo alle forme di gestione ritenute compatibili con l'ordinamento dell'Unione europea dal ricorso al mercato osservando la disciplina sulla concorrenza all'autoproduzione *in house providing*.

Le convenzioni, come le altre forme di esercizio associato di servizi, sono forme di «autorganizzazione degli enti locali per lo svolgimento dei servizi di interesse comune»²¹ che devono tuttavia garantire il soddisfacimento dei requisiti di affidamento *in house* (il controllo analogo e la destinazione principale in capo ad ogni ente locale convenzionato) ed evitare ogni forma di estensione territoriale del servizio non già prevista con esattezza nell'originario capitolato di gara in caso di gestione tramite società mista o terzo scelto con gara.

I consorzi sono associazioni di enti locali istituiti per il soddisfacimento dei compiti istituzionali cui ciascun ente dovrebbe comunque attendere singolarmente e possono pertanto essere costituiti anche per la gestione di servizi pubblici (art. 31, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267).

I consorzi tra enti locali costituiti per la gestione diretta di servizi pubblici

¹⁸ TAR Marche, n. 146/1999, *Giur. merito*, 1999, p. 1082.

¹⁹ CAVALLO PERIN, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, Jovene, Napoli, 1993; Cons. Stato, sez. V, n. 2012/2002, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2002, 930; Id., n. 1874/2002, *ivi*, 2002, p. 917.

²⁰ Corte giust. CE, 9 giugno 2009, C-480/06, *Commissione CE c. Repubblica Federale di Germania*; Id., 13 novembre 2008, C-324/07, *Coditel Brabant*.

²¹ Cons. Stato sez. V, n. 2012/2002, *Foro amm.-Cons. Stato*, 2002, p. 930; TAR Emilia-Romagna, Parma, n. 422/2000, in *Riv. trim. appalti*, 2001, p. 340.

erano modellati sull'azienda consortile di cui all'art. 25, legge n. 142 del 1990 di cui rispecchiavano l'organizzazione interna (assemblea, consiglio di amministrazione, presidente, direttore e organo di revisione), improntata ad una logica "aziendale", di indirizzo e controllo gestionale più che di natura politico-amministrativa. Le aziende speciali-consortili che ancora gestiscono servizi aventi rilevanza economica si sarebbero dovute trasformare, entro il 30 giugno 2002, in società di capitali con deliberazione dell'assemblea consortile assunta a maggioranza dei suoi componenti, senza necessità di ulteriori atti di assenso dei consigli degli enti consorziati. Gli enti locali che non intendono partecipare alla società frutto di trasformazione possono recedere con diritto alla liquidazione della quota di partecipazione in base al valore nominale iscritto a bilancio della relativa quota di capitale (art. 35, comma 8, legge n. 448 del 2001 e art. 115, comma 7-*bis*, aggiunto dall'art. 35, comma 12, legge n. 448 del 2001).

L'Unione di comuni è un ente pubblico locale, di secondo livello perché dotato di autonomia derivata dai comuni (art. 32, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267). L'Unione ha organi di governo con poteri d'indirizzo politico-amministrativo sui servizi ad essa attribuiti valevoli sull'intero territorio, i cui confini sono quelli dei territori dei Comuni che la creano e che corrispondentemente rinunziano all'esercizio in proprio di tali competenze, che trovano nell'Unione un luogo di espressione più capace di esprimere politiche locali, per dimensione, capacità economica, peso politico. L'Unione è ontologicamente plurifunzionale, dunque non può essere costituita per la gestione di una sola funzione o di un solo servizio: laddove i Comuni intendano limitare la loro collaborazione alla sola organizzazione esecutiva di una parte delle loro competenze istituzionali, hanno a disposizione altri strumenti, come la convenzione, il consorzio e le forme più limitate di sola gestione dei servizi locali²².

All'Unione di comuni possono essere trasferite le funzioni inerenti alla gestione dei servizi pubblici locali con riferimento al proprio territorio, e per la popolazione che vi risiede ed in tal caso ad esse «competono gli introiti derivanti dalle tasse, dalle tariffe e dai contributi sui servizi ad esse affidati» (art. 32, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267).

Tutte le forme associative enunciate (convenzioni, consorzi, unioni di comuni) nonché quelle ulteriormente individuate in sede regionale (esercizio associato di servizi di cui all'art. 33, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267) non costituiscono modalità dirette di gestione dei servizi pubblici alternative a quelle definite dall'art. 113, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 e dall'art. 23-*bis*, comma 7, d.l. n. 112 del 2008 ma piuttosto sedi decisionali per la scelta di una forma di gestione unitaria per tutti gli enti locali associati tra quelle previste da tali dispo-

²² P. FORTE, *Commento all'art. 32*, in R. CAVALLO PERIN-A. ROMANO, *Commentario al Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*, Cedam, Padova, 2006, p. 189 s.

sizioni. Gli enti associati dovranno quindi optare per i moduli ordinari (mercato) o per quello derogatorio (*in house providing*) nel rispetto delle relative discipline giuridiche nazionali ed europee.

5. Il sistema dei controlli e il regime delle responsabilità

Le competenze degli organi comunali e provinciali relative agli atti che determinano l'affidamento della titolarità della gestione del servizio pubblico e poi il controllo sull'erogazione dello stesso in corso d'esecuzione del rapporto sono variamente articolate dalla legge.

Al Consiglio è attribuita la deliberazione di concessione dei pubblici servizi e di partecipazione dell'ente locale a società di capitali (d.lgs. n. 267 del 2000, cit., art. 42, comma 2, lett. e), nonché i poteri d'indirizzo e vigilanza (d.lgs. n. 267 del 2000, cit., art. 42, comma 2, lett. g), ivi compresa la deliberazione di statuti ed atti costitutivi. A tal fine ai componenti il Consiglio è riconosciuto il diritto di accesso a tutti gli atti delle società *in house* o comunque partecipate dall'ente locale per la gestione di servizi pubblici locali²³.

Ai dirigenti è attribuita (d.lgs. n. 267 del 2000, cit., 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.

All'organo di revisione economico-finanziaria dell'ente locale è assegnato, con norma regolamentare, il compito di verificare il rispetto del contratto di servizio da parte del gestore «in caso di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali ai sensi dell'articolo 23-*bis*, comma 3, e in tutti i casi in cui il capitale sociale del soggetto gestore è partecipato dall'ente locale affidante» (d.p.r. n. 168 del 2010, cit., art. 8, comma 10).

L'attribuzione al terzo di tutta o parte della domanda di servizi che si rivolge alla pubblica amministrazione giustifica di per sé l'apposizione di speciali vincoli ed obblighi nell'esercizio di una attività che ai terzi stessi – 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 (art. 41 Cost.).

La vigilanza sull'attività di servizio pubblico – svolta nei confronti di qualsiasi forma di gestione, ivi compresa la società mista e i concessionari – non comporta ingerenza nell'autonoma organizzazione imprenditoriale dei fattori di produzione dell'impresa di cui è titolare il gestore di servizio pubblico, con

²³ Ad es. le società miste: da ultimo TAR Piemonte, sez. I, 15 febbraio 2010, n. 934.

ciò distinguendosi dal controllo analogo dell'ente locale sull'organizzazione *in house providing*.

La previsione di una necessaria definizione di «indirizzi da osservare da parte delle aziende pubbliche e degli enti, dipendenti, sovvenzionati o sottoposti a vigilanza» (d.lgs. n. 267 del 2000, cit., art. 42, comma 2, lett. g) si completa con le norme secondo cui gli enti locali esercitano la vigilanza sulla gestione dei servizi pubblici con particolare attenzione alle posizioni degli utenti e dei consumatori.

Infatti «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» (legge n. 448 del 2001, art. 35, comma 14).

Tutela prioritaria che il legislatore ha voluto poi precisare e rafforzare, poiché si è imposto agli enti locali – al fine di tutelare «i diritti dei consumatori e degli utenti dei servizi pubblici locali», comunque garantendo «la qualità, l'universalità ed economicità delle relative prestazioni» di servizio pubblico – di definire anzitutto «una carta della qualità dei servizi» in conformità «a previe intese con le associazioni di tutela dei consumatori e con le associazioni imprenditoriali interessate», carta che il gestore fa propria («emana») e che stabilisce «gli *standard* di qualità e di quantità relativi alle prestazioni erogate così come determinati nel contratto di servizio, nonché le modalità di accesso alle informazioni garantite, quelle per proporre reclamo e quelle per adire le vie conciliative e giudiziarie nonché le modalità di ristoro dell'utenza, in forma specifica o mediante restituzione totale o parziale del corrispettivo versato, in caso di inottemperanza» (legge 24 dicembre 2007, n. 244, art. 2, comma 461, lett. a); d.p.r. n. 168 del 2010, cit., art. 3, comma 3, lett. g); sulla «tutela non giurisdizionale» degli utenti si veda ora d.p.r. n. 168 del 2010, cit., art. 11).

La stessa legge prescrive (legge n. 244 del 2007, cit., art. 2, comma 461 – oltre all'obbligo del gestore di emanare una carta dei servizi (lett. a) – anche che le associazioni dei consumatori siano «consultate obbligatoriamente» dal gestore e dall'amministrazione (lett. b); la verifica periodica – assieme al gestore ed all'amministrazione – della «adeguatezza dei parametri quantitativi e qualitativi del servizio erogato fissati nel contratto di servizio alle esigenze dell'utenza cui il servizio stesso si rivolge» (lett. c); la partecipazione al «sistema di monitoraggio permanente del rispetto dei parametri fissati nel contratto di servizio e di quanto stabilito nelle carte della qualità dei servizi, svolto sotto la diretta responsabilità dell'ente locale o dell'ambito territoriale ottimale», con possibilità per «ogni singolo cittadino» di rivolgersi alle stesse «associazioni dei consumatori» (lett. d); la partecipazione alla «sessione annuale» con amministrazione e gestore per la «verifica del funzionamento dei servizi» ove «si dia

conto dei reclami, nonché delle proposte ed osservazioni» dei cittadini pervenute alle associazioni dei consumatori, all'amministrazione od al gestore (lett. e).

Si tratta di attività che “costano”, sicché – per espressa previsione di legge – gli oneri economici per l'organizzazione e la realizzazione delle stesse (in particolare, le attività *sub* b, c, d) sono posti «a carico dei soggetti gestori del servizio» con «prelievo predeterminato nel contratto di servizio per l'intera durata del contratto» (legge n. 244 del 2007, cit., art. 2, comma 461, lett. f), senza possibilità dunque che gli importi corrispondenti a tali oneri siano caricati in tariffa sull'utenza e per questa via recuperati dal gestore.

L'inadempimento delle condizioni che disciplinano il rapporto giuridico contrattuale tra l'ente territoriale concedente e il terzo concessionario o comunque gestore del servizio pubblico o il gestore delle reti e degli impianti a questo serventi determinano le sole conseguenze espressamente previste nel contratto di concessione o di appalto (che tal fine può richiamare il capitolato, i documenti di gara o il programma di servizio pubblico). In particolare l'ente territoriale può prevedere nel c.d. contratto di servizio pubblico clausole penali (anche a operare sul sistema tariffario), clausole di risoluzione e, nei casi più gravi, cause di decadenza per contrastare gli inadempimenti del gestore. Gli amministratori delle società incaricate della gestione del servizio pubblico o delle reti, impianti e altre dotazioni a questo serventi incorrono nelle ordinarie responsabilità d'impresa, tra cui in particolare quelle connesse all'approntamento delle misure organizzative strutturali utili a prevenire le condotte illecite di cui al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231²⁴ nonché quelle previste per gli amministratori di società (artt. 2392 s. c.c.).

Qualora il gestore del servizio pubblico o della rete sia una società mista o *in house*, l'ente territoriale dispone delle azioni sociali di responsabilità nei confronti degli amministratori previste in via ordinaria dal codice civile (artt. 2392 s. c.c.) per ottenere il risarcimento dei danni causati al patrimonio della società o del singolo socio. La responsabilità degli amministratori per i danni causati al patrimonio della società cui è affidata la gestione del servizio pubblico o della rete per inosservanza dei relativi doveri può essere fatta valere dall'assemblea (art. 2393) o dai soci di minoranza (art. 2393-*bis*). I singoli soci possono invece far valere la responsabilità degli amministratori altresì per i danni causati al proprio patrimonio (art. 2395 c.c.)²⁵. Pur non essendo sindacabili nel merito le scelte di gestione, l'amministratore può rispondere del danno causato al patrimonio sociale o del singolo socio per omissione di cautele, verifiche o adegua-

²⁴ Su cui ad es. Trib. Milano, 13 febbraio 2008, *V.C.M. s.p.a. c. Tedesco*.

²⁵ Corte dei conti, I sez. giur. centrale, 3 novembre 2005, n. 356.

ta acquisizione preventiva di informazioni: l'amministratore ha infatti l'obbligo di predisporre un adeguato assetto strutturale e organizzativo (adeguati protocolli organizzativi di prevenzione dei reati, di sicurezza nei luoghi di lavoro ...) e di porre in essere ragionevoli protocolli istruttori per l'assunzione delle decisioni produttive (c.d. *business judgment rule*; cfr. art. 2381 c.c.)²⁶.

La responsabilità per i danni arrecati alla «redditività ed al valore della partecipazione sociale» detenuta dall'ente territoriale si estende altresì alle società o enti che «esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società» incaricate della gestione del servizio pubblico o delle relative reti infrastrutturali (art. 2497 c.c.). In tali casi l'ente territoriale socio può direttamente chiedere il risarcimento dei danni alla società che esercita poteri di direzione o coordinamento sul gestore del servizio o della rete. Per converso, può essere il socio privato ad invocare, *ex art. 2497 c.c.*, la responsabilità dell'ente territoriale che, nell'esercizio poteri di direzione e coordinamento sulla società mista – e perfino sull'ente gestore *in house* qualora si ritenga ravvisabile un rapporto di *in house providing* con società a capitale non interamente pubblico – del servizio pubblico o della rete, ha causato un danno alla «redditività ed al valore della partecipazione sociale» detenuta dal partner privato.

L'utilizzazione di modelli societari per la gestione dei servizi pubblici e delle relative infrastrutture pone il problema della disciplina giuridica loro applicabile. Accanto alla disciplina disposta in via generale dal codice civile per le società commerciali, i gestori di servizi pubblici o di reti pubbliche per l'erogazione di tali servizi sono stati sottoposti a discipline speciali di settore per espressa statuizione legislativa (così la previsione di un limite massimo al numero degli amministratori, ai loro compensi e ai loro incarichi²⁷, di vincoli sulle procedure di assunzione del personale²⁸) o per interpretazione giurisprudenziale che ha esteso la responsabilità amministrativa per danno erariale innanzi alla Corte dei conti agli amministratori di società incaricate di servizi pubblici, individuando un rapporto di servizio tra questi e l'ente territoriale af-

²⁶ Cass., sez. un., 28 aprile 1997, n. 3652; Cass. 23 marzo 2004, n. 5718.

²⁷ Art. 1, comma 729, legge 26 dicembre 2006, n. 296; art. 1, commi 587-593 e 725-735 della legge 27 dicembre 2006, n. 296 e art. 3, commi 12-18 della legge 24 dicembre 2007, n. 244 e, da ultimo, art. 71 della legge n. 69 del 2009; Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Regione Lombardia, 18 ottobre 2007, n. 46.

²⁸ Secondo l'art. 18, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, «*le società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'articolo 35 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165*»; si veda ora d.p.r. n. 168 del 2010, cit., art. 7.

fidante e ammettendo il danno indiretto (cioè ad amministrazione diversa da quella di appartenenza)²⁹.

La responsabilità amministrativa per danno erariale è stata estesa dapprima agli amministratori delle società a partecipazione pubblica³⁰ quindi agli amministratori degli enti o società pubblici gestori o concessionari di servizi pubblici³¹ nonché delle società o enti concessionari di lavori o di beni pubblici³² ravvisando un rapporto di servizio tra gli amministratori e i dipendenti di tali società e l'amministrazione territoriale controllante perché inseriti nella sua organizzazione (amministratori di enti *in house*) o a questa legati dal rapporto di concessione o di affidamento del servizio pubblico³³. Secondo la giurisprudenza è infatti «del tutto irrilevante il titolo in base al quale la gestione del pub-

²⁹ L. TORCHIA, *La responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, p. 791 s., rileva che «si è potuta così affermare la sussistenza di un rapporto con l'erario che scavalca qualsiasi struttura organizzativa o relazione giuridica, chiamando appunto a rispondere di danno erariale non solo la società pubblica nei confronti del socio, o il socio pubblico per la sua inerzia nei confronti di eventuali condotte dannose della società, ma direttamente gli amministratori delle società pubbliche, sovrapponendo così completamente il regime giuridico pubblicistico al regime giuridico societario».

³⁰ Su cui già Corte cost. 28 dicembre 1993, n. 466; Corte cost. 24 ottobre 2001, n. 340 e Corte cost. 19 dicembre 2003, n. 363; Cass., sez. un., 21 novembre 2000, n. 1193; Cass., sez. un., 11 luglio 2007, n. 15458; Corte dei conti, sez. giur. Lombardia, 22 febbraio 2006, n. 114.

³¹ Cass., sez. un., ord. 22 dicembre 2003, n. 19667 secondo cui è «l'evento verificatosi in danno di un'amministrazione pubblica il dato essenziale dal quale scaturisce la giurisdizione contabile e non o non più il quadro di riferimento (diritto pubblico o privato nel quale si colloca la condotta produttiva del danno stesso)»; Cass., sez. un., 26 febbraio 2004, n. 3899; Cass., sez. un., 27 settembre 2006, n. 20886; Corte dei conti, sez. reg. Abruzzo, 14 gennaio 2005, n. 67; Corte dei conti, sez. II giur. centr. appello, 4 marzo 2008 n. 94, *Procura Generale contro Rosati e Latini*; Corte dei conti, sez. reg. Abruzzo, 13 febbraio 2007, n. 184; Corte dei conti, sez. giur. Puglia, 30 novembre 2006, n. 1104; Corte dei conti, sez. I centr. appello, 28 aprile 1999, n. 110.

³² Cass., sez. un., 18 luglio 2008, n. 19815; Corte dei conti, sez. reg. Trentino Alto-Adige, 18 luglio 2006, n. 58; Corte dei conti, sez. giur. Marche, 16 giugno 2005, n. 492.

³³ E. PiGA, *Giurisdizione della Corte dei conti nei confronti degli amministratori di società di capitali (società in house e società mista) partecipate dagli enti locali per la gestione di servizi pubblici a rilevanza economica alla luce del processo di privatizzazione e di liberalizzazione*, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2007, p. 2669 s.; R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 200, nota 51; Cass., sez. un., 26 febbraio 2004, n. 3899; Id., 3 maggio 2005, n. 9096; Id., 25 maggio 2005, n. 10973; Id., 20 giugno 2006, n. 14101; Corte dei conti, sez. giur. Lombardia, 17 luglio 2007, n. 414 e 22 febbraio 2006, n. 114. Per una posizione critica a tale orientamento: G. ROSSI, *La gradazione della natura giuridica pubblica*, in *Dir. amm.*, 2007, spec. pp. 687 e 694; Id., *Le società di proprietà pubblica. Controlli e responsabilità*, in *Serv. pubbl. appalti*, 2006, p. 185 s.; L. TORCHIA, *Responsabilità civile e responsabilità amministrativa per le società a partecipazione pubblica: una pericolosa sovrapposizione*, in *Serv. pubbl. appalti*, 2006, p. 223 s.; G.M. RACCA, *Commento all'art. 93*, in R. CAVALLO PERIN-A. ROMANO, *Commentario al Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*, Cedam, Padova, 2006, p. 512 s.

blico denaro è svolta, potendo consistere in un rapporto di pubblico impiego o di servizio, ma anche in una concessione amministrativa od in un contratto privato» poiché «ormai il baricentro per discriminare la giurisdizione ordinaria da quella contabile si è spostato dalla qualità del soggetto (che può ben essere un privato od un ente pubblico non economico) alla natura del danno e degli scopi perseguiti» onde sussiste la responsabilità per danno erariale qualora «il privato, per sue scelte, incida negativamente sul modo d'essere del programma imposto dalla pubblica amministrazione»³⁴.

Il legislatore ha espressamente escluso la giurisdizione della Corte dei conti per le sole «società con azioni quotate in mercati regolamentati, con partecipazione di amministrazioni o di enti pubblici, inferiore al 50%, nonché per le loro controllate» i cui amministratori e dipendenti sono soggetti alle sole responsabilità previste dal diritto civile e le relative controversie sono devolute esclusivamente alla giurisdizione del giudice ordinario (art. 16-bis, d.l. 31 dicembre 2007, n. 248 conv. in legge 28 febbraio 2008, n. 31)³⁵.

I giudizi di responsabilità societaria e di responsabilità contabile hanno *ratio* e oggetti diversi³⁶: il primo concerne un'attività d'impresa caratterizzata dall'assunzione di rischi e da incertezze che è suscettibile unicamente di valutazione di razionalità *ex ante* (secondo la citata *business judgement rule*) che si distingue dal giudizio *ex post* di conformità della condotta alle norme pubblicistiche, che prescrivono azioni e comportamenti tipizzati, la cui violazione, a differenza delle responsabilità civili, è di per sé produttiva di danno. L'interes-

³⁴ Cass., sez. un., ord. 1° marzo 2006, n. 4511.

³⁵ Su cui v. P. NOVELLI-L. VENTURINI, *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione delle pubbliche amministrazioni e al diritto delle società*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 729 ss.; M.A. SANDULLI, *L'art. 16-bis del decreto milleproroghe sulla responsabilità di amministratori e dipendenti delle società pubbliche: restrizione o ampliamento della giurisdizione della Corte dei conti?*, in *www.federalismi.it*; G. DI GASPARE, *La giurisdizione della Corte dei conti nell'art. 16-bis della legge n. 31 del 2008 sulla responsabilità amministrativa e contabile degli amministratori e dirigenti di imprese con capitale pubblico operanti nei servizi di pubblica utilità*, in *www.amministrazioneincammino.it*, 2008.

³⁶ G. DELLA CANANEA, *Responsabilità degli amministratori delle società pubbliche e regole di concorrenza*, in *Riv. dir. societario*, 2007, p. 49 ss.; D. IELO, D. IACOVELLI, *La giurisdizione della Corte dei conti sulle società pubbliche*, in *Amministrare*, 2008, p. 67 ss.; C. IBBA, *Azione ordinaria di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa in materia di società in mano pubblica. Il rilievo della disciplina privatistica*, in *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalla riforma)*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 301 ss. e ID., *Azioni ordinarie di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa nelle società in mano pubblica. Il rilievo della disciplina privatistica*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 145 s.; G. ROMAGNOLI, *La responsabilità degli amministratori di società pubbliche fra diritto amministrativo e diritto commerciale*, in V. DOMENICHELLI (a cura di), *La società "pubblica" tra diritto privato e diritto amministrativo*, Padova, 2008, p. 151 ss.; M. ANTONIOLI, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, Milano, 2008.

se sociale e l'interesse pubblico hanno natura giuridica e strumenti di tutela distinti che dipendono dal tipo di attività – rispettivamente d'impresa, sottoposta al diritto privato o amministrativa, disciplinata dal diritto pubblico – posta in essere³⁷ che tuttavia non sempre aprono ad univoci criteri distintivi.

Se la coincidenza tra interesse sociale e interesse pubblico può ravvisarsi nel modello di gestione *in house* (sia del servizio pubblico che delle reti e degli impianti a questo strumentali), poiché si tratta di moduli organizzativi strumentali degli enti territoriali controllanti che non svolgono propriamente attività di impresa, attesi i molteplici limiti che questa incontra, diverso è il caso delle società a capitale misto pubblico-privato o del concessionario privato di servizio pubblico. Qui la sussistenza di un rapporto di servizio tra amministrazione territoriale ed ente gestore dovrebbe poggiare su ulteriori elementi, quali le concrete circostanze in cui l'attività è svolta (effettiva allocazione del rischio di gestione, poteri decisionali riconosciuti al privato, dell'utilizzo di risorse o beni pubblici)³⁸.

La giurisdizione della Corte dei conti sull'azione di responsabilità amministrativa nei confronti degli amministratori di società a capitale pubblico o misto affidatarie di servizi pubblici o della gestione delle relative reti per il danno arrecato direttamente al patrimonio di queste o indirettamente al patrimonio dell'ente territoriale socio sembra porsi come concorrente piuttosto che esclusiva rispetto alla giurisdizione ordinaria sulle azioni sociali di cui agli artt. 2393 e s. c.c., anche se il mancato esercizio delle azioni di responsabilità societaria ha sovente, di fatto determinato una concentrazione delle responsabilità e della giurisdizione in capo alla Corte dei conti³⁹. Si è ritenuto così che la domanda risarcitoria proposta da un socio privato di minoranza di una società mista affidataria di servizi pubblici non rientri nella giurisdizione della Corte dei conti se volta a far valere il proprio diretto interesse al risarcimento del danno subito, ai sensi dell'art. 2395 c.c.: qualora invece il socio abbia inteso promuovere un giudizio risarcitorio a favore della società al di fuori delle ipotesi previste dagli artt. 2392 e s. c.c. sussiste la giurisdizione della Corte dei conti, ma difetta la legittimazione attiva che è esclusivamente del procuratore regionale della Corte dei Conti e non spetta al socio né alla società stessa⁴⁰.

³⁷ Corte cost. n. 326 del 2008 e n. 148 del 2009; L. TORCHIA, *La responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, p. 791 s.

³⁸ Cass., sez. un., 26 febbraio 2004, n. 3899.

³⁹ Cass., sez. un., 22 dicembre 1999, n. 933; Cass., sez. un., ord. 25 maggio 2005, n. 10973; Cass., sez. un., ord. 22 dicembre 2003, n. 19667; A. PAJNO, *Il rapporto con le altre giurisdizioni: concorso o esclusività della giurisdizione di responsabilità amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, p. 954 s. e R. URSTI, *Verso la giurisdizione esclusiva del giudice contabile: la responsabilità erariale degli amministratori delle imprese pubbliche*, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2004, p. 693 s.

⁴⁰ Corte dei conti, I sez. giur. centrale, 3 novembre 2005, n. 356.

L'ente gestore – sia esso un'impresa terza, un'organizzazione *in house providing* o una società mista – è sempre responsabile nello svolgimento del servizio pubblico dei danni arrecati agli utenti per disservizi (inadempimento ex art. 1218, c.c.) o altrimenti causati a terzi (art. 2043 c.c.). Può altresì ravvisarsi la responsabilità amministrativa degli organi politici degli enti locali affidanti i cui comportamenti producano un danno erariale in quanto contrastanti con i principi di efficienza (ad es. disponendo ricapitalizzazioni⁴¹ o imponendo scelte strategiche o produttive diseconomiche o inefficienti⁴² che determinano il dissesto economico della società controllata) o per omessa vigilanza sull'operato degli amministratori della società controllata o partecipata o dell'ente *in house*.

Il mancato doveroso esercizio dell'azione sociale, poi estinta per prescrizione, da parte dell'ente locale socio nei confronti degli amministratori di una società mista gestore di servizio pubblico può dar luogo alla responsabilità amministrativa degli organi politici che hanno omesso di agire per il risarcimento del danno patito dalla società e dunque dall'ente territoriale socio⁴³.

Accanto alla legittimazione del socio, sia esso l'ente locale o il socio privato, a proporre le azioni sociali ordinarie (artt. 2393 s. c.c.) e a quella del procuratore regionale presso la Corte dei conti nel promuovere l'azione di responsabilità amministrativa (art. 1, legge n. 20 del 1994), deve riconoscersi la legittimazione sostitutiva di «ciascun elettore [a] far valere in giudizio le azioni e i ricorsi che spettano al comune e alla provincia» (art. 9, comma 1, d.lgs. n. 267 del 2000). Ciascun elettore può promuovere l'azione popolare per far valere la responsabilità sociale degli amministratori delle società pubbliche, miste o degli enti *in house* dell'ente locale di cui è elettore ai sensi degli artt. 2392 s. c.c. L'azione popolare è infatti posta nell'interesse dell'ente territoriale che è surrogato dall'elettore e non nell'interesse privato di questo (come invece avviene nel caso delle azioni collettive)⁴⁴.

È invece da escludere l'esperibilità di un'azione popolare innanzi alla Corte dei conti ove l'instaurazione del giudizio di responsabilità amministrativa per danno erariale è riservata al procuratore regionale, la cui funzione non è surrogabile con l'azione popolare⁴⁵.

⁴¹ Corte dei conti, sez. giur. Marche, 12 luglio 2005, n. 492.

⁴² Cass., sez. un., ord. 27 febbraio 2008 n. 5083; Corte dei conti, sez. giur. Lazio, 7 maggio 2008, n. 765.

⁴³ Cass., sez. un., 22 luglio 2004, n. 13702; Corte dei conti, II sez. giur. appello, 26 marzo 2002, n. 96; Corte dei conti, sez. giur. Lazio, 10 settembre 1999, n. 1015.

⁴⁴ Cfr. Cass., sez. un., 3 marzo 2003, n. 3150.

⁴⁵ Cass, sez. un., n. 3150 del 2003; Cass., sez. un., n. 179 del 2001; F. SATTÀ, *Commento all'art. 9*, in R. CAVALLO PERIN-A. ROMANO, *Commentario al Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*, Cedam, Padova, 2006, p. 65.

Agli utenti del servizio pubblico è riconosciuta infine la possibilità di agire in giudizio collettivamente innanzi al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva «al fine di ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio» (c.d. *class action*). Tutti «i titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori possono agire in giudizio» nei confronti dei concessionari di servizi pubblici qualora «derivi una lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi [...] dalla violazione degli obblighi contenuti nelle carte di servizi ovvero dalla violazione di standard qualitativi ed economici stabiliti, per i concessionari di servizi pubblici, dalle autorità preposte alla regolazione ed al controllo del settore» (d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198, art. 1, comma 1).

La *class action* nei confronti del gestore del servizio pubblico non può essere tuttavia proposta: 1) «se un organismo con funzione di regolazione e di controllo istituito con legge statale o regionale e preposto al settore interessato ha instaurato e non ancora definito un procedimento volto ad accertare le medesime condotte oggetto dell'azione»; o 2) se è stata promossa avanti il giudice ordinario la concorrente e alternativa azione di classe prevista dal Codice del consumo (art. 140-*bis*, d.lgs. n. 206 del 2005) per l'accertamento del diritto al risarcimento del danno e alla restituzione delle somme spettanti ai singoli consumatori o utenti nell'ambito di rapporti giuridici relativi a contratti stipulati ai sensi dell'art. 1342 c.c., ovvero in conseguenza di atti illeciti extracontrattuali, di pratiche commerciali scorrette o di comportamenti anticoncorrenziali, quando sono lesi i diritti di una pluralità di consumatori o di utenti.