

Introduzione

Il Volume ospita una serie di contributi che rielaborano gli interventi fatti in occasione del Convegno organizzato a conclusione di una ricerca finanziata dal Piano di Sostegno alla Ricerca dell'Università di Milano 2016 sul tema “*I servizi pubblici locali fra diritto interno ed internazionale*”.

Al pari della ricerca anche il Convegno si articolava su più filoni di ricerca. Innanzitutto, una riflessione sull'evoluzione del modello dei servizi di interesse economico generale sia nel contesto dell'Unione europea che sul piano nazionale e sulle trasformazioni che l'innovazione tecnologica e le politiche di contrasto al cambiamento climatico stanno producendo sui contenuti dei servizi e sui modi di erogazione.

Inoltre, l'obiettivo di focalizzare in particolare sui servizi pubblici locali ha condotto ad analizzare forme di gestione, *governance* e modalità di gestione delle crisi delle società partecipate nel contesto del riordino della disciplina contenuta nel Testo Unico di riforma.

Infine la riflessione sul tema dei servizi pubblici locali, e più in generale su tutta la gamma dei servizi pubblici, ritorna costantemente su un tema che occupa da qualche decennio i legislatori senza trovare un punto fermo, e cioè quello di aprire questi mercati alla concorrenza.

I contributi inclusi nella prima parte del volume affrontano, anche se da prospettive diverse, il tema generale di una definizione e caratterizzazione, se possibile, del modello italiano di organizzazione dei servizi pubblici locali, giunto alla riforma del 2016 dopo un lungo percorso di alterne vicende nel tentativo di inseguire un progetto di liberalizzazione messo in moto dalle istituzioni europee ma contrastato dagli interessi degli enti locali e delle imprese di gestione. Comunque, in questo quadro, nodi tuttora di difficile risoluzione sembrano, da un lato, quelli relativi all'applicazione del regime degli aiuti di Stato a soggetti operanti su mercati esclusivamente locali e dove spesso è assente la concorrenza. Dall'altro, la possibilità o meno di applicare alla gestione pubblica diretta nella forma dell'*in house* la nozione di impresa.

Nella ricorrente oscillazione che ha caratterizzato l'evoluzione della legislazione nazionale tra aperture alla concorrenza, sebbene il confronto concorrenziale sia stato circoscritto generalmente alla concorrenza per il mercato, e la presenza costante di ostacoli alla introduzione di una 'vera' concorrenza tra più operatori sul mercato. Certamente questa realtà ci riporta alla necessità, mai del tutto risolta, di perimetrare il servizio universale rispetto al contenuto profitte-

vole del servizio pubblico, ma evidenzia anche un'ulteriore carenza del modello italiano finora incapace di estrinsecare un nesso tra mercato e *welfare*.

Infine in questa prima parte si affronta il tema della *governance* delle società a partecipazione pubblica nella quale si rispecchia la tendenza all'affievolimento delle barriere tra pubblico e privato laddove il legislatore, con l'eccezione delle società *in house*, si propone di bilanciare obiettivi pubblici di carattere strategico ed efficiente gestione societaria. E, in parallelo, viene approfondito il tema della "fallibilità" delle società in mano pubblica e più in generale dell'applicabilità del pacchetto di misure che è messo in campo in caso di crisi di una impresa. Infatti, si tratta di verificare se la presenza di un socio pubblico in una struttura societaria può alterare questo modello comportando deviazioni dalle regole comuni e quali possono essere le conseguenze.

I contributi che confluiscono nella seconda parte del presente Volume affrontano il tema delle sfide imposte dall'evoluzione tecnologica a quelli che sono i tradizionali modelli normativi, privilegiando quale campo d'indagine quello connesso alla regolazione della tecnologia digitale e di innovazione.

In via preliminare, e con specifico riferimento alla disciplina delle piattaforme digitali che caratterizzano l'evoluzione del nuovo mercato online, gli autori dibattono in merito all'opportunità o meno di introdurre uno specifico quadro regolatorio che possa tenere conto delle peculiarità del sistema, tratteggiandone in essenza gli elementi fondamentali ed evidenziando anche quella che è l'inadeguatezza degli attuali strumenti di regolazione rispetto al nuovo modello economico.

Proseguendo nel tracciato dell'innovazione tecnologica, particolare attenzione viene successivamente posta a quelle che sono le sfide contemporanee specifiche nel settore del trasporto pubblico locale. Anche evidenziando gli aspetti pratici connessi alla digitalizzazione nel trasporto pubblico, l'analisi si concentra, da un lato, sugli strumenti concessi dal diritto italiano e dell'Unione europea per mezzo dei quali i legislatori nazionali e gli enti territoriali potrebbero efficacemente incentivare lo sviluppo di una mobilità urbana a ridotto impatto ambientale, e, dall'altro, sul regime fiscale applicabile alle società a partecipazione pubblica che tale mobilità potrebbero promuovere.

A conclusione di questo lavoro ringraziamo tutti coloro che hanno reso possibile la pubblicazione ed in particolare il dott. Stefano Dominelli che ha seguito e curato la raccolta dei contributi.

Milano, giugno 2018

Laura Ammannati
Ruggiero Cafari Panico

Sezione I

*Servizi pubblici locali:
concorrenza e società partecipate*

Le aporie delle forme di gestione dei servizi pubblici locali nel T.U. partecipate: organizzazione amministrativa e tutela della concorrenza

Michela Passalacqua

SOMMARIO: 1. Esiste un modello italiano? – 2. Gestione amministrativa e gestione di mercato dei spl: i confini del potere di produzione e organizzazione dell’ente locale. – 3. Società partecipata contro persona giuridica *in house*. – 3.1. Mercato, fallimento e servizi pubblici essenziali: la conferma della mancanza di un modello e l’incertezza della mancanza di una prassi. – 4. Conclusioni.

1. Esiste un modello italiano?

Quando, in diritto, si parla di modello, può volersi intendere, alle volte un modello “teorico”, talvolta un modello “normativo”.

Nella specie, il modello teorico dovrebbe ricavarsi da un’astrazione che dia conto di come l’organizzazione dei servizi pubblici locali dovrebbe essere per rispettare canoni di razionalità in relazione allo scopo tipico.

Il modello “normativo”, invece, dovrebbe trarsi dalle norme e dai principi del sistema.

Visto che il titolo del presente contributo sembra sottintendere la possibilità di delineare un presunto modello italiano dalla disamina delle forme di gestione tracciate dal T.U. sulle società partecipate¹, come integrato dalla disciplina dei

¹ Si tratta del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, recante *Testo Unico in materia di Società a Partecipazione Pubblica* (TUSPP), emanato sulla base della legge delega Madia (legge 7 agosto 2015, n. 124) di riforma della pubblica amministrazione (e per questo anche noto come T.U. Madia), poi modificato dal decreto legislativo, integrativo e correttivo, del 16 giugno 2017, n. 100. Per una prima disamina della dottrina si rinvia a S. LUCHENA, M.L. ZUPPETTA (a cura di), *Il riordino delle società partecipate nella riforma Madia. Profili giuridici ed economici*, Roma, Aracne, 2016; F. CERIONI (a cura di), *Le società pubbliche nel testo unico*, Milano, Giuffrè, 2016; G. CAIA, *Società partecipate*, in *Libro dell’anno del diritto 2017*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana Treccani, 2017, p. 219 ss.; H. BONURA, A. RUGHETTI (a cura di), *L’impresa pubblica in Italia e i servizi per i cittadini. Riflessioni su mercato società pubbliche e pubblica amministrazione dopo la legge Madia*, Milano, Franco Angeli, 2017; R. GAROFOLI, A. ZOPPINI, *Manuale delle società a partecipazione pubblica*,

servizi pubblici locali, conviene muovere dal modello normativo.

Non si può certo dire che il disegno organizzativo dei servizi pubblici locali sia descritto dalle norme interne con formule puntuali e complete, anche a causa dell'abbandono del progetto di redigere un T.U. sui servizi pubblici locali di interesse economico generale².

Roma, Nel diritto editore, 2018; G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, Milano, Giuffrè, 2018; G. PRESTI, M. RENNA (a cura di), *Le imprese a partecipazione pubblica*, Milano, Giuffrè, 2018; è uscito il volume Atti del XXXIII Convegno dell'Osservatorio "Giordano Dell'Amore" sui rapporti tra diritto ed economia; F. CINTIOLI, F. MASSA FELSANI (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 2017; A. MALTONI, *Le società «in house» nel T.U. sulle partecipate pubbliche*, in *Urb. e appalti*, 2017, 1, p. 7 ss.; ID., *Il testo unico sulle società a partecipazione pubblica e i limiti alla capacità di agire di diritto privato delle P.A.*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Il diritto amministrativo in trasformazione per approfondire*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 189 ss.; A. ZOPPINI, *La società (a partecipazione) pubblica: verso una Public Corporate Governance?*, in *L'Italia che cambia: dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della Pubblica Amministrazione*, Atti del LXII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna-Villa Monastero, 22-23-24 settembre 2016, Milano, Giuffrè, 2017, p. 199 ss.; G.P. CIRILLO, *Modelli societari e organizzazione dei servizi pubblici*, *ivi*, p. 223 ss.; M. DUGATO, *Le società a partecipazione pubblica tra efficienza e responsabilità*, *ivi*, p. 245 ss.; M. CAFAGNO, *Autoproduzione ed esternalizzazione nei servizi pubblici*, *ivi*, p. 279 ss.; M. ALLENA, F. GOISIS, *The 2016 Italian Consolidated Law on Public Entities Owned Companies: Towards a More Consistent Private Law Approach*, in *The Italian Law Journal*, 2017, 2, p. 533 ss., disponibile a: <http://www.theitalianlawjournal.it/data/uploads/3-italj-22017/3%20ItaLJ%202%-202017%20%20Full%20Issue.pdf>; C. IBBA, I. DEMURO, *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e 100/2017. Le riforme del diritto italiano*, Milano, Zanicchi, 2018.

²In ordine ai cui contenuti sia consentito rinviare a M. PASSALACQUA (a cura di), *Il «disordine» dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*, Torino, Giappichelli, 2015. La riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica è infatti stata travolta dalla celebre sentenza dichiarativa della illegittimità costituzionale (Corte cost., 25 novembre 2016, n. 251), per violazione del principio di leale collaborazione, della già citata legge di delegazione, nota come riforma Madia della p.a. (legge n. 124/2015). In sintesi, secondo la Consulta, poiché la complessa riforma della p.a. attiene a materie di interconnessa competenza legislativa statale e regionale, era indispensabile che la legge delega assicurasse il coinvolgimento delle autonomie tramite un'intesa da svolgersi in Conferenza unificata; si tratterebbe, infatti, di un necessario procedimento di co-decisione non surrogabile con il mero ricorso al parere obbligatorio, previsto dalla legge censurata (per maggiori approfondimenti, anche in merito alla differenza tra intesa forte e intesa debole, si rinvia a A. POGGI, G. BOGGERO, *Non si può riformare la p.a. senza intesa con gli enti territoriali: la Corte costituzionale ancora una volta dinanzi ad un Titolo V incompiuto*, in *federalismi.it*, 2016). La sentenza, nel tentativo di contenere l'incertezza del diritto, espresamente esclude che la dichiarazione di incostituzionalità si estenda ai decreti attuativi, come il d.lgs. n. 175/2016 – non oggetto di impugnazione in via principale, ovvero nei sessanta giorni dalla loro pubblicazione in gazzetta –, sebbene, nel corso di un qualsiasi giudizio *a quo*, la parte interessata potrà sollevare, in via incidentale, la questione di legittimità, rimettendo alla Corte il compito di "accertare l'effettiva lesione delle competenze regionali anche alla luce delle soluzioni correttive che il Governo riterrà di apprestare al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione" (pt. 9 della sentenza). Il Governo è così intervenuto, emanando decreti correttivi, come quello sopra citato in materia di partecipate, oggetto di intesa in conferenza unificata, in modo da superare il *vulnus* consumatosi e recuperare la leale collaborazione. Al contempo, veniva ritirato dalla firma del Presidente della Repubblica il decreto legislativo recante *Testo unico sui servizi*

Più chiaro e comunque normato, grazie al menzionato T.U. sulle partecipate, è il funzionamento dello strumento della società partecipata, il cui regime viene in parte differenziato a seconda che l'oggetto sociale concerna la gestione di servizi di interesse generale o di interesse economico generale o per il perseguimento di una specifica missione di pubblico interesse, oppure riguardi invece funzioni pubbliche e servizi strumentali all'amministrazione³. Nondimeno, è poi ammessa la società *in house* "mista", cioè avente come oggetto sociale esclusivo sia attività di servizio pubblico, sia attività strumentali⁴.

Tuttavia, dall'impianto legislativo non è affatto semplice dirimere il rapporto tra società partecipate, gestione *in house* e concorrenza.

Invero, la decisione di costituire o comunque utilizzare una società partecipata, non *in house*, implica aver scelto di esternalizzare il servizio ricorrendo al mercato, con conseguente sottoposizione alle sue regole.

Le società partecipate possono essere a partecipazione pubblica totalitaria, controllate, direttamente o indirettamente, o soltanto partecipate – se non di controllo – direttamente da un'amministrazione pubblica. Dal quadro si evince, pertanto, come conseguenza logica, che le società partecipate indirette non di controllo, sono partecipate solo finanziarie e non configurano una forma di organizzazione del servizio.

Di contro, la scelta di avvalersi della società *in house* significa aver sposato l'opzione di una gestione puramente amministrativa del servizio, senza alcuna contaminazione con il mercato.

Ebbene, la tutela della concorrenza tange entrambi i moduli organizzativi di cui sopra, in un duplice senso.

La concorrenza rileva, innanzitutto, nell'accezione nota in dottrina, ribadita da molte pronunce della Corte costituzionale, e addirittura consolidata nella legislazione⁵, per cui la partecipazione pubblica alla società, tipico strumento del diritto dell'impresa, non può mai generare ingiustificati privilegi che creerebbero una lesione del principio della parità delle armi, corrispondente al principio dell'uguaglianza sostanziale, costituzionalmente protetto.

Per altro verso, sta emergendo una competizione regolata grazie alle gare d'ambito, come minimo di dimensione provinciale⁶. Occorre, allora, chiedersi

pubblici locali di interesse economico generale, licenziato dal governo nel mese di gennaio dello stesso anno 2016 e approvato dal Consiglio dei Ministri il giorno prima della pubblicazione della sentenza dichiarativa dell'illegittimità costituzionale della delega.

³ Cfr. art. 4, commi 2 e 9-*bis*, art. 14, comma 5, art. 17, comma 6, art. 20, comma 2, TUSPP.

⁴ Cfr. art. 4, comma 4, TUSPP.

⁵ Il riferimento è all'art. 13 del noto Decreto Bersani sulle società strumentali (d.l. 4 luglio 2006, n. 223 conv. in legge 4 agosto 2006, n. 248), abrogato dal TUSPP.

⁶ Gli ambiti devono essere "ottimali" e "omogenei", allo scopo di consentire il perseguimento di "economie di scala" (cfr. art. 3-*bis* del d.l. n. 138/2011, introdotto dal d.l. n. 1/2012); per maggiori approfondimenti M. PASSALACQUA, *La regolazione amministrativa degli ambiti territoriali per la gestione dei servizi pubblici locali a rete, in federalismi.it*, 2016, 1; M. DE BENEDETTO, *Gli Ambiti territoriali ot-*

se le società *in house* possono partecipare a tali gare. Tendenzialmente questa possibilità va negata, perché il T.U. Madia, in conformità alle direttive europee⁷, impone il limite dell'“oltre 80%” del fatturato⁸ da ricavare con l'ente/i pubblico/i esercente/i il controllo analogo, pertanto, è assai difficile che un ambito posto in gara rappresenti per l'*in house* un fatturato pari o minore al 19,0%.

Nondimeno, queste società interorganiche possono però, in taluni settori, interagire con tale mercato d'ambito, divenendone il gestore. Siamo dinnanzi a un mercato amministrato? O piuttosto simili gestioni d'ambito si sostanziano in un'organizzazione amministrativa del servizio?

A conclusioni non troppo distanti si giunge anche quando si procede alla gara d'ambito, perché siamo dinnanzi ad un mercato molto amministrato, penso in particolare alle gare per la distribuzione del gas⁹. Al contempo, infatti, non mi

timali e la programmazione locale. Il ruolo delle Autorità di bacino e degli Enti di governo d'ambito. I rapporti con l'Aeegsi, in L. CARBONE, G. NAPOLITANO, A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario di Diritto dell'energia 2017. Il regime dell'acqua e la regolazione dei servizi idrici*, Bologna, Il Mulino, 2017.

⁷ Art. 17 della direttiva concessioni 2014/23/UE; art. 12 della direttiva appalti, 2014/24/UE; art. 28 della direttiva settori speciali, 2014/25/UE.

⁸ Come ripetutamente affermato dalla Corte di giustizia, la deroga *in house* “si giustifica per il fatto che un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi, e che tale deroga può essere estesa alle situazioni in cui la controparte contrattuale è un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice, qualora quest'ultima eserciti sull'affidatario un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e *tale entità realizzi la parte più importante della propria attività con l'amministrazione o con le amministrazioni aggiudicatrici che la controllano*”, con la conseguenza che, in siffatti casi, si può ritenere che “l'amministrazione aggiudicatrice ricorra ai propri strumenti” (cfr. Corte giustizia, sez. V, 8 maggio 2014, C-15/13, *Datenlotsen Informationssysteme*, pt. 25 e la giurisprudenza ivi citata. Tra la giurisprudenza più recente, cfr. Corte giustizia, sez. IV, 8 dicembre 2016, C-553/15, *Undis Servizi*, pt. 30). Le direttive ancorano “la parte più importante dell'attività” ad un indice apparentemente solo quantitativo, rappresentato da più dell'80% del fatturato. A tale limite il legislatore nazionale, per l'*in house* societario, ha ritenuto di aggiungere un limite qualitativo alla residua produzione del 19,X% del fatturato, derivante da attività verso soggetti terzi “solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società” (art. 16, comma 3, d.lgs. n. 175/2016). Molto critico sul punto A. MALTONI (*Le società in house nel T.U. sulle partecipate pubbliche*, cit., pp. 16-18), che con argomentazioni assai condivisibili lo ritiene lesivo del divieto di *gold plating*, oltre che in disparità di trattamento rispetto alle entità *in house* non societarie. Per di più, il superamento del limite dell'oltre l'80%, anche occasionale, viene ad integrare per legge grave irregolarità denunciabile al Tribunale *ex art. 2409 c.c.* Questa potrà essere “sanata” in tempi estremamente contenuti – cioè entro tre mesi dal suo manifestarsi –, e quindi soltanto per le ipotesi di uno scostamento sporadico non protrattosi nel tempo, in due modi alternativi, segnatamente: se la società *in house* rinunci alla parte in eccedenza dei rapporti di fornitura con i soggetti terzi, a riprova del necessario e strutturale costante adeguamento ai limiti di operatività; oppure, rinunciando all'affidamento diretto, con conseguente messa a gara delle attività sottese ai rapporti sciolti, che però comporta il venir meno dell'*in house*, stante il cessare per legge del controllo analogo e dell'attività prevalente.

⁹ Cfr. L. AMMANNATI, A. CANEPA, *Un difficile percorso verso la concorrenza. Gli ambiti di gara*

pare che l'obiettivo della gestione d'ambito sia chiaramente ispirato a incrementare la concorrenzialità del mercato. Se da un lato, il mezzo principale è quello delle aggregazioni, che finiscono per "spezzare" il legame degli enti locali con le gestioni *in house*, facendo convergere le partecipate locali nei grandi gruppi *multiutilities* del nord e del centro del paese controllati da quotate¹⁰ (la lombarda A2A, la bolognese Hera, la reggiana Iren, la romana Acea) o comunque negli operatori più grandi (Eni o Italgas per la distribuzione del gas, ad esempio), dall'altro lato, le aggregazioni possono generare o rafforzare delle posizioni dominanti¹¹. Infine, nulla impedisce che molto spesso, ma non sempre, il gestore d'ambito – come si accennava sopra – sia una società *in house*.

In presenza di questo coacervo di norme, al momento incoerenti o comunque incapaci di restituirci una "visione" univoca, esistono dunque dei principi che possono venirci in aiuto per individuare il modello? E questi principi sono di diritto nazionale o di diritto europeo?

2. Gestione amministrativa e gestione di mercato dei spl: i confini del potere di produzione e organizzazione dell'ente locale

In generale, da molto tempo, l'attività amministrativa sottesa all'organizzazione dei servizi è retta dai principi dell'ordinamento europeo, così come imposto – fin dal 2005 – dalla legge generale sul procedimento amministrativo¹².

Nel tentativo di provare a rispondere ai quesiti posti (*supra* par. 1), dobbiamo allora prima verificare se vi siano norme interne che prescrivano in base a quali criteri scegliere un'organizzazione di mercato o un'organizzazione di tipo amministrativo per la gestione dei servizi pubblici locali.

In proposito occorre muovere dal venir meno di una previsione generale di tipizzazione delle forme di gestione cui ci aveva abituato la legislazione sugli enti locali.

per la distribuzione locale del gas, in M. PASSALACQUA (a cura di), *Il «disordine» dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*, cit., p. 83 ss.

¹⁰ Basti ricordare che, nella nota aggregazione LGA-A2A, i rappresentanti del Movimento Cinque Stelle, partecipanti al procedimento, hanno affermato che la cessione azionaria sarebbe illegittima, perché realizzata in violazione delle norme dell'ordinamento nazionale poste a presidio del principio dell'evidenza pubblica, oltre che dei principi che disciplinano l'affidamento *in house* di servizi pubblici locali. Dal proprio canto, Utilitalia, nella sua memoria, affermava, che l'operazione fosse, viceversa, coerente con l'evoluzione impressa di recente dal legislatore alla disciplina delle società partecipate dagli enti locali che erogano servizi pubblici, le quali sono attualmente sottoposte ad un processo di razionalizzazione e di efficientamento.

¹¹ F. ANDREONI, *Strumenti giuridici per una gestione associata dei servizi e problematiche anti-trust*, *ivi*, p. 353 ss.

¹² Art. 1, comma 1, legge n. 241/1990 in tema A. MASSERA, *I principi generali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. CHITI, G. GRECO, Parte generale, tomo I, Milano, Giuffrè, 2007.

Infatti, la tipizzazione permane solo se prevista da norme di settore, si pensi al decreto Burlando per il tpl¹³, al decreto Letta per il servizio pubblico locale di distribuzione del gas¹⁴, alla legge del 1968 per le farmacie comunali¹⁵.

In definitiva, dei servizi a rilevanza economica restano erogabili in forme atipiche il servizio di gestione dei rifiuti solidi urbani¹⁶ e il servizio idrico integrato¹⁷. Mentre si rinviene libertà delle modalità di gestione nella maggior parte dei

¹³ Art. 18, comma 3, d.lgs. n. 422/1997: “Le regioni e gli enti locali, nelle rispettive competenze, incentivano il riassetto organizzativo e attuano, entro e non oltre il 31 dicembre 2000, la trasformazione delle aziende speciali e dei consorzi, anche con le procedure di cui all’articolo 17, commi 51 e seguenti, della legge 15 maggio 1997, n. 127, in società di capitali, ovvero in cooperative a responsabilità limitata, anche tra i dipendenti, o l’eventuale frazionamento societario derivante da esigenze funzionali o di gestione. Di tali società, l’ente titolare del servizio può restare socio unico per un periodo non superiore a due anni. Ove la trasformazione di cui al presente comma non avvenga entro il termine indicato, provvede il sindaco o il presidente della provincia nei successivi tre mesi. In caso di ulteriore inerzia, la regione procede all’affidamento immediato del relativo servizio mediante le procedure concorsuali di cui al comma 2, lettera a)”.

¹⁴ Art. 14, comma 5, d.lgs. n. 164/2000: “Alle gare di cui al comma 1 sono ammesse, senza limitazioni territoriali, società per azioni o a responsabilità limitata, anche a partecipazione pubblica, e società cooperative a responsabilità limitata, sulla base di requisiti oggettivi, proporzionati e non discriminatori, con la sola esclusione delle società, delle loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, che, in Italia e in altri Paesi dell’Unione europea, o in Paesi non appartenenti all’Unione europea, gestiscono di fatto, o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto, servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto o di una procedura non ad evidenza pubblica. Alle gare sono ammessi inoltre i gruppi europei di interesse economico. La esclusione di cui al primo periodo non si applica alle società quotate in mercati regolamentati e alle società da queste direttamente o indirettamente controllate ai sensi dell’articolo 2359 del codice civile, nonché al socio selezionato ai sensi dell’articolo 4, comma 12, del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito nella legge 14 settembre 2011, n. 148, e alle società a partecipazione mista, pubblica e privata, costituite ai sensi del medesimo comma”.

¹⁵ Art. 9, legge 2 aprile 1968, n. 475, “La titolarità delle farmacie che si rendono vacanti e di quelle di nuova istituzione a seguito della revisione della pianta organica può essere assunta per la metà dal comune. Le farmacie di cui sono titolari i comuni possono essere gestite, ai sensi della legge 8 giugno 1990, n. 142, nelle seguenti forme: a) in economia; b) a mezzo di azienda speciale; c) a mezzo di consorzi tra comuni per la gestione delle farmacie di cui sono unici titolari; d) a mezzo di società di capitali costituite tra il comune e i farmacisti che, al momento della costituzione della società, prestino servizio presso farmacie di cui il comune abbia la titolarità. All’atto della costituzione della società cessa di diritto il rapporto di lavoro dipendente tra il comune e gli anzidetti farmacisti”.

¹⁶ Il d.lgs. n. 152/2006 infatti, dopo aver riconosciuto all’ente di gestione dell’ambito il potere di affidamento del servizio, “nel rispetto della normativa comunitaria e nazionale sull’evidenza pubblica” (art. 201, comma 4), rimette allo schema tipo di contratto di servizio adottato dalle regioni “il regime giuridico prescelto per la gestione del servizio” (art. 203, commi 1 e 2).

¹⁷ Il d.lgs. n. 152/2006, nella versione vigente dopo il decreto “Sblocca Italia” del 2014, riconduce la gestione al diritto europeo, prevedendo: “L’ente di governo dell’ambito, nel rispetto del piano d’ambito di cui all’articolo 149 e del principio di unicità della gestione per ciascun ambito territoriale ottimale, delibera la forma di gestione fra quelle previste dall’ordinamento europeo provvedendo, conseguentemente, all’affidamento del servizio nel rispetto della normativa nazionale in materia di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica. L’affidamento diretto può avvenire a favore di società interamente pubbliche, in possesso dei requisiti

servizi non economici, salvo diverse previsioni da parte delle leggi regionali.

Attualmente, né quel che resta dell'art. 113 TUEL, né l'art. 35 della nota l.f. n. 448/2001 (c.d. riforma Tremonti dei spl), in combinato con l'intervento d'urgenza del legislatore statale per assicurare il rispetto della disciplina europea all'indomani dell'intervento della Consulta a protezione della volontà popolare manifestatasi nell'esito referendario¹⁸ (comma 20 dell'art. 34 del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179) annoverano più, in via generale, forme di gestione tipizzate per i servizi pubblici locali.

Anzi, l'art. 34 appena menzionato segna il mutamento di passo, abrogando tacitamente ogni "residuato" della tipizzazione ancora presente nei citati artt. 113 TUEL e 35 l.f. per il 2002, i quali facevano in verità propendere per la tipizzazione del modello della società di capitali, fosse essa *in house* oppure semplice partecipata.

In entrambi, si continuano infatti a contemplare le "società erogatrici di servizi" per ribadire che la cessione delle partecipazioni, totale o parziale, da parte degli enti locali, deve avvenire "mediante procedure ad evidenza pubblica" (art. 113, comma 12, TUEL), a mio avviso, indicando un principio generale applicabile a tutte le ipotesi in cui le cessioni di tali partecipazioni societarie incidano in qualche modo sul soggetto affidatario del servizio, qualora cedente sia l'ente locale. Ciò mi pare adesso confermato dall'art. 10 del T.U. Madia, che in riferimento alle "partecipazioni sociali delle amministrazioni pubbliche" impone il "rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione". Quindi, le partecipazioni indirette non di controllo restano escluse da tali regole dell'evidenza, a conferma che non sono una forma organizzativa del servizio (come sostenuto *supra* par. 1). Inoltre, nell'art. 35 si sanciva il superamento di consorzi e aziende speciali di gestione dei servizi pubblici a favore delle società di capitali, in cui i primi si dovevano trasformare¹⁹, culminante nel riferimento alle società quotate.

Dall'ottobre 2012 si è invece previsto che "l'affidamento del servizio è effet-

prescritti dall'ordinamento europeo per la gestione *in house*, comunque partecipate dagli enti locali ricadenti nell'ambito territoriale ottimale". Per maggiori approfondimenti sui risvolti giuridici di questa previsione, si veda *infra*, par. 3.

¹⁸ Corte cost., 20 luglio 2012, n. 199 (in *Giur. cost.*, 2012, con nota di R. PINARDI, *Volontà referendaria e legislazione successiva tra regime formale e forza politica della pronuncia popolare abrogativa*), che ha dichiarato incostituzionale l'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (conv. in legge 14 settembre 2011, n. 148). Per una ricostruzione dell'evoluzione normativa che ha riguardato i servizi pubblici locali, si rinvia a P. ROSSI, *Regolazione e mercato nei servizi pubblici locali. Quale rioridino*, in M. PASSALACQUA (a cura di), *Il «disordine» dei servizi pubblici locali*, cit., p. 3 ss.; P. SABBIONI, *Servizi pubblici locali: il cambio di paradigma*, in *Amministrare*, n. 1/2015, p. 75 ss.; si veda anche A. CONTIERI, *Prime riflessioni sulle modalità di gestione del servizio idrico integrato a seguito del referendum del 12 e 13 giugno 2011*, in *Giustamm.*, 2011.

¹⁹ Art. 35, comma, 8, legge 28 dicembre 2001, n. 448, legge finanziaria per il 2002, dove, in via generale, è previsto, entro un termine perentorio, poi prorogato e abbondantemente scaduto, l'obbligo per gli enti locali di trasformare le aziende speciali e i consorzi, che gestiscono i servizi pubblici locali di rilevanza economica, in società di capitali.

tuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della *sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta*" (art. 34, comma 20, d.l. n. 179/2012, con corsivo di chi scrive).

Da notare che il riferimento ai requisiti sanciti dall'ordinamento europeo non equivale, da un punto di vista letterale, a richiamare i principi di diritto europeo, i quali comunque restano immanenti e vincolanti.

Il punto è stabilire in forza di quali criteri l'ente locale sceglie la forma di gestione del servizio e conseguentemente le modalità dell'affidamento²⁰.

In mancanza di tipizzazione della forma di gestione non si può ignorare il principio di libera amministrazione codificato dalla direttiva concessioni²¹, applicabile ai servizi economici d'interesse generale sottoposti all'ambito di applicazione della direttiva 23/2014/UE, la cui *ratio* è riconoscere alla p.a. la discrezionalità amministrativa di non avvalersi del mercato²².

Del resto, come più volte sta ricordando la giurisprudenza amministrativa nazionale, il principio torna anche nella direttiva appalti, dove al V Considerando si legge "È opportuno rammentare che nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici [...]"²³.

Al momento detto principio di libera amministrazione non è derogato da norme nazionali, anzi, come vedremo, sembra rafforzato da una norma della Costituzione italiana.

²⁰ In tema M. CAFAGNO, *Autoproduzione ed esternalizzazione nei servizi pubblici*, cit., p. 279 ss.

²¹ Art. 2, par. 1, direttiva 2014/23/CE rubricato *Principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche*, il cui comma 1 recita: "La presente direttiva riconosce il principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione. Tali autorità sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici. Dette autorità possono decidere di espletare i loro compiti d'interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli a operatori economici esterni". Se ne veda il quinto Considerando: "[...] In particolare, la presente direttiva non dovrebbe in alcun modo incidere sulla libertà degli Stati membri e delle autorità pubbliche di eseguire lavori o fornire servizi direttamente al pubblico o di esternalizzare tale fornitura delegandola a terzi".

²² In proposito parla di "posizione mediana o di equilibrio", in continuità con la previsione dell'art. 41 Cost., dove accanto all'"iniziativa economica privata" (comma 1) è riconosciuta anche l'"attività economica pubblica" (comma 3), G. CAIA, *Società partecipate*, p. 1 e in part. nota 1.

²³ Richiamata da diverse pronunce del Consiglio di Stato nell'affermare che "L'affidamento *in house* non solo ha natura ordinaria e non eccezionale, ricorrendone i presupposti, ma la relativa decisione dell'amministrazione, ove motivata, sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salva l'ipotesi di macroscopico travisamento dei fatti o di illogicità manifesta", da ultimo Cons. di Stato, sez. III, 24 ottobre 2017, n. 4902, ma si vedano anche in senso conforme Id., sez. V, 22 gennaio 2015, n. 257, Id., 18 luglio 2017, n. 3554, e ancora Id., sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 762.

Questione saliente è dunque interrogarsi se davvero il principio di libera amministrazione sia un principio di diritto europeo. In altri termini, merita valutare se il diritto europeo riconosca alle amministrazioni nazionali un diritto di autoproduzione non sopprimibile dagli ordinamenti interni.

Mi spiego meglio. Pacifica è l'ininfluenza dell'ordinamento europeo sulle scelte dei singoli Stati di optare per sistemi di autoproduzione o di esternalizzazione²⁴; in questo stesso senso si è recentemente espressa la Corte costituzionale con la nota pronuncia n. 199/2012, per cui i servizi pubblici locali di rilevanza economica possono essere gestiti indifferentemente mediante il mercato, attraverso il c.d. partenariato pubblico/privato, ovvero optando per l'affidamento diretto – senza previa gara – a uno strumento operativo dell'Ente²⁵.

Intendiamo dunque chiederci se la decisione di uno Stato membro di limitare la libertà delle autonomie locali di autorganizzazione dei Sieg violi un principio europeo, oppure se il diritto unionale si contenga a considerare non in contrasto con il diritto europeo dei mercati tale potere di gestione amministrativa dei servizi, ove riconosciuto dagli Stati nazionali.

È pur vero che, prima delle nuove direttive appalti e concessioni del 2014, ma dopo il Trattato di Lisbona, la Corte costituzionale ha statuito che “la normativa comunitaria consente, ma non impone, agli Stati membri di prevedere, [...], la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale” (sentenza n. 325/2010 richiamata dalla recente pronuncia 12 marzo 2015, n. 32²⁶). Tale argomentazione è a mio avviso in contrasto con il diritto europeo, per i motivi che di seguito illustrerò.

Come noto, i principi non coincidono con le norme giuridiche, hanno infatti una capacità “ordinante” che conferisce loro una rilevanza ed una efficacia maggiormente estesa, unita a qualche margine di indeterminatezza²⁷ che consen-

²⁴ In giurisprudenza, cfr. già Corte giustizia, 6 aprile 2006, in causa C-410/04, *Anav*, e Id., 9 giugno 2009, in causa C-480/06, *Commissione c. RFT*.

²⁵ Si veda la già menzionata (*supra*, nota 18) sentenza della Corte cost., 20 luglio 2012, n. 199, con nota di V. CERULLI IRELLI, *Servizi pubblici locali: un settore a disciplina generale di fonte europea*, in *Giur. cost.*, 2012, 4, p. 2900 ss., intervenuta subito dopo il referendum del 12 giugno 2011 per dichiarare incostituzionale l'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, costituente “ripristino della normativa abrogata, considerato che essa introduce una nuova disciplina della materia, ‘senza modificare né i principi ispiratori della complessiva disciplina normativa preesistente né i contenuti normativi essenziali dei singoli precetti’ (sentenza n. 68 del 1978), in palese contrasto, quindi, con l'intento perseguito mediante il referendum abrogativo”.

²⁶ Di cui si condivide il dispositivo concernente il servizio idrico integrato della regione Liguria, perché nella peculiarità della fattispecie legislativa sottoposta al giudizio della Corte si assisteva ad una violazione del riparto di competenze di cui all'art. 117, comma 2, lett. e) ed s), Cost. Si prevedeva infatti che i piccoli Comuni interni all'Ato potessero organizzare il servizio *in house*, a discapito dell'unitarietà di gestione.

²⁷ E. PICOZZA, *L'Unione Europea e il diritto amministrativo*, in <https://www.disp.uniroma1.it/sites/default/files/LA%20UE%20E%20IL%20DIRITTO%20AMMINISTRATIVO.pdf>.

te di penetrare nelle norme superandone gli “argini”. I principi assurgono quindi ontologicamente a principi generali, soprattutto se dotati di copertura costituzionale, e in quanto tali svolgono una fondamentale funzione di “direttiva”.

I principi comunitari si distinguono tra principi scritti e non scritti.

I primi discendono direttamente dai Trattati, o dalle fonti a questi equiparate, come ad esempio la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, o ancora da una fonte derivata, purché in quest’ultimo caso siano enunciati dalla giurisprudenza, che li consideri comuni agli Stati membri. Di fatto, possono essere dunque espressi in forma di regola generale²⁸.

I secondi derivano dal “lavorio” giurisprudenziale che alle volte riesce a rinvenire principi davvero comuni ai diversi ordinamenti degli Stati membri, più spesso, mancando un fascio di principi condivisi, sono i giudici comunitari che li determinano e conformano applicando il metodo che è stato definito in dottrina della “comparazione valutativa” o “critica”²⁹ dei principi effettivamente reperibili nei diritti costituzionali e amministrativi degli Stati membri³⁰.

Ebbene, l’art. 14 TFUE (*ex art.* 16 TCE), collocato nella Parte Prima “Prin-

²⁸ In ordine al dibattito avente ad oggetto il rapporto tra regole e principi, si rinvia a R. Caponi, «Ciò che non fa la legge lo fa il giudice, se capace»: *l'impatto costituzionale della giurisprudenza della Corte di cassazione italiana*, in *Ann. dir. comp.*, 2011, p. 223 ss. e specialmente 240; ID., *Quando un principio limita una regola (ragionevole durata del processo e rilevanza del difetto di giurisdizione)*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 380 ss.; A. PANZAROLA, *I principi nella riflessione di Francesco Carnelutti*, in *Il giusto processo civile*, 2015, p. 313 ss.; R. DWORKIN, *The Model of Rules I*, in *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1978; R. ALEXY, *On the Structure of Legal Principles*, in *Ratio Juris*, vol. 13, 2000, pp. 294-304; R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritto giustizia*, Torino, Einaudi, 1992; M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *Tre approcci ai principi del diritto*, in *Analisi e diritto*, 1993, pp. 9-29; ID., *Rules and Principles Revisited*, in *Associations*, vol. 4, 2000, pp. 147-156; L. MENGONI, *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 115-140; F. MODUGNO, *Principi e norme. La funzione limitatrice dei principi e i principi supremi o fondamentali*, in ID. (a cura di), *Esperienze giuridiche del '900*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 85-113; V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1941, pp. 41-63, pp. 157-81, pp. 230-64; J. RAZ, *Legal Principles and the Limits of Law*, in *Yale Law Journal*, vol. 81, 1972, pp. 823-854; B. PASTORE, *Pluralismo delle fonti e interpretazione: il ruolo dei principi generali*, in *Dir. priv.*, 2001-2002, p. 79 ss.

²⁹ G. COZZOLINO, *Le tradizioni costituzionali comuni nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le corti d'Europa*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 3 ss.; A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, p. 525 ss.; O. POLLICINO, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto «ascendente», ovvero la incidenza delle «tradizioni costituzionali comuni» nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione*, in L. D'ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI, A. SAIITA (a cura di), *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, 2015, p. 93 ss.

³⁰ Non manca infatti in dottrina chi ritenga che tale attività interpretativa si esaurisca in *judicial law making*, cfr., tra gli altri, T.C. HARTLEY, *The Foundation of European Community Law: An Introduction to the Constitutional and Administrative Law of the European Community*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 130.

cipi”, Titolo II, “Disposizioni di applicazione generale”, recita: “in considerazione dell’importanza dei servizi di interesse economico generale nell’ambito dei *valori comuni dell’Unione*, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, l’Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell’ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti”.

Il Protocollo n. 26 sui servizi di interesse generale, all’art. 1, nel dettare disposizioni interpretative ribadisce: “I *valori comuni dell’Unione* con riguardo al settore dei servizi di interesse economico generale ai sensi dell’articolo 14 del trattato sul funzionamento dell’Unione europea comprendono in particolare: il *ruolo essenziale e l’ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale* il più vicini possibile alle esigenze degli utenti” (corsivo di chi scrive).

Il “fornire” significa autoprodurre, il “commissionare” intende l’approvvigionarsi dall’esterno, cioè tramite ricorso ad un appaltatore o ad un concessionario, e l’“organizzare” può implicare la tipizzazione delle forme di gestione. Stante questo vasto potere discrezionale degli Stati membri, la giurisprudenza europea sottolinea che “la Commissione non è legittimata a pronunciarsi sui contenuti delle missioni di servizio pubblico incombenti all’esercente pubblico [...] né sull’opportunità delle scelte politiche effettuate al riguardo dalle autorità nazionali, né sull’efficienza economica di tale esercente”³¹. Di conseguenza, la Commissione esercita un controllo limitato sull’organizzazione di detti Sieg da parte degli Stati membri, in forza dell’ampio potere discrezionale di questi ultimi.

Tutto ciò consente di valorizzare “la diversità tra i vari servizi di interesse economico generale e le differenze delle esigenze e preferenze degli utenti che possono discendere da situazioni geografiche, sociali e culturali diverse” (art. 1, par. 1, secondo trattino del Prot.); e di garantire “un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, la parità di trattamento e la promozione dell’accesso universale e dei diritti dell’utente” (art. 1, par. 1, terzo trattino del Prot.).

A mio parere, il potere discrezionale riconosciuto dal Trattato agli Stati membri comprende sia il potere di “definire” i Sieg sia quello di “fornire, com-

³¹Trib. di I grado, 26 novembre 2015, *Comunidad Autónoma del País Vasco e Itelazpi c. Commissione* (T-462/13, EU:T:2015:902, pt. 50); Id., 26 novembre 2015, *Comunidad Autónoma de Cataluña et CTTI c. Commissione* (T-465/13, non pubblicata, EU:T:2015:900, pt. 50); Id., 26 novembre 2015, *Navarra de Servicios y Tecnologías c. Commissione* (T-487/13, non pubblicata, EU:T:2015:899, pt. 97); Id., 26 novembre 2015, *Abertis Telecom e Retevisión I c. Commissione* (T-541/13, non pubblicata, EU:T:2015:898, pt. 79); Id., 26 novembre 2015, *Comunidad Autónoma de Galicia e ReteGal c. Commissione* (T-463/13 e T-464/13, non pubblicata, EU:T:2015:901, pt. 95); Id., 26 novembre 2015, *Spagna c. Commissione* (T-461/13, EU:T:2015:891, pt. 61). Per le limitazioni a tale ampio potere discrezionale, v. Trib. di I grado, 26 novembre 2015, cit., pt. 51; Id., 26 novembre 2015, cit., pt. 51; Id., 26 novembre 2015, cit., pt. 98; Id., 26 novembre 2015, cit., pt. 80; Id., 26 novembre 2015, cit., pt. 96, e 26 novembre 2015, cit., pt. 62.

missionare e organizzare” detti servizi³², come poi attuato e precisato dalla direttiva concessioni e appalti. Essendo un potere della pubblica amministrazione, esso si riferisce, in conformità al protocollo n. 26, non solo allo Stato ma anche alle autonomie regionali e locali e ciò è conforme ai principi di proporzionalità e adeguatezza funzionali alla soddisfazione delle esigenze – *recte*: bisogni essenziali – degli utenti, facenti parte di comunità locali.

Pertanto, un elemento che non si può più trascurare nel risolvere la questione postasi è che l’ampio potere discrezionale delle autorità, non solo nazionali, ma anche regionali e locali, di “fornire, commissionare e organizzare” i Sieg, ha adesso acquisito il rango di diritto primario a livello di Unione europea. Infatti, oltre all’art. 14 TFUE, il Protocollo n. 26 al Trattato di Lisbona ben lo chiarisce.

A restringere tale libertà aveva tentato in modo indiretto lo schema di decreto legislativo recante T.U. sui servizi pubblici locali d’interesse economico generale³³.

All’art. 7, sulle modalità di gestione del servizio, si rinforzava soltanto la motivazione a base della scelta, poi sottoposta al vaglio dell’Agcm, consentendo però all’ente pubblico di mediare tra efficacia (in termini di benefici per la collettività anche con riferimento agli obiettivi di socialità e universalità, come indicati dal protocollo n. 26) ed efficienza (in riferimento ai costi standard).

All’art. 5, invece, si prevedeva che l’individuazione di un servizio come spl d’interesse economico generale potesse legittimamente avvenire qualora non già erogato o non potenzialmente erogabile da imprese operanti in concorrenza sul mercato. In questo modo, pur rispettando la libertà degli Stati membri di determinare lo spettro dei Sieg nel limite dell’errore manifesto³⁴, il diritto interno

³² Cfr. sentenze del Trib. di I grado, 26 novembre 2015, *Comunidad Autónoma del País Vasco et Itelazpi c. Commissione*, cit.; Id., 26 novembre 2015, *Comunidad Autónoma de Cataluña e CTTI c. Commissione*, cit., e del 26 novembre 2015, *Abertis Telecom e Retevisión I c. Commissione*, cit., dove il Tribunale ha riconosciuto che gli Stati membri disponevano di un ampio potere discrezionale per “fornire, commissionare e organizzare” i Sieg. Si vedano anche le Conclusioni dell’avvocato Generale Melchior Wathelet, presentate il 7 settembre 2017, nelle Cause riunite da C-66/16 P a C-69/16 P e cause C-70/16 P e C-81/16 P, *Comunidad Autónoma del País Vasco c. Commissione*, et. al., nonché la sentenza della Corte di giustizia (sez. IV, 20 dicembre 2017, nelle cause riunite da C-66/16 P a C-69/16 P), la quale ribadisce “riferendosi all’articolo 1, primo trattino, del protocollo n. 26 sui servizi di interesse generale, che le autorità nazionali, regionali e locali dispongono di un ampio potere discrezionale per fornire, commissionare e organizzare i Sieg il più vicini possibile alle esigenze degli utenti”.

³³ Su cui v. *supra*, nota 2.

³⁴ Come è noto, per costante giurisprudenza, gli Stati membri dispongono di un ampio margine di discrezionalità nella definizione dei Sieg, che la Commissione può rimettere in discussione solo in caso di errore manifesto, per superamento dei limiti fissati dagli artt. 14 TFUE, 106, par. 2, TFUE e 107, par. 1, TFUE, nonché dal protocollo n. 26. Segnatamente, nella prassi della Commissione, la definizione di Sieg e gli specifici diritti ad esso connessi non possono oltrepassare il soddisfacimento del bisogno della società, consistente nel porre rimedio alle carenze concrete derivanti dal normale funzionamento del mercato, cfr. Corte giustizia, 18 febbraio 2016, *Germania c. Commissione* (C-446/14 P, EU:C:2016:97, pt. 44); Id., ordinanza dell’11 febbraio 2015, *Orange c.*

rinnegava il principio di libera amministrazione, obbligando in parte le amministrazioni locali a rivolgersi al mercato³⁵. In altre parole, la costrizione del potere locale si consumava prima ancora della scelta della forma di gestione, finendo per limitare aprioristicamente il raggio d'azione dell'*an debeat*, e conseguentemente la libertà di autoproduzione, quindi, direi in contrasto con la tradizione nazionale (per il primo aspetto), prima ancora che con le evoluzioni europee (per il secondo aspetto).

Fortunatamente questo testo non è mai divenuto legge, si è così evitata un'ennesima tensione tra lo Stato e le autonomie locali di cui si compone la Repubblica.

Anche alla luce delle norme di razionalizzazione e riduzione della spesa degli enti territoriali³⁶, sembra potersi ritrovare una soluzione interpretativa conforme ai principi della costituzione economica che individua nelle funzioni fondamentali dei Comuni di cui alla lett. p) dell'art. 117 Cost., il baricentro della libertà di amministrazione, facendovi rientrare il potere di scelta tra fornitura, commissione a terzi e organizzazione del servizio. In quest'ottica, il d.l. n. 95/2012 considera funzioni fondamentali degli enti territoriali "l'organizzazione e la gestione dei servizi di raccolta, avvio e smaltimento e recupero dei rifiuti urbani [...]" (art.

Commissione (C-621/13 P, non pubblicata, EU:C:2015:114), nonché Trib. di I grado, 15 giugno 2005, *Olsen c. Commissione* (T-17/02, EU:T:2005:218, pt. 216); Id., 12 febbraio 2008, *BUPA e a. c. Commissione* (T-289/03, EU:T:2008:29, pti. da 166 a 196 e giurisprudenza citata); Id., 7 novembre 2012, *CBI c. Commissione* (T-137/10, EU:T:2012:584). Tuttavia, spetta agli Stati membri vigilare a che la missione del Sieg soddisfi taluni criteri minimi comuni a tutte le missioni di questo tipo e dimostrare che tali criteri sono soddisfatti nel caso di specie, cfr. Trib. di I grado, 12 febbraio 2008, cit., pt. 172, e conclusioni dell'avvocato generale Szpunar nella causa *Hiebler* (C-293/14, EU:C:2015:472, par. 61).

³⁵Critico anche M. CAFAGNO, *Autoproduzione ed esternalizzazione nei servizi pubblici*, cit., il quale ritiene la norma voluta dal governo Renzi "poggiata" nella motivazione della sentenza della Corte cost. n. 325/2010, infatti, "secondo questa pronuncia il diritto europeo autorizza l'impiego del modello *in house* "nel caso in cui lo Stato nazionale ritenga che l'applicazione delle regole di concorrenza (e, quindi, anche della regola della necessità dell'affidamento a terzi mediante una gara ad evidenza pubblica) ostacoli, in diritto od in fatto, la 'speciale missione' dell'ente pubblico (art. 106 TFUE)". In altre parole, presumendo che il ricorso all'autoproduzione pubblica confligga con i canoni generali a salvaguardia del mercato, per il fatto stesso di sottrarre l'affidamento del servizio all'esperimento di una procedura concorsuale, la sentenza della Corte ha relegato l'ambito operativo dell'istituto allo spazio delle eccezioni ammesse dal par. 2 dell'art. 106 TFUE; e ancora "A mio avviso il limite del percorso argomentativo sommariamente riprodotto, a partire dal nodo della sentenza n. 325 del 2010 della Corte costituzionale, sta nel fatto che le conclusioni sono tratte da una premessa controvertibile. Il diritto europeo non confina affatto l'istituto dell'*in house* entro lo spazio 'anomalo' delle deviazioni dalle comuni regole di concorrenza, tutt'al più tollerabili, come eccezione, sulla scorta di prioritarie istanze pubblicistiche. Naturalmente può accadere che l'espletamento *in house* di un servizio di interesse generale abbia modo o necessità di giovare delle esclusioni fruibili ai sensi dell'art. 106 par. 2 del TFUE".

³⁶Segnatamente, l'art. 19 del d.l. n. 95/2012 (conv. nella legge 7 agosto 2012, n. 135), c.d. *spending review 2*, che ha innovato l'art. 14, comma 27, d.l. 31 maggio 2010, n. 78 (conv. in legge 30 luglio 2010, n. 122).

19, comma 1, lett. f) e “l’organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito comunale, ivi compresi i servizi di trasporto pubblico comunale” (art. 19, comma 1, lett. b).

Quando le funzioni fondamentali si sostanzino nella doverosa erogazione di servizi a rete di ambito comunale, si rende necessario un raccordo con il noto art. 3-*bis* del d.l. n. 138/2011, perciò dette funzioni resteranno nella titolarità dei comuni, sebbene il loro “esercizio” debba obbligatoriamente avvenire in forma associata grazie all’attività amministrativa degli enti di governo degli ambiti (o bacini) territoriali ottimali³⁷, i quali, molto spesso, per disposto delle leggi regionali, sono stati individuati nelle province, intese come enti territoriali di area vasta³⁸.

In questa specifica ipotesi, la gestione associata è comunque investita da una sorta di “entificazione”. Infatti, gli enti di governo dell’ambito devono essere configurati dalle regioni come soggetti che fungono da strumento per l’esercizio associato delle funzioni attribuite agli enti locali dalla legge.

3. Società partecipata contro persona giuridica *in house*

De iure condito, in mancanza di una forma tipizzata, quale la *ratio* e l’utilità per la p.a. di costituire un’entità *in house*, decidendo di non avvalersi del mercato?

Sul punto, certamente si dovrà soddisfare l’onere motivazionale di cui all’art. 5, d.lgs. n. 175/2016, il quale impone di evidenziare le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta “di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato”, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria³⁹. La motivazione deve anche dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell’azione amministrativa. Faccio notare che non sempre l’efficacia si abbina automaticamente all’efficienza, soprattutto quando si versa in materia di servizi pubblici essenziali⁴⁰.

³⁷ Cfr. comma 1-*bis* dell’art. 3-*bis* del d.l. n. 138/2011, per maggiori approfondimenti si rinvia a M. PASSALACQUA, *La regolazione amministrativa degli ambiti territoriali per la gestione dei servizi pubblici locali a rete*, cit., p. 19 ss.

³⁸ Al contrario, le province con territorio interamente montano e confinanti con Paesi stranieri, esercitano direttamente le funzioni fondamentali di gestione di servizi in forma associata in base alle specificità del territorio medesimo (art. 1, comma 86, lett. a), legge 7 aprile 2014, n. 56).

³⁹ Mentre è stato abrogato dal decreto correttivo “[e in considerazione della possibilità di destinazione alternativa delle risorse pubbliche impegnate]”.

⁴⁰ G. CAIA, *La disciplina sulle società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 5, p. 601, rileva che l’abrogazione ad opera del decreto correttivo della parte originaria della motivazione analitica che imponeva di dar conto de “la possibilità di destinazione alternativa delle risorse pubbliche”, sembra volto ad espungere dal testo giustificazioni per ricorrere alla costituzione di una società

Certamente, questa norma del T.U. Madia è ben coordinata con il menzionato art. 3-*bis* del d.l. n. 138/2011, appena richiamato (*supra* par. 2), secondo cui “A tutela della concorrenza e dell’ambiente, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano organizzano lo svolgimento dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica definendo il perimetro degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l’efficienza del servizio e istituendo o designando gli enti di governo degli stessi”.

Le funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, compresi quelli appartenenti al settore dei rifiuti urbani, così come le funzioni di scelta della forma di gestione, di determinazione delle tariffe all’utenza per quanto di competenza, di affidamento della gestione e relativo controllo sono quindi esercitate unicamente dagli enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali.

Sorge, a questo punto, una domanda in qualche modo preliminare alla facoltà di opzione tra i due “modelli”: nei settori dove vi è la forma tipizzata, si può ricorrere all’*in house*? Penso soprattutto al tpl, non al servizio di distribuzione del gas. Infatti, per il gas il legislatore nazionale ha espressamente escluso tale opzione. In proposito merita ricordare che sia la direttiva 2003/55/Ce, sia la più recente 2009/73/Ce si limitano ad imporre una separazione (purché effettiva) giuridica e funzionale⁴¹ delle reti di distribuzione, dalle attività di produzione e fornitura. Per creare condizioni di concorrenza omogenee a livello di vendita al dettaglio è opportuno parimenti impedire ai gestori dei sistemi di distribuzione di approfittare della loro integrazione verticale per favorire la propria posizione concorrenziale sul mercato, specialmente nei confronti dei piccoli clienti civili e non civili.

L’art. 14 del decreto Letta ha fatto una scelta di campo: rimettere al mercato la gestione delle reti di distribuzione. È infatti tassativo nel disporre che il servizio sia affidato “esclusivamente” mediante gara per periodi non superiori a dodici anni⁴². Gli enti locali che affidano il servizio, anche in forma associata, svolgono così attività di indirizzo, di vigilanza, di programmazione e di controllo sulle attività di distribuzione esternalizzate ed i loro rapporti con il gestore sono regolati da appositi contratti di servizio⁴³.

partecipata per la gestione di servizi pubblici che limitassero la libertà di amministrazione riconosciuta dalle direttive concessioni e appalti, imponendo all’ente di ricorrere all’esternalizzazione totale, mediante appalti o concessioni a imprese terze non partecipate dalla pubblica amministrazione.

⁴¹ Cfr. Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente, *Relazione annuale sullo stato dei servizi e sull’attività svolta*, 31 marzo 2018, vol. 1, p. 60, dove è evidenziato che tutti gli operatori hanno cambiato nome nel 2016 per adempiere alle disposizioni sull’*unbundling* funzionale, che ha obbligato le imprese di distribuzione appartenenti a un gruppo societario verticalmente integrato a distinguersi dalle altre società del gruppo in termini di identità, di marchio e di politiche di comunicazione.

⁴² Art. 14, comma 1, d.lgs. n. 164/2000, cit., v. *supra*, nota 14.

⁴³ “Sulla base di un contratto tipo predisposto dall’Autorità per l’energia elettrica e il gas ed

Io ritengo che il legislatore nazionale non solo non fosse obbligato dal diritto europeo a perseguire tale soluzione, ma che alla luce di quanto argomentato in ordine alla valenza del principio di libera amministrazione (*supra* par. 2), qualora simile scelta fosse stata proposta *ex novo* oggi, si sarebbe ben potuto dubitare che tale imposizione statale fosse pienamente conforme ai principi europei in materia, calibrati sul riconoscimento di una discrezionalità delle autonomie regionali e locali affatto derogata dalle direttive di settore, ma completamente soppressa nell'ordinamento interno per il servizio di distribuzione del gas.

Quanto al primo profilo, non vi è dubbio che fosse possibile disciplinare diversamente la conformazione all'*unbundling* imposto dalle direttive. In verità, laddove l'ente locale era titolare di quote di partecipazione nella società di vendita, verticalmente integrata con l'attività di distribuzione, ben si sarebbe potuto avere un *in house* nella distribuzione, purché non accoppiato all'*in house* del gestore del servizio di vendita. Il gestore del sistema di distribuzione, qualora faccia parte di un'impresa verticalmente integrata, strutturata in gruppo polifunzionale⁴⁴, deve infatti essere indipendente, con riferimento all'organizzazione e al potere decisionale, da altre attività non connesse alla distribuzione (art. 26 della direttiva 73/2009/Ue, recepito nell'art. 23 del d.lgs. n. 93/2011).

In ogni caso, volendo rispondere alla domanda originaria e chiarita la peculiarità del settore del gas naturale ove l'*in house* è per legge inutilizzabile, occorre muovere dalla disciplina generale, indagando sui suoi rapporti con la disciplina speciale, sancita per singoli servizi.

La disciplina speciale avente carattere imperativo, infatti, come tale, si impone – in virtù dei principi generali in tema di interpretazione –, alla disciplina generale, ma non può discostarsi dai principi dell'Unione europea, sempre prevalenti nell'ambito della gerarchia che governa il sistema delle fonti giuridiche.

In effetti, sostenere che una disciplina speciale possa essere integrata da norme generali, non è proprio un'operazione ermeneuticamente lineare, se non invocando i principi del diritto europeo. E in questo senso pare muovere l'ordinamento nazionale, non so però quanto ciò avvenga nella consapevolezza di tutte le implicazioni che comporta. In altre parole, anche nel rapporto tra disciplina speciale e generale, parrebbe che l'ordinamento rispecchi la primazia del principio di libera amministrazione su cui si è dissertato sopra (par. 2).

Il citato art. 3-*bis*, espressamente dedicato a dettare una disciplina generale per i spl a rete di rilevanza economica, soprattutto a seguito delle modifiche apportate dalla legge di stabilità per il 2015⁴⁵, ove ritiene, fa infatti salve le disposizioni di settore. Di contro, ove non contenga disposizioni di rinvio, come ap-

approvato dal Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto”.

⁴⁴ Ai sensi dell'art. 21, comma 3, d.lgs. n. 164/2000, la vendita di gas naturale può essere effettuata unicamente da società che non svolgano alcuna altra attività nel settore del gas naturale, salvo l'importazione, l'esportazione, la coltivazione e l'attività di cliente grossista.

⁴⁵ Legge 23 dicembre 2014, n. 190.

punto quando stabilisce regole in materia di *in house*, deve ritenersi prevalente. Il principio “*ex posterior generalis non derogat priori specialis*”, che si giustifica per la migliore e più adeguata aderenza della norma speciale alle caratteristiche proprie della fattispecie oggetto della sua previsione, come chiarito da costante giurisprudenza, non può valere e deve quindi cedere alla regola dell’applicazione della legge successiva allorché la discordanza tra le due disposizioni sia tale da rendere inconcepibile la coesistenza fra la normativa speciale anteriore e quella generale successiva⁴⁶. Del resto, il canone interpretativo della prevalenza della legge speciale non è specificamente positivizzato nell’ordinamento giuridico, non corrisponde quindi ad un principio superiore ed inderogabile, ma è solo un criterio orientativo, pur suffragato dalla tradizione, di temperamento del primato che in omaggio al criterio cronologico occorre riconoscere alla *lex posterior*.

La sopravvivenza della *lex prior specialis* in tanto può essere affermata, perciò, in quanto non debba venir esclusa alla luce di una corretta interpretazione della *lex posterior*, dal modo di essere della quale dipende, in definitiva, l’applicabilità o meno in concreto del canone stesso⁴⁷.

Proprio grazie alle modifiche apportate dalla legge n. 190/2014, l’art. 3-*bis* prevede che gli enti di governo dell’ambito devono effettuare la relazione prescritta dall’art. 34, comma 20, d.l. n. 179/2012 (su cui *supra*, par. 2)⁴⁸. Io ritengo che tale norma abbia efficacia integrativa anche delle discipline speciali, sebbene in parte intersechi una disciplina comune, rappresentata proprio dalle gestioni *in house*, sempre ammesse in via generale, ma non contemplate da forme di gestione tipizzate nelle leggi speciali. Infatti, nella menzionata relazione, gli enti di governo danno conto della sussistenza dei requisiti previsti dall’ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e ne motivano le ragioni con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio. Al fine di assicurare la realizzazione degli interventi infrastrutturali necessari da parte del soggetto affidatario, la relazione deve comprendere un piano economico-finanziario che, fatte salve le disposizioni di settore, contenga anche la proiezione, per il periodo di durata dell’affidamento, dei costi e dei ricavi, degli investimenti e dei relativi finanziamenti, con la specificazione,

⁴⁶ *Ex multis* Cons. di Stato, sez. V, 17 luglio 2014, n. 3823, dove il giudice amministrativo ricorda la lineare impostazione adottata, sul tema, dalla Corte costituzionale in occasione della pur non recente sentenza 19 febbraio 1976, n. 29, “Nell’ipotesi di successione di una legge generale ad una legge speciale, non è vera in assoluto la massima che *lex posterior generalis non derogat priori specialis*: giacché i limiti del detto principio vanno, in effetti, di volta in volta, sempre verificati alla stregua dell’intenzione del legislatore. E non è escluso che in concreto l’interpretazione della *voluntas legis*, da cui dipende la soluzione dell’indicato problema di successione di norme, evidenzia una latitudine della legge generale posteriore, tale da non tollerare eccezioni, neppure da parte di leggi speciali: che restano, in tal modo, tacitamente abrogate”.

⁴⁷ Cons. di Stato, sez. V, 17 luglio 2014, n. 3823, cit.

⁴⁸ Le loro deliberazioni sono validamente assunte nei competenti organi degli stessi senza necessità di ulteriori deliberazioni, preventive o successive, da parte degli organi degli enti locali.

nell'ipotesi di affidamento *in house*, dell'assetto economico-patrimoniale della società, del capitale proprio investito e dell'ammontare dell'indebitamento da aggiornare ogni triennio⁴⁹.

Ancora, nel caso di affidamento *in house*, gli enti locali proprietari procedono, contestualmente all'affidamento, ad accantonare pro quota nel primo bilancio utile, e successivamente ogni triennio, una somma pari all'impegno finanziario corrispondente al capitale proprio previsto per il triennio, nonché a redigere il bilancio consolidato con il soggetto affidatario *in house*.

Come si è detto (*supra* par. 2), il T.U. dell'ambiente, per il servizio idrico integrato, prevede espressamente che la forma di gestione deve essere scelta fra quelle previste dall'ordinamento europeo, come già ribadito nell'art. 3-*bis*, comma 1-*bis*, d.l. n. 138/2011⁵⁰, sui servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica.

Il T.U. dell'ambiente non ha mancato però di puntualizzare, nella versione vigente dopo il decreto "Sblocca Italia" del 2014, che l'affidamento diretto può avvenire a favore di società *in house*⁵¹.

Come dobbiamo interpretare questo andamento della legislazione? L'*in house* è normalmente esperibile oppure deve essere contemplato dalle disposizioni settoriali contenenti discipline specifiche?

In verità, l'altalenarsi delle soluzioni è solo apparente.

Infatti, è fin dalla legge di stabilità per il 2015⁵² che si effettua il "ritocco" del comma 1-*bis* dell'art. 3-*bis*, introducendo quei generali e prevalenti riferimenti all'*in house*, su cui poc'anzi mi soffermavo.

Nel novellare il T.U. ambientale, in tema di servizio idrico, la legge di stabilità si limita poi a precisare che la società *in house* nell'idrico deve essere interamente pubblica, specificando che la persona giuridica *in house* sia partecipata comunque dagli enti locali ricadenti nell'ambito territoriale ottimale⁵³, sottintendendo che possano parteciparvi anche altri enti, purché pubblici e sebbene estranei all'ambito⁵⁴. Al contrario, l'intervento del decreto "Sblocca Italia" a fa-

⁴⁹ Il piano economico-finanziario deve essere asseverato da un istituto di credito o da società di servizi costituite dall'istituto di credito stesso e iscritte nell'albo degli intermediari finanziari, ai sensi dell'art. 106 del testo unico di cui al d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, o da una società di revisione ai sensi dell'art. 1 della legge 23 novembre 1939, n. 1966.

⁵⁰ Comma 1-*bis* inserito dallo stesso d.l. n. 179/2012.

⁵¹ Cfr. art. 149-*bis* del d.lgs. n. 152/2006, come introdotto dall'art. 7, comma 1, lett. d), d.l. 12 settembre 2014, n. 133 (conv. nella legge 11 novembre 2014, n. 164).

⁵² Legge n. 190/2014 cit.

⁵³ Si tratta della modifica del comma 1 dell'art. 149-*bis*, apportata dall'art. 1, comma 615, legge n. 190/2014.

⁵⁴ Segnatamente, "l'affidamento diretto può avvenire a favore di società interamente pubbliche, in possesso dei requisiti prescritti dall'ordinamento europeo per la gestione *in house*, comunque partecipate dagli enti locali ricadenti nell'ambito territoriale ottimale", laddove il testo precedente recitava: "l'affidamento diretto può avvenire a favore di società in possesso dei requisiti pre-