

GUNTA DELLA REGIONE EMILIA-ROMAGNA

OSSERVATORIO LEGISLATIVO INTERREGIONALE

Roma, 14 - 15 dicembre 2006

DUE RIFORME DI INTERESSE REGIONALE: L'ART. 13 DEL D. L. 223/2003 CONVERTITO DALLA LEGGE  
248/2006 ED I SERVIZI PUBBLICI LOCALI.

A cura di:

Avv. Maurizio Ricciardelli  
Servizio Affari legislativi e qualità del processo normativo

Due riforme di interesse regionale: l'art. 13 del d. l. 223/2006 convertito dalla legge 248/2006 ed i servizi pubblici locali.

Premessa.

In questa relazione si tratterà di due nuove normative di grande rilievo per le pubbliche amministrazioni regionali e locali: l'art. 13 del decreto legge n. 223 del 2006, come convertito, con modificazioni, dalla legge n. 248 del medesimo anno - alcune ulteriori modifiche (in particolare sui termini attuativi) sono state poi introdotte dall'art. 1, comma 720, della legge n. 296 del 2006 (finanziaria per il 2007) - e il disegno di legge in materia di servizi pubblici locali. Si tratta di due materie diverse e distinte, ma che comportano effetti su di una questione comune: quella delle modalità strutturali di esercizio di alcune funzioni di interesse delle amministrazioni.

Entrambe le normative interessano il tema delle varie attività che sono gestite a livello regionale o locale mediante lo strumento societario. Quindi esse si inseriscono in un ambito che da tempo è in forte trasformazione a seguito di processi che interessano la normativa comunitaria e che riguardano tematiche di estrema delicatezza, principalmente per la pressante esigenza di garantire in maniera sempre maggiore i principi della libertà di concorrenza. Basti pensare alla tematica degli affidamenti diretti di servizi a società a partecipazione pubblica oppure a tutto il versante della liberalizzazione dei servizi pubblici.

È quindi interessante partire dall'esame delle nuove normative in essere o in itinere, perché esse sembrano ridefinire in maniera abbastanza completa il quadro dell'agire delle regioni e degli enti locali mediante lo strumento societario (e di conseguenza mediante l'insieme complessivo degli strumenti privatistici di gestione).

Il discrimine fondamentale fra il caso dell'articolo 13 e quello del disegno di legge S n. 772 consiste nel fatto che il primo esclude esplicitamente dalla sua sfera di applicazione i "servizi pubblici" mentre il secondo prevede proprio la disciplina dei "servizi pubblici locali"

Una domanda che occorre porsi - e che potrebbe avere interessanti implicazioni - è se fra le due categorie dei servizi pubblici locali e delle società strumentali o funzionali di cui all'art. 13 non esista un terzo genere di società, che non rientrano in nessuna delle due definizioni. Esse non sarebbero soggette alle due discipline e resterebbero regolate secondo la normativa previgente: si tratterebbe di società nelle quali le regioni o gli enti locali hanno una semplice partecipazione e rispetto alle quali non si pongono problemi di affidamento diretto. Si supponga che una società agisca sul mercato con criteri ordinari ed abbia una partecipazione pubblica. Nulla vieta, in effetti, ad una pubblica amministrazione di avere nel proprio patrimonio una partecipazione azionaria, ma - in verità - deve pur sempre esistere una ragione per cui l'uso del pubblico denaro possa risultare coerente con un investimento in capitale azionario di una società privata. Questa tematica apre una questione molto delicata e complessa, che può interessare una molteplicità di società, anche di rilievo.

Il tema è particolarmente rilevante e non può prescindere dal modo in cui, nei fatti, si atteggia l'utilizzo dello strumento societario da parte delle Regioni.

Se vediamo il problema dal punto di vista delle attività che sono concretamente affidate alle società regionali possiamo avere i seguenti casi:

- attività strettamente strumentali alla Regione (ad esempio per forniture all'ente);
- funzioni amministrative esternalizzate per legge, che comportano l'utilizzo di poteri autoritativi;
- attività delle società finanziarie regionali (comprese nell'articolo 13, ma espressamente escluse dall'obbligo di non possedere partecipazioni azionarie in altre società);
- svolgimento, per conto della Regione di politiche sul territorio (finanziate dalla Regione stessa);
- attività a mercato;
- attività di servizio pubblico (da individuare con precisione).

La distinzione forse più rilevante è da rinvenire nelle modalità di approvvigionamento delle entrate necessarie per lo svolgimento della loro attività.

In qualche caso l'attività è svolta a tutti gli effetti sul mercato, senza che, di regola, l'ente pubblico che ha investito il capitale contribuisca poi in via ordinaria al loro sostentamento; altre volte la società opera per lo svolgimento di funzioni per conto della Regione, finanziate ordinariamente con l'erogazione di fondi regionali, sulla base di un programma di attività presentato dalla società e approvato dalla Regione, generalmente in base a disposizioni di legge regionale. L'attività in tal caso non è diretta a soddisfare un'esigenza dell'ente regionale, ma un interesse pubblico che la Regione stessa ritiene meritevole di tutela: la società opera a favore di terzi ma con fondi regionali, sicché l'attività di mercato costituisce un corollario dell'altra, ma sostanzialmente non è la fonte delle entrate della società. Queste società sembrano operare più come agenzie per la gestione di fondi regionali che come imprese, e forse si avvicinano al concetto di attività svolta "per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative".

I. L'art. 13 del d. l. 223/2003 convertito dalla legge 248/2006

#### 1. Profilo metodologico.

L'art. 13 del decreto legge n. 223 "Bersani" comporta la necessità, per tutte le Regioni e Province autonome, di una sua puntuale applicazione, previa risoluzione delle principali tematiche interpretative che ad essa si connettono. Appare certamente necessario un preventivo inquadramento generale della disposizione, rispetto alle sue finalità.

Di seguito si procederà, in primo luogo, ad un esame dei problemi relativi sia all'ambito applicativo della norma (individuazione delle società che vi sono soggette), sia alle sue conseguenze (divieti di esercizio di attività e necessità di cessione di aziende).

In secondo luogo, si procederà ad una ipotesi di applicazione di tale ricostruzione alle principali tipologie di società esaminate. Ogni soluzione che si esaminerà dovrà essere vista anche riguardo alle conseguenze che si possono porre il relazione modalità di affidamento.

È anche importante notare che alcune Regioni hanno presentato impugnazione in via diretta alla Corte costituzionale. A quanto risulta ad oggi si tratta di una Regione a statuto ordinario, il Veneto, e di tre Regioni a statuto speciale: Friuli Venezia-Giulia, Valle d'Aosta e Veneto. Del contenuto di tali impugnazioni (in quanto noto) si darà conto nel corso della trattazione.

Di rilievo generale e preliminare sono le osservazioni contenute nel ricorso della Regione Valle d'Aosta che considerano lesa il principio di leale collaborazione, in quanto una normativa di questo genere avrebbe dovuto (in ossequio agli articoli 5, 114 e 120 della Costituzione) essere preceduta da un opportuno confronto istituzionale, mentre invece è stata introdotta con decreto legge, creando una situazione non rispettosa del citato principio.

Una specifica violazione dell'articolo 13 sarebbe quella relativa all'autonomia organizzativa regionale (che è anche di livello legislativo) e degli enti locali, che comprenderebbe gli aspetti relativi alle società partecipate. Un profilo di questo genere è presente anche nella motivazione della deliberazione a ricorrere della Regione Friuli Venezia Giulia e della Regione Siciliana (non si dispone attualmente del testo dei ricorsi) In tutti questi casi rilevano anche le norme degli statuti speciali. Peraltro è chiaro che tale ricostruzione deve confrontarsi con il profilo della competenza legislativa dello Stato in materia di ordinamento civile (che in generale concerne la normativa societaria).

## 2. Inquadramento dell'art. 13 in relazione alle sue finalità.

Per una corretta interpretazione dell'art. 13 del decreto legge n. 267 è importante focalizzare bene le finalità che essa persegue. Ciò è di particolare importanza nel caso in esame, perché molti sono i punti che possono risultare non chiari nella formulazione utilizzata dal legislatore e, quindi, di assoluto rilievo è una soluzione delle problematiche che sia sempre aderente con il dato teleologico della norma.

L'articolo in esame enuncia espressamente le finalità di "evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori". Questo elemento, sebbene potrebbe anche apparire una inutile motivazione di un testo legislativo, è di notevole importanza per la collocazione e l'interpretazione della norma.

Esso configura anche una rivendicazione di competenza normativa statale, in quanto fa riferimento ad una di quelle materie previste dall'art. 117, comma secondo, della costituzione, cui è attribuito carattere "trasversale": la lettera e) che prevede la "tutela della concorrenza". È ben vero che una norma di autoqualificazione non avrebbe nessuna vincolatività a livello costituzionale, ma in questo caso è difficile negare che la finalità dichiarata ha una forte valenza sul piano concreto. Infatti, è noto che la presenza di molte società a capitale in tutto o in parte pubblico che operano sul mercato è divenuto un problema crescente e sentito da molti operatori privati e dalle associazioni che li rappresentano. La

norma sembra, quindi, effettivamente ispirata ad un criterio di effettiva tutela della concorrenza e del mercato, anche se nella concreta realizzazione di questa finalità non mancano le contraddizioni.

È quindi chiaro che l'art. 13 presuppone la presenza di situazioni tipiche nelle quali l'equilibrio di mercato è sensibilmente alterato a causa del fatto che società di capitali che agiscono in esso possono godere di una posizione di vantaggio. Tale situazione può essere normalmente dovuta, ad esempio, alla disponibilità di commesse pubbliche garantite.

Altri elementi dai quali è possibile trarre elementi per chiarire meglio la ratio della norma sono costituiti dall'individuazione delle attività che connotano le società di capitali oggetto della norma (attività strumentali o funzioni amministrative esternalizzate) e dai divieti che ad esse vengono imposti: segnatamente il divieto di operare con altri soggetti, e quindi sostanzialmente sul libero mercato. Si presuppone, in altre parole, che esistano oggi società che - in mancanza dell'art. 13 - oltre a fornire le attività a favore delle pubbliche amministrazioni cui si è accennato, svolgano anche altre attività che, ponendosi sul mercato, ma a partire da una situazione economica garantita dal rapporto di committenza con la pubblica amministrazione, consentono di proporre prezzi più vantaggiosi e di alterare la concorrenza. Il presupposto è, quindi, che esistano attività che possono essere miste: in parte per la pubblica amministrazione ed in parte sul mercato.

Ne conseguirebbe che se le attività svolte dalla società sono riferite solo alla pubblica amministrazione (strumentali o per funzioni amministrative), l'alterazione del mercato viene meno: questo è il fine diretto dell'art. 13. D'altra parte, anche se una società con una parte di proprietà pubblica opera completamente sul mercato non vi è l'alterazione della concorrenza (fatta salva la necessità dell'amministrazione di motivare la ragione della sua partecipazione).

I casi che l'art. 13 ha voluto risolvere sono quelli in cui vi è commistione delle suddette attività.

Da quanto detto consegue anche l'importanza di una analisi delle concrete attività svolte dalle società costituite o partecipate da amministrazioni regionali e locali. Tali finalità si evincono dagli statuti delle stesse (come anche la locuzione "costituite ... per" fa ritenere), ma anche dalla concreta modalità in cui le società hanno esercitato il loro ruolo (ad esempio una società potrebbe essere stata costituita anche per operare sul mercato e non farlo di fatto).

In questa sede non si può peraltro dimenticare che la sussistenza della violazione della concorrenza è stata talvolta contestata a livello regionale. Nel ricorso della Regione Valle d'Aosta viene messo in luce che, in realtà, sarebbe l'articolo 13 a creare un rilevante distorsione del mercato sia per i divieti - di prestazione di attività (anche in caso di gara) con altri soggetti e di partecipazione a società o enti - che esso pone, sia perché, anche a livello comunitario un simile apparato di divieti non viene richiesto. Infatti nemmeno nel caso dell'affidamento in house sono richiesti elementi che vanno al di là dell'esercizio dell'attività prevalente con le amministrazioni proprietarie.

Oltre a ciò, sia nel citato ricorso della Regione Valle d'Aosta, sia nella deliberazione a ricorrere della Regione Siciliana (non si dispone del testo del ricorso) si rileva come, a livello territoriale, il fatto che la norma non si riferisca alle amministrazioni dello Stato venga a creare una evidente distorsione, perché

società partecipate da amministrazioni statali possono operare senza i limiti imposti alle società partecipate da Regioni o enti locali.

### 3. Ambito applicativo.

Soggetto della norma sono "le società a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali o locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti, in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza".

Si tratta di un soggetto molto complesso e articolato nella sua individuazione, qualificato da tre elementi di fondo: il carattere societario, la partecipazione da parte di amministrazioni regionali e locali, l'attività rivolta alla produzione di beni o servizi strumentali o allo svolgimento di funzioni amministrative.

#### 3.1. Il carattere societario.

Il carattere societario è quello che presenta il minore numero di problemi: è chiaro che si tratta di società di capitali (sia in forma di società per azioni che in forma di s.r.l.), mentre sono escluse dall'applicazione della norma altre entità di diritto civile che hanno qualche rilievo per l'azione delle moderne pubbliche amministrazioni, quali le fondazioni (il cui capitale è non di rado fornito da pubbliche amministrazioni, che spesso hanno un ruolo nella loro costituzione) e le associazioni.

Si deve quindi considerare come amministrazioni che desiderano svolgere determinate attività sfuggendo ai rigori del nuovo articolo 13 potrebbero studiare (o vedersi proporre) l'utilizzo di altre forme organizzative, con la conseguenza che anche rispetto a queste si possono porre esigenze di approfondimento. Peraltro in questa sede un simile esame non può essere svolto, sebbene sia del tutto evidente che le forme civilistiche alternative alle società incontrano limiti piuttosto stringenti nella loro configurabilità ed operatività.

#### 3.2. La partecipazione.

L'elemento della partecipazione ha due aspetti interessanti.

Il primo punto che caratterizza la partecipazione è quello più dirompente, quello che caratterizza un vero obiettivo di fondo della norma: il fatto che essa si rivolga solo alle "amministrazioni regionali o locali" e, quindi, tenga espressamente indenni dai nuovi vincoli tutti i casi in cui le amministrazioni che agiscono sono quelle di cui alla g) del comma secondo dell'art. 117 della costituzione ("le amministrazioni dello Stato e gli enti pubblici nazionali").

La stessa rubrica dell'articolo 13 sembra tradire qualche pregiudizio nei confronti delle Regioni e degli enti locali: essa reca "Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza", ma non vi è alcuna norma diretta di riduzione dei costi nell'ambito dell'articolo (quindi sembra che un elemento di "spreco" per le amministrazioni regionali e locali sia presupposto, mentre nulla è disposto per le società dello Stato).

Dunque il fatto che la legge dello Stato abbia inteso introdurre una misura di "moralizzazione" finalizzata alla tutela della concorrenza e del mercato solo le amministrazioni regionali e locali non può che destare perplessità: potrebbe risultare violato il principio costituzionale di parità di trattamento di cui all'articolo 3 della Costituzione, in quanto la norma non definisce limiti e criteri di divieto di attività uniformi per tutta la pubblica amministrazione, ma lascia invece alle amministrazioni dello Stato la piena libertà di agire violando quei principi di tutela della concorrenza che afferma (implicitamente) essere messi in pericolo dalle amministrazioni regionali e locali.

I profili di illegittimità costituzionale che possono derivare da questa "asimmetria" della norma sono stati ampiamente messi in luce nel ricorso della Regione Valle d'Aosta. Il ricorso contesta anche, in premessa, il fatto stesso che l'articolo 13 sia conforme ad una esigenza di "tutela della concorrenza" in quanto esso - di fatto - inserisce elementi di limitazione della concorrenza, imponendo una serie di divieti (di prestazione, anche a se frutto di gara, e di partecipazione a società ed enti) solo alle società partecipate da amministrazioni regionali e locali. Il ricorso sostiene che la limitazione dei possibili concorrenti nelle gare pubbliche (connesso all'obbligo di operare solo per le amministrazioni partecipanti o affidanti) sarebbe contraddittorio e manifestamente irrazionale.

Ulteriore elemento rilevante che viene sollevato nel ricorso della Regione Valle d'Aosta è quello della mancata considerazione del criterio delle "rilevanza macroeconomica" che (ai sensi della sentenza n. 14 del 2004 della Corte costituzionale) deve guidare (e legittima) l'intervento legislativo dello Stato in materia economica.

In generale, la mancanza di una normativa riguardante le amministrazioni dello Stato sarebbe rilevante sotto un profilo di irrazionalità e incoerenza della norma statale con le finalità che essa si propone le quali, se aventi effettivo carattere unitario, dovrebbero essere affrontate anche per le amministrazioni statali.

Certo in sede di ricorso in via diretta le Regioni possono agire a tutela della loro posizione, ma non hanno certezza di riuscire ad incidere significativamente in relazione a quella (pur chiaramente connessa) dello Stato.

Circa l'effettiva individuazione delle "amministrazioni regionali e locali" si deve notare che, mentre per quelle regionali la norma non può far sorgere questioni, più delicata può essere l'effettiva individuazione delle "amministrazioni locali". In questo quadro sembra possano rientrare non solamente gli enti locali, ma anche le molte amministrazioni che hanno tale carattere e non sono comprese nell'art. 117, comma secondo, lettera g) della Costituzione. Si deve, ad esempio, riflettere in merito ad amministrazioni come le C.C.I.A.A. (ma non certo Unioncamere nazionale che è un soggetto privato di tipo associativo o le Unioncamere regionali) ed anche le Università pubbliche. Bisogna considerare che l'individuazione delle Amministrazioni pubbliche locali ha ormai un elemento di riferimento comunemente utilizzato dalla legislazione statale - cui lo stesso decreto legge n. 223 fa riferimento (art. 22, comma 1) - nell'elenco ISTAT (da ultimo cfr. Comunicato ISTAT 28 luglio 2006, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 28 luglio 2006) di cui all'art. 1 commi 5 e 6 della legge 30 dicembre 2004, n. 311 (finanziaria per il 2005).

Si deve poi notare che esistono anche alcuni casi - non pare molto frequenti, ma pur sempre esistenti - in cui le amministrazioni regionali o locali sono socie di enti pubblici nazionali o di società controllate addirittura da amministrazioni statali. In questi casi i limiti che l'art. 13 introduce per le amministrazioni regionali e locali possono ricadere su amministrazioni che rientrano nella lettera g) dell'art. 117 della Costituzione. Si potrebbero quindi verificare effetti che coinvolgono il livello statale o nazionale, nonostante il fine della norma fosse quello di tenerlo fuori dalle nuove limitazioni.

Qui si vede nella maniera più palese come il limite della normativa di cui all'art. 13 nel non avere dettato una vera disciplina uniforme per la soluzione dei problemi legati alla tutela della concorrenza e del mercato connesse alla partecipazione pubblica nelle società, ma di essere stata spinta da uno spiccato pregiudizio verso il solo livello regionale e locale.

Un secondo elemento di riflessione circa l'ambito oggettivo della norma e le sue conseguenze è il fatto che si possa trattare di società a partecipazione pubblica o di società miste. L'elemento più importante è dato dalla partecipazione di soggetti privati: questi hanno spesso dovuto fare una gara per divenire soci ed hanno, quindi fatto un investimento basato sul presupposto che poi si creasse una determinata situazione societaria e di relazioni economiche. Si pensi al fatto che normalmente queste società hanno un'attività che - in tutto o in parte - è legata all'affidamento diretto di servizi strumentali o di funzioni finanziate in via diretta dalla pubblica amministrazione. È chiaro che la nuova norma può determinare per questi soggetti privati un pregiudizio la cui legittimità costituzionale non è scontata.

### 3.3. L'esclusione dei servizi pubblici locali.

Come si è detto, la norma individua come proprio oggetto le società a partecipazione pubblica che svolgono attività di produzione di beni e servizi strumentali all'attività degli enti partecipanti in funzione della loro attività, oppure per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza. Correlativamente esclude dal proprio ambito di applicazione i servizi pubblici locali.

A questo punto una questione preliminare è distinguere quando ci si trova in presenza di servizi pubblici locali e quando in presenza di produzioni strumentali all'attività dell'ente o di esternalizzazioni, nonché se vi siano attività che non rientrino in nessuna delle due categorie.

Sulla definizione di servizio pubblico locale si farà uno specifico approfondimento quando si tratterà del disegno di legge "Lanzillotta". Per ora si deve dare per scontato il fatto che i servizi pubblici locali abbiano una dimensione assolutamente particolare, sebbene non del tutto definita, che possiamo ricavare dall'art. 112 del d.lgs. n. 267 del 2006 - cioè le attività di produzione di beni e servizi al fine di "promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali." - e dalla normativa speciale che spesso regola tale settore. Peraltro, riguardo alle società partecipate, direttamente o indirettamente, dalle Regioni spesso si tratta di servizi non diretti al pubblico e non rientranti nel novero tradizionale dei servizi pubblici locali.

Si ricorda che su tale tema il disegno di legge governativo (S 772) contiene anche elementi per una nuova definizione di servizio pubblico locale. Peraltro,



per le Regioni i casi in cui può sorgere questo problema appaiono abbastanza limitati, perché la maggior parte dei servizi sono gestiti dagli enti locali o da società delle quali essi sono proprietari.

Inoltre, vi sono "servizi pubblici" per i quali il carattere locale può essere messo in dubbio e per questo potrebbero non essere compresi nell'esclusione dei "servizi pubblici locali" di cui all'art. 13. Peraltro essi non avrebbero necessariamente il carattere di enti strumentali o di esercizio di funzioni amministrative esternalizzate e, quindi, potrebbero appartenere ad una categoria "terza" rispetto a quelle nominate dall'art. 13. In questo ambito possono rientrare casi come quelli delle società di gestione di aeroporti o di fiere.

Peraltro la concezione che vede l'eventuale partecipazione alle società di gestione di aeroporti o fiere come esercizio di un "servizio pubblico" non è scontata, in quanto si scontra con una visione che vede le società in questione prevalentemente come operatori che gestiscono infrastrutture (e non servizi), secondo una logica di mercato. Si avrebbe quindi una seconda tipologia possibile di società esclusa dall'applicazione dell'art. 13: quella della partecipazione a semplici società che agiscono sul libero mercato.

Si pone, invece, il problema delle conseguenze sulle modalità di affidamento del servizio, in quanto è chiaro che non emergono elementi che consentano l'affidamento diretto (senza gara).

Se si considera l'art. 13 del d.l. 223/06 nella sua finalità, e inquadrandolo nella materia di cui si occupa - che dichiaratamente è la tutela della concorrenza, anche perché diversamente non potrebbe evitare un giudizio di incostituzionalità - lo si dovrebbe considerare ininfluenza rispetto alle società che, pur partecipate dalla regione, svolgono attività in esclusivo regime di mercato; difficilmente invece potrebbe considerarsi esclusa una società che svolgesse attività finanziate, anche in regime pubblicistico, dall'ente proprietario, perché porrebbe gli stessi problemi di distorsione della concorrenza che pongono le società strumentali.

#### 3.4. La strumentalità.

Un elemento fondamentale per chiarire l'ambito di applicazione dell'art. 13 è quello della definizione del concetto di società costituite o partecipate "per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti, in funzione della loro attività".

Il tema è molto delicato, perché di tale concetto possono essere date due interpretazioni: una più ristretta - intesa come attività svolte per il diretto soddisfacimento dei bisogni propri dell'ente - ed una più estesa, che si estende a tutte quelle attività di produzione di beni e servizi che sono compiuti ai fini delle politiche perseguite dall'ente (anche nel caso in cui queste hanno come destinatari immediati soggetti esterni).

Il problema riecheggia la questione, di grande importanza, circa la possibilità dell'inquadramento all'interno dell'art. 13 di tutte quelle società che, pur non esercitando servizi pubblici, svolgono produzione di beni o di servizi connessi alle politiche degli enti, perché la mole di queste attività è estremamente vasta. Certamente, in una interpretazione restrittiva della "strumentalità" esse non potrebbero rientrare.

Si potrebbe anche ipotizzare l'esistenza di una grossa categoria intermedia di società non comprese nell'art. 13 eppure estranee anche alla categoria dei servizi pubblici, se intesi come servizi rivolti alla generalità dei consociati. Si pensi al caso di società che svolgono, mediante l'uso di fondi pubblici delle regioni, fornitura di servizi a vantaggio di determinate categorie di imprese: non sono gestori di servizi pubblici e non sarebbero comprese nei rigori dell'articolo 13. Per esse occorrerebbe chiedersi quale normativa dovrebbe applicarsi.

Sul piano letterale il riferimento alle società costituite o partecipate "per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti, in funzione della loro attività" appare una definizione molto ampia ed è seguita da un'eccezione che sembra costruita come la sottrazione di un insieme - "con esclusione dei servizi pubblici locali" - da un insieme più generale (quello generale della produzione dei beni e dei servizi). Anche il riferimento alle società "che svolgono attività di intermediazione finanziaria", contenuto nell'ultimo periodo del comma 1 dell'art. 13, potrebbe far propendere verso una interpretazione estensiva, posto che questo genere di intermediazione ben difficilmente fa pensare ad attività svolte solo per un bisogno organizzativo o funzionale dell'ente. Ma complessivamente questi elementi non appaiono convincenti e la dilatazione del concetto di "strumentalità" in maniera così lata sembra avere un contenuto troppo generico.

Nell'accezione ristretta, il concetto di strumentalità sembra da riferire ai soli casi in cui l'attività svolta sia diretta a soddisfare un bisogno organizzativo o funzionale dell'ente committente, senza che venga in considerazione il bisogno della collettività o dell'utenza di riferimento dell'ente.

È questa una definizione più precisa. Nessuno può contestare il fatto che vi rientrino le società che forniscono, ad esempio, servizi di pulizia, il "servizio calore" o servizi di informatica per l'ente.

Certo la circostanza che il legislatore non abbia precisato il concetto di strumentalità resta un problema interpretativo notevole ed impone la ricerca di una stretta correlazione con le finalità che l'articolo 13 vuole perseguire, per evitare letture che possono portare a risultati forvianti.

### 3.5. Lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative.

Il secondo tipo di attività preso in considerazione dalla norma in esame è quello relativo allo "svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative". Evidentemente si tratta solo di funzioni di stretta spettanza delle pubbliche amministrazioni, per le quali è possibile l'affidamento a società esterne, ma solo quando ciò è consentito dalla legge. Il riferimento alla necessaria previsione legislativa chiarisce che, a contrario, l'esercizio di funzioni "strumentali" è sempre possibile (anche in mancanza di una espressa norma di legge).

L'esplicita previsione dell'art. 13 relativa alle funzioni amministrative "esternalizzate" comporta la necessità della loro individuazione.

Una concezione ristretta di "funzione amministrativa" potrebbe essere riferita ai soli casi in cui la pubblica amministrazione agisce mediante poteri autoritativi. Tuttavia questa nozione appare estremamente limitativa e comporterebbe una applicazione molto ristretta della norma in questione, in contrasto con la ratio in precedenza descritta.

Se si supponesse il concorso di una interpretazione restrittiva sia del concetto di "strumentalità", sia del concetto di "funzione amministrativa esternalizzata" la sfera dell'applicazione dell'articolo 13 sarebbe molto ridotta, ma essa non sembrerebbe del tutto coerente con le finalità di "tutela della concorrenza" enunciate, perché molte sarebbero le società fruente di finanziamenti regionali per la realizzazione di progetti che potrebbero anche porsi sul mercato con evidenti effetti distorsivi. Si dovrebbe ritenere che simili società agiscano sul mercato, ma allora non chiaro sarebbe poi il profilo dell'affidamento diretto dei servizi quando previsto dalla legge (si profilerebbe una illegittimità di simili norme).

Una interpretazione più ampia fa rientrare nell'ambito delle funzioni amministrative anche tutti quei casi nei quali la legge prevede l'effettuazione di politiche, generalmente di sostegno, in un determinato settore attraverso atti che non hanno carattere autoritativo. Questa è una tipologia particolarmente estesa e ampia nella legislazione regionale, che spesso affida a società da essa espressamente individuate e con la forte partecipazione della Regione l'attuazione di programmi che l'ente finanzia (in senso lato è possibile vedere in ciò anche un nesso di "strumentalità", ma questa visione del termine appare troppo generica).

In questa concezione ampia del concetto di "funzione amministrativa esternalizzata" rientrerebbero, quindi, anche gran parte delle attività svolte da società che, sulla base della legge regionale, realizzano programmi finanziati dalla Regione. L'ampiezza delle attività consentite alle società in questione rimane molto vasta, perché esse possono operare fornendo l'insieme delle prestazioni che costituiscono la missione istituzionale tipica della società e che comportano spesso un'ampia fornitura di servizi a favore di soggetti terzi (ad esempio imprese): trattasi di quei servizi che, in mancanza di una politica regionale, finanziata dall'amministrazione pubblica, non potrebbero essere sufficientemente forniti dal mercato.

Nell'esercizio delle attività che la società svolge per la pubblica amministrazione essa potrà dunque anche stipulare contratti con soggetti esterni (ad esempio gli imprenditori destinatari delle politiche finanziate dalla Regione), purché rientranti nella mission che la legge affida alla società e nei relativi programmi di attuazione.

### 3.6. Modalità di affidamento.

Una importante riflessione, che riguarda sia il caso di società costituite per la produzione di beni e servizi strumentali, sia quello di società costituite per lo svolgimento di funzioni amministrative esternalizzate, si pone poi circa le modalità di affidamento del servizio.

Si incrociano sotto questo aspetto - ma in realtà si sovrappongono - le problematiche di origine comunitaria (che comunque sono preesistenti) relative alla possibilità di affidamento in house, con quelle connesse all'art. 13. Se la società presenta le caratteristiche che la giurisprudenza comunitaria ritiene necessarie per l'affidamento in house - cioè il rapporto di delegazione interorganica, desumibile dalla presenza del "controllo analogo" e dallo svolgimento della maggior parte dell'attività con gli enti controllanti - è certamente possibile procedere all'affidamento diretto del servizio stesso.

L'art. 13 non muta, quindi, il quadro normativo necessario per l'affidamento diretto a società in house, ma semmai agevola - per la presenza della restrizione relativa ai destinatari dell'attività - la verifica del secondo requisito sopra richiamato.

#### 4. Conseguenze generali sulle società.

L'articolo 13 detta specifiche disposizioni per le società da esso considerate.

Riguardo all'oggetto sociale, esso specifica che "sono ad oggetto sociale esclusivo". Tale norma deve evidentemente essere intesa non in maniera ristretta, ma alla luce dell'ampiezza complessiva delle attività che l'articolo 13 consente. Essa comporta che, nei casi in cui le società sono nate con un oggetto sociale più ampio, siano fatti i necessari aggiustamenti (anche in relazione al riposizionamento complessivo delle missioni sociali).

Si deve considerare che molte società partecipate sono sorte con un oggetto sociale "misto" (essendo state create in mancanza di una disciplina normativa di vincolo come quella attuale). A prima vista questa norma del comma 2 dell'art. 13 che dispone "Le società di cui al comma 1 sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1" incide sullo stesso oggetto sociale delle società, trasformando quelle che hanno un oggetto "misto" in società che ad oggetto il solo svolgimento delle attività consentite. Peraltro questa lettura potrebbe avere effetti dirompenti nei casi in cui una società eserciti solo una parte estremamente modesta della propria attività ai sensi del comma 1. Appare quindi necessaria una interpretazione attenta e ponderata del testo, che passi attraverso una interpretazione dell'oggetto sociale legata anche alle attività concretamente esercitate.

Una diversa interpretazione della norma può, quindi, fondarsi sul concetto di attività concretamente svolta e non avere come riferimento l'oggetto sociale in senso formale: in tal caso la valutazione circa la natura giuridica dell'attività svolta assume un ruolo centrale. Questa analisi diviene di grande importanza in quanto porta all'individuazione delle attività da cessare e di quelle che la società può continuare a svolgere. Inoltre, anche il profilo di applicazione della normativa di cui all'art. 13 può variare molto: ad esempio a seconda del concetto di "strumentalità", più o meno ampio, che si assume.

Un difetto della normativa in esame è anche quello di non prendere sostanzialmente in alcuna considerazione l'impatto societario, anche molto differenziato, che la nuova disposizione può avere nei casi concreti, con gravi risvolti per le strutture sociali, come per le persone che vi operano.

Molto forti sono le conseguenze previste dal comma 3 della disposizione in esame, che riguardano sia divieti operativi immediati - cessazione delle attività non consentite e sanzione della nullità per i contratti conclusi in violazione - , sia gli aspetti di ristrutturazione imposti alle società: cessione o scorporo delle attività (entro un termine fissato dalla legge).

Tali conseguenze derivano, quindi, dal fatto che una società sia iscritta o meno alle tipologie di cui all'art. 13.

## 5. I limiti posti all'attività.

L'art. 13 impone alle società da esso considerate un limite all'attività di tipo positivo "devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti" ed un duplice divieto: quello di "svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati" e quello di "partecipare ad altre società o enti".

La prestazione che queste società possono svolgere ha quindi una duplice definizione, in positivo ed in negativo, il divieto di prestazione (per il quale la legge precisa che è irrilevante se si tratti di attività in affidamento diretto o a gara), ma comunque si pone il problema di comprendere bene a quali enti sia riferito.

Il principale problema interpretativo è quello che si pone rispetto alla formulazione "esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti". La formula è certamente molto imprecisa e frutto di una genesi particolare. Infatti nel testo originario del decreto legge 223 il riferimento era solo alle società "costituenti e affidanti", mentre le società di riferimento erano individuate solo come "costituite" dalle pubbliche amministrazioni. L'introduzione della fattispecie della partecipazione era stata richiesta dalla Conferenza delle Regioni e veniva incontro ad una questione cruciale, perché diversamente la partecipazione intervenuta successivamente sarebbe stata irrilevante (e ciò rappresentava un chiaro errore di tecnica legislativa). Tuttavia l'uso del termine "o" e la sostituzione del termine "e" ha generato il problema di individuare il senso della locuzione "o affidanti", affiancato al caso degli enti costituenti o partecipanti, perché questi ultimi due termini sembrano onnicomprensivi rispetto alla ratio della norma.

Certo se fosse possibile un affidamento a nuovi soggetti che diverrebbero, per ciò solo, "affidanti" l'articolo 13 non avrebbe molta efficacia. Forse la norma si riferisce ai soggetti che hanno dato affidamenti prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo n. 223, ma questa interpretazione non è certa (e forse la norma sarebbe stata inutile per i contatti già stipulati).

Allo stato attuale, quindi, non sembra facile individuare con precisione enti che possano rientrare con sicurezza nella categoria degli "affidanti".

Per le società miste, ci si deve poi chiedere se sia ancora consentita la prestazione di beni e servizi a favore dei privati soci o, invece, le attività consentite siano solo quelle a favore delle pubbliche amministrazioni. Certo una interpretazione che consenta l'attività a favore di privati può essere vista comunque come parzialmente distorsiva della concorrenza. Comunque occorre chiedersi se questa ipotesi rientri nelle possibilità consentite dalla legge.

Gli enti di riferimento, compresi nella dizione "amministrazioni pubbliche regionali e locali" sono costituiti anche da enti subregionali, come le Aziende sanitarie. Quando le amministrazioni in questione sono individuate dalla legge come destinatarie dei servizi potrebbero forse anche rientrare nel concetto di enti "affidanti" che l'articolo 13 comma 1 utilizza (ma l'interpretazione su questo aspetto non è consolidata).

Una ulteriore considerazione riguardo agli enti di riferimento si pone rispetto alle società con partecipazione mista pubblico-privato: sembra da escludere che esse possano continuare ad operare a favore dei privati, per quanto soci, in

quanto devono operare solo per le amministrazioni pubbliche, "in relazione alle loro attività".

Occorre, quindi, su questa base verificare le conseguenze concrete dell'assoggettamento alla disciplina dell'art. 13 in esame rispetto alle singole società e alle attività da esse svolte.

Le società che svolgono attività in esclusivo regime di mercato non dovrebbero modificare nulla della loro situazione, anche se andrebbe verificata la logica della partecipazione regionale.

Quelle che svolgono attività commissionate dalla Regione dovranno essere forse selezionate distinguendo quelle strategiche, che possono continuare ad operare esclusivamente con l'ente o con gli enti partecipanti (salvo verificare la possibilità di affidamento diretto delle commesse) da quelle in cui la partecipazione è accessoria e possono essere dismesse o privatizzate con le modalità previste dalla stessa norma, utilizzando il mercato per l'acquisizione di beni e servizi da esse in precedenza prodotti.

Le società che gestiscono fondi regionali erogati in regime pubblicistico verosimilmente potranno continuare tale attività, prevista da leggi regionali, ma in quanto rientrino nell'art. 13, non potranno acquisire commesse sul mercato, né pubblico né privato, e occorrerà verificare se potranno avere in affidamento diretto commesse dagli enti partecipanti, compresa la Regione.

Non ci si addentra, nell'economia del presente lavoro, sui termini previsti dal decreto legislativo n. 223 (e da ultimo modificati dall'art. 1, comma 720 della legge n. 296 del 2006) per la cessazione delle attività o per la dismissione, in quanto la tematica richiederebbe una puntuale analisi che si rinvia ad altra sede.

## II. Analisi del disegno di legge S 772 "Delega al governo per il riordino dei servizi pubblici locali".

### 1. Oggetto del disegno di legge.

Il disegno di legge delega n. S 772 riguarda il riordino dei servizi pubblici locali, è stato sottoposto, come schema, dal Governo all'esame della Conferenza unificata nel luglio di quest'anno.

Esso ha due finalità di fondo:

- valorizzare la concorrenza in tali servizi;
- fornire nuovi strumenti di tutela per il cittadino-utente.

A questi scopi corrispondono le due diverse deleghe contenute negli articoli 2 e 3. Si tratterà prima il tema di cui all'art. 2, mentre dell'art. 3 si parlerà alla fine del testo, in quanto ha una sua forte specificità.

Dal punto di vista tecnico occorre anche ricordare - rispetto all'analisi che si fa ora - che si tratta di una legge-delega, quindi i problemi di possibile violazione delle competenze regionali vanno visti rispetto a questo livello di normazione: si pone cioè la necessità di verificare se vi siano elementi che possano costituire un pregiudizio rispetto nell'esercizio successivo della delega, oppure se vi siano elementi sintomatici rispetto ai quali si dovrà porre attenzione nella fase della sua attuazione.

È chiaro che si tratta di una problematica che ha aspetti anche abbastanza sfumati: bisognerà attendere l'emanazione dei decreti delegati per verificare appieno i problemi che si porranno.

Due questioni problematiche e sintomatiche emergono comunque abbastanza fortemente: non vi è quasi nessun cenno alle Regioni e vi è una totale mancanza della previsione di intese. Ma in ogni caso, scopo di questo testo è fare una analisi complessiva, per cui sui profili di costituzionalità ci si limiterà a qualche indicazione di massima.

### 2. Nozione di Servizio pubblico locale.

Sono dell'avviso che quando si parla di un argomento normativo la prima cosa da fare, nelle premesse, è circoscriverne e descriverne - seppure sommariamente - l'oggetto. Del resto, in questo caso tale operazione non è del tutto semplice e scontata, per cui è certamente importante dedicare un accenno iniziale al delicato tema di "cosa sono i servizi pubblici locali".

Come è noto, la normativa attuale in materia di servizi pubblici locali è dettata, in via generale, dagli articoli 112 e seguenti del d.lgs. n. 267 del 2000, ma molte sono le disposizioni di leggi speciali che regolano tutti i settori più importanti di servizio pubblico (dal servizio idrico, ai rifiuti, al gas, all'energia elettrica, al trasporto pubblico locale ...).

Rimanendo ora sul livello più generale, ricordiamo che l'articolo 112 del testo unico sull'ordinamento degli enti locali - e la collocazione è molto significativa - detta una definizione estremamente ampia di servizio pubblico affermando che

“Gli enti locali, nell’ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali”.

È evidente che una simile nozione - circoscritta da un oggetto generalissimo e connotato dalla finalità complessiva - è estremamente ampia e può generare problemi interpretativi per la definizione dei suoi confini. In effetti, tale ampiezza e indeterminatezza ha causato qualche problema per la tendenza di alcuni enti locali ad adottare - facendo leva sull’art. 112 - formule gestionali tipiche dei servizi pubblici per attività che non erano certamente qualificabili come tali - con il rischi di introdurre forme di monopolio pubblico in settori che altrimenti sarebbero rimasti al libero mercato - e ciò ha comportato l’emergere di posizioni della dottrina, nonché di pronunce della Corte dei Conti e, soprattutto, dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato tese a ridurre l’ambito di interpretazione del concetto di “servizio pubblico locale”. Infine, anche la giurisprudenza della Corte di giustizia europea ed i giudici amministrativi italiani hanno adottato alcune pronunce riguardano casi come la costituzione di società per le pulizie e la custodia del patrimonio immobiliare, il “servizio calore” o la manutenzione di opere pubbliche<sup>1</sup>.

Ricordiamo anche che, a livello comunitario, il Trattato non contiene una definizione di servizio pubblico (cui comunque possono contribuire indirettamente alcune norme<sup>2</sup>). Questa mancanza di definizione è dimostrata dal fatto che anche i più importanti documenti comunitari in materia usano preferibilmente concetti un po’ diversi. Il “libro verde sui servizi di interesse generale”, presentato dalla Commissione nel 2003 definisce l’espressione “servizi di interesse economico generale”, come “servizi di natura economica che, in virtù di un criterio di interesse generale, gli Stati membri o la Comunità assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico”, e chiarisce che esso si riferisce, in particolare, a servizi “forniti dalle grandi industrie di rete”. Invece il termine “servizio pubblico” ha, secondo la Commissione “contorni meno netti” essendo dotato di una pluralità di significati: “servizio offerto alla collettività”, “servizio cui è stato attribuito un ruolo specifico nell’interesse pubblico”, oppure è riferito “alla o allo status dell’ente che presta il servizio”. Anche la Relazione sul Libro bianco della Commissione sui servizi di interesse generale (testo finale del 2006), nel paragrafo “Cosa sono i servizi pubblici?” conferma questa pluralità di significati e si concentra, invece, sulla necessità di separare “i servizi capaci di incidere fortemente sul funzionamento del mercato unico, dai servizi non economici”.

Se veniamo ad esaminare il contenuto del disegno di legge S 772 ci accorgiamo che esso non contiene una definizione dei “servizi pubblici locali”, ma afferma che la legge “provvede al riordino della disciplina nazionale che disciplina l’affidamento e la gestione” di tali servizi.

Inoltre, la legge elenca, al primo comma dell’articolo 1, le finalità di tale riordino, che in parte riguardano le imprese ed il loro accesso al mercato, ed in parte riguardano direttamente gli utenti.

---

<sup>1</sup> Per una panoramica in materia cfr. Giuseppe Piperata “Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali”, Giuffré, Milano, 2005, pagg. 191 ss.

<sup>2</sup> Ad esempio, si possono segnalare gli articoli 16, 36, 86 e 295.



Riguardo al primo aspetto, gli scopi enunciati sono quelli di favorire la diffusione dei principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi degli operatori economici interessati a gestire i "servizi di interesse generale di rilevanza economica in ambito locale";

Riguardo al secondo aspetto, si enunciano gli scopi di "garantire il diritto di tutti gli utenti alla universalità e alla accessibilità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni" (la norma cita le lettere "e" ed "m" del comma primo dell'art. 117 Cost.) "assicurando un elevato livello di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale collaborazione".

Si deve notare che l'articolo 1 si occupa dell'attribuzione della competenza alla individuazione del servizio pubblico locale affermando, al comma 2, che "Costituisce funzione fondamentale" degli enti locali individuare (per quanto non già stabilito dalla legge) "le attività di interesse generale il cui svolgimento è necessario al fine di assicurare la soddisfazione dei bisogni degli appartenenti alla popolazione locale" secondo alcune condizioni che sono elencate:

- generale accessibilità fisica ed economica;
- continuità;
- non discriminazione;
- ai migliori livelli di qualità e sicurezza.

Possiamo forse ritenere che questa descrizione della "competenza alla individuazione" - salvo quanto si dirà sui problemi che si pongono nei rapporti istituzionali -, in realtà contenga elementi essenziali per una nuova definizione dello stesso concetto di "servizio pubblico" (almeno in via residuale rispetto a specifiche previsioni di legge) e che questa definizione sia molto ampia, ma più precisa di quella contenuta nell'attuale articolo 112 del decreto legislativo n. 267. Questa definizione sembra anche sposare una certa nozione del principio di "atipicità" (rispetto al contenuto dei servizi) che è stata ampiamente trattata in dottrina<sup>3</sup>.

La definizione dei principi circa il modo in cui gli enti pubblici perseguono le finalità previste dall'articolo 1 sono poi precisate nel comma 3 che si riferisce all'uso (ove possibile) delle "misure di regolazione" e ne precisa un limite generale, affermando che "gli interventi pubblici regolativi pongono all'autonomia imprenditoriale e alla libertà di concorrenza delle imprese i soli limiti necessari al perseguimento degli interessi generali, nel rispetto del principio di proporzionalità". È quindi chiara una visione del soggetto pubblico come "regolatore" e non per caso la norma fa esplicito riferimento ai principi "di concorrenza e di sussidiarietà orizzontale": soprattutto quest'ultimo riferimento mi pare importante, perché costituisce una svolta che potrebbe essere destinata ad incidere molto profondamente sul settore.

Vi possono essere diverse opinioni su questi principi - basti pensare al fatto che la modalità di gestione diretta rimane legittima solo quando gli interventi di regolazione non sono "possibili" (cosa che ricorda infuocati dibattiti costituzionali di qualche anno fa) -, ma certo essi sono affermati con molta nettezza, semmai il problema può essere quello dell'incidenza sull'autonomia regionale e locale.

---

<sup>3</sup> Giuseppe Piperata, cit.

In questo quadro, il comma 4, che prevede "misure compensative" per le imprese cui siano "imposti" "obblighi di servizio pubblico" appare un semplice corollario (anche se il concetto di "imposizione" potrebbe aprire qualche discussione).

### 3. Le competenze normative anche alla luce della giurisprudenza costituzionale.

A questo punto è certamente necessario - anche per entrare nel merito della "questione istituzionale" che il disegno di legge solleva - fare una rapida ricostruzione delle competenze normative in materia di servizi pubblici locali, come chiarite dalla Corte costituzionale.

La Corte si è pronunciata sulla competenza legislativa in materia di servizi pubblici locali specificamente con la nota sentenza n. 272 del 2004 e con la più recente sentenza n. 29 del 2006, anche se non sono poche le altre pronunce che interessano le questioni oggetto della presente analisi, a partire da quelle che attengono, in generale, al problema della concorrenza.

Nella sentenza n. 272 - in cui era discussa, su ricorso della Regione Toscana, la legittimità costituzionale degli articoli 113 e 113 bis del d.lgs. n. 267 (nel testo vigente dopo le modifiche di cui al d.l. n. 269 del 2003, convertito con modificazioni dalla legge n. 326 del medesimo anno) - l'orientamento della Corte è stato chiaro nel delineare un confine fra le competenze legislative dello Stato e delle Regioni in relazione alla materia dei "servizi pubblici locali". Essa ha affermato che la materia rientra solo in parte nella competenza dello Stato di cui all'art. 117, comma secondo lettera e) concernente la "tutela della concorrenza".

È importante notare come sia stata negata la prospettazione di una distinzione rispetto alle competenze regionali basata sulla distinzione fra "tutela" di competenza dello Stato e "promozione" di competenza delle Regioni, in quanto non rientrante nella prima. Questa visione - evidentemente mutuata dal criterio di distinzione che la il testo costituzionale attua per altre materie, come quella dei beni e delle attività culturali) - non è applicabile nella materia in questione in quanto (come già affermato nella sentenza n. 14 del 2004) la tutela della concorrenza "non può essere intesa soltanto in senso statico come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell'accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato ad istaurare assetti concorrenziali". Quindi la "tutela" della concorrenza non esclude anche interventi promozionali dello Stato.

Ne è risultata quindi legittima quella parte dell'art. 113 del TUEL che qualifica come "inderogabili ed integrative delle discipline di settore" le norme concernenti le modalità di gestione e di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. La corte parla, a questo proposito di norme-principio della materia.

Peraltro, la sentenza n. 272 fissa chiaramente anche il limite che questa accezione di "tutela della concorrenza" incontra, quello di essere riferita solo a disposizioni:

- di carattere generale;

- che disciplinano le modalità di gestione e l'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Al di fuori di questi elementi si rientra nella potestà legislativa generale-residuale delle Regioni, ai sensi del comma quarto dell'art. 117 della Costituzione.

Si deve però notare che per una analisi di tipo giuridico il parametro della "rilevanza economica" presenta certamente un limite: quello di essere legato ad valutazioni di tipo economico circa gli effetti di una certa regolazione sul mercato. Ciò che giuridicamente deve essere rilevato è l'esistenza di un criterio, che la Corte sottolinea, quello della proporzionalità e dell'adeguatezza che era già stato evidenziato nella sentenza n. 14 del 2004, dove si richiedeva che gli "strumenti di intervento" dello Stato fossero in una "relazione ragionevole e proporzionata rispetto agli obiettivi attesi" e si poneva l'accento sul carattere "macroeconomico" che riguarda gli interventi di competenza statale.

Questi sono, comunque i limiti ed i criteri che hanno portato la Corte a dichiarare l'incostituzionalità di parte del comma 7 dell'art. 113 del testo unico - che dettava una disciplina di eccessivo dettaglio - e dell'intero articolo 113 bis che disciplinava i servizi pubblici privi di rilevanza economica.

Nel presente lavoro si devono anche ricordare alcune valutazioni che la sentenza n. 272 compie per escludere la rilevanza di altri elementi di legittimazione statale. In particolare la Corte esclude che la materia in questione possa essere fatta rientrare nell'art. 117, comma secondo, lettera m), riguardante la garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti in maniera uniforme sul territorio nazionale, in quanto la norma impugnata "riguarda precipuamente servizi di rilevanza economica<sup>4</sup> e comunque non attiene alla determinazione di livelli essenziali".

Parimenti la Corte ha escluso che la materia dei servizi pubblici locali possa rientrare nell'art. 117, comma secondo, lettera p) della costituzione - e quindi nelle "funzioni fondamentali" di Comuni, Province e Città metropolitane - , in quanto "non può certo considerarsi esplicitazione di una funzione propria ed indefettibile dell'ente locale".

Questa pronuncia della Corte ci offre, dunque, alcuni elementi importanti per la valutazione di specifici profili del disegno di legge, sopra ricordati.

Il primo profilo generale di riflessione che emerge è quello relativo all'ambito effettivo di applicazione che il disegno di legge intende coprire. Infatti è chiaro che esso deve riferirsi solamente ai "servizi pubblici locali" aventi rilevanza economica. Bisogna ricordare che anche la relazione al disegno di legge enfatizza il punto relativo alla "rilevanza economica" dei servizi (e si deve anche ricordare che tale concetto è conforme all'ordinamento comunitario ed ha superato già nell'evoluzione dell'articolo 113 del d.lgs. n. 267 del 2000 il precedente concetto di rilevanza "industriale" che era fonte di molte incertezze).

Tuttavia, sul punto il testo di legge di delega presenta qualche aspetto non del tutto chiaro perché, da un lato, effettivamente il comma 1 dell'articolo 1 si riferisce ai "servizi di interesse generale di rilevanza economica" - e questa è una formulazione costituzionalmente corretta - d'altro lato il comma 2 riferisce l'individuazione da parte degli enti locali ad una ambito così vasto da far dubitare

---

<sup>4</sup> C'è da chiedersi se emerga qualche profilo di incompatibilità fra tale rilevanza e la citata lettera "m" dell'articolo 117.

che esso sia limitato ai casi di effettivo rilievo economico. Per questo la Conferenza dei Presidenti delle Regioni e Province autonome ha chiesto una precisazione di tale ambito, da riportare anche negli articoli 2 e 3 che contengono le vere e proprie deleghe.

Un secondo punto di riflessione è la necessità che le norme della delega abbiano solo carattere di principio e non siano di dettaglio, cosa che va verificata sulle singole disposizioni (chiaramente il problema maggiore su questi aspetti si avrà in sede di decreti attuativi).

Un terzo problema è il fatto che sono assolutamente assenti, in tutto il testo del disegno di legge, i riferimenti a quei meccanismi istituzionali di intesa fra Stato e Regioni che la Corte costituzionale ha ritenuto necessari in tutti i casi in cui si verifica una "concorrenza di competenze" (sent. n. 50 del 2005): in tali casi occorre adottare principi di leale collaborazione o anche il criterio della prevalenza della competenza (sent. n. 370 del 2003) quando il nucleo essenziale di una materia appartiene ad un certo livello istituzionale. Riguardo alla "leale collaborazione" vi è la stranezza di un riferimento a principi di "leale cooperazione" solo nella parte finale del comma 1 dell'articolo 1 (parte verosimilmente relativa alla tutela degli utenti dei servizi pubblici), mentre non è mai previsto il meccanismo che parrebbe più importante: la previsione di una vera "intesa" istituzionale (quantomeno ai sensi dell'art. della legge n. 281 del 1997).

Uno specifico punto critico che emerge è poi quello dei rapporti istituzionali fra la Regione e gli enti locali: il comma 2 dell'articolo 1 sembra ignorare la pronuncia della Corte n. 272 quando inserisce fra le "funzioni fondamentali" di questi ultimi l'individuazione delle attività costituenti servizi pubblici<sup>5</sup>. Fra l'altro la norma sembra relegare le Regioni in un ruolo molto limitato quando dispone "ferma restando la competenza della regione quando si tratti di attività da svolgere unitariamente a dimensione regionale", perché possono comunque esservi anche casi in cui la dimensione ottimale sia infraregionale e, soprattutto, perché la norma in questione riguarda profili di individuazione del servizio (se si facesse riferimento ad un concetto di "interesse regionale" ben potrebbe la Regione chiedere l'istituzione di servizi locali di rilevante interesse per i cittadini).

In senso contrario, si può però ritenere che il riferimento a "per quanto non già stabilito dalla legge" faccia riferimento anche alla legge regionale: in tal caso sarebbe però assolutamente necessaria una precisazione<sup>6</sup>. Diversamente la ricomprensione della funzione di "individuazione" delle attività di servizio pubblico nelle "funzioni fondamentali" di cui alla lettera "p" dell'articolo 117 può fare ritenere l'incompatibilità della legge regionale e questo appare contrario a quanto affermato dalla Corte.

Su tutti questi punti la Conferenza dei Presidenti delle Regioni e della Province autonome - dopo alcuni incontri tecnici con rappresentanti del Governo e delle associazioni rappresentative delle autonomie locali - ha presentato proprie

---

<sup>5</sup> La Conferenza dei Presidenti delle Regioni e delle Province autonome ha proposto, in data 5 ottobre 2006, la sostituzione della locuzione "Costituisce funzione fondamentale" con "E' competenza di".

<sup>6</sup> La Conferenza dei Presidenti delle Regioni e delle Province autonome ha proposto, in data 14 settembre 2006 l'aggiunta, dopo il riferimento alla "legge" della locuzione "anche regionale".

proposte in data 14 settembre 2006, integrate in data 5 ottobre, al fine di un miglioramento del testo.

Ulteriori spunti di riflessione possono venire, inoltre dalla sentenza della Corte costituzionale n. 29 del 2006, che è di particolare interesse perché attiene ad una legge regionale - la legge della Regione Abruzzo 5 agosto 2004, n. 23 - che detta "Norme sui servizi pubblici locali a rilevanza economica" e, quindi, riguarda proprio il settore in cui lo Stato ha competenza normativa in materia di principi. Peraltro si tratta di una sentenza che riguarda il modo in cui la competenza statale si atteggia in molti punti specifici e, quindi, sarà maggiormente utile nella parte relativa alle specifiche caratteristiche della delega di cui all'articolo 2.

Rimane da ricordare che, oltre alla Regione Abruzzo, poche sono le amministrazioni regionali che hanno legiferato in materia di servizi pubblici: fra queste si segnala la Lombardia con la LR 12 dicembre 2003, n. 26, rubricata "Disciplina dei servizi pubblici locali di interesse economico generale".

#### 4. La delega per la disciplina dell'affidamento e della gestione dei servizi pubblici locali.

La delega sostanziale per la riforma dei servizi pubblici locali è contenuta nell'articolo 2 del disegno di legge e riguarda sostanzialmente i criteri di affidamento e di gestione dei servizi.

Ai fini della presente trattazione si compierà una rapida disamina degli elementi sostanziali del testo appare corretto affrontare, in sequenza, le seguenti tematiche:

- il carattere di generalità della normativa (e la sua armonizzazione con le discipline speciali);
- alcune parti essenziali che attengono la gestione (soprattutto la questione della proprietà delle reti);
- l'analisi più puntuale delle scelte del disegno di legge nella materia-chiave dell'affidamento.

##### 4.1. Generalità della normativa e armonizzazione con le norme di settore (lett. g della riforma)

La normativa prevista dal disegno di legge di delega ha un carattere di generalità: applicazione a tutti i servizi per cui non sia diversamente disposto. Questo tema comporta, in una materia spesso regolata da norme specifiche il tema della armonizzazione con la restante disciplina.

Importanti principi di armonizzazione sono contenuti nell'articolo 2 del disegno di legge. I criteri contenuti nella lettera g) di tale delega sono, infatti, rivolti proprio al tema dell'armonizzazione: "armonizzare la nuova disciplina e quella di settore applicabile ai diversi servizi pubblici locali, individuando in modo univoco le norme applicabili in via generale per l'affidamento di tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica ed apportando le necessarie modifiche alla vigente normativa di settore in materia di rifiuti, trasporti, energia elettrica e gas, nonché in materia di acqua, fermo restando quanto previsto dalla lettera a);"

Anche all'art. 3 della delega, quello relativo alla delega per la tutela degli utenti dei servizi, si rinviene un criterio relativo all'armonizzazione: si tratta della lettera d) che reca "armonizzare la nuova normativa con la disciplina vigente in materia di tutela dei consumatori e con quella di settore applicabile ai diversi servizi pubblici locali, in modo da aumentare, senza in alcun caso ridurre, il previgente livello di tutela degli utenti in materia di accessibilità, sicurezza, continuità, qualità e trasparenza di condizioni del servizio;"

Bisogna notare che già il vigente articolo 113 del testo unico sull'ordinamento degli enti locali contiene varie norme tese a regolare il rapporto con le normative di settore. Si tratta, in particolare del comma 1 dove si affermano due principi che richiedono una attenta lettura interpretativa. Da un lato si afferma che le norme dettate dall'articolo che "concernono la tutela della concorrenza" e sono inderogabili le norme che disciplinano le modalità:

- di gestione;
- di affidamento del servizio.

D'altro lato si afferma che "Restano ferme le altre disposizioni di settore e quelle di attuazione di specifiche normative comunitarie".

Peraltro esistono anche disposizioni di notevole rilievo riguardo al principio della proprietà delle reti, come il comma 13 di detto articolo che consente "nei casi in cui non sia vietato dalle normative di settore" di conferire la proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali a società a capitale interamente pubblico (di cui è vietata la cessione).

Altro aspetto di armonizzazione importante è poi nel comma 15bis, in relazione alla normativa transitoria, che si applica "Nel caso in cui le disposizioni previste per i singoli settori non stabiliscano un congruo periodo di transizione".

#### 4.2. Il regime delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni strumentali.

Uno dei principi affermati con grande chiarezza dal decreto legislativo è quello della proprietà pubblica delle reti e degli altri beni pubblici strumentali all'esercizio (articolo 2, comma 1, lettera a).

Questo principio è presente anche nel vigente articolo 113 del d.lgs. n. 267, al comma 2, ma è prevista (come si è accennato) una eccezione, disciplinata al comma 13. In tale comma è previsto che - qualora non vietato dalle normative di settore - sia possibile la cessione della proprietà delle reti, degli impianti e delle dotazioni patrimoniali a società a capitale interamente pubblico, il cui capitale è incedibile.

#### 4.3. Forme di estensione e maggiore qualificazione dei servizi.

Una norma tesa a favorire lo sviluppo delle società di gestione dei servizi pubblici si evince dalla lettera f) dell'articolo 2 del disegno di legge. Tale lettera detta il criterio di "individuare le modalità atte a favorire la massima razionalizzazione ed economicità dei servizi pubblici locali, purché in conformità alla disciplina adottata ai sensi del presente articolo, anche mediante la gestione integrata di servizi diversi e l'estensione territoriale della gestione del medesimo servizio".

#### 4.4. Modalità di affidamento e requisiti dei soggetti.

Ad un livello di principio più generale, elemento chiave delle scelte della riforma è la generalizzazione del ricorso a procedure competitive ad evidenza pubblica per la scelta del gestore nei servizi di rilevanza economica, sia per le nuove gestioni, sia per il rinnovo di quelle in scadenza. Fa eccezione il servizio idrico (anche in questo caso nel rispetto della normativa europea).

Le forme di affidamento diverse non scompaiono, ma vengono ristrette a situazioni nelle quali esistono particolari condizioni di mercato.

Rimane la modalità di affidamento diretto a società "in house" partecipate dell'ente locale, quando consentito dal diritto comunitario. Rimane anche la possibilità di affidamento a società miste, ma solamente in via eccezionale e con particolari garanzie circa:

- la selezione degli altri soci (pubblici e privati), che comunque devono essere scelti con procedure ad evidenza pubblica;
- gli specifici servizi oggetto dell'affidamento;
- specifiche norme per un efficace controllo pubblico della gestione del servizio e per evitare il conflitto di interessi.

Peraltro, sono previste normative transitorie, che devono portare l'ente locale ad adottare un programma di superamento di tale situazione, in un tempo definito.

Alle autorità preposte alla tutela della concorrenza sono affidati i relativi controlli.

Esaminando le norme nel dettaglio, fondamentali sono le disposizioni della delega relative alle modalità di affidamento dei servizi.

La norma fondamentale è contenuta nel criterio di cui alla lettera a) dell'articolo 2: "prevedere che l'affidamento delle nuove gestioni ed il rinnovo delle gestioni in essere dei servizi pubblici locali di rilevanza economica debba avvenire mediante procedure competitive ad evidenza pubblica di scelta del gestore, nel rispetto della disciplina dell'Unione europea in materia di appalti pubblici e di servizi pubblici"

Altre forme di affidamento sono espressamente qualificate come "eccezionali" e soggette ad un particolare regime (motivazione e programma di superamento). Si tratta delle modalità di affidamento previste alle lettere b) e c) dell'articolo 2: affidamento a società di capitali "in house" e a società miste.

A questa previsione in materia di affidamento si connette direttamente la normativa relativa alle modalità di gestione, che formano l'oggetto dell'affidamento del servizio. La lettera a) precisa che deve essere "fatta salva la proprietà pubblica delle reti e degli altri beni pubblici strumentali all'esercizio, nonché la gestione pubblica delle risorse e dei servizi idrici".

La disciplina generale attualmente applicabile ai servizi pubblici locali è stata dettata, in modo spesso assai dettagliato dall'articolo 113 del d.lgs. n. 267. Peraltro è noto che tale disposizione è stata più volte modificata nel corso della scorsa legislatura ed è stata oggetto di importanti pronunce della Corte costituzionale.

Tralasciando i particolari e volendo cogliere il modo in cui il disegno di legge di riforma si pone rispetto alla normativa attuale, si deve notare che già la relazione al disegno di legge contiene una critica alle modifiche apportate in precedenza all'art. 113, che avrebbero teso a rendere solamente opzionale l'affidamento a gara del servizio. Il particolare la disposizione attuale viene criticata nella parte relativa alle modalità di affidamento, dove l'affidamento diretto se relativo a società a capitale misto pubblico-privato e ad affidamento in house.

#### 4.4.a) Le società "in house"

La modalità di affidamento "in house" costituisce una fattispecie notoriamente derivante dalla giurisprudenza comunitaria, la quale ha - con varie pronunce - sancito la possibilità di evitare l'affidamento mediante gara nel caso di "delegazione interorganica", nel quale la società affidataria è sostanzialmente controllata dall'amministrazione aggiudicatrice, come si evince dalla presenza dei due elementi del "controllo analogo" a quello esercitato su di una propria struttura e dell'esercizio della parte maggiore della propria attività per l'amministrazione affidante.

La modalità di affidamento in esame è prevista solo come eccezionale dalla lettera b) dell'art. 2 del disegno di legge, che prevede espressamente il caso di "affidamento a società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per l'affidamento in house;"

L'articolo 113 prevede due specifici casi in cui è possibile l'affidamento a società "in house", che sono correlati alle due diverse ipotesi, che la norma prevede per l'affidamento della gestione delle reti e degli impianti (comma 5) e per l'affidamento dell'esercizio del servizio (comma 6) - in ossequio alla regola generale della loro separazione.

Le due previsioni sono quasi identiche e differiscono principalmente per il fatto che ai fini della gestione delle reti si parla di un "soggetto appositamente costituito", mentre nell'affidamento dell'esercizio tale specificazione non si rinviene. Inoltre nel secondo caso è espressamente previsto che la società possa essere partecipata anche da un solo ente, mentre nel primo caso è prevista solo la pluralità di enti (probabilmente in relazione alle tipiche caratteristiche delle "reti").

Si deve notare che, nel disegno di legge le società di capitali cui sia attribuita la gestione in house, ai sensi della lettera b) dell'articolo sono soggette - oltre che a tutti i limiti che si descriverà nella parte comune alle società miste - ad una specifica limitazione concernente i soggetti per i quali possono operare: non possono svolgere, né in via diretta, né partecipando a gare, servizi o attività per altri enti pubblici o privati. Tale limitazione riecheggia evidentemente quanto previsto dall'art. 13, comma 1, del decreto legge n. 223 del 2006 (decreto "Bersani"), convertito con modificazioni.

Riguardo alle società a totale partecipazione pubblica, si deve anche ricordare che una norma dettata con la legge della Regione Abruzzo 5 agosto 2004, n. 23 ed oggetto della sentenza della Corte costituzionale n. 29 del 2006, ha previsto uno specifico divieto di partecipazione a gare indette per la scelta del soggetto gestore qualora a tale società sia stata conferita la proprietà di reti,



impianti e dotazioni patrimoniali (art. 4, comma 4 della legge). Tale disposizione è stata dichiarata legittima dalla Corte costituzionale, in quanto - nel silenzio sul punto della normativa nazionale - è stata considerata legittima una funzione integrativa della disciplina dettata dallo Stato. Trattasi, quindi, di una chiara esplicitazione della potestà che le Regioni hanno in materia.

Ancora più interessante appare poi il fatto che la citata sentenza abbia ritenuto legittima l'imposizione alle società a capitale interamente pubblico, affidatarie di servizio pubblico, dell'obbligo di rispettare le procedure di evidenza pubblica imposte agli enti locali per l'assunzione di personale dipendente: viene meno, in questo caso, in forza della legge regionale, uno degli elementi che hanno maggiormente distinto le società in mano pubblica dalla pubblica amministrazione (ed una delle ragioni, forse, di proliferazione dell'istituto societario).

#### 4.4.b) Le società miste.

Anche la fattispecie in esame è prevista come una modalità di affidamento solo "eccezionale". La lettera c) dell'articolo 2 si riferisce espressamente all'"affidamento diretto a società a partecipazione mista pubblica e privata, ove ciò reso necessario da particolari situazioni di mercato, secondo modalità di selezione e di partecipazione dei soci pubblici e privati direttamente connesse alla gestione ed allo sviluppo degli specifici servizi pubblici locali oggetto dell'affidamento, ferma restando la scelta dei soci privati mediante procedure competitive e la previsione di norme e clausole volte ad assicurare un efficace controllo pubblico della gestione del servizio e ad evitare possibili conflitti di interesse".

È noto che l'affidamento a società a capitale misto costituisce un caso di concorrenza "per" il mercato e non "nel" mercato e, quindi, una fattispecie di minore concorrenza rispetto alla gara per l'affidamento del servizio.

Anche il vigente articolo 113 del d.lgs. n. 267 prevede, al comma 5, lettera b) la possibilità di affidamento - per il solo esercizio del servizio pubblico - a società a capitale misto pubblico-privato, a condizione che il socio privato sia stato scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica.

Dal raffronto con la normativa contenuta nella delega, che comunque è estremamente restrittiva nei confronti di questa ipotesi di affidamento, si evince peraltro che scompare l'impossibilità di affidamento (nei limitati casi consentiti) le la gestione delle reti e degli impianti.

Anche sulle società miste, si segnala un interessante aspetto della sentenza della Corte costituzionale n. 29 del 2006, concernente la legge della Regione Abruzzo 5 agosto 2004, n. 23 ("Norme sui servizi pubblici locali a rilevanza economica"): è stata considerata costituzionalmente legittima una norma di tale legge (art. 7. comma 1. lettera b) che stabilisce un limite minimo (quaranta per cento del capitale) per la partecipazione azionaria del socio privato. È stato riconosciuto che tale norma corrisponde all'esigenza di "evitare che partecipazioni minime o addirittura simboliche si possano risolvere in una elusione delle modalità complessive di conferimento della gestione" del servizio.

#### 4.3.c) Norme comuni sull'affidamento a società "in house" o miste.

Uno dei principali scopi della delega di cui all'articolo 2 del disegno di legge è la forte limitazione delle forme di affidamento a società "in house" o miste, sia

mediante la sottoposizione di tale affidamento a specifiche condizioni e limitazioni, sia meditate limiti agli specifici servizi riesercitabili.

Le condizioni per l'affidamento con le modalità eccezionali di cui all'articolo 2 del disegno di legge lettere b) (società "in house") e c) (società miste) riguardano:

la motivazione circa "le ragioni che, alla stregua di una valutazione ponderata, impongono di ricorrere alle modalità di affidamento".

La necessità di adottare un "programma volto al superamento, entro un periodo di tempo definito, della situazione che osta al ricorso a procedure ad evidenza pubblica", è anche previsto l'obbligo di comunicare periodicamente i risultati raggiunti (anche se il criterio di delega non indica a quale autorità, si può presumere sia un'autorità statale).

Sono previste misure specifiche ed abbastanza dettagliate relative al contenuto della motivazione, che prefigurano forse anche modalità autorizzatorie. Infatti la norma prevede l'adozione di una "previa analisi di mercato" in cui si dimostri "l'inadeguatezza dell'offerta privata". L'analisi di mercato è soggetta a "verifica da parte delle Autorità nazionali di regolazione dei servizi di pubblica utilità competenti per settore, ovvero, ove non costituite, dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato".

Tutti i soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali non affidati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica sono poi soggetti a ulteriori limitazioni: il divieto di acquisire:

- la gestione di servizi diversi;
- la gestione di servizi in ambiti territoriali diversi da quello di appartenenza.

Allo stesso limite sono soggette le imprese partecipate da enti locali, affidatarie della gestione di servizi pubblici locali, qualora usufruiscano di forme di finanziamento pubblico diretto o indiretto (è fatta eccezione per il ristoro degli oneri connessi all'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico derivanti dalla gestione di servizi affidati secondo procedure ad evidenza pubblica, ove evidenziati da sistemi certificati di separazione contabile e gestionale).

## 5. Norme "transitorie".

Vi sono poi dei limiti posti ai soggetti che non risulteranno adeguati alla nuova normativa. I soggetti già affidatari di servizi in via diretta e le imprese partecipate da enti locali che fruiscono di finanziamenti pubblici (salvo il ristoro degli oneri di servizi effettuati mediante gara, perché sussista un sistema certificato di separazione contabile e gestionale) - diretti o indiretti - non potranno gestire servizi diversi da quelli già gestiti o gestire servizi in ambiti territoriali diversi.

Sono previste finalità per le ristrutturazioni organizzative: quelle di razionalizzazione e di economicità, anche attraverso: la gestione integrata di servizi; l'estensione territoriale della gestione territoriale.

È previsto che le gestioni dirette in essere proseguano fino alla loro scadenza, ma non potranno essere prorogate o rinnovate. Peraltro, scaduto il termine del 31 dicembre 2011 il soggetto affidatario diretto non potrà più

partecipare alla gara per l'affidamento della gestione (questo meccanismo costituisce uno stimolo per richiedere il più rapido superamento dell'affidamento diretto onde svolgere la gara entro il termine).

I casi di gestione del servizio pubblico in esclusiva sono stati limitati, in quanto la razionalità economica va motivata dall'ente locale, secondo criteri di proporzionalità e sussidiarietà.

Anche nell'art. 113 del d.lgs. 267 esistono disposizioni transitorie. Quelle originariamente previste per il passaggio ad un pieno regime di mercato sono state più volte prorogate, rinviandone la effettiva realizzazione [quindi esisteva un momento finale. A questo proposito è da notare che anche il progetto di legge finanziaria in discussione attuale prevede una proroga del termine di cui all'art. 113, comma 15bis, peraltro limitata al settore idrico e fino al 2007. M occorre ricordare che spesso la disciplina è dettata dalla normativa di settore. In ogni caso, l'impatto reale della normativa transitoria dovrà essere attentamente valutata, con un apposito studio.

Sulla vincolatività delle norme transitorie statali in materia di servizi pubblici locali si è pronunciata la Corte costituzionale con la sentenza n. 29 del 2006, affermando che "allo scopo di salvaguardare le esigenze della concorrenza, operano non solo le disposizioni previste a regime sulle modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali, ma anche le relative disposizioni aventi carattere transitorio". Trattasi, nel caso, di una disciplina transitoria per consentire un complessivo equilibrio e progressivo adattamento del mercato, che riveste carattere inderogabile. Ciò ha comportato la dichiarazione di incostituzionalità dell'articolo 7, comma 4, lettera b) della legge della Regione Abruzzo 5 agosto 2004, n. 23.

## 6. Tutela degli utenti.

La delega contenuta nell'articolo 3 del disegno di legge ha una finalità sostanzialmente diversa da quella dell'articolo precedente, che si richiama alla necessità enunciate nell'articolo 1 di garanzia di garanzia per gli utenti, in particolare con riferimento a:

- "universalità e accessibilità" dei servizi;
- "livello essenziale delle prestazioni ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettere e) ed m) della costituzione" (il riferimento alla lettera "e" è evidentemente impreciso).

Certamente il tema che viene posto da questo articolo è innovativo e deve essere visto con grande attenzione

L'articolo prevede, fra i criteri della delega che ogni gestore sarà obbligato ad adottare una "carta dei servizi resi all'utenza" che contenga indicazioni in relazione ai livelli minimi garantiti per ciascun servizio nonché a:

- modalità di accesso alle informazioni garantite;
- modalità per proporre reclamo e per adire le vie conciliative e giudiziarie;
- modalità di ristoro dell'utenza, in forma specifica o mediante restituzione totale o parziale del corrispettivo versato, in caso di inottemperanza.

Si tratta, indubbiamente, di uno strumento importante, che offre nuove garanzie.

Del tutto particolare è la procedura con cui i soggetti gestori del servizio devono arrivare alla previsione della "carta dei servizi": essa dovrà essere conforme a specifiche intese concordata con le associazioni dei consumatori e delle imprese interessate all'utenza del servizio.

La previsione delle "carte" è poi accompagnata dall'obbligo di "tempestiva pubblicizzazione con mezzi idonei" ed è accompagnata dalla sanzione - drastica - della "revoca dell'affidamento".

In generale, il "positivo riscontro degli utenti" diviene la condizione per il permanere degli affidamenti ed è rilevata con:

- l'esame dei reclami (non è specificato da parte di quale autorità);
- indagini e sondaggi di mercato, effettuati a cura (ma questo forse comporta qualche rischio di conflitto di interesse) e spese del gestore, nel rispetto di modalità oggettive prefissate.

Di fronte ad un apparato normativo nuovo, come questo, si pongono importanti interrogativi fondo. In particolare si pone la necessità di capire come questo genere di tutele si connetta con la ripartizione delle competenze legislative a livello costituzionale.

D'altra parte alcuni elementi veramente strani balzano agli occhi: come mai - in una materia di competenza legislativa regionale come quella dei "servizi pubblici locali" - si dettano norme procedurali e sostanziali che non menzionano mai le Regioni? Addirittura fra i soggetti che devono concordare le "carte dei servizi" compaiono "associazioni" (che possono avere vario peso e dimensione), mentre è del tutto obliterato il ruolo della Regione (o degli stessi enti locali). Pare quasi che, nella logica della norma, la rappresentanza di una qualsiasi associazione (spesso quelle in esame non superano le poche centinaia o migliaia di iscritti nei territori regionali) sia superiore a quella di istituzioni i cui organi sono eletti da milioni di cittadini e che hanno competenze (di cui rispondono elettoralmente) nel settore dei servizi.

Una distorsione appare evidente.

Anche a considerare la materia della "tutela degli utenti" - che chiaramente non è nominata dalla costituzione - come una materia in cui si intrecciano competenze di tipo civilistico, con le generali competenze legislative (anche regionali) non si può sfuggire dalla necessità che sia previsto un vero meccanismo di "leale collaborazione", che pare dover assumere la forma dell'intesa.

In pratica, una intesa sarebbe anche lo strumento per verificare, anche nell'iter approvativo dei decreti legislativi attuativi di una delega necessariamente ampia, la coerenza ad un corretto modello istituzionale.

Sul piano più propriamente amministrativo non si possono poi ignorare le competenze delle regioni e degli enti locali: in particolare non si può dimenticare il principio di cui all'articolo 118, comma primo della costituzione. Tale principio impone la realizzazione, in tali competenze, di un principio di "sussidiarietà verticale" che pone al suo centro il Comune, ma risale secondo criteri di adeguatezza, anche al livello regionale, oltre che statale. Richiamare questo principio nell'articolo in questione pare dunque una linea-guida di grande

chiarezza, che può fugare il dubbio della obliterazione del ruolo degli enti locali e delle Regioni.

Questi importanti elementi di fondo potrebbero, del resto, risolvere anche le altre questioni che la delega di cui all'art. 3 pone.

In particolare al ruolo che ora è assegnato solo alle "autorità nazionali di regolazione" sull'adozione e sul rispetto delle carte dei servizi o sull'effettuazione dei sondaggi e delle indagini di mercato. È evidente che la norma (oltre a non prevedere il possibile ruolo di autorità regionali) è totalmente impostata su di un modello di accentramento, che non ha nessuna attinenza con l'art. 118 della costituzione (e rischia di avere effetti applicativi assai deludenti, come molte passate esperienze di accumulo di pratiche presso Ministri o varie autorità centrali dovrebbero aver dimostrato).

Risulta, invece, chiaro che le Regioni (e in vari casi gli stessi enti locali) possono bene essere il "bacino" giusto per verificare le disfunzioni che si generano sul loro territorio - si pensi ai reclami degli utenti di aziende di trasporto o di fornitura del gas - e per tutelare veramente gli utenti.