



Unione europea
Fondo sociale europeo



MINISTERO DEL LAVORO
E DELLE POLITICHE SOCIALI



Presidenza del Consiglio dei Ministri
Dipartimento per gli Affari Regionali, il Turismo e lo Sport



Programma Operativo “Governance e Azioni di Sistema” FSE 2007 – 2013
Obiettivo 1 – Convergenza
Asse E “Capacità istituzionale”

Progetto di supporto e affiancamento operativo a favore degli Enti Pubblici delle Regioni
“Obiettivo Convergenza”
per l’implementazione della riforma del mercato dei
Servizi Pubblici Locali a rilevanza economica

LINEE GUIDA PER GLI AFFIDAMENTI DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI DI RILEVANZA ECONOMICA

Aprile 2013

Convenzione tra Dipartimento Affari Regionali e Invitalia del 20 ottobre 2010



EXECUTIVE SUMMARY	3
1. INTRODUZIONE	4
2. QUADRO NORMATIVO DI RIFERIMENTO.....	5
3. MODALITÀ DI AFFIDAMENTO	7
4. CONSIDERAZIONI IN MERITO ALL'ITER PROCEDIMENTALE PER LA SCELTA DELLA MODALITÀ DI AFFIDAMENTO E NELLA RELAZIONE DI CUI AL D.L. 179/2012	8
5. SCELTA DELLA MODALITÀ DI AFFIDAMENTO E TUTELA DELLA CONCORRENZA	10
6. SCELTA DELLE MODALITÀ DI AFFIDAMENTO: CONSIDERAZIONI ECONOMICHE	14
7. IN HOUSE PROVIDING.....	16
8. COSTITUZIONE DELLE SOCIETÀ MISTE.....	18
9. SOCIETÀ PUBBLICHE	19
10. OGGETTO DEGLI AFFIDAMENTI	20

EXECUTIVE SUMMARY

La scelta delle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e quella relativa all'oggetto degli affidamenti, materia delle presenti linee guida, deve perseguire, nel rispetto della normativa vigente, i seguenti obiettivi: (a) efficacia rispetto alle finalità di interesse generale perseguite dagli enti territoriali; (b) efficienza ed economicità in termini di costi di fornitura dei servizi, nell'interesse degli utenti e nel rispetto dei vincoli di finanza pubblica. Strumentali per il conseguimento delle suddette finalità è l'esercizio della concorrenza di cui occorre garantire la tutela.

Nel quadro di una logica di sussidiarietà orizzontale dovranno valutare l'opportunità di affidarsi interamente al mercato o ricorrere all'affidamento nelle forme previste dalla disciplina comunitaria.

A tal fine gli enti dovranno motivare le proprie decisioni, attraverso una valutazione comparativa di convenienza, nelle relazioni che, ai sensi dell'art. 34 del D.L. 179/2012, sono tenuti a predisporre prima di procedere all'affidamento del servizio.

La legittimità del ricorso a forme dirette di affidamento richiede non solo la sussistenza dei requisiti previsti per questo tipo di affidamento (nel caso dell'*in house* proprietà pubblica, controllo analogo e focalizzazione dell'attività), ma anche la dimostrazione che la deroga al principio della concorrenza per il mercato sia giustificata da obiettivi di interesse generale.

La modalità di affidamento prescelta dovrebbe essere quella che minimizza i costi totali di fornitura del servizio, inclusi i costi di agenzia. Ulteriori elementi di valutazione possono riguardare i vincoli e le condizioni a cui sono sottoposte le diverse forme di gestione, in particolare quelli derivanti dalla normativa sugli aiuti di Stato e la salvaguardia del valore dell'impresa di proprietà dell'ente territoriale.

Le abrogazioni, dapprima dell'art. 23 bis del D.L. 112/2008, e poi dell'art. 4 del D.L. 138/2011, e quindi anche dell'espressa pregiudiziale a favore della concorrenza nel mercato, non fa venir meno l'obbligo in capo agli enti di verificare la possibilità e la convenienza ad aprire il pur nell'ambito di una regolamentazione *erga omnes*. Alla luce delle norme e della giurisprudenza comunitaria e nazionale, infatti, l'attribuzione di diritti esclusivi andrebbe comunque motivata sulla base di obiettivi di interesse generale. Ciò richiede come adempimento preliminare che gli enti territoriali una volta individuati i livelli essenziali dei servizi, indichino quelli che non è possibile o non è conveniente che vengano erogati in regime di mercato.

Analoghi criteri valgono anche per la definizione dell'oggetto degli affidamenti, ossia i servizi da affidare, compreso l'affidamento multiservizi, privilegiando anche in questo caso l'economicità e la salvaguardia della concorrenza nelle sue diverse forme (per il mercato, o per comparazione).

1. INTRODUZIONE

Le presenti Linee Guida hanno la finalità di assistere le regioni e gli enti locali nella definizione di criteri per la scelta dell'oggetto e delle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali a rilevanza economica.

E' opportuno evidenziare che: (i) la trattazione riguarda trasversalmente i servizi idrici, dei rifiuti e del trasporto pubblico locale e regionale, sebbene di volta in volta verranno evidenziate peculiarità settoriali; (ii) la materia affrontata presenta taluni aspetti comuni o contigui con quelli relativi alla delimitazione degli ambiti o bacini territoriali ottimali, cosicché per la completezza della trattazione si fa anche rinvio alle pertinenti linee guida.

Gli affidamenti possono essere considerati sotto diversi aspetti: (i) l'oggetto degli affidamenti (i servizi da affidare, compreso l'affidamento di più servizi ad uno stesso gestore, e i relativi livelli quantitativi e qualitativi); (ii) la dimensione (i bacini di utenza da affidare); (iii) le modalità di affidamento; (iv) le condizioni economiche e finanziarie.

Questi aspetti sono stati in parte interessati dall'abrogazione dell'art. 4 della L. 148/2012 a seguito della sentenza 199/2012 della Corte Costituzionale.

Gli effetti della sentenza si concentrano soprattutto sulle modalità di affidamento, con l'eliminazione del quasi assoluto divieto – per i servizi di rilevanza economica - di ricorrere all'*in house providing* per la fornitura di servizi pubblici locali di rilevanza economica e la riconsegna della materia degli affidamenti alla normativa comunitaria.

Con l'abrogazione dell'art. 4, inoltre, essendo stata superata la pregiudiziale a favore della concorrenza nel mercato, viene meno l'obbligo per gli enti locali di emanare delibere quadro, da sottoporre al parere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato a motivazione di un affidamento in esclusiva, e della vantaggiosità economica dell'eventuale ricorso alla gara di una pluralità di servizi.

Con l'art. 34, comma 20, del D.L. 179/2012, convertito con L. 221/2012, la motivazione in capo agli enti affidanti circa la modalità di affidamento (e non solo l'affidamento diretto) consiste nell'obbligo di redigere e pubblicare una relazione che dia conto "*delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e definisca i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste*". Tale motivazione non è sottoposta ad uno scrutinio, ma viene resa trasparente tramite la pubblicazione nel sito internet dell'ente affidante.

2. QUADRO NORMATIVO DI RIFERIMENTO

Come è noto la Corte Costituzionale, con la pronuncia n. 199 pubblicata in G.U. il 25 luglio 2012, ha sancito l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 del D.L. 138/2011, convertito con modificazioni con L. 148/2011, poiché in detto articolo veniva riproposta la medesima normativa contenuta nell'art. 23 bis del D.L. 112/2008, abrogata con referendum popolare.

In linea generale, il citato articolo 4 (“*Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa europea*”) imponeva agli enti locali di verificare la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. In ordine al procedimento, l'ente interessato, avrebbe dovuto effettuare un'analisi di mercato attraverso la quale verificare l'idoneità della libera iniziativa economica a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità. Solo nel caso di esito negativo della verifica e previa approvazione di una delibera quadro, la pubblica amministrazione avrebbe potuto provvedere con l'attribuzione di diritti di esclusiva relativi ai singoli servizi. La dichiarazione d'incostituzionalità dell'art.4 non lascia, tuttavia, un vuoto normativo nella misura in cui è, allo stato, valida ed efficace la normativa comunitaria. Da questo punto di vista resta attuale la sentenza della Corte Costituzionale di ammissione dei quesiti referendari (sentenza 24/2011) secondo la quale “dall'abrogazione referendaria non deriva, in tema di regole concorrenziali relative ai servizi pubblici locali di rilevanza economica, né una lacuna normativa incolmabile, né l'applicazione di una normativa contrastante con il suddetto assetto concorrenziale minimo inderogabilmente richiesto dall'ordinamento comunitario”. Ciò anche in relazione agli affidamenti dei servizi sottratti alla libera concorrenza nel mercato. Sotto questo profilo è da considerare valida ed efficace la normativa comunitaria certamente meno restrittiva quanto meno per il ricorso all'affidamento diretto a società *cd in house*, rispetto a quella nazionale censurata dalla Corte Costituzionale. A tale riguardo si elencano di seguito, senza alcuna pretesa di esaustività, le principali disposizioni europee e statali, di carattere trasversale, che possono ritenersi sicuramente vigenti:

- a) l'art. 106 del TFUE richiamato dalla stessa Corte Costituzionale nella sentenza 199/2012 e con esso anche l'art. 14 del TFUE nonché il protocollo n. 26 al TFUE e la direttiva 123/2006 che potrebbero fornire importanti indicazioni anche in relazione ai contenuti della motivazione dell'affidamento *in house*;
- b) il Libro Verde sui servizi di interesse economico generale (COM (2003) 270);
- c) la Direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (G.U.C.E. n. 134 del 30 aprile 2004);
- d) il Codice dei contratti pubblici D.Lgs. 163 del 12 aprile 2006 ed il regolamento di attuazione ed esecuzione del Codice dei contratti D.P.R. 207 del 5 ottobre 2010;
- e) l'art. 113 del D.Lgs. n. 267 del 18 agosto 2000 – Tuel (proprietà delle reti, diritto di accesso alle reti ed ai beni strumentali, clausola di reciprocità, regole generali delle gare, contratto di servizio, eccetera);
- f) le norme sugli affidamenti societari di cui all'art. 2 della L. 244/2007 ed all'art. 14 del D.L. 78/2010 (finalità societarie e limiti di costituzione per i comuni con meno di 30.000 abitanti e/o partecipazione azionaria).

In materia di concessioni, in attesa dell'applicazione della emananda direttiva comunitaria, la scelta del concessionario, ai sensi di quanto previsto nel Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 163/2006 che recepisce la Direttiva 2004/18 sugli appalti), deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei criteri di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità.

Quanto alle società miste il riferimento europeo è costituito dalla disciplina del partenariato pubblico-privato istituzionale, regolato dal Libro verde del 2003 e dalla Comunicazione interpretativa della CE del 5/2/2008 (C(2007) 6661). In sintesi, ai sensi della suddetta Comunicazione, corrisponde alla figura comunitaria del PPPI l'azienda mista il cui partner privato sia stato selezionato *“nell'ambito di una procedura trasparente e concorrenziale che ha per oggetto sia l'appalto pubblico o la concessione da aggiudicare all'entità a capitale misto, sia il contributo operativo del partner privato all'esecuzione di tali prestazioni e/o il suo contributo amministrativo alla gestione dell'entità a capitale misto”*. In sostanza si tratta di un affidamento frutto di una procedura di gara cosiddetta *“a doppio oggetto”*. Da sottolineare che tale figura corrisponde largamente a quella indicata nell'articolo 23-bis e poi riproposta nell'articolo 4 con la significativa differenza che la disciplina comunitaria non contempla alcun obbligo a quote minime di capitale privato, come invece era previsto nelle suddette norme oggi abrogate.

E' opportuno ricordare che per queste due forme di affidamento, la concessione e il PPPI, entrambe riconducibili alla categoria della concorrenza, l'applicazione della disciplina europea non presenta l'esigenza di particolari adattamenti.

Quanto alle vigenti normative dei settori interessati dalle linee guida:

- a) per quanto riguarda il servizio idrico e quello di gestione dei rifiuti urbani la normativa di riferimento è rappresentata dalle misure contenute nel D.Lgs. 152/2006 e smi (cosiddetto Codice Ambientale) e dai principi comunitari sopra richiamati, a cui occorre aggiungere l'art. 2 comma 186 bis della L. 191/2009 e smi relativo alla soppressione delle Autorità d'Ambito e l'articolo 19 del D.L. 95 del 2012 che ha assegnato ai comuni, quali loro funzione fondamentale, *“l'organizzazione e la gestione dei servizi di raccolta, avvio e smaltimento e recupero dei rifiuti urbani e la riscossione dei relativi tributi”*;
- b) con riferimento, invece, al TPLR la normativa comunitaria è rappresentata dal Regolamento 1370/07/CE, che sancisce – ove non sussistano norme nazionali maggiormente concorrenziali – la *“facoltà”* delle autorità locali di scegliere fra le seguenti forme di affidamento: (i) *in house*; (ii) a terzi mediante procedure a evidenza pubblica; (iii) dirette di servizi di trasporto ferroviario regionale. Sebbene non espressamente prevista dal Regolamento, è da ritenere che valga anche per il trasporto pubblico locale la possibilità di ricorrere a procedure a evidenza pubblica a doppio oggetto, relative al contestuale affidamento del servizio e alla scelta del socio privato¹. Quanto alla normativa nazionale di settore, l'obbligo di gara imposto dal D.Lgs. 422/1997 era stato già abrogato dall'art 61 della L.99/2009, che espressamente rinvia alla norma comunitaria².

¹ Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati, C(2007) 6661 del 5 febbraio 2008.

² *“1. Al fine di armonizzare il processo di liberalizzazione e di concorrenza nel settore del trasporto pubblico regionale e locale con le norme comunitarie, le autorità competenti all'aggiudicazione di contratti di servizio, anche in deroga alla disciplina di settore, possono avvalersi delle previsioni di cui all'articolo 5, paragrafi 2, 4, 5 e 6, e all'articolo 8, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007. Alle società che, in Italia o all'estero, risultino aggiudicatrici di contratti di servizio ai sensi delle previsioni del predetto*

3. MODALITÀ DI AFFIDAMENTO

L'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali potrà avvenire mediante:

- a) gara ad evidenza pubblica in applicazione delle norme inerenti gli appalti o le concessioni di servizi di cui al D.Lgs. 163 del 12 aprile 2006;
- b) affidamento a società a capitale misto pubblico e privato con procedura di gara per la scelta del socio privato, a cui attribuire specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio (procedura cd. a doppio oggetto);
- c) affidamento diretto a società cd *in house*;
- d) affidamento diretto anche non *in house* per il trasporto ferroviario regionale (Regolamento 1370/2007/CE).

Ai sensi di quanto prescritto dal comma 1 bis (introdotto dall'art. 34 del D.L. 179/2012 convertito con modifiche dalla L. 221/2012) dell'art. 3 bis D.L. 138/2011 le procedure per il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica sono esercitate unicamente dagli enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei istituiti o designati ai sensi del comma 1 dell'art. 3 bis.

La finalità primaria di tale norma – il superamento della frammentazione gestionale dei SPL – potrà condurre anche alla “concentrazione” di parte degli attuali enti titolari degli affidamenti³ in “enti di governo degli ambiti”. Da precisare che l'esercizio congiunto di una funzione (soprattutto se si tratta di una funzione fondamentale) è fattispecie distinta rispetto al trasferimento della stessa: gli enti di governo dovranno in tal caso configurarsi non come nuovi organismi ma come strutture associative di enti locali (ex art. 30 TUEL).

regolamento (CE) n. 1370/2007 non si applica l'esclusione di cui all'articolo 18, comma 2, lettera a), del D.Lgs. 19 novembre 1997, n. 422”.

³ Enti titolari delle funzioni (quanto meno per il settore rifiuti) sono i Comuni (ex art. 19 D.L. 95/2012 che modifica l'art. 14 D.L. 78/2010) che, tuttavia dovranno procedere al loro esercizio congiuntamente ai sensi del combinato normativo di cui all'art. 33 TUEL, 19 D.L. 95/2012 e comma 1 bis dell'art. 3 bis D.L. 138/2011.

4. CONSIDERAZIONI IN MERITO ALL'ITER PROCEDIMENTALE PER LA SCELTA DELLA MODALITÀ DI AFFIDAMENTO E NELLA RELAZIONE DI CUI AL D.L. 179/2012

Come si è avuto modo di illustrare in precedenza, l'abrogazione dell'art. 4 del D.L. 138 del 2011, ad opera della sentenza citata della Corte Costituzionale, ha restituito un quadro giuridico di riferimento equivalente a quello che caratterizzò il periodo immediatamente successivo al *referendum* abrogativo del giugno 2011. Così, limiti e possibilità vanno ritrovati, oltre che nei principi comunitari, nei principi generali dell'ordinamento e dell'azione amministrativa.

Per quel che attiene l'*iter* necessario alla scelta della modalità organizzativa del servizio ed al suo affidamento, elemento fondante è rappresentato dalla motivazione che deve assistere la decisione, in attuazione del principio generale dettato dall'art. 3 della L. 241/1990. In tal senso, la delibera dell'organo consiliare circa la modalità di gestione dovrà essere assistita dall'illustrazione delle ragioni che supportano la scelta. Ciò, indipendentemente dalla modalità di affidamento e, dunque, sia nel caso di gara o di esternalizzazione del servizio o di affidamento a società a partecipazione mista, sia nell'ipotesi di affidamento *in house*. Al riguardo, infatti, resta comunque necessario che la decisione renda evidenti le utilità (economiche e tecniche) che s'intendono conseguire con quel determinato affidamento e gli elementi che fanno ritenere che il modello scelto possa garantire il loro conseguimento.

In concreto, la delibera consiliare che dispone l'affidamento del servizio dovrà descrivere le condizioni di fatto ed illustrare i dati quantitativi e qualitativi di massima del servizio da assegnare e sulla base di un *business plan*, dare conto degli obiettivi da conseguire e indicare le condizioni legittimanti la forma di affidamento scelta alla luce dei principi comunitari.

Ciò vale sia per la società *in house* (proprietà pubblica, controllo analogo ed attività prevalente a favore dell'amministrazione controllante) che per la società mista (cosiddetta gara a doppio oggetto, rimessa a gara della posizione di socio privato alla scadenza dell'affidamento, chiara indicazione dei compiti operativi affidati al socio privato), nonché per la gara per la selezione del gestore del servizio.

Attesa la dichiarazione d'illegittimità costituzionale dell'art. 4 D.L. 138/2011, il legislatore è intervenuto in via d'urgenza al fine di completare la materia dei servizi pubblici locali. Il D.L. 179 del 18 ottobre 2012, infatti, all'art. 34 (*Misure urgenti per le attività produttive, le infrastrutture e i trasporti locali, la valorizzazione dei beni culturali ed i comuni*), commi 20 e ss., prescrive:

- 1) l'obbligo di predisporre apposita Relazione e di procedere alla sua pubblicazione sul sito internet dell'ente affidante, nella quale esporre le ragioni e la sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e definire i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste (comma 20);
- 2) gli affidamenti, in essere alla data di entrata in vigore del decreto, non conformi ai requisiti previsti dalla normativa europea devono essere adeguati entro il termine del 31 dicembre 2013 pubblicando, entro la stessa data, la relazione prevista al comma 20. Per gli affidamenti in cui non è prevista una data di scadenza gli enti competenti provvedono ad inserire nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto un termine di scadenza dell'affidamento. Il mancato adempimento degli obblighi previsti nel presente comma determina la cessazione dell'affidamento alla data del 31 dicembre 2013 (comma 21);

- 3) gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data, e a quelle da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto; gli affidamenti che non prevedono una data di scadenza cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, il 31 dicembre 2020 (comma 22).
- 4) i commi da 20 a 22 non si applicano al servizio di distribuzione di gas naturale, di cui al D.Lgs. 23 maggio 2000, n. 164, il servizio di distribuzione di energia elettrica, di cui al D.Lgs. 16 marzo 1999, n. 79 e alla L. 23 agosto 2004, n. 239, nonché la gestione delle farmacie comunali, di cui alla L. 2 aprile 1968, n. 475. Restano inoltre ferme le disposizioni di cui all'articolo 37 del D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito dalla L. 7 agosto 2012, n. 134.

Sebbene di portata generale, la norma ha una specifica importanza soprattutto per motivare la scelta dell'affidamento diretto *in house*, che presenta maggiore criticità per il rispetto delle regole sottese al principio della concorrenza. In quest'ottica, anche alla luce della sentenza n. 199/2012 della Corte Costituzionale sarebbe utile, in sede di predisposizione della relazione, richiamare le condizioni di cui all'art. 106 del TFUE. La relazione, in buona sostanza, non fa altro che rendere più accessibili e trasparenti le motivazioni necessarie della delibera di costituzione del soggetto *in house* e di affidamento del servizio, anche al fine di consentire un più agevole controllo da parte degli organi deputati alla vigilanza sugli affidamenti (AGCM e AVCP).

Si segnala, infine, quanto prescritto dall'art. 4 comma 8 del D.L. 95/2012 ai sensi del quale: “*A decorrere dal 1° gennaio 2014 l'affidamento diretto può avvenire solo a favore di società a capitale interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione in house. Sono fatti salvi gli affidamenti in essere fino alla scadenza naturale e comunque fino al 31 dicembre 2014*”. Ad una prima lettura tale previsione sembrerebbe potersi riferire genericamente a tutti i tipi di servizi, inclusi quelli pubblici locali. Tuttavia, si ritiene più conforme all'ordinamento (proprio in virtù dell'eccezione prescritta dal comma 3 dell'art. 4 D.L. 95/2012) ed alla recente giurisprudenza (anche in virtù di quanto prescritto dalla Consulta nella sentenza 199/2012 in tema di società *in house*), l'interpretazione che esclude i servizi pubblici di interesse generale, anche economici, dalla sfera di applicazione dell'ottavo comma.

5. SCELTA DELLA MODALITÀ DI AFFIDAMENTO E TUTELA DELLA CONCORRENZA

Le norme di cui occorre tenere conto per la scelta delle modalità di affidamento sono sia quelle di portata generale, che quelle di carattere settoriale. In particolare, il riferimento risulta costituito dall'insieme delle norme europee e di quelle settoriali, nonché dalla giurisprudenza comunitaria a cui si aggiungerà la Direttiva europea sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, proposta dal Parlamento e dal Consiglio Europeo, che dovrebbe essere adottata in via definitiva nei prossimi mesi, per essere poi recepita dagli Stati membri. Si tratta di un contesto istituzionale sufficientemente articolato che il legislatore nazionale si è limitato a completare intervenendo per rendere la legislazione italiana coerente con quella comunitaria.

Gli ampi margini di discrezionalità che l'impianto comunitario lascia alle autorità locali derivano dall'applicazione del principio di sussidiarietà, così come sancito dall'art. 14 del TFUE⁴. Si è infatti ritenuto che i SIEG non possano che essere organizzati a livello dei singoli Stati o di singoli enti territoriali, in quanto più prossimi ai cittadini e migliori interpreti dei loro bisogni⁵.

Così nel Libro verde sui SIEG del 2003: *“Per quanto riguarda l'organizzazione della fornitura di un servizio di interesse economico generale, gli Stati membri sono liberi di stabilire le modalità di gestione, sempre nel rispetto delle norme comunitarie. In ogni caso, il grado di apertura del mercato e la concorrenza in un determinato servizio di interesse economico generale è deciso dalle pertinenti norme comunitarie sul mercato interno e sulla concorrenza. Per quanto riguarda la partecipazione dello Stato nella fornitura di servizi di interesse generale, spetta alle autorità pubbliche decidere se fornire questi servizi direttamente tramite la propria amministrazione oppure se affidarli a terzi (soggetti pubblici o privati)”*⁶.

Sebbene i SIEG siano sottoposti alle norme della concorrenza, tenendo conto della loro particolare rilevanza in materia di coesione sociale e territoriale, l'art. 106, c. 2, del TFUE introduce la possibilità di derogare a esse: *“le imprese incaricate di servizi di interesse economico generale [...] sono sottoposte alle norme del presente trattato, e in particolare alle regole della concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto o di fatto, della specifica missione loro affidata”*.

E' evidente che la deroga di cui possono potenzialmente beneficiare le imprese incaricate di servizi di interesse economico generale non si estende a tutte le regole della concorrenza, non certamente a quelle che vietano gli abusi di posizione dominante né a quelle che vietano intere restrittive o controllano le concentrazioni, ecc.

La possibilità di derogare alle regole di concorrenza non è dunque assoluta ma, alla luce della copiosa giurisprudenza comunitaria, deve essere motivata da criteri di necessità, adeguatezza e proporzionalità.

⁴ “[...] l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono tali principi e fissano tali condizioni, fatta salva la competenza degli Stati membri, nel rispetto dei trattati, di fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi”.

⁵ Così, nella "Risoluzione sul Libro verde sui servizi di interesse generale (COM(2003) 270 — 2003/2152(INI))" del 14 gennaio 2004, il Parlamento Europeo: *“ribadisce l'importanza fondamentale del principio di sussidiarietà, a norma del quale le autorità competenti degli Stati membri possono operare la loro scelta in materia di missioni, organizzazione e modalità di finanziamento dei servizi di interesse generale e dei servizi di interesse economico generale; sottolinea che una direttiva non può stabilire una definizione europea uniforme dei servizi di interesse generale, poiché la loro definizione e strutturazione deve restare di competenza esclusiva degli Stati membri e delle loro suddivisioni costituzionalmente riconosciute”* (par. 18).

⁶ Commissione europea, *Libro verde sui servizi di interesse generale* (COM (2003) 270 def., 21 maggio 2003, par. 79).

L'applicazione del principio di concorrenza è sancito dalla stessa sentenza 199/2012 della Corte Costituzionale, relativamente alla scelta delle modalità di affidamento, ossia agli affidamenti diretti *in house*. La normativa comunitaria (richiamata nella sentenza n. 325 del 2010) “*consente, anche se non impone, la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale, allorquando l'applicazione delle regole di concorrenza ostacoli, in diritto o in fatto, la «speciale missione» dell'ente pubblico (art. 106 TFUE), alle sole condizioni del capitale totalmente pubblico della società affidataria, del cosiddetto controllo “analogo” ed infine dello svolgimento della parte più importante dell'attività dell'affidatario in favore dell'aggiudicante*”.

La Corte sancisce dunque due presupposti da cui discende la percorribilità dell'*in house providing*: a) le condizioni oggettive che rendono preferibile l'attribuzione di diritti di esclusiva⁷; b) i requisiti soggettivi dell'operatore, che debbono essere conformi a quelli indicati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Tuttavia, la portata dell'art. 106 è potenzialmente ben più ampia, tenuto conto che le “*regole della concorrenza*” a cui fanno riferimento i principi generali del diritto comunitario (specificamente l'art. 106) sono *in primis* quelli che garantiscono il funzionamento di un mercato concorrenziale e solo in subordine quelli della concorrenza per il mercato.

L'art. 106 del Trattato, dunque, introduce l'esigenza di motivare la sottrazione alle regole della concorrenza sia nella forma della concorrenza nel mercato, sia di quella per il mercato.

A questo riguardo si veda la sentenza “Corbeau” della Corte di Giustizia, laddove si stabilisce che “*una restrizione della concorrenza, o persino l'esclusione di qualsiasi concorrenza da parte di altri operatori economici*” può essere giustificata se è condizione per permettere al titolare di un diritto esclusivo “*di garantire i suoi servizi in condizioni di equilibrio economico [ciò che] presuppone la possibilità di una compensazione fra i settori di attività redditizie e quelli meno redditizi [...]*”⁸. Al tempo stesso “*L'esclusione della concorrenza non si giustifica tuttavia qualora si tratti di servizi specifici, scindibili dal servizio di interesse generale [...]*”. Sebbene la sentenza in questione, e più in generale, la giurisprudenza comunitaria abbiano focalizzato l'attenzione sull'attribuzione di diritti speciali e sulla concessione diretta di diritti esclusivi, i principi sanciti sono estensibili anche alla esclusione della concorrenza nel mercato.

Ne segue che con l'abrogazione dell'art. 4 viene meno il suo contenuto precettivo, ma non il principio su cui questo si fondava.

Anche l'art. 3 della L. 148/2011 va in questa direzione vietando “*Le restrizioni in materia di accesso ed esercizio delle attività economiche*” salvo che “*la restrizione rappresenti un mezzo idoneo, indispensabile e, dal punto di vista del grado di interferenza nella libertà economica, ragionevolmente proporzionato all'interesse pubblico cui è destinata*”⁹.

⁷ Cfr. la notissima sentenza della CGE sul caso C-107/98 (Teckal) del 18 novembre 1999.

⁸ CGE, C-320/91, par. 16-18. Cfr. anche CGE, C-340/99, par. 54: “[...] *dalla giurisprudenza della Corte risulta che non è necessario, affinché siano soddisfatte le condizioni di applicazione dell'art. 90, n. 2, del Trattato, che risulti minacciato l'equilibrio finanziario o la redditività economica dell'impresa incaricata della gestione di un servizio di interesse economico generale. È sufficiente che, in mancanza dei diritti controversi, possa risultare compromesso l'adempimento delle specifiche funzioni assegnate all'impresa, quali precisate dagli obblighi e dai vincoli imposti, o che il mantenimento dei diritti di cui trattasi sia necessario per consentire al loro titolare di adempiere le funzioni di interesse economico generale affidategli in condizioni economicamente accettabili*”.

⁹ L. 148/2011, art. 3, commi 8-11. Cfr. anche L. 27/2012, art. 1, comma 2: “*Le disposizioni recanti divieti, restrizioni, oneri o condizioni all'accesso ed all'esercizio delle attività economiche sono in ogni caso interpretate ed applicate in senso tassativo, restrittivo e ragionevolmente proporzionato alle perseguite finalità di interesse pubblico generale, alla stregua dei principi costituzionali per i quali l'iniziativa economica privata è libera secondo condizioni di piena concorrenza e pari opportunità tra tutti i soggetti, presenti e futuri, ed ammette solo i limiti, i programmi e i controlli*”.

La normativa comunitaria e quella nazionale convergono dunque sulla necessità di giustificare l'imposizione di Obblighi di Servizio Pubblico (OSP) e la conseguente concessione di diritti esclusivi.

Ciò conduce a definire il perimetro degli OSP sulla base della *ratio* comunitaria, determinandola per esclusione.

Al fine di rendere coerenti la motivazione e la relativa relazione da parte degli Enti Locali con l'ordinamento comunitario giova una lettura congiunta dell'articolo 106 del TFUE e del pacchetto di misure recentemente adottato dalla Commissione Europea relativamente alla disciplina degli aiuti di Stato. Come si è visto l'articolo 106 prevede che ai servizi di interesse economico generale si applicano le regole del Trattato relative alla concorrenza salvo dimostrare che ciò impedisca la loro specifica missione. Le norme sugli aiuti di Stato definiscono le condizioni da rispettare affinché una compensazione a copertura degli oneri di servizio pubblico e universale non venga qualificata "aiuto" ai sensi del diritto europeo. Tali condizioni sono sostanzialmente riconducibili alla valutazione della necessità di imporre OSP, alla chiara definizione di questi obblighi, alla previa indicazione dei sistemi di calcolo delle compensazioni, all'adozione di criteri che scongiurino sovra compensazioni con particolare riferimento al ricorso a procedure di gara o, in loro assenza, a sistemi di *benchmark*.

Si ritiene che queste regole possono contribuire a guidare gli enti locali nella definizione delle proprie motivazioni anche negli affidamenti che non comportano trasferimenti compensativi e non rientrano quindi nella disciplina europea degli aiuti di Stato.

La normativa comunitaria e quella nazionale convergono dunque sulla necessità di giustificare l'imposizione di Obblighi di Servizio Pubblico e la conseguente concessione di diritti esclusivi.

Ciò conduce ad affrontare il perimetro degli OSP (l'oggetto degli affidamenti) che, nella *ratio* comunitaria, andrebbe determinato "per esclusione": "*obbligo di servizio pubblico: l'obbligo definito o individuato da un'autorità competente al fine di garantire la prestazione di servizi di trasporto pubblico di passeggeri di interesse generale che un operatore, ove considerasse il proprio interesse commerciale, non si assumerebbe o non si assumerebbe nella stessa misura o alle stesse condizioni senza compenso*" (Regolamento 1370/07/CE, art. 2, lettera e – enfasi aggiunta). Sebbene la norma citata sia riferita al trasporto pubblico – e sebbene sia questo il settore, più che gli altri qui considerati, in cui spazi di concorrenza nel mercato possano ritrovarsi - essa può assumere valenza generale.

Ne segue che il ricorso all'affidamento di diritti esclusivi (quale che sia la procedura) richiederebbe il previo accertamento dell'eventuale interesse da parte di operatori privati e, in caso positivo, della conformità dell'apertura del mercato agli obiettivi di interesse generale perseguiti. I criteri di valutazione al riguardo sono non dissimili da quelli che dovrebbero sovrintendere a limitazioni della concorrenza nella forma di affidamento diretto di diritti esclusivi: garanzia di adeguata quantità, qualità e regolarità dei servizi, economicità della gestione, economia di risorse pubbliche.

Da aggiungere che una corretta perimetrazione degli OSP – e dunque, la preventiva verifica della loro necessità, adeguatezza e proporzionalità - rappresenta una delle condizioni affinché le eventuali compensazioni siano escluse dal campo degli aiuti di Stato^{10,11}.

necessari ad evitare possibili danni alla salute, all'ambiente, al paesaggio, al patrimonio artistico e culturale, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e possibili contrasti con l'utilità sociale, con l'ordine pubblico, con il sistema tributario e con gli obblighi comunitari ed internazionali della Repubblica".

¹⁰ Si veda in tal senso la recente Comunicazione della Commissione in materia di aiuti di Stato ai SIEG: "*La prima condizione stabilita dalla sentenza Almark prevede la definizione dell'obbligo a cui adempie il SIEG. Questa condizione coincide con quanto stabilito dall'articolo 106, paragrafo 2, del trattato, a norma del quale le imprese*

Sebbene la stessa Commissione avverta che “*Per quanto riguarda la questione se un servizio possa essere fornito dal mercato, la valutazione della Commissione si limita alla verifica di errori manifesti compiuti dagli Stati membri*”¹², resta che un’attribuzione estensiva e immotivata di diritti esclusivi potrebbe fornire a terzi controinteressati una ragione ulteriore - aggiuntiva alla esclusione dal mercato - di ricorso. L’insussistenza di una motivazione valida legittimerebbe anche l’applicazione dell’art. 21-bis della legge *antitrust* italiana¹³.

incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale sono imprese cui è stata affidata una «specifica missione». In generale, l'affidamento di una specifica missione di servizio pubblico implica la prestazione di servizi che un'impresa, ove considerasse il proprio interesse commerciale, non si assumerebbe o non assumerebbe nella stessa misura o alle stesse condizioni. Applicando il criterio dell'interesse generale, gli Stati membri o l'Unione possono collegare obblighi specifici a tali servizi. La Commissione ritiene pertanto che non sarebbe opportuno attribuire obblighi specifici di servizio pubblico ad un'attività che è già fornita o che può essere fornita in modo soddisfacente e a condizioni, quali prezzo, caratteristiche obiettive di qualità, continuità e accesso al servizio, coerenti con il pubblico interesse, quale definito dallo Stato, da imprese operanti secondo le normali regole del mercato” (Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale (2012/C 8/02, par. 47-48)).

¹¹ La Comunicazione ha portata generale e si applica dunque anche al TPLR. Da notare che i criteri che regolamentano l’esclusione dal campo degli aiuti di Stato delle compensazioni per OSP sono derivati dalla sentenza Altmark, la quale aveva per oggetto proprio un caso di trasporto pubblico locale.

¹² Ibid. par. 48.

¹³ Vanno infine ricordate recenti norme nazionali tendenti a razionalizzare l’offerta di servizi di TPLR condizionando a essa l’accesso ai finanziamenti statali. La ratio delle norme non è certo di ridurre l’offerta di servizi tout court ma la fornitura di quelli erogati in OSP attraverso l’affidamento di diritti esclusivi, in tal modo lasciando spazio al mercato privato. Art. 16-bis del D.L. 95/2012 convertito dalla L. 137/2012, ripreso dall’art. 10, comma 2, della legge di stabilità per il 2013.

6. SCELTA DELLE MODALITÀ DI AFFIDAMENTO: CONSIDERAZIONI ECONOMICHE

Assumendo che tutte le modalità di affidamento siano giuridicamente percorribili, il problema centrale riguarda la convenienza relativa dei tre modelli: la gara per il gestore, la società mista e l'*in house*.

I parametri di valutazione sono riconducibili all'efficacia rispetto agli obiettivi e all'efficienza e all'economicità in termini di costi. Posto che l'efficacia è potenzialmente conseguibile con qualsiasi modalità di affidamento, il discrimine è costituito dall'efficienza e l'economicità ed in particolare dall'analisi dei costi e dei ricavi associabili alle diverse forme di affidamento.

In relazione ai costi vanno separatamente considerati quelli di produzione dei servizi e quelli di agenzia¹⁴:

- a) i primi dipendono da due distinti *drivers*: la produttività "fisica" dei fattori produttivi e il loro costo di acquisizione;
- b) i secondi includono i costi per la ricerca e la selezione dell'impresa, per la raccolta delle informazioni, per l'attività di controllo, per l'*enforcement* del contratto, per eventuali contenziosi e per la *copertura dai rischi*.

I costi di produzione fanno dunque direttamente capo al gestore, quelli di agenzia all'ente concedente.

In linea generale ed in relazione ad entrambe le tipologie di costo, si può ritenere che rispetto alla dimensione del servizio l'eventuale conseguimento delle economie di scala può riguardare tutte le modalità di affidamento. Riguardo ai diversi tipi di affidamento i costi di produzione e quelli di agenzia presentano andamenti divergenti: per quanto riguarda i costi di produzione una potenziale maggiore efficienza in caso di ricorso alla gara, mentre per quanto riguarda i costi di transazione un minore impatto nell'affidamento diretto.

Il soggetto affidatario, può anche costituirsi in forma associata, con l'eventuale suddivisione dei servizi – per territorio servito o per tipologia - fra le diverse imprese partecipanti, purché sia comunque salvaguardata l'unitarietà dell'affidamento e del contratto di servizio. Va al riguardo considerato che:

- a) la forma associativa può potenzialmente permettere di realizzare benefici in termini di costi di acquisizione dei fattori analoghi a quelli dell'impresa unica;
- b) i benefici in termini di produttività, invece, dipendono largamente dalle dimensioni delle singole imprese affidatarie le quali devono avere dimensioni efficienti. Ciò dovrebbe richiedere che la procedura per la selezione del gestore – o quella per l'affidamento diretto - preveda dimensioni adeguate di tutte le imprese partecipanti alla forma associativa (in caso di realtà preesistenti, la fusione fra imprese di piccole dimensioni);
- c) infine, è da ritenere che i costi di agenzia possano essere in questo caso più elevati.

¹⁴ Il rapporto contrattuale fra l'ente locale e l'impresa di servizi pubblici è tipicamente un contratto di agenzia. La *agency theory* è nata e si è sviluppata con l'obiettivo di studiare come il "principale" possa obbligare l'"agente" a comportarsi nel suo interesse, quando gli obiettivi divergono e quest'ultimo dispone di vantaggi informativi, e quando il sistema degli incentivi e delle sanzioni potrebbe rivelarsi inefficace o troppo oneroso per il principale come strumento di *enforcement* dei contratti. I costi di agenzia sono tipicamente costi di transazione che il principale è costretto a sostenere per assicurarsi che l'agente operi nel suo interesse.

Considerato quanto sopra, sono rilevanti i criteri di *governance* dell'associazione. A titolo di esempio: procedure di *pooling* negli acquisti; condivisione di impianti e di mezzi, e mobilità del personale fra le imprese associate; responsabilità solidale delle imprese nei confronti dell'ente affidante, sia in materia di obblighi di servizio che in materia finanziaria.

Date le tariffe, la massimizzazione dei ricavi è legata all'introduzione di forme incentivanti, quali i contratti di servizio di tipo *net cost* e di *revenue sharing*. Un altro elemento che favorisce il miglioramento delle *performance* è costituito dalla regolamentazione dei ricavi e dei sussidi incentivanti (*price* e *subsidy cap*) in quanto ciò consente di realizzare una sorta di "diritto al residuo" utilizzabile anche per adottare sistemi di premi e sanzioni per il *management* ed i lavoratori.

In conclusione, è ragionevole attendersi che livelli e composizione dei costi varino anche in funzione delle modalità di affidamento. In termini economici la modalità di affidamento da scegliere dovrebbe essere quella che minimizza i costi totali attesi. In linea di principio:

- a) la scelta dell'*in house* potrà essere tanto più conveniente quanto minore è la dimensione del servizio e quanto maggiore la quota di contributi pubblici;
- b) la scelta opposta dell'affidamento esterno può giustificarsi invece per le dimensioni della commessa ed il maggior potenziale di efficienza e di economicità;
- c) il ricorso alla società mista costituisce una forma intermedia che può comportare benefici comparativi, a condizione che l'assetto dei rapporti fra concedente e affidatario sia trasparente. A questo riguardo valgono le seguenti considerazioni: (i) sotto il profilo produttivo, se il privato è effettivamente socio operativo, i vantaggi in termini di efficienza dovrebbero essere analoghi a quelli dell'esternalizzazione, mentre minori dovrebbero essere i costi di agenzia; (ii) rispetto all'affidamento esterno, seguendo più direttamente la gestione, l'ente locale sarebbe in grado di controllare meglio l'adempimento del contratto, l'acquisizione delle informazioni, l'insorgere di rischi (in sostanza la catena che lo lega all'agente è più corta); (iii) tuttavia, affinché i costi di agenzia si riducano nel loro insieme e non si verifichi, invece, una loro mera traslazione dall'ente concedente all'impresa, è essenziale che si evitino commistioni fra la figura del socio pubblico e quella del concedente, le quali finirebbero anche per mettere a repentaglio una gestione efficiente. E' quindi indispensabile un sistema di regole di *governance* che attribuisca agli *stakeholders* ruoli ben definiti.

L'economicità della scelta, infine, andrebbe estesa anche alla salvaguardia del valore dell'*asset* dell'ente locale. In particolare, allorché l'impresa oggi affidataria *in house* versi in condizioni reddituali e patrimoniali critiche, l'immediato "ricorso al mercato", rispetto al suo differimento a risanamento dell'azienda realizzato, comporterebbe per l'ente locale delle perdite, in contrasto con l'obbligo di ottimale utilizzazione delle risorse pubbliche, sancito dall'art. 97 della Costituzione; obbligo che non riguarda la sola gestione corrente ma anche il valore patrimoniale e di mercato della stessa. In questi casi la via che potrebbe essere seguita è quella di includere nell'analisi comparativa dei costi e dei benefici economici delle diverse modalità anche l'emergere di perdite nette di valore capitale e le obbligazioni nei confronti dei creditori che andrebbero comunque onorate.

In termini di comparazione fra il modello *in house* e il ricorso al mercato, appare dunque giustificabile includere fra i costi e i benefici delle tre opzioni anche gli effetti finanziari di una dismissione pre-risanamento delle attività della società attualmente affidataria.

7. IN HOUSE PROVIDING

Fermi restando i requisiti necessari prescritti da una consolidata giurisprudenza (controllo analogo, prevalente attività svolta dalla società con gli enti partecipanti; integrale partecipazione pubblica al capitale sociale), il primo necessario adempimento è dettato dall'art. 34 del D.L. 179/2012 e consiste nella motivazione della scelta che dovrà essere contenuta nella relazione pubblicata sul sito internet dell'Ente ai sensi del citato art. 34.

Nel caso dell'*in house* la relazione prevista del citato articolo 34 dovrà prevalentemente evidenziare (ex art. 106 TFUE) quali siano le ragioni che precluderebbero il raggiungimento dell'interesse pubblico cui è funzionale l'azione dell'ente, qualora si adottassero le procedure ad evidenza pubblica.

Alle società *in house* che forniscono servizi pubblici locali non si applicano, inoltre, le limitazioni di cui all'art. 4 D.L. 95/2012 (cd. *spending review*) del 6 luglio 2012, convertito con L. 135 del 7 agosto 2012.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia¹⁵ e quella nazionale¹⁶ si sono focalizzate sui requisiti soggettivi dell'*in house* interpretandoli restrittivamente allo scopo di arginarne le distorsioni, mentre non è competenza della giurisprudenza la verifica delle condizioni "oggettive" che giustificano il ricorso a questa forma di affidamento.

Al riguardo la posizione espressa dalla Commissione Europea è chiara: anche un operatore per il quale ricorrono i "requisiti Teckal" è un'"impresa" e in quanto tale è soggetta alle regole della concorrenza e alle sue eccezioni, incluso l'art. 106, comma 2¹⁷.

L'affidamento diretto di diritti esclusivi va dunque motivato in base alla speciale missione assegnata all'impresa incaricata della fornitura dei servizi: nel caso del TPLR ciò vale sia per gli affidamenti *in house*, sia per quelli relativi a servizi ferroviari regionali ai sensi dell'art. 5, comma 6, del Regolamento 1370/07/CE.

Dello stesso tenore le conclusioni della citata sentenza 199/2012 della Corte Costituzionale e quelle della sentenza "Corbeau" della Corte di giustizia¹⁸.

¹⁵ Cfr. CGE, C-26/03 (Stadt Halle e RPL Lochau), C-231/03 (Corame), C-458/03 (Parking Brixen GmbH), C-29/04 (Mödling o Commissione c/ Austria), C-410/04 (ANAV c/ Comune di Bari), C-340/04 (Carbotermo), C-220/05 (Jean Auroux).

¹⁶ Cfr. Consiglio di Stato: "la figura dell'*in house providing* si configura come un modello eccezionale, i cui requisiti vanno interpretati restrittivamente poiché costituiscono una deroga alle regole generali del diritto comunitario [...]. Il ridimensionamento dell'istituto è da ricondursi anche a fenomeni di distorsione nel ricorso a tale modello, del quale si tende ad abusare attraverso il fenomeno delle c.d. catene societarie e dei controlli indiretti, nonché attraverso le attività svolte nei confronti di terzi" (parere 456, Sez. II, del 18 aprile 2007, par. 5.2). Dello stesso tenore, cfr. AGCM, Segnalazione AS375 del 28.12.2006.

¹⁷ "I fornitori di servizi di interesse economico generale, compresi i fornitori di servizi *in-house*, sono in ogni caso imprese e quindi soggette alle norme sulla concorrenza del trattato. Le decisioni di concedere diritti speciali ed esclusivi ai fornitori di servizi *in-house* o di favorirli in altri modi possono costituire una violazione del trattato, nonostante la parziale tutela offerta dall'articolo 86 [ora 106]. La giurisprudenza ne conferma la correttezza, in particolare: nel caso in cui i requisiti di servizio pubblico che il fornitore del servizio deve soddisfare non siano correttamente specificati; nel caso in cui il fornitore del servizio sia manifestamente incapace di soddisfare la richiesta; nei casi in cui esista un modo alternativo di soddisfare i requisiti con un effetto meno negativo sulla concorrenza". Cfr. Commissione europea, Libro verde, cit., par. 80.

¹⁸ In realtà non sembra esservi costante sintonia fra le posizioni della Commissione e Corte di giustizia riguardo all'obbligo di motivazione di affidamenti *in house*: più rigida la prima, più elastica nel tempo la seconda. Cfr. Al

La sottrazione della fornitura dei servizi alla concorrenza per il mercato va motivata con criteri di necessità, adeguatezza e proporzionalità rispetto agli obiettivi di interesse generale che le amministrazioni pubbliche intendono perseguire: adeguatezza in quantità, qualità e regolarità dei servizi; economicità della gestione; economia di risorse pubbliche¹⁹. In sostanza si tratta degli stessi criteri di convenienza comparativa illustrati in precedenza, che assumono valenza nella legittimità della scelta.

Da ultimo, gli enti territoriali dovrebbero tenere conto degli ulteriori vincoli derivanti dalla scelta del modello *in house*. Tali vincoli comportano appesantimenti amministrativi che andrebbero considerati ai fini della valutazione comparativa di convenienza.

Da richiamare in particolare quelli previsti dall'art. 3-bis della L. 148/2011 (i) di accesso ai finanziamenti statali, (ii) di assoggettamento al patto di stabilità interno, (iii) di modalità di acquisto di beni e servizi e (iv) di restrizioni in ordine alla gestione del personale.

Capitolo a parte meritano le già richiamate previsioni comunitarie in materia di compensazioni pubbliche, con specifico riferimento alle condizioni richiamate dalla sentenza "Altmark" affinché le compensazioni per OSP non rientrino nel campo di applicazione degli aiuti di Stato.

In particolare, il ricorso ad affidamenti con procedure ad evidenza pubblica escluderebbe – proprio in forza del meccanismo concorrenziale - la presenza di sovra compensazioni, mentre questa condizione va dimostrata nel caso di affidamenti diretti (così come in quello di procedure nell'ambito delle quali viene presentata una sola offerta). Infatti, non appartenendo i SIEG a quelli svolti dalle amministrazioni nella veste di pubbliche autorità, in entrambi i casi le compensazioni erogate rientrerebbero altrimenti a tutti gli effetti nella disciplina degli aiuti di Stato.

riguardo G.Bruzzone e R.Marzulli, La disciplina dei servizi pubblici locali nel D.L. 179/2012, ottobre 2012. Secondo gli autori: *“Oggi, pur restando la possibilità di contestare in base all’articolo 106, paragrafo 1, del Trattato la compatibilità con il diritto europeo di una determinata esclusiva, non è sicuro che un’azione basata solo sul carattere non necessario dell’esclusiva ai sensi dell’articolo 106, paragrafo 2, avrebbe successo; sembrerebbe semmai più promettente, se ve ne sono le condizioni, un’azione basata sull’applicazione congiunta dell’articolo 106, paragrafo 1, e dell’articolo 102 sull’abuso di posizione dominante”* (p. 12).

¹⁹ Sull'economia di risorse pubbliche cfr. la citata sentenza Corbeau della CGE e la Raccomandazione del Consiglio europeo del 10 luglio 2012 sul programma nazionale di riforme 2012, in ordine al perseguimento di *“un durevole miglioramento dell’efficienza e delle qualità della spesa pubblica”* in Italia.

8. COSTITUZIONE DELLE SOCIETÀ MISTE

La società mista rientra nella categoria dei “contratti di partenariato pubblico e privato” ai sensi dell’art. 3, comma 15-ter, D.Lgs. 163/2006. Oggetto del contratto può essere anche la fornitura di un servizio pubblico locale, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti.

L’affidamento del servizio in favore di società miste può avvenire mediante gara di appalto o concessione di servizi (ai sensi dell’art. 3, comma 36, D.Lgs. 163/2006). Su quest’ultima modalità di affidamento si rammenta che, ai sensi dell’art. 30 D.Lgs. 163/2006, e ad eccezione di quanto specificatamente previsto nel medesimo articolo, la disciplina del codice dei contratti pubblici non si applica integralmente se non espressamente previsto da disposizioni di legge o dal bando di gara.

Con riferimento alla redazione del bando di gara, si tenga presente che:

- a) la gara unica a doppio oggetto per la scelta del *partner* e l’affidamento dei servizi deve definire esattamente l’oggetto dei servizi medesimi (deve trattarsi di servizi “determinati”);
- b) devono essere noti i criteri di selezione e di aggiudicazione;
- c) non devono esserci clausole discriminatorie e deve essere garantita la trasparenza (informazioni sullo statuto del costituendo ente, sul patto tra azionisti e sugli accordi che regolano sia il rapporto contrattuale tra l’ente pubblico ed il partner privato, sia il rapporto tra l’ente pubblico e la società mista);
- d) la selezione dell’offerta migliore deve essere rapportata non solo alla solidità finanziaria dell’offerente, ma anche alla capacità di svolgere le prestazioni specifiche oggetto del contratto;
- e) il rapporto instaurando deve avere durata predeterminata, con rinnovo della procedura di selezione alla scadenza.

9. SOCIETÀ PUBBLICHE

In ordine ai presupposti per la costituzione di società pubblica o mista, l'art. 3, comma 27, della L. 244/2007 si preoccupa di individuare un'essenziale connessione funzionale fra ente costituente e società, disponendo che quest'ultima dovrà essere strettamente necessaria per il perseguimento delle finalità istituzionali proprie dell'ente. A ben vedere la norma non limita, ma funzionalizza la costituzione di società in materia di servizi pubblici locali, in quanto questi ultimi rientrano nella più vasta categoria di servizi pubblici di interesse generale.

Tuttavia la necessità di raggiungere la finalità di contenimento dei costi e di salvaguardia della concorrenza, ha indotto il legislatore a porre in essere vincoli ancora più stringenti per gli enti locali medio piccoli, ciò attraverso l'utilizzo della dimensione demografica che diviene, pertanto, il vincolo di legge per parametrare la sostenibilità delle partecipazioni societarie. Nello specifico, l'art. 3, comma 27, della L. 244/2007 deve essere letta in combinato disposto con quella intervenuta successivamente e contenuta nell'art. 14, comma 32, L. 78/2010 che nell'ordine:

1. vieta, in generale, ai comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti di costituire società, quale che siano ed anche a prescindere quindi dall'interesse pubblico da soddisfare. Entro il 31 dicembre 2012, tali enti, sono obbligati a mettere in liquidazione le società già in essere ovvero a cederne le partecipazioni, salvo che, alla data indicata, queste abbiano: a) il bilancio in utile negli ultimi tre esercizi; b) non abbiano subito, nei precedenti esercizi, riduzioni di capitale conseguenti a perdite di bilancio; c) non abbiano subito, nei precedenti esercizi, perdite di bilancio in conseguenza delle quali il comune sia stato gravato dell'obbligo di procedere al ripiano delle perdite medesime;
2. l'obiettivo del conseguimento di economie di scala sottese alla norma si evince dalla lettura della norma che esclude dalla liquidazione o cessione di quote le società con partecipazione paritaria ovvero con partecipazione proporzionale al numero degli abitanti, costituite da più comuni la cui popolazione complessiva superi i 30.000 abitanti;
3. i comuni con popolazione compresa tra 30.000 e 50.000 abitanti possono detenere la partecipazione di una sola società.

Di contro debbono ritenersi non applicabili alle società pubbliche, preposte all'erogazione di un servizio pubblico (anche a rete) di rilevanza economica le limitazioni, soppressioni e/o accorpamenti di cui all'art. 9 D.L. 95/2012 in quanto dette società non esercitano e/o svolgono né funzioni amministrative ex art. 118 cost, né funzioni fondamentali ma erogano, appunto, servizi pubblici.

10. OGGETTO DEGLI AFFIDAMENTI

Le decisioni relative ai servizi da affidare e ai relativi livelli quantitativi e qualitativi, successivamente alle verifiche concorrenziali, dovrebbero essere collegate alla definizione degli OSP e tenere conto delle esigenze di eliminare duplicazioni e, ove esistano, privilegiare i più adeguati servizi alternativi di soddisfazione dei bisogni (ad esempio mobilità, energia, eccetera).

La fase di programmazione e di riorganizzazione dei servizi costituisce quindi adempimento preliminare, che precede successive decisioni in ordine a come allocare l'offerta di servizi fra i singoli affidamenti, vale a dire, l'oggetto degli affidamenti.

In ordine al perimetro geografico, la *ratio* primaria dell'art. 3-bis della L. 148/2011 è il superamento della frammentazione orizzontale nell'offerta di servizi pubblici locali attraverso la promozione di processi di concentrazione: di qui il richiamo alle economie di scala e alle economie di differenziazione²⁰. E' in funzione di questo obiettivo che andrebbe intesa l'ottimalità e l'omogeneità degli ambiti territoriali, di regola di dimensione "almeno" provinciale.

Da notare che, a seguito della conversione in legge del D.L. 179/2012, si è chiarito che il legame tra fra ATO e lotti di affidamento non è cogente. Mentre infatti il testo originario dell'art. 34 (comma 13) sanciva che "*le procedure di conferimento della gestione [...] sono effettuate unicamente per ambiti o bacini territoriali omogenei [...]*", il testo definitivo dell'art. 34 (comma 23) stabilisce che "*le funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, compresi quelli appartenenti al settore dei rifiuti urbani, di scelta della forma di gestione, di determinazione delle tariffe all'utenza per quanto di competenza, di affidamento della gestione e relativo controllo sono esercitate unicamente dagli enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei istituiti o designati ai sensi del comma 1 del presente articolo*". Lo spostamento di enfasi dal territorio all'ente competente sul territorio appare significativo della volontà del legislatore di rendere maggiormente flessibile il rapporto fra ATO e lotti di affidamento.

In effetti l'identificazione fra ambiti ottimali e lotti di affidamento sarebbe stata per più motivi inopportuna:

- a) per un verso essa sarebbe potenzialmente in antitesi con la finalità concorrenziale della stessa norma, posto che questa prevede in linea di principio bacini alquanto estesi²¹. Al contrario, allentare una tale corrispondenza può favorire forme di "concorrenza comparativa"²² tra i diversi gestori operanti, seppure in forza di diritti esclusivi (anche se *in house*), in diverse aree territoriali all'interno di uno stesso Ambito Territoriale Ottimale;
- b) per altro verso, l'enfasi posta dall'art. 3-bis sulle economie di scala e di differenziazione – dunque, sui costi di produzione – come *driver* di delimitazione degli ambiti ottimali non implica necessariamente l'unicità dell'impresa affidataria, ma potrebbe anche realizzarsi mediante consorzi o associazioni fra imprese farebbero venir meno buona parte delle economie di scala.

²⁰ Queste ultime da intendersi come offerta congiunta di servizi attraverso processi di integrazione verticale (relativi a diversi stadi della filiera produttiva) o orizzontali fra modalità diverse.

²¹ Sotto questo profilo, l'incipit dell'art. 3-bis ("*A tutela della concorrenza e dell'ambiente [...]*") sarebbe stato più adeguatamente collocato nell'art. 4.

²² Tramite la concorrenza comparativa (*yardstick competition*) il regolatore simula un mercato competitivo attraverso il confronto delle prestazioni di gestioni tra loro comparabili.

La scelta della dimensione degli affidamenti – sia sotto il profilo geografico che dei volumi di offerta – va dunque sottoposta a verifica di economicità e di impatto concorrenziale.

I criteri generali per valutare la dimensione degli affidamenti sotto i profili indicati sono dunque:

- a) l'economicità delle gestioni, in funzione delle economie di scala;
- b) la salvaguardia di un accettabile grado di concorrenza per comparazione;
- c) la maggiore possibilità di compensare gli oneri di universalità del servizio;
- d) la vantaggiosità del ricorso ad affidamenti congiunti di più servizi.

Con riferimento al tema della concorrenza si può presumere che tanto maggiore è la dimensione degli affidamenti quanto minore è il numero degli affidatari e dunque: (i) più elevati i requisiti soggettivi di cui debbono disporre gli operatori interessati alla gestione e più alte barriere all'entrata sul mercato; (ii) minore la concorrenza per comparazione (tanto più utile nel caso di affidamenti diretti). A questo riguardo va nuovamente richiamato l'art. 106 del TFUE, la cui interpretazione dovrebbe condurre a concludere che anche le restrizioni alla concorrenza per comparazione dovrebbero essere giustificate dalla missione assegnata. Principio, questo, espressamente richiamato dalla sentenza "Corbeau" con riferimento a un affidamento *in house*. La conciliazione fra economicità e concorrenza fa sì che l'obiettivo sotteso alla definizione dell'oggetto dovrebbe tendere a individuare la dimensione minima ottima dell'affidamento, la quale non necessariamente coincide con la dimensione minima ottima dell'impresa.

L'economicità a livello di affidamento va intesa come minimizzazione dei costi totali, dati i livelli e la qualità dei servizi da erogare.

Come anticipato, i fattori che influenzano il livello dei costi possono essere distinti in (i) produttività dei fattori, (ii) costi di acquisto dei fattori produttivi; (iii) costi di agenzia. I primi due definiscono la dimensione ottima dell'impresa (o meglio dell'affidatario); nel loro insieme i tre fattori determinano la dimensione ottima dell'affidamento.

La produttività dei fattori è - *inter alia* - legata all'ottimizzazione della dimensione produttiva di ciascuna impresa.

Un secondo elemento riguarda la capacità di economizzare negli acquisti dei fattori, la quale è funzione della forza contrattuale e dunque della dimensione dell'acquirente, il quale può essere rappresentato da una singola impresa oppure in forma associata da un consorzio di imprese affidatarie che organizzino gli acquisti in *pooling*.

L'economicità del servizio affidato è funzione diretta della dimensione del lotto di affidamento, sia in termini geografici che, soprattutto, di volumi offerti. L'obiettivo da perseguire è la minimizzazione dei costi totali derivanti dalla fornitura dei servizi, dati i livelli di qualità, considerando congiuntamente sia i costi di produzione che i costi di agenzia:

- a) andrebbe individuata la dimensione minima ottima dell'affidatario (singolo o associato), vale a dire la scala produttiva e organizzativa che consente all'operatore di minimizzare i costi unitari di produzione, di sfruttare le economie di differenziazione e rispondere al meglio agli stimoli del mercato;

- b) i costi di agenzia (costi per la ricerca e la selezione dell'impresa, per la raccolta delle informazioni, per l'attività di controllo, per l'*enforcement* del contratto, per eventuali contenziosi, per la copertura dai rischi, ecc.) gravano per lo più sull'ente affidante in quanto sostenuti con l'obiettivo che l'affidatario operi nel suo interesse. La loro incidenza sui costi totali è in ragione inversa con la dimensione dell'affidamento, sia perché si tratta di costi fissi²³, sia a causa dei limiti, quantitativi e professionali, delle burocrazie locali e della difficoltà di disciplinare una pluralità di rapporti di affidamento²⁴.

La dimensione minima ottima di un lotto di affidamento è quella che – per effetto di entrambe le tipologie di costo – minimizza i costi totali in rapporto alle unità di servizio.

Per quanto riguarda il peso del servizio universale andrebbe ricercata la massima omogeneità fra gli affidamenti al fine di contenere l'incidenza delle compensazioni pubbliche. A tale riguardo si tratterebbe di garantire una compensazione di tali oneri finanziando i *deficit* dei segmenti meno convenienti con i *surplus* dei servizi remunerativi, sgravando in tal modo il peso del finanziamento pubblico.

Ultimo aspetto da considerare riguarda la scelta di procedere ad affidamenti singoli o plurimi.

Con l'abrogazione dell'art. 4 del D.L. 138/2011 è venuto meno anche l'espreso obbligo di dimostrare la vantaggiosità economica di affidamenti congiunti di più servizi.

Tuttavia, alla luce dei principi sopra enunciati è da ritenere che scelte in tal senso debbano essere adeguatamente motivate nella sede della relazione di cui all'art. 34, comma 20, del D.L. 95/2012, dimostrandone la convenienza economica rispetto al caso di affidamenti singoli, attraverso la stima di economie di scopo e di scala, e dei vantaggi per i consumatori quanto a qualità dei servizi.

²³ Va precisato però che, nella misura in cui i costi di agenzia consistano anche nella copertura dei rischi, la "moltiplicazione" degli affidamenti potrebbe permettere la diversificazione dei rischi e, dunque, una riduzione della relativa componente di costo.

²⁴ Ragione aggiuntiva, quest'ultima, che milita a favore della costituzione di autorità o agenzie regionali di regolazione.