

EDITORIALE – 13 LUGLIO 2016

Pubblico e privato nella gestione sei
servizi pubblici locali: tra
esternalizzazione e
municipalizzazione

di Fabrizio Fracchia

Professore ordinario di Diritto amministrativo
Università Bocconi di Milano



Pubblico e privato nella gestione sei servizi pubblici locali: tra esternalizzazione e municipalizzazione*

di Fabrizio Fracchia

Professore ordinario di Diritto amministrativo
Università Bocconi di Milano

Sommario: **1.** Premessa e delimitazione del tema. **2.** La nozione di municipalizzazione e il quadro normativo. **3.** La c.d. riforma Madia: il momento dell'assunzione del servizio. **4.** Le diverse opzioni per conseguire gli obiettivi di servizio pubblico; in particolare, la gestione del servizio. **5.** Una gerarchia tra le forme di gestione? Lo vuole l'Europa? Lo svuole il popolo sovrano? **6.** Ancora sulle ipotesi di "municipalizzazione": vincoli e presupposti. **7.** Osservazioni di sintesi e spunti di comparazione. **8.** Conclusioni. Un cenno a regolazione e "municipalizzazione".

1. Premessa e delimitazione del tema.

Il titolo della relazione che mi è stata affidata racchiude in sé chiare indicazioni che ne condizionano l'impostazione e ne delimitano l'estensione.

Intanto, se l'oggetto è costituito dai servizi pubblici locali, il fenomeno specifico che, al suo interno, deve essere analizzato è costituito dalla "gestione".

Per altro verso, emerge o viene suggerita una possibile chiave di lettura complessiva del tema e, cioè, il "movimento" verso la c.d. rimunicipalizzazione.

Infine, i due binari all'interno dei quali deve muoversi la riflessione sono costituiti rispettivamente dal *favor* nei confronti della concorrenza (in qualche modo implicato dal riferimento all'esternalizzazione e, dunque, dalla volontà politica di consegnare il servizio al mercato) e dalla considerazione d'interessi diversi, forse più tradizionali, che possono giustificare la contraria scelta dell'internalizzazione del servizio.

* Testo della Relazione presentata al XXI CONGRESO ITALO-ESPANOL DE PROFESORES DE DERECHO ADMINISTRATIVO Alicante/Benidorm, 26, de mayo de 2016. Desidero ringraziare J. Conde Antequera per i preziosi spunti che mi ha fornito in relazione all'ordinamento spagnolo.

Sullo sfondo, ovviamente, si agitano ulteriori e svariati temi: la tutela degli utenti, ad esempio; la protezione dell'affidamento del concessionario che potrebbe venire scarificata dalla scelta di rimunicipalizzare il servizio, a tacere della rilevanza del diritto europeo.

La premessa implicita, tenendo conto del fatto che la relazione si inserisce in un Convegno che alimenta e suscita il dialogo tra la dottrina spagnola e quella italiana, è costituita dalla raccomandazione di impostare un ragionamento che permetta la comparazione tra i due sistemi¹.

Circa l'oggetto, posto che i limiti dell'analisi non consentono di ripercorrere l'evoluzione della dottrina e della giurisprudenza in materia di servizi pubblici, è qui sufficiente ricordare che si tratta di nozione molto controversa.

Ancora non sopito è il dibattito relativo alla loro definizione², e ciò è anche dovuto non soltanto alla tradizionale oscillazione, cui non si sottrae neppure la giurisprudenza, tra i poli della concezione oggettiva e soggettiva del servizio³, ma anche al fatto che la categoria è usata a fini molto diversi tra di loro: per giustificare l'azione pubblica nel mercato (dunque con significative analogie rispetto all'esperienza spagnola⁴), per radicare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo⁵, per distinguere gli appalti di servizi dalle concessioni di servizi pubblici⁶, per fini

¹ In Spagna, infatti, il tema è al centro dell'attenzione della dottrina, la quale ha talora trattato profili analoghi a quelli che saranno esaminati nel corso del presente lavoro. *Ex multis*, v. H. WOLLMANN, *La experiencia de los ordenamientos europeos: ¿un "retorno" a las gestiones públicas/municipales?*, in *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 31, febrero de 2013, 70 e ss. J. M. FELIU, *La remunicipalización de los servicios público locales*, in J. TORNOS, *La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales*, in *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* (Iustel), febr-mar 2016; F.A. CASTILLO, *Remunicipalización de servicios locales y situación del personal de los servicios rescatados*, in *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Iustel, febr-mar 2016.

² A. POLICE, *Spigolature sulla nozione di servizio pubblico locale*, in *Dir. ammin.*, 2007, 79 e ss. V. altresì G. PITRUZZELLA, *I servizi pubblici economici tra mercato e regolazione*, in www.federalismi.it. A. ROMANO TASSONE, *I servizi pubblici locali: aspetti problematici*, in *Dir. e processo amm.*, 2013, 855 e ss. e G. CAIA, *I servizi pubblici nell'attuale momento ordinamentale*, in AA.VV., *Scritti in onore di V. Spagnuolo Vigorita*, Napoli, 2007, 145 e ss. Sempre di interesse le classiche riflessioni di A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, in V. E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, VI, parte I, Milano, 1930, 377 ss.; U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964; F. MERUSI, voce *Servizio pubblico*, in *Noviss. dig. It.*, 1970, XVII, 215 ss.; S. CATTANEO, voce *Servizi pubblici*, in *Enc. dir.*, 1990, XLII, 355, ss.; P. CIRIELLO, voce *Servizi pubblici*, in *Enc. giur. Treccani*, 1992, XXVIII, 1 ss. V., inoltre, più recentemente, L. R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001; V. DE FALCO, *Il servizio pubblico tra ordinamento comunitario e diritti interni*, Padova, 2003; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005; G. PIPERATA, voce *Servizi pubblici locali*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, 2006, 5527 e ss..

³ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, 365-366.

⁴ V. *infra*, nt. 17 e par. 3.

⁵ V. art. 133, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, che devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, tra le altre, le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti

penalistici, per operare un confronto (di volta in volta risolto con i criteri della coincidenza o della continenza) con la categoria del servizio di interesse economico generale⁷. Non si dimentichi, infine, la tendenza, forse non sconosciuta neppure nel contesto spagnolo, a estendere nella prassi i confini della nozione.

In ogni caso, in assenza di una definizione normativa precisa (la legge attuale dà per presupposta l'esistenza del servizio pubblico o indica le finalità che, per mezzo di tale servizio, possono essere

del gestore, nonché afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di pubblica utilità.

⁶ Nell'appalto di servizi, ai sensi delle direttive 2004/18 e 2004/17, il corrispettivo è pagato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi: CGUE, sentenza 13 ottobre 2005, causa C- 458/03, Parking Brixen, punto 39. La concessione di pubblici servizi, invece, implica il trasferimento al concessionario del rischio legato alla gestione dei servizi in questione (*ex multis*, v. CGUE, sentenza 13 novembre 2008, causa C- 437/07, Commissione/Italia, punti 29 e 31). V. altresì Cons. Stato, ad. plen. 7 maggio 2013, n. 13, in *Urbanistica e appalti*, 2013, 915 e ss. V. altresì AVCP, parere 9 febbraio 2011, n. 28.

⁷ V. D. SORACE, *I servizi pubblici economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Dir. ammin.*, 2010, 1 e ss. Corte cost., 17 novembre 2010, n. 325, in www.cortecostituzionale.it: «questa Corte, con la sentenza n. 272 del 2004, aveva già sottolineato l'omologia esistente anche tra la nozione di «rilevanza economica», utilizzata nell'art. 113-bis TUEL (relativo ai servizi pubblici locali «privi di rilevanza economica» e dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla stessa sentenza), e quella comunitaria di «interesse economico generale», interpretata anche dalla Commissione europea nel Libro verde sui servizi di interesse generale del 21 maggio 2003. In particolare, secondo le indicazioni fornite dalla giurisprudenza comunitaria e dalla Commissione europea, per «interesse economico generale» si intende un interesse che attiene a prestazioni dirette a soddisfare i bisogni di una indifferenziata generalità di utenti e, al tempo stesso, si riferisce a prestazioni da rendere nell'esercizio di un'attività economica, cioè di una «qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato», anche potenziale (sentenza Corte di giustizia UE, 18 giugno 1998, causa C-35/96, Commissione c. Italia, e Libro verde sui servizi di interesse generale del 21 maggio 2003, § 2.3, punto 44) e, quindi, secondo un metodo economico, finalizzato a raggiungere, entro un determinato lasso di tempo, quantomeno la copertura dei costi. Si tratta dunque di una nozione oggettiva di interesse economico, riferita alla possibilità di immettere una specifica attività nel mercato corrispondente, reale o potenziale». Il parere del Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale del 6 aprile 2016, n. 1075/2016, che si occupa dello schema di decreto legislativo recante «Testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale», attuativo della l. 7 agosto 2015, n. 124, Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche, c.d. legge Madia (su cui si tornerà diffusamente *infra*, nel testo), ha sottolineato come lo schema di decreto medesimo perimetra la nozione di SIEG dal punto di vista soggettivo, prevedendo che sia tale solo quello «assunto», cioè considerato come necessario dagli enti locali per il soddisfacimento dei bisogni delle comunità locali. Il parere conclude nel senso che il legislatore delegato, nel dettare la definizione di servizio pubblico locale di interesse economico generale, ha optato nell'ambito della sua discrezionalità per una nozione più ristretta di quella europea di SIEG, così prevedendo una disposizione che favorisce la concorrenza nel mercato, perché, limitando le ipotesi di SIEG, di conseguenza limita la possibilità di deroga alle norme a tutela della concorrenza. Va ancora aggiunto che, secondo il cit. Consiglio di Stato, una «criticità da segnalare attiene ad un possibile eccesso di delega, dal momento che tra i criteri direttivi indicati dall'art. 19 l. 124/2015 non vi è quello di introdurre definizioni innovative rispetto al precedente panorama ordinamentale. Ad esempio, deve rilevarsi come la stessa locuzione: «servizi di interesse economico generale», che pure connota l'oggetto della delega ai sensi dell'art. 16, comma 1, lett. c), l. 124/2015 e della rubrica del citato art. 19, non è quello utilizzato dallo stesso legislatore delegante in via esclusiva. Ed infatti, l'art. 19, comma 1, lett. d), utilizza la locuzione: «servizi pubblici locali di rilevanza economica»».

conseguite⁸) nel corso di questo lavoro si utilizzerà questa definizione: è servizio pubblico la complessa relazione che si instaura tra soggetto pubblico che organizza un'offerta pubblica di prestazioni, rendendola doverosa, e utenti; esso è assunto⁹ dal soggetto pubblico con legge o atto generale, rendendo doverosa la conseguente attività¹⁰.

Il servizio, secondo la tradizione italiana, può poi essere gestito anche da privati concessionari, in tal caso dando luogo a un rapporto triangolare¹¹: il concessionario deve svolgere il servizio rispettando il “ritmo” indicato dall'amministrazione¹².

Alla luce dell'oggetto dell'analisi e delle precisazioni effettuate, giova aggiungere che, in quanto esterni all'oggetto della relazione, non verranno qui affrontati direttamente altri temi pur relevantissimi: i servizi non locali, quelli a carattere non economico, i servizi strumentali, resi all'ente pubblico, le privatizzazioni, così come non si tratterà di altri esempi di “depubblicizzazione”, quali le esternalizzazione di funzioni (es. certificative a favore di privati).

2. La nozione di municipalizzazione e il quadro normativo.

La nozione di municipalizzazione non risulta specificamente accolta nell'ordinamento italiano attuale e nell'ambito della nostra dottrina più recente.

Secondo la celebre voce di Borsi¹³, il quale muoveva dall'analisi della legge Giolitti del 1903, “municipalizzazione di servizi significa assunzione di servizi da parte del Comune, ed in questo

⁸ L'art. 112, c. 1, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 si limita a stabilire 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 a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali”.

⁹ Il profilo dell'assunzione, come anticipato (nt. 8) è valorizzato anche dallo schema di decreto legislativo recante «Testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale», cit.

¹⁰ E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2015, 647.

¹¹ V. ad es., Cons. Stato, ad. plen., 30 gennaio 2014, n. 7, in *Foro it.*, 2014, III, 429, n. G. SIGISMONDI, secondo cui il programma di *housing* si caratterizza per la sua struttura trilaterale in quanto tutte le prestazioni dei soggetti coinvolti fanno capo all'amministrazione, al gestore ed agli utenti, mentre nel contratto d'appalto, come noto, il rapporto ha carattere bilaterale (nella specie e pacifico che la gran parte delle prestazioni del concessionario sono rivolte a soddisfare esigenze dell'utenza disagiata, nel rispetto dei vincoli gestionali imposti e monitorati dall'amministrazione). V. altresì Tar Lazio, 6 aprile 2016, n. 4158. Incidentalmente si noti che la disciplina comunitaria, dei tre elementi che formano la relazione triangolare, inizialmente si è occupata soprattutto del secondo e, cioè, del profilo dell'affidamento della gestione (per riprendere il motivo indicato all'inizio della ricerca, esso ha a che fare con la concorrenza), anche se non mancano importanti decisioni e sentenze relative alla “qualità del servizio” reso all'utente finale, come dimostrato dalla valorizzazione del concetto di servizio universale (in argomento, sia consentito rinviare a F. FRACCHIA, *I servizi pubblici e la retorica della concorrenza*, in *Foro it.*, 2011, IV, 106 e ss.).

¹² E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 647.

¹³ U. BORSI, voce *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, in *Nuovo digesto italiano*, III, 1939, 802 e ss. V. altresì l'importante lavoro di G. CAIA, voce *Municipalizzazione dei servizi pubblici*, in *Enc. Giur. Treccani*, XX, Roma, 1989.



significato generico é fenomeno proprio di ogni Comune, in qualunque momento storico e sotto qualunque regime. Ma in un significato più ristretto, corrispondente a quello accolto dalla nostra legislazione e dalla nostra dottrina, nonché dal diritto straniero, per municipalizzazione di servizi (in francese, *municipalisation*; in spagnolo, *municipalización*; in inglese, *municipalization*, ecc.) s'intende la gestione diretta da parte del Comune di quei servizi pubblici che potrebbero essere esercitati da imprenditori privati, o in seguito a concessione municipale, o, talora, anche indipendentemente da questa¹⁴.

Leggendo l'intera voce, si comprende che la vicenda della municipalizzazione, secondo Borsi, si riferiva a servizi potenzialmente oggetto di un'attività industriale o libera, o autorizzata o concessa¹⁴.

In ogni caso, a tacere di tale aspetto e di altre notevoli differenze rispetto ai problemi attuali, la municipalizzazione ricalcava inevitabilmente le dimensioni territoriali del municipio in cui era inserita l'azienda-organo, mentre oggi la tendenza sempre più frequente è quella di organizzare i servizi locali per ambiti territoriali ottimali, di norma individuati dalle regioni. Al più, dunque, si può parlare di internalizzazione della gestione da parte dell'ente competente, che, di norma, non è il comune.

Ciò chiarito, è opportuno aggiungere che, con tale termine, si possono astrattamente intendere tre fenomeni assai differenti tra di loro.

In primo luogo, collocando il discorso all'interno dell'area della gestione del servizio, si tratterebbe di una vicenda che conduce, da forme di gestione che implicano l'intervento di soggetti esterni, alla gestione diretta o *in house*¹⁵. La questione, come ancora si dirà, ha in Italia investito con veemenza il tema dell'acqua anche in ragione di un importante referendum celebrato nel 2011. In ogni caso, all'interno di questa vicenda si può ulteriormente distinguere,

¹⁴ Secondo F. MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Dir. ammin.*, 2004, 37 e ss., così possono essere sintetizzati i tratti della legge Giolittiana del 1903: "1) l'eliminazione degli effetti negativi della erogazione di servizi pubblici in regime di monopolio di diritto (come i tranvai che la l. 27 dicembre 1896, n. 561 attribuiva obbligatoriamente ai privati) o di fatto (per le caratteristiche tecniche del servizio determinanti la necessaria unicità dell'erogatore) da parte di privati concessionari attraverso la gestione diretta da parte dei Comuni; 2) l'individuazione di una nuova forma giuridica di gestione diretta del servizio, l'azienda organo; 3) l'attribuzione al consiglio comunale di definire che cosa fosse un servizio pubblico locale se non rientrante in un elenco non esaustivo di servizi pubblici locali previsti dalla stessa legge. ...La lista dei servizi pubblici locali prevista dall'art. 1 della legge era aperta".

¹⁵ Corte cost. 20 luglio 2011, n. 199 (punto 5.2.1), in *Giur. cost.*, 2012, p. 2877, con nota di R. PINARDI, *Volontà referendaria e legislazione successiva tra regime formale e forza politica della pronuncia popolare abrogativa*, e di V. CERULLI IRELLI, *Servizi pubblici locali: un settore a disciplina generale di fonte europea*, espressamente qualifica la gestione *in house* come ipotesi di affidamento diretto.



dovendosi verificare se l'internalizzazione sia dovuta a scelta dell'amministrazione, se sia conseguente alla scadenza fisiologica della concessione o se sia imposta dalla legge.

In secondo luogo, vi è la vicenda – per certi versi analoga a quella di cui si era occupato Borsi a suo tempo – che consiste nell'assunzione di un servizio che, in precedenza costituiva un'attività libera sul mercato (se poi si intende riferirsi alla rimunicipalizzazione, occorrerebbe asserire che ancora prima della parentesi della liberalizzazione, quell'attività fosse svolta in regime di servizio pubblico).

Infine, si potrebbe parlare di municipalizzazione nel senso di creazione di una riserva a favore del pubblico¹⁶, impedendo a chiunque altro di svolgere un'analoga attività, vicenda che va inquadrata nell'ambito dell'art. 43 Cost. e della riserva ivi prevista¹⁷.

Nel corso del presente lavoro l'analisi verterà precipuamente della prima vicenda, posto che, nella seconda, l'eventuale municipalizzazione è “assorbita” dalla scelta, effettuata a monte, di assumere un servizio. Neppure si tratterà della terza ipotesi, posto che i servizi pubblici locali costituiscono una categoria aperta e sono individuabili dall'amministrazione¹⁸.

Il tema, peraltro, investe quello più generale delle modalità di gestione e va affrontato descrivendo, seppur brevemente, il quadro giuridico relativo al servizio pubblico locale, che è il frutto di una stratificazione normativa assai rilevante e di una notevole fibrillazione che ha interessato i vari attori dell'ordinamento.

Limitando il discorso ai servizi d'interesse economico, un significativo momento di passaggio è costituito dal già citato referendum abrogativo celebrato il 12 e il 13 giugno 2011 e ammesso dalla Corte cost. con sent. 26 gennaio 2011, n. 24¹⁹.

Prima di tale momento, la Corte cost., con la già cit. sent. n. 325/2010, aveva “legittimato” la previsione dell'eccezionalità dell'affidamento *in house*²⁰ di cui all'art. 23-bis d.l. 25 giugno 2008, n.

¹⁶ Qui il riferimento spagnolo è costituito dall'art. 86, 2, ley de bases del régimen local, de 2 de abril 1985, n. 7 e s.m.i. V. *infra*, par. 3.

¹⁷ “A fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale.”

¹⁸ Lo schema di decreto legislativo recante «Testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale», conferma che possono esserci servizi ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge (art. 5). Un caso specifico, sul quale si tornerà fuggacemente in seguito, attiene al servizio idrico. Cosa diversa dalla creazione di una riserva è l'affidamento a un solo soggetto della gestione del servizio pubblico assunto. In tal caso si ha un diritto esclusivo (a svolgere il servizio) a favore del gestore, e non già l'esclusione della possibilità di svolgere l'attività, in regime non di servizio pubblico, sul mercato.

¹⁹ Vedila in *federalismi.it*.



112, conv. nella l. 133/2008. Pur discostandosi dalla normativa europea che tale eccezionalità non prevede, infatti, quella scelta era ritenuta in grado di valorizzare ancor più intensamente il principio cardine dell'Unione della libera concorrenza²¹.

Il referendum del 2011, tuttavia, ha abolito le limitazioni: percepito come consultazione sull'acqua, esso in realtà aveva investito l'intero sistema di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali.

Successivamente, il d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. nella l. 14 settembre 2011, n. 148, ha sostanzialmente riproposto la filosofia sposata dalla disciplina abrogata, rendendo ancora eccezionale il ricorso all'*in house*²².

La Corte cost. è allora intervenuta con la sent. 20 luglio 2011, n. 199²³ dichiarando incostituzionale la normativa sopravvenuta perché non rispettosa della volontà referendaria, così finendo per equiparare le varie forme di gestione.

Il legislatore ha così posto in essere la “successiva mossa”, emanando l'art. 34, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. nella l. 17 dicembre 2012, n. 221, che, rispetto alla previgente normativa, contiene indicazioni abbastanza sintetiche: per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste.

²⁰ In particolare, occorre un'indagine di mercato, dimostrare la sussistenza di condizioni economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche particolari del conteso che impedissero ricorso al mercato ed era necessario un parere dell'autorità garante della concorrenza e del mercato o dell'autorità di regolazione, se costituita.

²¹ “Le disposizioni censurate dalle ricorrenti non costituiscono né una violazione né un'applicazione necessitata della richiamata normativa comunitaria ed internazionale, ma sono semplicemente con questa compatibili, integrando una delle diverse discipline possibili della materia che il legislatore avrebbe potuto legittimamente adottare senza violare l'evocato primo comma dell'art. 117 Cost.”.

²² In particolare, l'affidamento *in house* era consentito soltanto nei casi in cui il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento fosse pari o inferiore alla somma complessiva di 200.000 euro annui. Su tale disciplina, v. G. PIPERATA, *Il lento e incerto cammino dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, in *Munus*, 2011, 33 e ss.

²³ V. V. CERULLI IRELLI, *Servizi pubblici locali, un settore a disciplina generale di fonte europea*, in *Giur. Cost.*, 2012, 2900 e ss.



In assenza di prescrizioni specifiche relative alle forme di gestione (e di affidamento della stessa), si ammette che le amministrazioni possano utilizzare quelle compatibili con il diritto europeo (*in house*, società mista e gara per la scelta del gestore)²⁴.

3. La c.d. riforma Madia: il momento dell'assunzione del servizio.

Giungiamo così al quadro futuro²⁵, delineato dallo schema di decreto legislativo recante «Testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale». Pur se si tratta di un testo in via di approvazione, pare di interesse elevarlo a oggetto della nostra analisi, posto che, prevedibilmente, esso costituirà la cornice giuridica in cui dovrà essere collocato l'istituto dei servizi pubblici locali nei prossimi anni.

Intanto, in generale, osserviamo che, secondo tale testo, sono servizi pubblici quelli erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato, e che non sarebbero svolti senza un intervento pubblico o sarebbero svolti a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza. Trova poi conferma la rilevanza del momento assunzione (artt. 2 – il servizio è quello che gli enti assumono nell'ambito delle rispettive competenze- e 5) e della disciplina della gestione.

In via di prima approssimazione, onde tentare di sintetizzare il disegno complessivo che è dato ricavare da questa normativa, è possibile osservare che, nell'ordinamento italiano, il servizio pubblico dev'essere, prima, simulato; se si è di fronte a un mercato egoista (nei termini che chiariremo), poi, l'amministrazione interviene utilizzando vari strumenti: prestazioni consentite/imposte a tutti i soggetti presenti sul mercato, secondo il modello della concorrenza in un mercato forzatamente solidale; riconoscimento di titoli a favore degli utenti; gestione, considerata come posizione privilegiata, trattenuta o messa in palio rendendola contendibile, in quest'ultimo caso favorendo la concorrenza comparativa.

Per ciò che attiene al primo momento, che in qualche misura è comparabile con il meccanismo di cui all'art. 86, Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local e s.m.i.²⁶, l'ente deve innanzitutto individuare i contenuti specifici degli obiettivi di servizio pubblico che intende perseguire. Ciò significa ipotizzare un servizio pubblico, anche in termini di prestazioni continue.

²⁴ A LUCARELLI, *I servizi pubblici verso il diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giust. Cost.*, 2011, 261 e ss.

²⁵ In generale, v. F. GIGLIONI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici locali di interesse economico generale in attesa dell'esercizio della delega*, in *Federalismi.it*

²⁶ «Las Entidades Locales podrán ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas, siempre que esté garantizado el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencia».



Per questo si parlava, sopra, di simulazione di servizio pubblico²⁷. Successivamente, l'ente deve verificare la realizzabilità di una “gestione concorrenziale” delle attività, liberalizzando tutte le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità e accessibilità del servizio (in realtà, in quanto e se lasciate al mercato, tali attività non sono servizi pubblici in senso proprio).

Se la verifica circa gli spazi di liberalizzazione e, cioè, in ordine alla possibilità di lasciare al mercato (concorrenza nel mercato) l'organizzazione di una risposta ai bisogni collettivi è positiva, non si procede all'assunzione del servizio. Le dinamiche di mercato, infatti, risultano sufficienti per conseguire livelli di soddisfazione dei bisogni pubblici corrispondenti a quegli obblighi, potenzialmente predeterminati dall'amministrazione²⁸.

Se, invece, il mercato non è maturo (è “egoista”: l'offerta è insufficiente o il servizio ha caratteristiche peculiari), si passa al secondo momento.

Il servizio, quindi, viene “assunto” dall'amministrazione.

Il provvedimento è comunicato all'osservatorio per i servizi pubblici locali, istituito presso il Ministero dello sviluppo economico; la verifica dell'idoneità del mercato a soddisfare le esigenze d'interesse pubblico può avvenire anche mediante forme di consultazione del mercato, da svolgersi con modalità adeguate e proporzionate alle caratteristiche del servizio, anche per via telematica.

Dall'art. 4.4. del Testo del decreto, il quale fa riferimento al “principio di proporzionalità” cui deve adeguarsi l'azione delle amministrazioni, sembra evincersi una sorta di *favor* nei confronti della liberalizzazione, e, cioè, pare ricavabile il criterio in forza del quale, se e ove possibile, è preferibile non intervenire mediante l'assunzione del servizio, scelta che inevitabilmente comprime o condiziona gli spazi imprenditoriali sui mercati.

²⁷ “L'individuazione dei servizi pubblici locali di interesse economico generale, diversi da quelli già previsti dalla legge, è effettuata previa verifica che le attività non siano già fornite e non possano essere fornite da imprese operanti secondo le normali regole del mercato in modo soddisfacente e a condizioni coerenti con il pubblico interesse come definito dall'amministrazione in termini di prezzo, caratteristiche obiettive di qualità e sicurezza, continuità e accesso al servizio”.

²⁸ Siffatta disciplina, pur se non mancano differenze, riecheggia quella che era stata in passato dettata dall'art. 4, d.l. 138/2011, conv. nella l. 148/2011, poi dichiarato incostituzionale dalla cit. sent. n. 199/2011 della Corte cost. (v. altresì d.P.R. 7 settembre 2010 n. 168). Un'indicazione per certi versi analoga è quella fornita dall'AGCM (*Indagine conoscitiva sul settore del teleriscaldamento*, Provvedimento n. 24817 del 05/03/2014, IC46) con riferimento al settore del teleriscaldamento: “i risultati dell'indagine suggeriscono che il modo allo stato più efficace per far sì che siano i meccanismi di mercato ad assicurare che il servizio di TLR venga fornito a livelli soddisfacenti dal punto di vista dell'interesse generale è con ogni probabilità quello di garantire una forte concorrenza ex-ante tra sistemi di riscaldamento”.



Ciò trova conferma nel fatto che, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 5, “in caso di violazione dei criteri e delle procedure di cui al presente articolo”, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato può impugnare il provvedimento di assunzione ai sensi dell'art. 21 *bis*, l.10 ottobre 1990, n. 287. Vero è che, come appena visto, la norma si riferisce a “criteri e procedure” previsti dall'art. 5; tuttavia, per sua natura, l'Autorità è portata a considerare l'interesse preminente della concorrenza e, in ogni caso, l'art. 21 *bis*, l. 287/1990, contempla la violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato.

Con riferimento a queste tematiche, va aggiunto che la nuova disciplina in fase di approvazione suscita un grave problema legato al proprio campo di applicazione. Molti servizi locali godono già di una disciplina speciale, che sopravvivrà al Testo unico. Ai sensi dell'art. 3, infatti, rimangono disciplinati dalle rispettive norme di settore i servizi idrici, il trasporto, il servizio farmaceutico, il servizio di distribuzione di energia elettrica, quello di distribuzione gas, il servizio di gestione integrata dei rifiuti (“salvo le disposizioni in materia di modalità di affidamento dei servizi”; tuttavia, nei settori del gas e dell'energia rimangono ferme anche le modalità di affidamento previste dalle leggi speciali).

E' così davvero difficile immaginare quali saranno i rilevanti servizi pubblici locali che rientreranno integralmente nel campo di applicazione della nuova disciplina.

Un'ulteriore, ma connessa, questione attiene ai servizi “già previsti dalla legge” (si tratta, in particolare, di quelli prima menzionati): per essi non trova alcuno spazio, ovviamente, la fase di verifica dei caratteri del mercato sopra descritta in vista dell'assunzione (art. 5, c. 2), posto che sussiste l'obbligo legale di gestire il servizio.

4. Le diverse opzioni per conseguire gli obiettivi di servizio pubblico; in particolare, la gestione del servizio.

Se il mercato è “egoista”, costringendo l'amministrazione ad “assumere” il servizio, si aprono varie possibilità per assicurare il conseguimento degli obiettivi di interesse pubblico in relazione al servizio pubblico (art. 6), l'ultima delle quali, come meglio si dirà *infra*, apre a sua volta all'alternativa tra “trattenimento” della gestione del servizio (in tal caso, dunque, si profila il tema della internalizzazione) e concorrenza per il mercato.

In linea di principio, quindi, non vi è necessaria consequenzialità tra assunzione del servizio pubblico locale e gestione dello stesso, nel senso che il conseguimento dei relativi obiettivi può avvenire utilizzando plurimi strumenti (art. 6).

In primo luogo, ma solo se consentito dall'ordinamento e secondo le modalità da esso previste, vi è la possibilità di utilizzare il meccanismo degli obblighi di servizio pubblico (figura ben nota, ad esempio, nei settori del servizio di trasporto, del gas e del servizio postale, dove, appunto, vi è una “copertura” legislativa) di carattere generale, in quanto posti a carico di tutti i soggetti operanti sul mercato²⁹. In sostanza, la prestazione del servizio si profila qui come una posizione accessibile a tutti gli operatori senza che sia affidata la gestione a qualcuno di essi. Si procede, invece, imponendo a tutti obblighi relativi, ad esempio, alle caratteristiche della prestazione e al loro “ritmo”. Siamo, cioè, al cospetto di una sorta di concorrenza in un mercato forzatamente solidale³⁰. Invero, gli obblighi si configurano come condizioni al cui soddisfacimento è subordinata la possibilità di entrare o rimanere nel mercato, sicché, tecnicamente parlando, sarebbe più corretto definirli oneri, anziché obblighi³¹.

La seconda possibilità è quella del riconoscimento agli utenti di vantaggi economici e di titoli. In tal caso, però non vi è alcuna organizzazione di un'offerta di prestazioni, posto che si agisce sul lato della “domanda”. Anzi, a voler condurre un esame appena più approfondito, nonostante il Testo unico sembri accogliere la scansione caratterizzata dalla previa assunzione del servizio cui conseguono tre possibili modalità di “gestione” dello stesso, nella situazione qui in esame non si ha un vero e proprio servizio pubblico, posto che manca il “momento” della doverosità delle prestazioni e della loro organizzazione. Questa impostazione trova conferma nel fatto che la rubrica dell'art. 6, che appunto definisce i tre modelli, così recita: “modalità di perseguimento degli obiettivi di servizio pubblico”. Ciò significa che non necessariamente si ha un servizio pubblico, mentre è essenziale che vengano conseguiti gli obiettivi che l'amministrazione ha definito nel momento in cui, simulando il servizio, ha verificato che il mercato non “è maturo”.

Il vero e proprio servizio pubblico ricorre invece nel modello qui appresso analizzato.

La terza e ultima eventualità, appunto, è costituita dall'attribuzione dell'obbligo di servizio pubblico a uno o più operatori. In sostanza, siamo al cospetto della creazione di una posizione

²⁹ Non paiono dunque avere spazio, in questo paradigma, gli obblighi di portata individuale, che di norma vengono introdotti con contratto di servizio pubblico. Nel Testo in commento, però, tale figura è strettamente legata alla vicenda dell'affidamento della gestione (art. 21, ai sensi del quale spetta appunto al contratto disciplinare i rapporti tra enti affidanti e soggetti affidatari). Creando un'apparente confusione, la norma stabilisce che il contratto indica le compensazioni ai gestori per gli eventuali obblighi di servizio pubblici: in realtà, qui si fa questione di obblighi diversi (e “interni” al meccanismo dell'affidamento della gestione) da quelli generali riconducibili al paradigma regolatorio analizzato *supra*, nel testo, alternativo rispetto al modello della gestione. Si tratta, cioè, della fattispecie di cui all'art. 7, c. 1, lett. c, di cui si parlerà *infra*, nel testo. Sulla vigilanza circa il rispetto del contratto, v. art. 32.

³⁰ Su tale modello (“paradigma regolatorio”), v. N. BASSI, *Gli obblighi di servizio pubblico come strumenti polifunzionali di regolazione dei mercati*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2014.

³¹ N. BASSI, *Gli obblighi di servizio pubblico come strumenti polifunzionali di regolazione dei mercati*, cit.



“pubblica” la cui gestione viene riservata alla stessa amministrazione o affidata all'esterno, secondo il modello della concorrenza per il mercato. Ove a valle della verifica sul carattere egoistico del mercato, si decida di affidare la gestione (e, dunque, si scelga di non utilizzare i due modelli sopra individuati), si apre l'alternativa tra la municipalizzazione (*rectius*: gestione *in house* o, come chiarisce l'art. 7, c. 1, lett. *d*, per i soli servizi diversi da quelli a rete, in economia o a mezzo azienda), in cui l'amministrazione decida di “trattenere” la gestione, e l'esternalizzazione, che rende contendibile la posizione. Tale esternalizzazione, a sua volta, può assumere due forme diverse: affidamento mediante procedura a evidenza pubblica oppure affidamento a società mista, il cui socio sia scelto con procedura a evidenza pubblica. Le imprese, qui, competono per aggiudicarsi la posizione di mercato definita dall'amministrazione che ha assunto il servizio (non già concorrenza nel mercato, ma concorrenza per il mercato).

Emerge dunque che, per i servizi a rilevanza economica, l'internalizzazione/municipalizzazione opposta all'esternalizzazione può consistere nella gestione *in house* o, fuori dei servizi a rete, nella gestione in economia o mediante azienda speciale (non mancano, dunque, alcune analogie con la legge Giolitti del 1903³²).

Per altro verso, si profila una marcata “tipizzazione” delle forme di gestione³³.

5. Una gerarchia tra le forme di gestione? Lo vuole l'Europa? Lo svuole il popolo sovrano?

Ai sensi dell'art. 7, c. 2, “la scelta della gestione diretta o l'affidamento del servizio sono effettuati con provvedimento motivato dell'ente competente, che da conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dal diritto dell'Unione europea per la forma di gestione prescelta. Il provvedimento definisce, in relazione alle caratteristiche del mercato, i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e la loro durata, la natura dei diritti speciali o esclusivi eventualmente conferiti e descrive il sistema di compensazione, se previsto, indicando i parametri

³² V. *supra*, nt. 14.

³³ In passato, la giurisprudenza aveva talora allargato il novero delle forme di gestione: v., in particolare, con riferimento al servizio votivo, Cons. di Stato, sez. V, 26 gennaio 2011 n. 552, in *Foro it.*, 2011, III, 185, con nota di richiami, la quale aveva affermato che appartiene alla dimensione dell'inverosimile immaginare che un comune di non eccessiva grandezza non possa gestire direttamente un servizio come quello dell'illuminazione votiva cimiteriale, esigente solo l'impegno periodico di una persona e la spesa annua di qualche migliaio di euro, laddove l'esborso sarebbe notoriamente ben maggiore solo per potersi procedere a tutte le formalità necessarie per la regolare indizione di una gara pubblica.

per il calcolo, il controllo e l'eventuale revisione della compensazione, nonché le modalità per evitare ed eventualmente recuperare le sovracompensazioni”³⁴.

Ciò posto, tuttavia, ove si prosegue nella lettura della norma, si comprende come vi sia un chiaro sfavore nei confronti dell'affidamento *in house*.

Ai sensi del c. 3, infatti, nel solo caso di affidamento *in house* (ma la norma si riferisce anche alla gestione mediante azienda speciale), , altresì, specificamente conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato e, in particolare, del fatto che non sia svantaggiosa per cittadini³⁵, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche. Ove non sussistano i presupposti della concorrenza nel mercato³⁶, il pro

pi di economicità ed efficacia, per consentire l'attività di più imprese nella prestazione del servizio e favorire forme di concorrenza comparativa.

Come si vede, vi è un aggravamento dell'onere motivazionale e s'impone una valutazione molto più approfondita rispetto al caso in cui si ricorra alla concorrenza per il mercato. Si tratta di un atteggiamento che si ritrova anche al di fuori del settore dei servizi pubblici. Ai sensi dell'art. 192, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (in materia di contratti pubblici), infatti, il ricorso all'*in house* deve essere sorretto da adeguata motivazione³⁷. Dunque, con riferimento a questo modello di gestione,

³⁴ Questa norma sollecita la comparazione con la disciplina spagnola di cui all'art. 85, Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local e s.m.i., secondo cui “los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación ...”.

³⁵ Questa formulazione è stata criticata dal parere del Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale del 6 aprile 2016, n. 1075, cit., Potrebbe apparire difficile fornire la motivazione richiesta dalla norma a giustificazione dell'*in house*. Per altro verso, inoltre, è presumibile che già dalla valutazione relativa al momento dell'assunzione del servizio ex art. 5, c. 2, possano ricavarsi elementi che giustificano la scelta attinente alla forma di gestione (l'art. 5, c. 3, trattando della “consultazione”, fa infatti anche riferimento alle “modalità” con cui si intende perseguire l'interesse ai sensi dell'art. 6, che, appunto, disciplina i modelli mediante i quali assicurare gli obiettivi del servizio pubblico). In sostanza, più sarà pregnante la prima valutazione “a monte”, meno sussisteranno spazi di discrezionalità in quella “a valle”; in ogni caso, l'amministrazione dovrà evitare con cura la contraddittorietà tra le due motivazioni.

³⁶ Il parere del Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale del 6 aprile 2016, n. 1075, cit., suggerisce di sostituire l'espressione concorrenza nel mercato con quella “concorrenza per il mercato”.

³⁷ La norma, infatti, dispone che, ai fini dell'affidamento *in house* di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house*, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche.

il mercato rileva due volte: come chiarito dal cit. parere del Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale del 6 aprile 2016, n. 1075/2016, “l’articolato in esame fonda in definitiva su di un duplice vaglio che deve essere superato al fine di non ricorrere al mercato: a) quella dell’individuazione del SIEG, ai sensi dell’art. 2, commi 1, lett. a), e 5; b) quella successiva della scelta della modalità di gestione del servizio che è orientata in modo netto a favore del mercato”.

Non solo: il c. 4 aggrava ulteriormente la situazione ove con l’*in house* o con la gestione mediante azienda si affidino servizi a rete (richiedendo, in particolare, un piano economico finanziario con contenuti specifici) e il c. 5 prevede la comunicazione dello schema dell’atto deliberativo con cui si procede all’affidamento *in house* o alla gestione mediante azienda all’Autorità garante della concorrenza e del mercato affinché renda un parere. Si noti, incidentalmente, che esso non è dovuto, non solo nel caso di concorrenza per il mercato per la gestione, ma neppure nelle ipotesi in cui si ricorra agli altri due modelli analizzati nel corso del par. precedente (oneri di servizio pubblico generalizzati; riconoscimento agli utenti di vantaggio economici e di titoli).

Ancora: soltanto per il modello di affidamento di servizi (diversi da quelli a rete) *in house*, con norma di dubbia legittimità (o, meglio, di non agevole compatibilità con l’ordinamento europeo, a tacere del fatto che essa non scongiura rischi di “regalo” al mercato), si stabilisce che la durata non può essere superiore a cinque anni (art. 8³⁸).

Infine, con una misura che s’inquadra non già nello schema del *command and control*, ma nel novero dei meccanismi di premialità (già previsti, in generale, dall’art. 3-bis, d.l. n. 138/2011 conv. l. n. 148/2011, introdotto dal d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. l. 24 marzo 2012, n. 27, il quale aveva superato positivamente lo scrutinio di costituzionalità: sent. 13 marzo 2013, n. 46³⁹), l’art. 33 del Testo del progetto di decreto legislativo considera il ricorso al mercato come un criterio di preferenza per l’attribuzione di risorse pubbliche.

In sintesi, l’affidamento del servizio secondo procedure competitive di evidenza pubblica (esternalizzazione), pare destinato a diventare il modulo normale e privilegiato di gestione del servizio, mentre il modulo alternativo dell’affidamento diretto a società *in house* (internalizzazione), si configura come sistema eccezionale e derogatorio.

Si tratta di conclusione che scolpisce una sorta di gerarchia tra le forme di gestione, collocando l’*in house* nel gradino più basso, e che appare in parziale controtendenza rispetto all’orientamento formatosi nel corso degli ultimi anni e che, comunque, non è imposta dall’ordinamento europeo.

³⁸ In questo caso non si menziona l’azienda speciale.

³⁹ Vedila in www.cortecostituzionale.it.



A tale ultimo riguardo, giova menzionare il principio di libera amministrazione delle autorità, affermato dall'art. 2, Direttiva 23/2014/UE in materia di concessioni⁴⁰, ribadito dall'art. 166, d.lgs. 50/2016. Né, nonostante si tratti di questione spesso risolta in modo diverso⁴¹, un'indicazione a favore dell'esternalizzazione e del ricorso al mercato, con il risultato di concepire la gestione diretta in termini di eccezione alla regola, pare con sicurezza ricavabile dalle norme del Trattato (in particolare, dall'art. 106 TFUE, che, nel mettere in primo piano il rispetto delle regole del Trattato, secondo parte della dottrina, non si riferirebbe direttamente alla concorrenza e al connesso vincolo di esternalizzazione⁴²) e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia⁴³.

Vero è, invece, che la volontà referendaria si è espressa in senso contrario rispetto a una “discriminazione” dell'*in house* e, dal canto suo, come visto, invocando il divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare desumibile dall'art. 75 Cost., la Corte costituzionale ha successivamente censurato i tentativi del legislatore di “rendere più difficoltoso” il ricorso all'*in house*.

Si potrebbe dunque concludere nel senso che la libertà di cui godono i singoli ordinamenti nazionali giustifica sia scelte a favore della equiparazione tra tutte le forme di gestione, favorendo l'internalizzazione, sia una gerarchizzazione degli stessi, a vantaggio dell'esternalizzazione.

⁴⁰ “La presente direttiva riconosce il principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione. Tali autorità sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici”.

⁴¹ V., ad esempio, Corte cost., n. 325/2010, cit.: “La normativa comunitaria ammette la “gestione diretta” nel caso in cui lo Stato nazionale ritenga che l'applicazione delle regole di concorrenza (e, quindi, anche della regola della necessità dell'affidamento a terzi mediante una gara ad evidenza pubblica) ostacoli, in diritto od in fatto, la «speciale missione» dell'ente pubblico” (negli stessi termini, Corte cost. n. 199/2011). Pure il parere del Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale del 6 aprile 2016, n. 1075, sembra aderire a questa impostazione, là dove afferma che “il giudizio che consente di non esternalizzare la produzione del servizio secondo lo schema di decreto in esame è dunque più selettivo rispetto a quello europeo, che consente deroghe alla concorrenza sulla scorta di una valutazione meno rigorosa, che deve limitarsi, come ricordato, alla presenza di un mero ostacolo”.

⁴² V. sul punto, F. TRIMARCHI BANFI, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2012, 723 e ss., la quale richiama, tra le altre, la sent. della Corte giust. UE, 15 ottobre 2009, causa C- 196/08.

⁴³ D'altro canto, se, per giustificare l'internalizzazione, occorresse dimostrare l'impossibilità di assolvere la missione salvo mantenere la gestione interna, saremmo al cospetto di una prova assai ardua da fornire. Per altro verso, se si ragionasse unicamente in termini di concorrenza (e di deroga al relativo principio), in ragione del principio di proporzionalità, sarebbe consequenziale individuare una gerarchia anche tra i modelli di cui all'art. 6, Testo unico, nel senso che “meno” invasivi rispetto all'affidamento della gestione sono il meccanismo degli oneri di servizio pubblico e quello dell'attribuzione agli utenti di titoli e vantaggi da utilizzare per la fruizione del servizio.



Il referendum propendeva chiaramente per la prima alternativa, il Testo unico in corso di approvazione, invece, rendendo assai più rigorosa la motivazione che supporta la scelta di “trattenere” il servizio (mediante affidamento *in house* o azienda), esprime una chiara preferenza per la concorrenza per il mercato.

6. Ancora sulle ipotesi di “municipalizzazione”: vincoli e presupposti.

Sulla base delle osservazioni sin qui svolte, è ora giunto il momento di ritornare sulle ipotesi di “municipalizzazione/internalizzazione” sopra descritte (par. 3), con specifico riferimento al “movimento” che dalla gestione diretta conduce all’esternalizzazione.

Una prima riflessione s’impone in ordine all’ipotesi in cui l’ente locale verifichi che il mercato non è egoista e si determini nel senso di “dismettere” il servizio e, in particolare, decida di interrompere un rapporto concessorio (frutto di una precedente esternalizzazione, ma pur sempre all’interno del perimetro di un servizio “assunto”), in sostanza aprendo la via alla liberalizzazione del mercato. E’ evidente che siffatta liberalizzazione si pone su di un piano diverso dall’esternalizzazione in senso proprio, posto che si “abbandona” addirittura in radice il modello del servizio pubblico.

Analogamente (e in modo speculare), ove l’amministrazione assuma un servizio in precedenza non avente il relativo regime e decida per la gestione *in house* (vicenda in fondo simile a quella di cui si occupava Borsì), non si ha il passaggio da una gestione esternalizzata a una forma di internalizzazione, posto che, prima dell’assunzione/individuazione del servizio, l’attività si collocava al di fuori del perimetro concettuale e normativo del servizio medesimo.

In ragione della presenza di vari modelli che si collocano “a valle” della verifica del carattere “egoistico” del mercato (e della “simulazione” del servizio), si può poi ragionare del passaggio tra gestione *in house* e imposizione di oneri di servizio pubblico (e viceversa), ovvero ancora della scelta di abbandonare la gestione del servizio per approdare al meccanismo del riconoscimento di titoli e vantaggi a favore degli utenti.

In tutti questi casi si pone il problema se sia necessario svolgere la valutazione del mercato di cui all’art. 5, Testo unico. La risposta pare in linea di principio positiva allorché si decida di assoggettare (o non assoggettare) un’attività al regime del servizio pubblico. Più complicato è il tema del passaggio tra vari modelli di perseguimento degli obiettivi del servizio pubblico, posto che qui non si fuoriesce da quel regime. In ogni caso, sarebbe forse stato opportuno stabilire



normativamente una tempistica per la verifica periodica del carattere egoistico del mercato⁴⁴ e precisare, in particolare, se la “simulazione” di servizio pubblico debba avvenire a ogni scadenza, fisiologica o anticipata, di un affidamento della gestione o al cambio di “paradigma”. Altro è, infatti, riorganizzare l’intero servizio, altro è incidere soltanto sulle modalità per conseguire i relativi obiettivi: diversi, come ancor meglio si dirà *infra*, sono le procedure e gli interessi implicati nelle due operazioni.

Ciò chiarito, concentriamoci sul movimento “esternalizzazione/internalizzazione” interno al perimetro del servizio assunto e “governato” mediante l’affidamento della sua gestione.

La fine di un rapporto concessorio (o dell’affidamento a società mista) può avvenire, come già sopra notato, per ragioni fisiologiche – scadenza della concessione – ovvero per una cessazione anticipata. Già s’è detto del problema, non risolto dal Testo in corso di approvazione, della necessità di una verifica generale circa l’opportunità di continuare ad assumere il servizio; sembra invece certamente possibile sostenere che il venire meno del rapporto concessorio non implichi automaticamente la “rimunicipalizzazione”, richiedendosi la valutazione di cui all’art. 7, preordinata alla scelta della forma di gestione.

D’altro canto, come sopra brevemente accennato, diversi sono gli interessi implicati.

Onde meglio comprendere questo passaggio, e rivolgendo l’attenzione alla cessazione anticipato del rapporto, prima tappa in vista di un’eventuale “rimunicipalizzare”, va chiarito che sono ipotizzabili queste alternative, ciascuna con presupposti differenti: risoluzione, decadenza (che si colora di implicazioni sanzionatorie), riscatto. Questa problematica è intercettata dalla nuova disciplina, di origine europea, sulle concessioni (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), che, con riferimento ai servizi di interesse economico, viene dunque a integrare il quadro giuridico di riferimento⁴⁵, trattando appunto del profilo che precede la eventuale reinternalizzazione e, cioè, occupandosi della “fine” anticipata del rapporto concessorio.

⁴⁴ Ciò era invece prescritto dalla cit. disciplina di cui all’art. 4, d.l. 138/2011, conv. nella l. 148/2011 (la verifica doveva avvenire “periodicamente secondo i rispettivi ordinamenti degli enti locali”).

⁴⁵ Il subentro, peraltro, è disciplinato dall’art. 11 del Testo in via di approvazione: questa norma, tuttavia si occupa delle conseguenze di una cessazione anticipata, non già dei casi in cui ciò può avvenire. Il d.lgs. 50/2016 definisce la «concessione di servizi» come il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano la fornitura e la gestione di servizi ... ad uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo. Caratteristica essenziale della concessione è il trasferimento del rischio in capo al gestore; il rischio di domanda è definito come il rischio legato ai diversi volumi di domanda del servizio che il concessionario deve soddisfare, ovvero il rischio legato alla mancanza di utenza e quindi di flussi di cassa.



Il riferimento alla normativa di cui al d.lgs. 50/2016 non è senza conseguenze. Basti osservare che, ai sensi dell'art. 213, la fase dell'esecuzione dei rapporti è presidiata dall'Autorità nazionale anticorruzione, profilo questo che va a incrementare e a complicare il novero degli interessi pubblici rilevanti, che non si limitano a quello della concorrenza presidiato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Per altro verso, tale disciplina di matrice europea è particolarmente attenta ai profili dell'indennizzo a favore del concessionario (art. 176, c. 4). Questi due cenni mostrano non solo la diversità di prospettiva rispetto al momento dell'“assunzione” del servizio disciplinato dal Testo unico, ma anche come l'attrazione della vicenda (che è il presupposto di un'eventuale internalizzazione) al territorio della disciplina sui contratti e sulle concessioni riduca gli spazi di manovra dell'amministrazione.

Per contro, non si può non notare che, mentre l'art. 44 della Direttiva 23/2014/UE sulle concessioni limita la possibilità di incidere sulla concessione in essere, individuando in sostanza un potere di autotutela a contenuto vincolato ed esercitabile in casi tassativamente indicati (tra cui non compare la rinnovata valutazione dell'interesse pubblico), la versione finale del c.d. “codice dei contratti”⁴⁶, all'art. 176 contempla anche la possibilità generale – indipendentemente, dunque, dalla previsione “contrattuale” all'interno della concessione – di procedere mediante revoca per motivi di interesse pubblico.

Da questo punto di vista, dunque, gli spazi di manovra dell'amministrazione vengono accresciuti e risultano svincolati da specifici presupposti.

Mentre la Direttiva europea è particolarmente attenta alle ragioni del legittimo affidamento, cioè, il testo italiano, recuperando in qualche misura la tradizione nazionale⁴⁷, valorizza le ragioni dell'amministrazione pubblica (anche se rimane ferma la disciplina sull'indennizzo a favore del concessionario⁴⁸).

⁴⁶ La formulazione finale ha accolto sul punto il suggerimento espresso dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato con il parere 8 aprile 2016, n. 855.

⁴⁷ La revoca per motivi di interesse pubblico era prevista dall'art. 158, d.lgs 12 aprile 2006, n. 152, e, cioè, dal precedente codice dei contratti pubblici ora abrogato. Il potere di revoca è dato per presupposto da altre norme: v., *ex multis*, art. 37, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214, secondo cui l'Autorità dei trasporti può proporre all'amministrazione competente la sospensione, la decadenza o la revoca degli atti di concessione, delle convenzioni, dei contratti di servizio pubblico, dei contratti di programma e di ogni altro atto assimilabile comunque denominato, qualora sussistano le condizioni previste dall'ordinamento.

⁴⁸ Recita l'art. 176, c. 4, d.lgs. 50/2016: “qualora la concessione sia risolta per inadempimento della amministrazione aggiudicatrice ovvero quest'ultima revochi la concessione per motivi di pubblico interesse spettano al concessionario: a) il valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, ovvero, nel caso in cui l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, i costi effettivamente sostenuti dal concessionario; b) le penali e gli altri costi sostenuti o da sostenere in



7. Osservazioni di sintesi e spunti di comparazione.

L'analisi del tema specifico dell'internalizzazione/esternalizzazione della gestione dei servizi pubblici locali d'interesse economico alla luce della (probabile) disciplina futura dettata dal Testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale in corso di approvazione, consente di svolgere talune considerazioni finali, anche di carattere generale, e di sottolineare alcuni spunti di comparazione con l'ordinamento spagnolo.

Dal primo punto di vista, si ricava la conferma che il servizio pubblico è anche e soprattutto una scelta organizzativa e non solo una “questione di concorrenza”, pur se il quadro è probabilmente più mosso rispetto al recente passato. Se è comunque vero che trova spazio la tutela della concorrenza (d'altro canto si tolgono spazi al mercato), emerge con forza la tradizionale cura di altri interessi pubblici e la considerazione della posizione degli utenti. Ciò vale con riferimento sia alla fase di assunzione (come dimostrato dal ruolo attribuito dall'art. 5 u.c. all'Autorità garante della concorrenza e del mercato) sia a quella di scelta relativa alle modalità di gestione.

In secondo luogo, il riferimento alla concorrenza non può essere enfatizzato fino al punto di fare ritenere che l'assunzione del servizio sia dovuta a fronte di ogni episodio di fallimento del mercato: il testo unico, infatti, non stabilisce che l'individuazione/assunzione del servizio avvenga “perché” il mercato non è maturo, limitandosi a imporre la relativa verifica prima di procedere all'assunzione.

In terzo luogo, va aggiunto che la legge può elidere la valutazione della concorrenza individuando ipotesi di servizi pubblici “previsti per legge”, i quali, a loro volta, come visto (v. par. 3) sono forse i più importanti tra quelli locali. In sintesi, maggiore è la rilevanza del servizio (segnalata dalla previsione legislativa), minore è lo spazio di scelta per l'amministrazione e, comunque, ridotta appare la tutela della concorrenza, almeno con riferimento al profilo dell'assunzione.

In quarto luogo, venendo al momento che si colloca a valle dell'assunzione del servizio, come s'è visto, l'art. 6 definisce tre modelli diversi. Al riguardo, va osservato che il paradigma regolatorio fondato sull'imposizione di un onere di servizio pubblico e il modello del riconoscimento di vantaggi e di titoli a favore degli utenti, non implicando “affidamento” di posizioni a terzi, sfuggono al campo di applicazione (nonché ai controlli e alle verifiche) della Direttiva 23/2014/UE e al d.lgs. 50/2016; non solo: in tal caso, così come nelle ipotesi di gestione del

conseguenza della risoluzione; c) un indennizzo a titolo di risarcimento del mancato guadagno pari al 10 per cento del valore delle opere ancora da eseguire ovvero del valore attuale della parte del servizio pari ai costi monetari della gestione operativa previsti nel piano economico finanziario allegato alla concessione”.



servizio affidata secondo il modello della concorrenza per il mercato, neppure è previsto il parere dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato di cui all’art. 6, c. 5.

In quinto luogo, la previsione, all’interno del d.lgs. 50/2016, della figura della revoca per motivi di interesse pubblico della concessione induce a riflettere della reale natura contrattuale della concessione, la quale più si avvicina all’istituto dell’accordo di cui all’art. 11, l. 7 agosto 1990, n. 241. Anzi, mentre l’art. 11 richiama i “sopravvenuti” motivi di interesse pubblico, l’art. 176, d.lgs. 50/2016 usa la formula, assai più ampia, di “revoca per motivi di interesse pubblico”. In ogni caso, ciò potrebbe avere riflessi anche sul piano della giurisdizione, assoggettando a quella del giudice amministrativo anche la fase di esecuzione della concessione.

Infine, ancora indugiando sulla questione della nozione di concessione e sul concetto di rischio che può essere trasferito al concessionario ai sensi del d.lgs. 50/2016, l’ambientazione dell’istituto nel settore dei servizi pubblici mostra che una parte di rischio non può mai essere trasferita al privato: si tratta di quello correlato alla posizione, nei confronti soprattutto degli utenti, a sua volta consequenziale all’assunzione del dovere di assicurare e di organizzare le prestazioni. Ciò trova conferma nei poteri sostitutivi che l’amministrazione può porre in essere proprio nel caso di inadempimento da parte del gestore (basti citare la disciplina in materia di servizio idrico: art. 152 d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152). L’amministrazione concedente nei servizi pubblici, quindi, è una sorta di assicuratore di ultima istanza, occupando una posizione che, in quanto direttamente espressione dello spessore istituzionale del soggetto pubblico, non può essere trasferita al concessionario.

Passando ora al tema specifico della municipalizzazione/internalizzazione, si è visto che dal tessuto normativo in via di consolidamento viene emergendo un netto sfavore nei confronti del modello *in house*, nonostante l’indirizzo opposto si fosse delineato – vicenda tutta italiana – a seguito della consultazione referendaria del 2011. Tale contrasto impone una riflessione sul “vincolo” (e sulla durata dello stesso) che il referendum produce sulle scelte legislative successive. La questione è affrontata dal parere del Cons. Stato n. 1075/2016, cit., che così la risolve: “il testo ora in esame supera indenne una previsione di incostituzionalità nella parte in cui prevede la valutazione discrezionale degli enti locali nella scelta delle modalità di gestione del servizio. ... Sotto un secondo profilo, va valutato il rapporto di tale impostazione con gli esiti referendari, che peraltro risalgono ormai a più di cinque anni or sono: ciò che può, invece, ribadirsi è che il legislatore delegato si muove in piena coerenza con l’ordinamento europeo, assicurando un livello di tutela della concorrenza anche più elevato della media degli altri Stati membri”. In sostanza, quel “vincolo” si attenua con il tempo e con l’evolversi del contesto politico.



Un ulteriore spunto di riflessione scaturisce dal fatto che i maggiori vincoli, motivazionali e procedurali, previsti dall'art. 7, c. 3 del Testo unico per la gestione *in house* e per quella mediante azienda speciale, non si applicano per il modello in economia, probabilmente in applicazione del criterio di proporzionalità. Neppure tale profilo è trattato dalla legge spagnola.

Si potrebbe poi tentare di definire il ruolo che il Testo unico riconosce ai cittadini con riferimento ai vari momenti della procedura. Per quanto attiene alla fase iniziale dell'assunzione, si fa riferimento all'eventualità di consultazioni di mercato (art. 5), dunque prefigurando una fase procedurale aperta al contributo di tutti (o, meglio, degli operatori del mercato). Non pare, invece, che vi possano essere spazi per l'applicazione della c.d. *class action* pubblica (d.lgs. 30 dicembre 2009, n. 198), che è utilizzabile al fine di "ripristinare ... la corretta erogazione di un servizio", in particolare nel caso di violazione degli obblighi contenuti nelle carte dei servizi (dunque, non già nella fase di "organizzazione" del servizio). In relazione alla scelta dei modelli di perseguimento degli obiettivi corrispondenti al servizio pubblico, la normativa rimane silente circa opportunità di interlocuzione a favore dei cittadini. A fronte di questa scarsa considerazione del loro apporto (in questo senso vi è certamente più di un'analogia con la Spagna), si profila quasi un ruolo di supplenza affidato sia all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (artt. 5, c. 5, 7, c. 5; vi è poi sempre la possibilità di utilizzare il meccanismo dell'art. 21 *bis*, l. 287/1990) sia, con riferimento al caso, comunque assai importante e frequente, della concessione, dell'Autorità nazionale anticorruzione. Tale soggetto, a fronte di eventuali patologie, ha a disposizione, in particolare, i penetranti poteri di cui all'art. 211, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50⁴⁹. Pure questo aspetto costituisce una peculiarità dell'esperienza italiana, in cui, appunto, esiste un'autorità affatto particolare quale è l'Anac, dotata di poteri molto estesi che possono essere esercitati nelle vicende che concernono l'esecuzione delle concessioni e la cessazione delle stesse.

⁴⁹ La norma così recita: "1. Su iniziativa della stazione appaltante o di una o più delle altre parti, l'Anac esprime parere relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta. Il parere obbliga le parti che vi abbiano preventivamente consentito ad attenersi a quanto in esso stabilito. Il parere vincolante è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'art. 120, d.lgs. 104/2010..."

2. Qualora l'Anac, nell'esercizio delle proprie funzioni, ritenga sussistente un vizio di legittimità in uno degli atti della procedura di gara invita mediante atto di raccomandazione la stazione appaltante ad agire in autotutela e a rimuovere altresì gli eventuali effetti degli atti illegittimi, entro un termine non superiore a sessanta giorni. Il mancato adeguamento della stazione appaltante alla raccomandazione vincolante dell'Autorità entro il termine fissato è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria entro il limite minimo di euro 250,00 e il limite massimo di euro 25.000,00, posta a carico del dirigente responsabile. La sanzione incide altresì sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti ... La raccomandazione è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ..."

Circa gli interessi rilevanti, è agevole notare che, rispetto alla disciplina spagnola, non solo emergono interessi ulteriori, ma si profila anche una diversa gerarchizzazione tra di loro. Nel contesto italiano, infatti, accanto alla tutela della concorrenza e del mercato, vengono in maggior (o esplicito) rilievo la protezione degli utenti, la qualità, la sicurezza, la continuità e l'accesso al servizio (art. 5 Tetso unico), senza dimenticare il profilo della sostenibilità e dell'ottimale uso risorse pubbliche, valore che in ogni caso va preso in considerazione in ragione della costituzionalizzazione dei principi dell'equilibrio dei bilanci e della sostenibilità del debito pubblico (art. 97 Cost.). La "presenza" dell'Anac che, nelle ipotesi in cui si utilizzi lo strumento concessorio, vigila sul settore e persegue obiettivi di trasparenza e di lotta alla corruzione, vale viepiù ad arricchire il novero degli interessi pubblici rilevanti. La legge spagnola, viceversa, con riferimento alla fase iniziale (in qualche modo comparabile con il momento dell'assunzione), come detto, cita unicamente la *estabilidad presupuestaria* e la *sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias* (art. 86, ley de bases del régimen local), mentre, in relazione alla fase della gestione, all'art. 85, così dispone: "Los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación...".

8. Conclusioni. Un cenno a regolazione e municipalizzazione.

In una prospettiva di sintesi, con riferimento al "movimento" verso l'internalizzazione, si può dire che il diritto europeo, tipizzando i casi di cessazione anticipata del rapporto concessorio e insistendo sul profilo dell'indennizzo, allontana la (fase che precede la) rimunicipalizzazione, mentre il codice italiano sui contratti (d.lgs. 50/2016), ripristinando la revoca, l'avvicina.

Più in generale, rispettando la libertà di organizzazione delle amministrazioni, il diritto europeo non assicura, né impone, fenomeni di "rimunicipalizzazione", mentre il diritto italiano rende più difficoltosa la gestione *in house*, che viceversa il referendum intendeva valorizzare.

Insomma: la municipalizzazione (sempre intesa come gestione *in house* o mediante azienda) non è imposta dall'Europa, era voluta dal referendum, ma non è un obiettivo perseguito dal Governo che sta varando la riforma del settore.

Va altresì aggiunto che l'oscillazione tra internalizzazione ed esternalizzazione può essere condizionata da un'ulteriore variabile e, cioè, dalla presenza di un'autorità di regolazione, nel senso che il ruolo di "garanzia" in senso lato svolto da siffatto soggetto potrebbe arginare la tentazione di considerare quella della gestione "diretta" pubblica come unica soluzione agli eventuali problemi di un settore privato, insoddisfacente anche perché non "regolato" (si pensi a inefficienza, corruzione, assenza di trasparenza e così via). L'esperienza del servizio idrico a



Parigi, dove il Comune ha deciso di ritornare alla gestione *in house*, dopo anni di concessione a terzi, potrebbe essere letta in questa prospettiva, confermando il nesso tra internalizzazione e assenza di regolazione.

L'accento a questo tema induce a richiamare una vicenda – ancora una volta – tutta italiana, e quindi difficilmente comparabile con la Spagna, in cui il movimento dell'internalizzazione ha assunto caratteri affatto particolari.

Si tratta dell'evoluzione della disciplina relativa al servizio idrico (settore tra l'altro escluso dal c.d. codice dei contratti e dal Testo unico sui servizi pubblici locali in via di approvazione), investita dal medesimo referendum, già sopra citato, celebrato nel 2011. Esso, infatti, non ha unicamente riguardato la normativa sull'affidamento dei servizi pubblici, ma, concernendo una specifica disposizione del Codice dell'ambiente relativa al servizio idrico (l'art. 154, c. 1, d.lgs. 152/2006), ha anche eliminato dalla relativa tariffa una voce fissa e predeterminata e, cioè, la remunerazione del capitale investito con tasso standardizzato al 7 %.

Tale voce era uno strumento incentivante per gli investimenti privati nel settore⁵⁰: l'obiettivo dei promotori del referendum, quindi, era quello di escludere ogni forma di remunerazione del capitale investito dall'imprenditore privato, sterilizzando, dunque, il settore idrico dalle logiche del profitto.

Questa vicenda mostra quanto pesi nelle vicende della “rimunicipalizzazione” l'ideologia o, comunque, una chiara e netta visione politica, in questo caso avente il proprio baricentro nell'idea dell'acqua come diritto fondamentale.

Per altro verso, l'obiettivo di questa modifica dell'ordinamento era quello dell'esclusione (perché di fatto non conveniente) della gestione esternalizzata ai privati, determinandosi, così, una sorta di sostanziale “riserva” e, cioè, un modello di gestione esclusivamente pubblica nel settore del servizio idrico⁵¹: insomma, una sorta di municipalizzazione realizzata agendo chirurgicamente sulla struttura della tariffa. Non a caso, in dottrina si è parlato, in modo assai critico (alla luce dell'art. 43 Cost.), di strisciante pubblicizzazione senza la copertura di una legge, e, cioè, dell'introduzione di una riserva in forma implicita⁵².

⁵⁰ In generale, sul tema, v. A. TONETTI, *Investimenti infrastrutturali e (in)certezza delle regole: il caso del servizio idrico*, in *Giornale di dir. ammin.*, 2013, 1102 e ss.

⁵¹ V. Corte Costituzionale del 26 gennaio 2011, n. 26, in *Foro it.*, 2011, I, 670 ss. : “... attraverso l'abrogazione parziale del comma 1 dell'art. 154, e, in particolare, mediante l'eliminazione del riferimento al criterio della “adeguatezza della remunerazione del capitale investito”, si persegue, chiaramente, la finalità di rendere estraneo alle logiche del profitto il governo e la gestione dell'acqua”.

⁵² A. TRAVI, *La disciplina tariffaria nel servizio idrico integrato*, in *Rivista della regolazione e dei mercati*, 2014, 126 e ss.



In sintesi, l'esperienza italiana mostra come la pubblicizzazione possa essere non solo realizzata modificando il contesto normativo che guida l'azione delle amministrazioni, ma anche indotta agendo sulla tariffa.

Essa pure suggerisce l'idea secondo cui, probabilmente, il tema della rimunicipalizzazione andrebbe calibrato diversamente a seconda dei settori e dei beni coinvolti: la gestione dell'acqua esibisce caratteristiche, o sollecita corde, anche emotive, in parte diverse da altri settori.

Infine, il “caso” del servizio idrico italiano conferma ciò che si presenta come una costante nelle vicende giuridiche e, cioè, il fatto che l'ordinamento, sollecitato e irritato da una “mossa” repentina, si assesta e si adatta nel tempo con l'intervento di tutti i suoi attori. L'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il servizio idrico (Aeegsi), infatti, ha elaborato uno schema tariffario che, pur non prevedendo più una forma standardizzata di remunerazione del capitale privato ex ante, include, tra i costi relativi alle componenti rappresentate dagli “oneri finanziari”, i “costi del capitale proprio investito” e, dunque, il profitto realizzato ex post dal gestore come esito dei minori costi di gestione, al di sotto, cioè, di quelli standard fissati dall'Autorità, secondo il meccanismo del «*price-cap*»⁵³. L'attrattività del settore per i privati, dunque, è stata in tal modo in parte ripristinata.

Sul piano legislativo, infine, ha preso le mosse una tormentata iniziativa per approvare una legge recante “Principi per la tutela, il governo e la gestione pubblica delle acque e disposizioni per la ripubblicizzazione del servizio idrico, nonché delega al Governo per l'adozione di tributi destinati al suo finanziamento”: nella versione ora in discussione⁵⁴ al Parlamento, si prevede, in via prioritaria, l'affidamento in favore di società interamente pubbliche, in possesso dei requisiti prescritti dall'ordinamento europeo per la gestione *in house*, comunque partecipate da tutti gli enti locali ricadenti nell'ambito territoriale ottimale.

L'oscillazione tra i poli dell'internalizzazione e dell'esternalizzazione, dunque, continua: essa è alimentata da logiche domestiche piuttosto che europee e investe soprattutto il settore idrico.

⁵³ La scelta dell'autorità ha generato un importante contenzioso: Tar Lombardia, con le sentt. 26 marzo 2014, n. 779, e 26 marzo 2014, n. 780 ha rigettato i ricorsi volti all'annullamento della delibera dell'Aeegsi; attualmente pende l'appello dinanzi al Consiglio di Stato. V. S. VACCARI, *Il metodo tariffario del servizio idrico integrato alla luce del primo contenzioso*, in *Munus*, 2014, 289 e ss.

⁵⁴ Quella originaria imponeva la decadenza di tutte le gestioni non pubbliche e il finanziamento del servizio con fiscalità generale.