

Vincenzo Lopilato

**MANUALE DI  
DIRITTO  
AMMINISTRATIVO**

- I -

**Parte generale**

*Terza edizione*



**G. Giappichelli Editore**

Vincenzo Lopilato

MANUALE DI  
DIRITTO  
AMMINISTRATIVO

- I -

Parte generale

*Terza edizione*



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2021 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO  
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100  
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-7524-490-3 (*Due volumi indivisibili*)

*Stampa:* Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail [autorizzazioni@clearedi.org](mailto:autorizzazioni@clearedi.org) e sito web [www.clearedi.org](http://www.clearedi.org).

**Vincenzo Lopilato**, Consigliere di Stato, già giudice ordinario e giudice del Tribunale amministrativo regionale.

È docente nei corsi di magistratura ordinaria organizzati da G. Giappichelli Editore s.r.l.

## Capitolo 13

# Attività di impresa e servizi pubblici

SOMMARIO: 1. Premessa. – *Parte Prima. Attività di impresa nell'ordinamento europeo e nazionale.* – 2. Attività di impresa nell'ordinamento europeo. Principio di concorrenza e “direttiva servizi”. – 2.1. Aiuti di Stato. – 3. Attività di impresa nell'ordinamento nazionale. Soggetti, tipologie di prestazione e modalità di gestione. – *Parte Seconda. Servizi pubblici nell'ordinamento europeo e nazionale.* – 4. Servizio di interesse economico generale nell'ordinamento europeo. – 5. Servizio pubblico nell'ordinamento interno: nozione soggettiva e oggettiva. – 6. Soggetti che svolgono attività di servizio pubblico. Ruolo delle Autorità indipendenti di regolazione. Tariffe. – 7. Prestazioni di servizi di interesse economico generale di rete e non di rete. – 8. Gestione dei servizi pubblici. Contratti di servizio. – 8.1. Concessioni di servizi. – 9. Procedure di affidamento del servizio: procedure di gara, autoproduzione e società miste. – 10. Concessioni demaniali marittime. – 10.1. Criteri di determinazione dei canoni. – 11. Considerazioni conclusive. – *Parte Terza. Servizi pubblici locali.* – 12. Quadro europeo e costituzionale. – 13. Quadro normativo nazionale. – 13.1. Legge Giolitti. – 13.2. Legge n. 142 del 1990. – 13.3. Art. 35 della legge n. 448 del 2001. – 13.4. Riforma del 2003. – 13.5. Riforma del 2008. – 13.6. Riforme del 2011. – 13.7. Riforma del 2012 e disciplina vigente. – 13.8. Mancata riforma del 2016. – 14. Riparto di giurisdizione: cenni e rinvio. – 15. Considerazioni conclusive.

## 1. Premessa

Nell'ambito dell'attività della pubblica amministrazione devono essere collocati, accanto ai provvedimenti amministrativi e agli accordi, anche l'attività di impresa pubblica e i servizi pubblici, che indentificano quello che è stato definito «*diritto amministrativo prestazionale*»<sup>1</sup>.

In via preliminare, rinviando l'approfondimento a quanto esposto nei successivi paragrafi, occorre fornire le nozioni degli istituti che verranno esaminati.

L'attività di impresa è un'attività economica che viene svolta in modo organizzato al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi (art. 2082 cod. civ.). Essa può essere svolta in forma individuale o collettiva e, dunque, mediante lo strumento delle società, che, quando svolgono attività di impresa, agiscono con metodo economico per perseguire uno scopo lucrativo (art. 2247 cod. civ.). L'art. 2195 cod. civ. dispone che l'imprenditore commerciale esercita tra l'altro: *i*) attività industriale diretta alla produzione di beni o servizi; *ii*) attività intermediaria nella circolazione dei beni (che identifica il vasto settore del commercio).

L'attività di impresa può essere privata, se svolta da soggetti privati, o pubblica,

---

<sup>1</sup> Cons. Stato, sez. III, 10 dicembre 2013, n. 5910.

se svolta dalla pubblica amministrazione, che, dopo la riforma del 2016, non può utilizzare lo strumento delle società a partecipazione pubblica [cap. 7, Parte Seconda e anche oltre nel testo].

La nozione di servizio pubblico non è positivamente definita e ciò è stato causa di un ampio dibattito giurisprudenziale e dottrinale in ordine al significato da attribuire ad una espressione che, da sempre, è stata riconosciuta come una delle più incerte dell'intero diritto pubblico.

Esso presuppone l'erogazione di prestazioni a favore della collettività e ciò segna la differenza rispetto ai contratti di appalto, in relazione ai quali la prestazione è posta in essere dall'operatore economico in favore dell'amministrazione aggiudicatrice.

Una prima distinzione rilevante è tra: *i*) servizi a rilevanza economica, che sono resi mediante un'attività economica e quindi suscettibili di essere esercitati in forma imprenditoriale (ad esempio, trasporti, energia elettrica, gas, comunicazioni elettroniche) [cap. 23, Parte Sesta]; *ii*) servizi a rilevanza non economica, che vengono normalmente erogati direttamente dalla pubblica amministrazione con oneri a carico della fiscalità generale (ad esempio, scuola, sanità, assistenza sociale) [cap. 21].

Una seconda distinzione è tra: *i*) servizi a fruizione collettiva, cd. "non escludibili", che vengono erogati alla collettività gratuitamente (ad esempio, illuminazione pubblica delle strade); *ii*) servizi a fruizione individuale, che presuppongono un rapporto con il singolo utente e la corresponsione di un corrispettivo parametrato alla prestazione resa (ad esempio, biglietto dell'autobus e bolletta telefonica).

In questa sede è necessario chiarire che saranno esaminati soltanto i servizi a rilevanza economica, che si pongono in rapporto di stretta correlazione con la nozione di attività di impresa e, in presenza di un soggetto pubblico, di attività di impresa pubblica. I servizi a rilevanza non economica verranno esaminati nella parte speciale [cap. 21].

La trattazione avrà ad oggetto l'attività di impresa, analizzata nei suoi rapporti con il principio di concorrenza, e l'attività di servizio pubblico, nella prospettiva europea e nazionale.

## **Parte Prima**

### **Attività di impresa nell'ordinamento europeo e nazionale**

#### **2. Attività di impresa nell'ordinamento europeo. Principio di concorrenza e "direttiva servizi"**

Il principio di concorrenza, che è stato già trattato [cap. 1, parr. 12-12.3], rappresenta il contesto in cui si inserisce, in ambito europeo, la nozione di impresa e di servizio pubblico. Nondimeno, è utile richiamarlo in questa sede al fine di calarlo nella specifica tematica che si sta esaminando.

L'obiettivo europeo è quello di creare uno «spazio senza frontiere interne» (art. 26, par. 2, Tfu), assicurando la «libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali»<sup>2</sup>.

Le regole, in grado di garantire il perseguimento di tali finalità, come già rilevato, sono indicate con le seguenti espressioni: *i*) concorrenza nel mercato; *ii*) regole anti-trust; *iii*) concorrenza per il mercato.

La “concorrenza nel mercato”, che è la nozione principale che rileva in questa sede, presuppone che in esso non vi siano “ostacoli” alla libera circolazione, tra l'altro, dei servizi e, dunque, implica la cd. “promozione della concorrenza”.

L'art. 56 Tfu impone che sia assicurata la «libera prestazione dei servizi».

L'art. 57 Tfu qualifica come “servizi” tutte «le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione».

Essi, quindi, ricomprendono: a) attività di carattere industriale; b) attività di carattere commerciale; c) attività artigianale; d) attività delle libere professioni. La casistica è, pertanto, ampia: si va dalla prestazione di servizi consistenti nella somministrazione di alimenti alla prestazione di servizi di trasporto o postale.

In tale ambito è, dunque, ricompresa anche la nozione di attività di impresa, così come sopra definita dagli artt. 2082, 2247 e 2195 cod. civ.

Tali attività coincidono con le prestazioni di servizi di cui alle lett. a e b dell'art. 57 Tfu.

L'attività artigianale (lett. c) e le libere professioni (lett. d) rientrano, invece, rispettivamente, nel diverso ambito della “piccola impresa” (art. 2083 cod. civ.) e nell'attività di impresa soltanto «se l'esercizio della professione costituisce elemento di un'attività organizzata in forma di impresa» (art. 2238 cod. civ.).

Nell'ottica europea, l'impresa può essere pubblica o privata, essendo indifferente il regime proprietario dei beni, richiedendosi soltanto il rispetto del principio del pari trattamento (art. 345 Tfu).

Alla luce di quanto esposto, risulta, pertanto, come la nozione di “prestazione di servizi”, implicando normalmente lo svolgimento di una attività economica, ricomprenda l'attività di impresa, con l'aggiunta, non rilevante in questa sede, delle attività artigianali e delle libere professioni non organizzate in forma di impresa.

Chiarito ciò, deve rilevarsi come, a livello di diritto europeo derivato, particolare importanza assuma la direttiva 2006/123/CE, relativa ai servizi nel mercato interno, che, come si esporrà nel successivo paragrafo, è stata attuata con decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59. Essa pone il principio della libera prestazione dei servizi, con possibilità di subordinare l'esercizio dell'attività economica ad una autorizzazione “vincolata” soltanto nel caso in cui sussista un «motivo imperativo di interesse generale» e, cioè, quando occorra effettuare un controllo “a priori”. Tra le ragioni di pub-

---

<sup>2</sup> Nell'ambito della libera circolazione delle persone sono inclusi sia la libera circolazione dei lavoratori (art. 45 Tfu), sia il diritto di stabilimento, il quale consiste nel diritto delle persone che esercitano attività autonome, nonché delle società, di esercitare un'attività economica in un altro Stato membro su base stabile e continuativa.

blico interesse sono incluse, tra l'altro, la sanità pubblica, la protezione dell'ambiente o la protezione dei consumatori (considerando 47).

L'art. 12 della stessa direttiva dispone, tra l'altro, che, qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento (par. 1).

La Corte di Giustizia dell'Unione europea ha affermato che tale direttiva trova applicazione *«anche a una situazione i cui elementi rilevanti si collocano tutti all'interno di un solo Stato membro»*. Essa, infatti, non opera *«distinzioni tra le attività di servizio comprendenti un elemento di carattere estero e le attività di servizio prive di qualsiasi elemento di tal genere»*<sup>3</sup>.

La regola generale, a livello europeo, è pertanto quella della libera prestazione di servizi, salvo il caso in cui esista un motivo imperativo di interesse generale che richiede, a fini di controllo, il rilascio da parte dell'autorità pubblica di un previo titolo abilitativo.

L'obiettivo europeo di assicurare la libera prestazione di servizi e, dunque, l'eliminazione degli ostacoli all'accesso al mercato presuppone che si attuino, ai fini della promozione della concorrenza, politiche di liberalizzazione.

La nozione di "liberalizzazione economica" include in sé tutti quegli strumenti che permettono di assicurare l'esistenza di un libero mercato in cui, potenzialmente, tutti possono, tra l'altro, erogare prestazioni di servizi.

I principali strumenti di liberalizzazione sono i seguenti.

In primo luogo, è necessario eliminare le forme di monopoli o oligopoli legali, che si sostanziano nel riconoscimento normativo a talune imprese di "diritti esclusivi o speciali" nello svolgimento di determinate attività economiche e cioè nell'attribuzione di una vera e propria "riserva di attività". È evidente che l'esistenza di tali riserve incida negativamente sul principio di libera prestazione dei servizi, in quanto esse presupporrebbero che soltanto uno o pochi soggetti siano autorizzati a svolgere quella determinata attività.

In secondo luogo, in presenza di forme di monopoli naturali, conseguenti alla particolare struttura del mercato, lo strumento di liberalizzazione è costituito dalla segmentazione del mercato stesso. In particolare, il diritto europeo impone questa tecnica di liberalizzazione, con una serie di direttive, in presenza di quelli che vengono definiti "servizi di rete" (ad esempio la "rete ferroviaria"). In questi ambiti viene in rilievo una forma di monopolio naturale, in quanto la rete è un bene non duplicabile o, comunque, difficilmente duplicabile. La sua gestione avviene, pertanto, necessariamente attraverso il riconoscimento di un "diritto esclusivo" da ritenersi – in quanto necessario per la naturale e difficilmente superabile struttura monopolistica del mercato – compatibile con il diritto europeo. In tali casi se il mercato

---

<sup>3</sup> Corte giust. un. eur., Grande sezione, 30 gennaio 2018, n. 360.

non venisse “separato” e si consentisse al gestore della rete di erogare anche il servizio (nell’esempio l’attività di “correre sui binari”), mediante quella che viene definita “integrazione verticale del monopolista” in tutte le “parti” del mercato, si realizzerebbe una situazione di monopolio anche nella fase di erogazione del servizio. La segmentazione del mercato vieta, invece, al gestore della rete di erogare anche il servizio al pubblico.

Tale segmentazione può essere attuata mediante sia la “separazione contabile” sia la “separazione strutturale”.

La prima, che costituisce una “forma debole” di separazione, consente che sia lo stesso soggetto a gestire la rete ed erogare il servizio a condizione che le due attività, nell’ambito della medesima struttura societaria, rimangano “contabilmente” separate.

La seconda, che costituisce una “forma forte” di separazione, impone che i soggetti siano diversi.

In definitiva, questa tecnica di liberalizzazione, preso atto della difficoltà di assicurare la “concorrenza nel mercato” a monte (in relazione alla gestione della rete), la impone a valle (con riferimento all’erogazione del servizio).

Infine, è necessario attuare politiche di semplificazione e liberalizzazione amministrativa, al fine di consentire, quando è richiesto il rilascio di un titolo abilitativo per l’esercizio di una determinata prestazione di servizi, che la relativa procedura si svolga in modo, appunto, semplificato (si veda l’art. 5 della citata direttiva servizi). È, infatti, evidente che se, per potere erogare quella determinata prestazione, occorre seguire procedure complesse e attendere tempi lunghi si ostacola l’accesso al mercato degli operatori economici e, dunque, la libera prestazione del servizio. La direttiva attribuisce agli Stati membri il potere di individuare gli strumenti più adatti al raggiungimento dello scopo.

La nozione di “concorrenza nel mercato” è strettamente correlata alle cd. regole antitrust che il Trattato definisce “regole della concorrenza”. In un mercato concorrenziale, che assicuri l’esercizio delle libertà europee, è necessario che siano previste regole idonee ad evitare che il funzionamento dello stesso venga falsato da “condotte delle imprese” o da “condotte degli Stati membri”.

In relazione alle prime, il diritto europeo (artt. 101-102 Tfu) vieta le intese restrittive della concorrenza e l’abuso di posizioni dominanti [cap. 23, par. 8].

A solo titolo esemplificativo, se, una volta liberalizzato il mercato, si consentisse a due o più imprese di raggiungere un’intesa sui prezzi da praticare nell’erogazione di determinati servizi si pregiudicherebbe la posizione degli operatori economici del settore e, conseguentemente, si creerebbe, *ex post*, un ostacolo alla loro libera prestazione di servizi in quella parte di mercato “alterato” dall’accordo anticoncorrenziale.

In relazione alle seconde, il diritto europeo (art. 107 Tfu) vieta gli aiuti di Stato [par. 2.1 e cap. 1, par. 12-12.3]. È evidente, anche in questo caso, che se si consentisse l’erogazione da parte degli ordinamenti nazionali di aiuti di Stato alle imprese che, tra l’altro, erogano prestazioni di servizi, si altererebbe il gioco della libera concorrenza: gli operatori economici che non hanno ottenuto un eguale trattamento da

parte dello Stato si troverebbero in una posizione di svantaggio competitivo e potrebbero, pertanto, essere costretti ad “uscire” dal mercato o rimanervi con difficoltà, con conseguente incidenza negativa sulla libera prestazione di servizi e, dunque, sulla “concorrenza nel mercato”.

Infine, la nozione di “concorrenza per il mercato” identifica le regole di diritto pubblico relative alla scelta del soggetto che può erogare quella determinata prestazione di servizi. Devono, quindi, rispettarsi le cd. procedure ad evidenza pubblica.

Esse sono finalizzate a tutelare le libertà europee di circolazione.

Tale nozione rileva, in particolare, nel settore dei contratti di appalto pubblico e nei contratti di servizio pubblico disciplinati dalle direttive relative ai contratti pubblici 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE [cap. 16]. Essa è strettamente correlata, soprattutto nel settore dei servizi pubblici, alla nozione di concorrenza nel mercato. Se, infatti, come si esporrà oltre [par. 4], gli operatori economici sono ancora in numero ridotto in un determinato mercato è necessario che la scelta di chi potrà porre in essere quella determinata attività di impresa avvenga mediante una procedura di gara.

## 2.1. Aiuti di Stato

L'art. 107 Tfeue prevede che *«sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza»*.

La giurisprudenza europea<sup>4</sup> e amministrativa<sup>5</sup> ritiene che debbano ricorrere le seguenti condizioni.

In primo luogo, deve trattarsi di un intervento dello Stato o effettuato mediante risorse statali<sup>6</sup>.

In secondo luogo, l'intervento deve essere idoneo a incidere sugli scambi tra gli Stati membri. Si è chiarito che *«non è necessario dimostrare una reale incidenza dell'aiuto di cui trattasi sugli scambi tra gli Stati membri e un'effettiva distorsione della concorrenza, ma occorre solo verificare se detto aiuto sia idoneo a incidere su tali scambi e a falsare la concorrenza»*<sup>7</sup>.

In terzo luogo, l'intervento deve concedere un vantaggio selettivo al suo beneficiario. Si è chiarito che, in casi dubbi, lo Stato deve indicare elementi da cui emerga che la decisione assunta *«è fondata su valutazioni economiche simili a quelle che, nelle circostanze della fattispecie, un investitore privato razionale che si fosse trovato in una situazione la più analoga possibile a quella dello Stato membro de quo, avrebbe fatto*

---

<sup>4</sup> Corte giust.un. eur., sez. II, 19 dicembre 2019, n. 385.

<sup>5</sup> Cons. Stato, sez. VI, 18 febbraio 2015, n. 823.

<sup>6</sup> Corte giust. un. eur., sez. II, n. 385 del 2019, cit.

<sup>7</sup> Corte giust.un. eur., sez. II, n. 385 del 2019, cit.

*accertare, prima di procedere all'investimento, al fine di determinare la redditività futura dell'investimento stesso»<sup>8</sup>.*

Infine, l'intervento deve falsare o minacciare di falsare la concorrenza. Si è chiarito che «*non è necessario accertare un'effettiva distorsione della concorrenza, ma è sufficiente esaminare se tale aiuto sia idoneo a falsare la concorrenza»<sup>9</sup>.*

Tali condizioni sono cumulative, con la conseguenza che la mancanza anche di una sola di esse impedisce di configurare un aiuto di Stato.

Nella fase di emergenza epidemiologica da Covid-19, possono trovare applicazione i paragrafi 2, lett. b e 3, lett. b dell'art. 107 Tfeue, i quali ritengono compatibili con il mercato interno, rispettivamente, gli aiuti pubblici destinati a ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali e gli aiuti destinati a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro.

In applicazione di quest'ultima disposizione, la Commissione europea ha adottato il Quadro di riferimento temporaneo per la valutazione degli aiuti di Stato a sostegno delle imprese colpite dalla suddetta emergenza. Nel preambolo del provvedimento si afferma che «*l'epidemia di Covid-19 diffusa in tutti gli Stati membri dell'Unione non solo costituisce una grave emergenza sanitaria per i cittadini e le società, ma assesta anche un durissimo colpo alle economie del mondo e dell'Unione e una risposta economica coordinata degli Stati membri e delle istituzioni dell'UE è fondamentale per attenuare tali ripercussioni negative sull'economia dell'UE».*

Si tratta di disposizioni emergenziali che introducono eccezioni rispetto alla regola generale in base alla quale gli aiuti di Stato sono considerati incompatibili con il mercato interno<sup>10</sup>.

### **3. Attività di impresa nell'ordinamento nazionale. Soggetti, tipologie di prestazione e modalità di gestione**

Nell'analisi di tale tematica, occorre distinguere soggetti, tipologia di attività e, soprattutto, modalità di gestione.

Con riferimento ai soggetti, le mere prestazioni di servizi che si risolvono nell'esercizio di attività economiche di impresa possono essere svolte da soggetti privati, in forma individuale ovvero anche in forma societaria. Come si esporrà oltre [parr. 9 e 11], i privati sono titolari di un diritto all'esercizio di tale attività, ma in alcuni casi occorre ottenere un previo titolo autorizzatorio, con conseguente configurazione in capo ad essi di un interesse legittimo pretensivo. Le società a partecipazione pubblica, dopo la riforma attuata con il decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 [cap. 7,

---

<sup>8</sup> Corte giust. un. eur., sez. II, n. 385 del 2019, cit.

<sup>9</sup> Corte giust. un. eur., sez. II, n. 385 del 2019.

<sup>10</sup> A. Minto, *Il rilassamento delle regole europee sugli aiuti di Stato nell'attuale pandemia da Covid-19 (ben tornato, bail-out)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 5 ss.

Parte Seconda] non possono svolgere, tranne eccezioni, tale tipologia di attività. Pur se la pubblica amministrazione potrà svolgere tale attività mediante moduli diversi, lo spazio di intervento diretto pubblico nell'economia si è ridotto.

Con riferimento alle tipologie di prestazioni, l'ambito applicativo, risolvendosi nello svolgimento di attività economica, è molto ampio. Si pensi, a titolo esemplificativo, all'attività di esercizio commerciale, che, quando ricorrono motivi imperativi di interesse pubblico, deve essere preceduta dal rilascio di un'autorizzazione.

Con riferimento alle modalità di gestione, in attuazione del diritto europeo, vige il principio della libera prestazione di servizi come espressione della libertà di iniziativa economica.

La regola è, pertanto, che non occorra alcun titolo che legittimi l'esercizio di tale attività.

Il decreto legislativo n. 59 del 2010 prevede, però, che, soltanto quando sussiste un «*motivo imperativo di interesse generale*», la relativa attività può essere subordinata al rilascio di un'autorizzazione<sup>11</sup>. L'autorizzazione deve essere rilasciata anche quando, per la scarsità della risorsa, occorre seguire procedure di scelta del contraente [si v. il par. successivo].

Nell'impostazione tradizionale, l'autorizzazione è un provvedimento amministrativo – ampliativo della sfera giuridica del destinatario dell'azione amministrativa – che rimuove un limite legale all'esercizio di una determinata attività. L'orientamento prevalente ritiene, invece, che tutte le autorizzazioni abbiano valenza costitutiva nel senso di costituire direttamente in capo al privato la situazione soggettiva<sup>12</sup>.

L'autorizzazione ha una funzione di controllo dell'attività economica per assicurare il rispetto degli interessi generali sopra indicati ed è normalmente un atto di natura vincolata [cap. 11, par. 13].

In relazione alle condizioni di rilascio dell'autorizzazione, in coerenza con il principio di non discriminazione e proporzionalità (artt. 12, comma 1, e 14, comma 1), esse devono essere chiare e inequivocabili, oggettive, rese pubbliche preventivamente, trasparenti e accessibili (art. 15).

In relazione alle modalità procedurali di formazione del titolo, l'autorizzazione può essere espressa o ancora formarsi in modo tacito. Quando i motivi imperativi di interesse generale che vengono in rilievo coincidono con gli "interessi sensibili", non può operare il meccanismo dell'art. 20 della legge n. 241 del 1990 e il procedimento si conclude con un atto espresso. Quando viene in rilievo, invece, un motivo di interesse generale che non coincide con gli interessi sensibili, l'atto di autorizza-

---

<sup>11</sup> Costituiscono motivi imperativi d'interesse generale le «*ragioni di pubblico interesse, tra i quali l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica, l'incolumità pubblica, la sanità pubblica, la sicurezza stradale, la tutela dei lavoratori compresa la protezione sociale dei lavoratori, il mantenimento dell'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale, la tutela dei consumatori, dei destinatari di servizi e dei lavoratori, l'equità delle transazioni commerciali, la lotta alla frode, la tutela dell'ambiente, incluso l'ambiente urbano, la salute degli animali, la proprietà intellettuale, la conservazione del patrimonio nazionale storico e artistico, gli obiettivi di politica sociale e di politica culturale*» (art. 8, lett. h).

<sup>12</sup> A. Orsi Battaglini, *Autorizzazione amministrativa*, in *Dig. disc. pubb.*, II, Torino, 1987, 59 ss.

zione si può formare tacitamente mediante la tecnica del silenzio assenso (art. 20)<sup>13</sup> [si v. cap. 10, parr. 18-18.3 e cap. 11, par. 13].

In relazione all'efficacia, l'autorizzazione permette al prestatore di accedere all'attività di servizi e di esercitarla su tutto il territorio nazionale e ha normalmente efficacia illimitata, salva la previsione di una limitazione numerica dei titoli che possono essere rilasciati ovvero la limitazione della durata giustificata da un motivo imperativo di interesse generale (art. 19, commi 1 e 2).

In relazione ai soggetti legittimati, l'attività di impresa non può essere posta in essere da società pubbliche perché il suo svolgimento è vietato alle società pubbliche [cap. 7, par. 12], con la conseguenza che può venire in rilievo soltanto l'attività di impresa privata, salvo che lo Stato non decida di intervenire mediante modelli diversi da quelli societari.

Non rientra nell'ambito del regime autorizzatorio, è bene puntualizzare, la segnalazione certificata di inizio di attività (Scia), di cui all'art. 19 della legge 7 agosto 1990, n. 241 (art. 8, lett. f), la quale costituisce istituto di liberalizzazione amministrativa, in quanto non è richiesta la previa adozione di un atto amministrativo, neanche nella forma tacita [cap. 10, parr. 19-19.4].

Nello specifico settore dei servizi liberalizzati il legislatore, mutuando espressioni dal contesto europeo, fa riferimento all'istituto delle autorizzazioni generali rilasciate dal Ministro competente, sulla base, in alcuni casi, di una segnalazione certificata di inizio attività, il che implica che, in questo caso, l'attività possa essere, normalmente, iniziata subito, con possibilità di controlli successivi e formazione di un titolo autorizzatorio generale per un determinato periodo che si forma trascorso il tempo stabilito dalle singole normative.

A titolo esemplificativo, l'art. 25, commi 3 e 4, del decreto legislativo n. 259 del 2003 dispone che «*la fornitura di reti o di servizi di comunicazione elettronica (...) è assoggettata ad un'autorizzazione generale*» che consegue ad una segnalazione certificata di inizio attività.

Analoga previsione è contenuta nell'art. 6 del decreto legislativo n. 261 del 1999 per i servizi postali liberalizzati non oggetto di obblighi di servizio universale.

Il decreto legislativo n. 222 del 2016, in attuazione della legge delega n. 124 del 2015, ha previsto l'elenco delle specifiche attività per le quali è richiesta una autorizzazione espressa ovvero sono sufficienti, in una progressiva graduazione di regole semplificate, il silenzio assenso, la segnalazione certificata di inizio attività e la comunicazione. In particolare, la tabella A è organizzata per attività a loro volta distinte in tre sezioni: attività commerciali e assimilabili (sezione I); edilizia (sezione II); ambiente (sezione III).

Con riferimento alle procedure di scelta del soggetto, il decreto legislativo n. 59

---

<sup>13</sup> Si pensi all'inclusione dei seguenti motivi imperativi di interesse generale che non sono anche interessi sensibili: «*tutela dei lavoratori compresa la protezione sociale dei lavoratori, il mantenimento dell'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale, la tutela dei consumatori, dei destinatari di servizi e dei lavoratori, l'equità delle transazioni commerciali, la lotta alla frode*».

del 2010, recependo quanto disposto dall'art. 12 della direttiva n. 123 del 2006, prevede che *«nelle ipotesi in cui il numero di titoli autorizzatori disponibili per una determinata attività di servizi sia limitato per ragioni correlate alla scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche disponibili, le autorità competenti applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali ed assicurano la predeterminazione e la pubblicazione, nelle forme previste dai propri ordinamenti, dei criteri e delle modalità atti ad assicurarne l'imparzialità, cui le stesse devono attenersi»* (art. 16, comma 1)<sup>14-15</sup>.

In questi casi l'esigenza di osservare i suddetti criteri e modalità impone che vengano rilasciati, all'esito della procedura di scelta dell'operatore economico, appositi provvedimenti autorizzatori (art. 16, comma 3), per una durata limitata, con divieto di rinnovo automatico e di riconoscimento di vantaggi al prestatore uscente o ad altre persone (art. 16, comma 4).

In definitiva, dunque; *i*) la regola generale è che la prestazione di servizi è soggetta al principio di libertà; *ii*) in alcuni casi, quando sussistono ragioni di interesse pubblico, l'esercizio della prestazione può essere subordinato al previo rilascio di un'autorizzazione vincolata (definita in alcuni settori "autorizzazione generale"); *iii*) quando gli operatori che possono erogare quella prestazione sono pochi la pubblica amministrazione deve rispettare le regole della "concorrenza per il mercato".

Alla luce di quanto esposto, risulta come il rapporto tra diritto amministrativo e attività di impresa attenga agli eventuali titoli che sono necessari per svolgere tale attività, venendo in rilievo gli istituti dell'autorizzazione, del silenzio assenso e della segnalazione certificata di inizio attività, con eventuale rilevanza di procedure di evidenza pubblica in presenza di risorse scarse. Se si accertano comportamenti lesivi della concorrenza è previsto l'intervento dell'Autorità indipendente garante della concorrenza e del mercato. Le norme di diritto privato attengono, in particolare, alla fase successiva al rilascio del titolo, quando previsto, e riguardano il modo di agire dell'imprenditore nel mercato di riferimento, il che avverrà, normalmente, mediante la stipulazione di contratti con gli utenti (che possono essere anche consumatori) destinatari dell'attività.

---

<sup>14</sup> L'art. 12 della stessa direttiva dispone che: *i*) qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento (par. 1); *ii*) nei predetti casi l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami (par. 2); *iii*) gli Stati membri possono tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto europeo (par. 3).

<sup>15</sup> Il comma 2 dell'art. 16 dispone che *«Nel fissare le regole della procedura di selezione le autorità competenti possono tenere conto di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario»*.

## Parte Seconda

# Servizi pubblici nell'ordinamento europeo e nazionale

## 4. Servizio di interesse economico generale nell'ordinamento europeo

Occorre valutare come si inseriscono in questo contesto, fondato sul principio di libera concorrenza, i servizi pubblici.

La norma fondamentale è l'art. 106 Tfeue.

Il primo paragrafo dispone che *«gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei Trattati, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 18 e da 101 a 109 inclusi»*.

Il secondo paragrafo prevede che *«le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale (...) sono sottoposte alle norme dei Trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata»*.

Dalla lettura della suddetta disposizione si desume come la prima parte ponga la regola generale della tutela della concorrenza in presenza di qualsiasi forma di gestione dell'attività di impresa. La seconda parte estende questa regola anche quando vengono in rilievo "particolari" prestazioni di servizi definiti di "interesse economico generale" (cd. Sieg).

La disposizione in esame consente, però, una "deroga", nei limiti che verranno illustrati, nel caso in cui l'applicazione delle norme a tutela della concorrenza possa ostacolare l'adempimento della "specifica missione" affidata alle imprese incaricate della gestione dei Sieg.

Lo stesso art. 22 della direttiva servizi prevede espressamente che tra le deroghe al regime della libera concorrenza sia inclusa quella che fa riferimento ai *«servizi di interesse economico generale»*.

L'intervento dello Stato nell'economia è, pertanto, consentito dal diritto europeo quando si prefiguri il cd. "fallimento del mercato" e, cioè, quando lo stesso non sia in grado di assicurare l'erogazione di determinati servizi di rilevanza pubblica agli utenti. L'inefficienza del mercato si ha soprattutto nei casi in cui non si siano ancora completati i processi di liberalizzazione.

L'art. 14 Tfeue attribuisce alla competenza degli Stati membri il compito di *«fornire, fare eseguire e finanziare»* servizi di interesse economico generale. Rientra, dunque, nell'autonomia degli Stati membri individuare gli ambiti in cui è necessario un intervento pubblico nel mercato per assicurare l'assolvimento della "specifica missione". La Commissione europea può sindacare la scelta degli Stati membri, in attuazione del principio di sussidiarietà, soltanto in caso di *«errore manifesto»*<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup>Trib. un. eur., I grado, sez. III, 12 febbraio 2008, T-289/03 punto 220. Gli atti della Commissione

Il diritto europeo distingue dai Sieg i servizi di interesse generale (Sig), che sono i servizi non suscettibili di valutazione economica finalizzati a garantire i bisogni primari del cittadino nell'ambito, a titolo esemplificativo, della scuola, della sanità e dell'assistenza sociale [cap. 21, par l'analisi di tali settori].

Nell'ambito dei Sieg rientrano due diverse tipologie di servizi pubblici: gli "obblighi di servizio pubblico" (Osp) e gli "obblighi di servizio universale" che dei primi costituiscono una specificazione modale.

Gli "obblighi di servizio pubblico" vengono in rilievo, tra l'altro, nell'ambito dei servizi di rete. La presenza di monopoli naturali (la rete) impone la normale previsione di tale tipologia di obblighi che, attraverso la segmentazione del mercato e la conseguente imposizione del dovere di interconnessione e di praticare tariffe eque, consentono l'attuazione della concorrenza "a valle". Si tratta di una tematica, come si esporrà oltre, collegata a quella dei beni pubblici [cap. 9, par. 17].

Gli "obblighi di servizio universale" impongono alle imprese che erogano prestazioni di servizi di garantire a "tutti" quel servizio, qualunque sia la collocazione geografica dell'utente, a condizioni eque e non discriminatorie. Mediante questi obblighi si vuole assicurare la fruizione di interessi essenziali.

Le ragioni della previsione degli obblighi di servizio universale possono dipendere dalle seguenti diverse condizioni "inefficienti" di mercato: *i*) esistenza di "riserve legali" (per cui la mancanza di concorrenza impone di "simularne" l'esistenza attraverso l'imposizione di tali obblighi); *ii*) mancata piena liberalizzazione del mercato o, comunque, insussistenza di un numero minimo di operatori in grado di assicurare il servizio "a tutti" e alle condizioni stabilite; *iii*) mercato pienamente liberalizzato con una pluralità di operatori ma l'applicazione di logiche di profitto da parte di questi ultimi impedisce l'erogazione dei servizi ai cd. utenti non remunerativi.

In definitiva, il fallimento del mercato impone che venga assicurata dalle autorità pubbliche, attraverso la previsione dei suddetti obblighi di servizio universale, quella che viene definita "regolazione economica". Essa non muta la natura delle prestazioni: la Corte Costituzionale ha affermato che i Sieg vengono resi «*mediante un'attività economica (in forma di impresa pubblica o privata), intesa in senso ampio, come qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato*»<sup>17</sup>.

La questione più rilevante che si pone è quella di stabilire le modalità di "finanziamento" degli obblighi, conseguente all'erogazione di una prestazione di servizio di interesse economico generale.

La regola generale è che il finanziamento sia assicurato dall'autorità pubblica. Il costo del servizio non può, infatti, gravare sull'impresa, pubblica o privata, in quanto essa, senza l'imposizione dell'obbligo, non avrebbe reso quella prestazione. Inoltre, se

---

europea sono impugnabili innanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione europea [cap. 4, par. 3, per il sistema di giustizia europea].

<sup>17</sup>Corte cost. n. 325 del 2010.

tale costo fosse posto a carico dell'erogatore del servizio, si realizzerebbe un'ingiustificata discriminazione rispetto ad altri, eventuali, operatori del medesimo settore che non sono gravati da analoghi obblighi.

Le diverse discipline di settore, pertanto, prevedono che il costo venga assunto dalla pubblica amministrazione oppure ripartito *pro quota* fra le imprese concorrenti in modo da ristabilire, quando è imposto ad una soltanto di esse, la *par condicio* tra le medesime.

Le descritte regole di finanziamento dei Sieg costituiscono la “deroga” all'applicazione delle “regole della concorrenza” che il diritto europeo consente proprio per assicurare che i singoli Stati adempiano alla “specifica missione” nell'interesse pubblico e, cioè, nell'interesse dei cittadini all'erogazione di quel servizio. La mancanza, infatti, di tale ragione di interesse pubblico comporterebbe la qualificazione delle “compensazioni economiche” quali illegittimi “aiuti di Stato”.

Se il diritto europeo lascia ampia discrezionalità, nei limiti dell'“errore manifesto”, agli Stati membri di individuare la tipologia di prestazioni da inserire nell'ambito dei Sieg, impone però il rispetto di precisi requisiti nella fase del finanziamento.

La Corte di Giustizia dell'Unione europea, con la storica sentenza Altmark<sup>18</sup>, ha previsto le condizioni che devono sussistere affinché le “compensazioni economiche” non siano considerate aiuti di Stato: *i*) l'impresa beneficiaria deve essere stata effettivamente incaricata dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico e detti obblighi devono essere definiti in modo chiaro; *ii*) i parametri sulla base dei quali viene calcolata la compensazione devono essere stati previamente definiti in modo obiettivo e trasparente; *iii*) la compensazione non deve, in attuazione del principio di proporzionalità, eccedere quanto necessario per coprire interamente, o in parte, i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto dei relativi introiti, nonché di un margine di utile ragionevole per il suddetto adempimento; *iv*) quando la scelta dell'impresa da incaricare dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico non venga effettuata nell'ambito di una procedura di evidenza pubblica, il livello della necessaria compensazione deve essere stato determinato «*sulla base di un'analisi dei costi che un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi di trasporto al fine di potere soddisfare le esigenze di servizio pubblico richieste, avrebbe dovuto sopportare per adempiere tali obblighi, tenendo conto degli introiti ad essi attinenti nonché di un margine di utile ragionevole per il suddetto adempimento*».

In definitiva, le prestazioni di servizi che rilevano in questa sede sono espressione di un'attività di impresa, pubblica o privata, che quando è oggetto di regolazione economica identifica la categoria dei Sieg. Tali prestazioni possono essere rese in “deroga” ai principi della “concorrenza nel mercato” e delle misure antitrust ma non, come si dirà nel prosieguo, della “concorrenza per il mercato” [cap. 1, parr. 12-12.3, per l'esame di tali principi].

---

<sup>18</sup>Corte giust. un. eur., 24 luglio 2003, causa C-280/2000.

È bene, infine, aggiungere come l'esistenza di mercati aventi la struttura di quelli indicati imponga, sul piano europeo, l'istituzione di Autorità amministrative indipendenti di regolazione [cap. 6, Parte Quarta; cap. 23, Parte Sesta]. Le ragioni sono le medesime di quelle sopra indicate a proposito dell'Autorità Antitrust.

## 5. Servizio pubblico nell'ordinamento interno: nozione soggettiva e oggettiva

Il diritto europeo, sul piano della gerarchia delle fonti, prevale sul diritto nazionale, con la conseguenza che il giudice deve "disapplicare" le norme interne con esso contrastanti [cap. 4, parr. 5-5.1].

Occorre, pertanto, valutare come il principio di concorrenza applicato alla nozione di servizi di interesse economico generale abbia inciso sulla configurazione nazionale di tale istituto.

Per ragioni espositive, occorre muovere dalla nozione "interna" di servizio pubblico. La dottrina e la giurisprudenza hanno prospettato due teorie: la teoria soggettiva e la teoria oggettiva.

L'orientamento tradizionale, che risale a Vittorio Emanuele Orlando<sup>19</sup>, ha elaborato una nozione soggettiva di servizio pubblico. Si afferma, infatti, che «*come l'amministrazione crea i pubblici servizi, così dal punto di vista logico l'idea del pubblico servizio non precede ma segue quella della pubblica amministrazione*», la quale deve essere, dunque, costruita intorno alla persona giuridica dello Stato.

Elemento caratterizzante di questa nozione è, pertanto, rappresentato dall'"atto di assunzione" da parte di un pubblico potere: quando l'amministrazione ritiene che un determinato servizio economico sia di interesse pubblico decide di provvedere alla sua gestione, escludendo conseguentemente che lo stesso possa essere rimesso alla libera iniziativa economica.

In questa prospettiva, il servizio pubblico in senso soggettivo viene identificato in ogni attività, non avente carattere autoritativo, posta in essere da un pubblico potere e diretta a fornire prestazioni ai cittadini *uti singuli*. Il servizio è, dunque, "pubblico" perché lo eroga una "pubblica" amministrazione.

La connotazione necessariamente soggettiva del servizio implicava la "riserva legale" dell'attività allo Stato, con esclusione, dallo svolgimento del servizio, dei privati in regime di concorrenza e conseguente esistenza di monopoli o oligopoli pubblici legali. La pubblicità derivante dalla natura dell'ente, senza alcuna delimitazione del campo di applicazione dell'intervento in ragione della "natura" e della "tipologia" oggettiva delle prestazioni rese di fatto, autorizzava lo Stato ad intervenire in qualunque ambito dell'economia con sottrazione al mercato di molte prestazioni in esso

---

<sup>19</sup> V.E. Orlando, *Introduzione al diritto amministrativo*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, diretto da V.E. Orlando, I, Milano, 1900, 58 ss.

astrattamente contendibili. Ne conseguiva la sostanziale indistinzione tra attività di impresa pubblica e attività di servizio pubblico atteso che, si ribadisce, non era la connotazione oggettiva della prestazione ad assumere rilevanza, quanto la natura del soggetto che poneva in essere quella prestazione.

Questa ricostruzione si fondava sull'art. 43 Cost., il quale prevede che «*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*». In quest'ottica, si riteneva che tale norma costituzionale giustificasse la presenza di monopoli pubblici.

L'orientamento, un tempo minoritario e oggi prevalente, ha optato per la nozione "oggettiva" di servizio pubblico sul presupposto che tale servizio può essere assicurato sia da soggetti pubblici che da soggetti privati.

Nella sua originaria impostazione questa tesi si basava su una diversa lettura del citato art. 43 Cost., tendente a valorizzare due aspetti: *i*) se l'art. 43 Cost. prevede il trasferimento allo Stato o ad altro ente pubblico di una impresa privata che si riferisce a un servizio pubblico essenziale, ciò significa evidentemente che "prima" del trasferimento esisteva un soggetto privato che esercitava un servizio pubblico, con la conseguente irrilevanza della natura (pubblica o privata) del gestore; *ii*) la norma costituzionale contempla, quali possibili destinatari della riserva o del trasferimento, oltre lo Stato e altri enti pubblici, anche «*comunità di lavoratori o di utenti*» e, dunque, implicitamente ammette che soggetti privati possano svolgere un'attività qualificabile come "servizio pubblico".

Tuttavia, ciò non è ancora sufficiente perché possa dirsi di essere in presenza di un "servizio pubblico oggettivo": la tesi in esame richiede, in applicazione del comma 3 dell'art. 41 Cost., che la legge determini «*i programmi e i controlli*» opportuni perché l'attività economica pubblica o privata «*possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali*». In questa prospettiva, pertanto, la natura pubblica del servizio deriva dalla peculiare disciplina pubblicistica cui l'attività viene sottoposta e dalle finalità perseguite, senza che possa assumere rilievo la circostanza che l'attuazione sia demandata a soggetti estranei all'organizzazione amministrativa.

Il dibattito, sopra riportato, è stato definitivamente superato dall'attuale configurazione europea dei servizi di interesse economico generale.

Come già rilevato [par. 2], infatti, il diritto europeo ritiene contraria ai principi di concorrenza la previsione di "riserve di attività" e, dunque, di monopoli od oligopoli pubblici.

Ne consegue che, basandosi la nozione soggettiva di servizio pubblico proprio sulla riserva di attività a favore della pubblica amministrazione, la stessa non sia più prospettabile.

La giurisprudenza amministrativa è, pertanto, ormai costante nel ritenere che «*per l'identificazione giuridica di un'attività quale servizio pubblico non è indispensa-*

*bile, a livello soggettivo, la natura pubblica del gestore»* dovendosi avere riguardo esclusivamente alla disciplina del servizio<sup>20</sup>.

Lo stesso legislatore ha fatto propria l'elaborazione oggettiva mediante l'impiego di nuove espressioni identificative dell'istituto.

In primo luogo, la legge 14 novembre 1995, n. 481 (Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità), come risulta dalla stessa rubrica della legge, ha utilizzato l'espressione «*servizi di pubblica utilità*», proprio al fine di mettere in rilievo che la pubblicità dell'utilità derivante dai servizi ha come riferimento il pubblico che può fruire dei servizi. L'espressione "servizio pubblico" conservava, infatti, un'ambiguità di significato riferendosi non solo alla pubblica fruizione, ma anche al soggetto cui è imputabile la fornitura del servizio<sup>21</sup>.

In secondo luogo, il legislatore impiega spesso l'espressione "servizio di interesse economico generale". In particolare, il decreto legislativo n. 59 del 2010, nel sancire il principio della libera prestazione di servizi, ha fatto salva la disciplina dei «*servizi d'interesse economico generale*» (art. 2). La legge n. 124 del 2015, nel prevedere la delega per il riordino delle partecipazioni societarie, fa riferimento ai Sieg (art. 18). L'art. 4 del decreto legislativo n. 175 del 2016 include, tra le attività che le società pubbliche possono svolgere, quelle finalizzate alla «*produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi*» (lett. a). Il Consiglio di Stato<sup>22</sup> aveva rilevato l'opportunità di richiamare anche la nozione di "servizio di interesse economico generale". L'omesso richiamo da parte del legislatore, comunque, in ragione della valenza generale della nozione di "servizio di interesse generale", non esclude che vi rientrino anche tali servizi.

La suddetta legge n. 124 del 2015 ha previsto, inoltre, criteri direttivi per il riordino della «*disciplina dei servizi pubblici locali di interesse economico generale*» (art. 19), anche se poi, per l'intervento della Corte Costituzionale, non è stato dato seguito alla delega mediante l'adozione del decreto legislativo [par. 13.8].

La nozione di Sieg, sin qui analizzata, presuppone, comunque, sia pure nel diverso contesto e significato, un "atto di assunzione" da parte della pubblica amministrazione che ritiene quel servizio rilevante per la collettività<sup>23</sup>. In questa logica, pertanto, il profilo soggettivo non è completamente pretermesso, anche se assume valenza recessiva rispetto al profilo oggettivo di regolazione economica della prestazione. La differenza rispetto al passato, quando imperava la teoria soggettiva, sta nel fatto che la decisione politica di individuazione della "missione specifica" e, dunque, "l'atto di

<sup>20</sup> Cons. Stato, sez. V, 20 dicembre 2013, n. 6131.

<sup>21</sup> In questo senso, D. Sorace, *I servizi "pubblici" economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Dir. amm.*, 2010.

<sup>22</sup> Cons. Stato, comm. spec., 21 aprile 2016, n. 968.

<sup>23</sup> M. Trimarchi, *I servizi di interesse economico generale nel prisma della concorrenza*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2020, 53 ss.; M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, 371.

assunzione” non giustifica la possibilità dell’esercizio dell’attività in capo soltanto ai pubblici poteri.

È bene precisare che la dottrina e la giurisprudenza continuano ad impiegare, sia pure nella diversa declinazione esaminata, l’espressione tradizionale di “servizi pubblici”.

[Per la nozione di servizio pubblico oggettivo agli effetti della normativa penale si v. cap. 8, par. 5].

## **6. Soggetti che svolgono attività di servizio pubblico. Ruolo delle Autorità indipendenti di regolazione. Tariffe**

La nozione, soggettiva o oggettiva, di servizio pubblico ha inciso sui modelli organizzativi e, dunque, sull’individuazione dei soggetti che possono porre in essere la relativa attività di impresa. Anche questo aspetto è stato esaminato, trattando delle società pubbliche [cap. 7, Parte Seconda]. Esso viene ripreso in stretta correlazione con la tematica dei servizi pubblici.

Nel periodo che va dall’ultimo decennio del 1800 agli anni Venti del secolo scorso lo Stato interveniva nell’economia ponendo in essere anche attività di impresa – che, per la indistinzione sopra indicata [par. 5], avrebbe potuto ricomprendere anche la nozione di servizio pubblico – attraverso le cd. imprese-organo.

Il modello si caratterizzava per il fatto che la titolarità dell’impresa spettasse all’organo stesso dotato di autonomia rispetto all’ente pubblico. In ambito statale la figura soggettiva più diffusa era quella delle amministrazioni autonome, quali le Ferrovie dello Stato (costituite con la legge 22 aprile 1905, n. 137) o l’Ente poste (costituito con regio decreto-legge 23 aprile 1925, n. 520). In ambito locale la corrispondente figura soggettiva era denominata azienda municipalizzata (legge Giolitti, 29 marzo 1903, n. 103).

Il secondo modello, sorto a seguito della crisi del primo e diffusosi nel secondo dopoguerra, era quello dell’ente pubblico economico.

Per rimanere nell’ambito degli esempi sopra indicati: *i*) l’azienda autonoma delle Ferrovie dello Stato era stata trasformata in ente pubblico economico con la legge 17 maggio 1985, n. 210; *ii*) l’Ente poste era stato trasformato in ente pubblico economico con il decreto-legge 1 dicembre 1993, n. 487.

In questo caso la gestione dell’impresa era attribuita, pertanto, ad una persona giuridica pubblica appositamente costituita per tale scopo: il soggetto pubblico assumeva la natura di imprenditore in quanto la finalità di impresa diventava prevalente se non esclusiva [cap. 7, par. 5].

In tale contesto, l’attività di impresa, comprensiva dell’erogazione di servizi pubblici economici, era “necessariamente” pubblica perché esisteva, nel periodo in cui imperava la teoria soggettiva, una riserva di attività in capo ai soggetti pubblici.

La crisi dei modelli di gestione dell’attività di impresa e di servizio è stata determinata sia dalla gestione antieconomica, a causa degli influssi politici nell’organizza-

zione dell'attività, sia, e soprattutto, dall'influenza del diritto europeo che non ammetteva riserve di attività in capo alle autorità pubbliche e qualificava come non consentiti aiuti di Stato i finanziamenti erogati a questi enti.

Da qui l'avvio dei processi di privatizzazione degli enti pubblici economici e la loro trasformazione in società di capitali. L'impossibilità, infatti, per lo Stato di gestire in esclusiva questa attività ha costituito una spinta alla loro privatizzazione.

In particolare, il decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333 (Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica), convertito, con modificazioni, in legge 8 agosto 1992, n. 359, ha comportato la trasformazione di molti enti pubblici economici in società e ha previsto, all'art. 18, che, con delibera del Cipe (comitato interministeriale per la programmazione economica), si sarebbe potuto procedere alla privatizzazione di altri enti pubblici economici qualunque fosse il settore di intervento [cap. 7, par. 5].

Sempre nell'ambito dell'emplificazione svolta: *i*) la delibera del Cipe del 12 agosto 1992 ha trasformato l'ente Ferrovie dello Stato in società per azioni; *ii*) il decreto-legge 1 dicembre 1993, n. 487 ha trasformato l'amministrazione delle poste e delle telecomunicazioni in società per azioni.

Il processo di privatizzazione ha riguardato anche il settore dei servizi pubblici locali: la legge 9 giugno 1990, n. 142 (Ordinamento delle autonomie locali) ha previsto le società per azioni, accanto ad aziende speciali, la gestione in concessione e la gestione in economia.

Il suddetto processo di privatizzazione, come già sottolineato [cap. 7, par. 5], può essere formale e sostanziale: la prima modalità implica soltanto il mutamento della veste giuridica, con permanenza della partecipazione societaria pubblica; la seconda implica la dismissione anche di tale partecipazione.

Questo processo ha contribuito a determinare anche una progressiva distinzione tra la nozione di attività di impresa pubblica e quella di servizio pubblico oggettivo, alla luce delle loro oggettive caratteristiche.

In questo mutato quadro, lo Stato non interviene più direttamente nell'economia.

Le società pubbliche, con partecipazione pubblica totalitaria, maggioritaria o minoritaria, sino alla riforma del 2016, potevano svolgere sia attività di impresa sia attività di servizio pubblico.

L'attività di impresa pubblica era svolta da società pubbliche.

L'attività di servizio pubblico oggettivo, che è attività di impresa conformata ai fini della regolazione economica da obblighi di servizio pubblico, poteva e può essere svolta da società pubbliche ovvero da soggetti privati su un piano di parità.

La riforma del 2016, attuata con il decreto legislativo n. 175 del 2016, ha vietato alle società pubbliche di svolgere attività di impresa. Esse possono, unitamente ad altre attività specificamente indicate, svolgere soltanto attività di servizio pubblico. Pur se la pubblica amministrazione potrà svolgere tale attività mediante moduli diversi, lo spazio di intervento diretto pubblico nell'economia si è, così, ancora di più ridotto.

Lo Stato si è trasformato, pertanto, da Stato imprenditore in Stato regolatore.

La regolazione è attuata attraverso apposite “regole giuridiche” e, sul piano amministrativo, come imposto dal diritto europeo, mediante l’intervento di Autorità amministrative indipendenti di regolazione [cap. 6, par. 24, sulle funzioni di regolazione delle Autorità amministrative indipendenti].

Le Autorità che operano nel settore dei servizi di pubblica utilità sono: l’Autorità per l’energia elettrica e il gas (istituita con la legge 14 novembre 1995, n. 481, art. 3), oggi denominata Autorità di regolazione per energia reti e ambiente; l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (istituita con la legge 31 luglio 1997, n. 249); l’Autorità di regolazione dei trasporti (istituita con decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201).

Le Autorità di regolazione dei servizi pubblici esercitano molte funzioni.

Una funzione molto rilevante è quella di determinare le tariffe di alcuni servizi.

La fissazione dei prezzi, in un mercato di libera concorrenza, è demandata in via esclusiva agli operatori economici.

Nell’ambito di mercati caratterizzati da situazioni di monopolio naturale ovvero di mercati non ancora liberalizzati ovvero liberalizzati ma con necessità di interventi pubblici, l’Autorità indipendente di settore stabilisce le tariffe.

La disciplina generale delle tariffe è contenuta nella legge n. 481 del 1995.

Esse sono definite «*i prezzi massimi unitari dei servizi al netto delle imposte*» (art. 2, comma 17) e costituiscono il “corrispettivo” dovuto dall’utente a fronte di una prestazione che l’utente stesso ha richiesto<sup>24</sup>.

Nei mercati caratterizzati da monopoli naturali la tariffa attiene, essenzialmente, ai costi di accesso all’infrastruttura e il sistema tariffario ha carattere permanente [si v. par. 7 sul canone per l’utilizzo dell’infrastruttura ferroviaria].

Negli altri mercati il sistema tariffario ha carattere transitorio, in quanto la sua durata è strettamente correlata al tempo di piena apertura del mercato alla concorrenza<sup>25</sup>.

Le finalità normative del sistema di determinazione tariffaria affidato all’Autorità sono quelle di: *i*) promuovere la tutela degli interessi di utenti e consumatori (art. 1, comma 1, della legge n. 481 del 1995); *ii*) assicurare «*la qualità, l’efficienza del servizio e l’adeguata diffusione del medesimo sul territorio nazionale*» (art. 2, comma 12, lettera e, della legge n. 481 del 1995).

I criteri generali di determinazione delle tariffe da parte dell’Autorità, per assicurare tali finalità, impongono di recuperare i costi eventualmente sostenuti e garantire, come previsto da normative di settore (ad esempio, art. 23, comma 2, ultimo inciso, del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, nel settore del gas naturale), «*una congrua remunerazione del capitale investito*». Il Consiglio di Stato ha affermato che «*la determinazione delle modalità di copertura dei costi di produzione dei pubblici servizi costituisce uno degli aspetti di maggiore impatto sul piano della garanzia degli*

---

<sup>24</sup> La tariffa deve essere tenuta distinta dai tributi, che il cittadino «è tenuto a pagare nell’ambito di un rapporto pubblicistico che lo lega all’ente territoriale e che non sono commisurati alle prestazioni che ciascun cittadino ottiene» (F. Trimarchi Banfi, *Lezioni di diritto pubblico dell’economia*, Torino, 2019, 11).

<sup>25</sup> F. Trimarchi Banfi, *Lezioni di diritto pubblico dell’economia*, cit., 88.

*equilibri gestionali dell'impresa erogatrice». Se, infatti, «non viene remunerata adeguatamente la funzione svolta dall'unità economica il servizio non è in grado di offrire alcuna garanzia di continuità e di sviluppo nel tempo»<sup>26</sup>.*

Il sistema di determinazione dei costi si fonda sul sistema del cd. *price cap*, inteso come limite massimo di recupero di costi che viene riconosciuto alle imprese che operano nel settore.

Tale sistema costituisce un utile strumento per stimolare il recupero di efficienza degli operatori economici del settore: la riduzione dei costi unitari che vengono riconosciuti alle imprese rappresenta, infatti, per esse uno stimolo a innescare meccanismi virtuosi di aumento dell'efficienza<sup>27</sup>. Si utilizza l'espressione, per descrivere il fenomeno, di "regolazione incentivante"<sup>28</sup>.

## **7. Prestazioni di servizi di interesse economico generale di rete e non di rete**

Nell'ambito dei servizi pubblici si possono distinguere i servizi di rete dai servizi non di rete.

I servizi di rete, come già rilevato [cap. 9, par. 17], sono caratterizzati dall'esistenza di un monopolio naturale in conseguenza del fatto che la rete, da considerarsi quale infrastruttura essenziale, è un bene non duplicabile o, comunque, difficilmente duplicabile.

Gli obblighi di servizio imposti sono funzionali alla liberalizzazione del mercato e si sostanziano nell'imposizione dell'obbligo di accesso e interconnessione alla rete con conseguente obbligo per le imprese che utilizzano la rete di pagare un corrispettivo proporzionato. L'Autorità di regolazione del settore stabilisce, a tutela dei gestori dei servizi e, dunque, degli utenti, i criteri di determinazione del predetto corrispettivo. L'obiettivo finale è quello di assicurare, tramite la segmentazione del mercato, la "concorrenza a valle" e, cioè, consentire che "sulla rete" possano concorrere più soggetti per la erogazione del servizio.

È bene precisare che, anche se in questo caso non viene in rilievo un obbligo di servizio universale in senso tecnico, è evidente che l'obbligo di servizio pubblico (Osp) di accesso alla rete alle suddette condizioni sia strumentale alla garanzia dell'erogazione, mediante la rete, dei servizi a "tutti" gli utenti a condizioni eque [cap. 9, par. 17, per l'analisi del rapporto tra privatizzazione, infrastruttura essenziale e beni privati di interesse pubblico]. In definitiva, in questo ambito la tecnica di liberalizzazione impiegata è quella della segmentazione del mercato.

A titolo esemplificativo, a livello nazionale, nel settore ferroviario il decreto legi-

---

<sup>26</sup> Cons. Stato, sez. VI, 29 dicembre 2020, n. 8502.

<sup>27</sup> Cons. Stato, sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2521.

<sup>28</sup> Cons. Stato, sez. VI, n. 8502 del 2020, cit.

slativo 15 luglio 2015, n. 112 prevede quanto segue: *i)* in relazione alla gestione della infrastruttura ferroviaria e per l'esercizio dell'attività di trasporto a mezzo ferrovia, è imposta la «*separazione contabile o costituzione di strutture aziendali autonome e distinte, sotto il profilo patrimoniale e contabile*» (art. 2, comma 1, lett. b); *ii)* «*al gestore dell'infrastruttura ferroviaria, per la rete di propria attribuzione, sono affidate, in via esclusiva (...) le decisioni relative alle funzioni essenziali*» (art. 11, comma 4); *iii)* l'Autorità di regolazione dei trasporti «*definisce, fatta salva l'indipendenza del gestore dell'infrastruttura e tenendo conto dell'esigenza di assicurare l'equilibrio economico dello stesso, i criteri per la determinazione del canone per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria da parte del gestore dell'infrastruttura (...)*» (art. 17).

La gestione della rete è affidata a Rete Ferroviaria italiana s.p.a., mentre la principale società che eroga il servizio al pubblico è Ferrovie dello Stato s.p.a. che è socio totalitario di Rfi, con imposizione dell'obbligo di separazione (debole) di tipo contabile.

Nel settore dei servizi di rete si collocano anche i servizi di comunicazione elettronica, quali, ad esempio, il servizio di telefonia mobile.

La tecnologia elevata del settore ha consentito, in questo caso, la duplicazione della rete che non ha, pertanto, rappresentato un ostacolo alla liberalizzazione del settore.

Il decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259 (Codice delle comunicazioni elettroniche), prevede, infatti, che «*la fornitura di reti e servizi di comunicazione elettronica, che è di preminente interesse generale, è libera e ad essa si applicano le disposizioni del Codice*» (art. 3, comma 2).

Nonostante la liberalizzazione il legislatore ha ritenuto che il mercato non riuscisse, per la sua natura, ad erogare la prestazione a "tutti" gli utenti e, pertanto, il suddetto decreto ha imposto l'adempimento di obblighi di servizio universale.

In particolare è previsto che: *i)* sul territorio nazionale i servizi di comunicazione elettronica «*sono messi a disposizione di tutti gli utenti finali ad un livello qualitativo stabilito, a prescindere dall'ubicazione geografica dei medesimi*» (art. 53, comma 1); *ii)* l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni «*determina il metodo più efficace e adeguato per garantire la fornitura del servizio universale ad un prezzo accessibile, nel rispetto dei principi di obiettività, trasparenza, non discriminazione e proporzionalità*» (art. 53, comma 2); *iii)* la predetta Autorità «*può designare una o più imprese perché garantiscano la fornitura del servizio universale (...) in modo tale da coprire l'intero territorio nazionale*» (art. 58, comma 1); *iv)* «*qualora (...) l'Autorità riscontri che un'impresa designata è soggetta ad un onere ingiustificato, previa richiesta dell'impresa stessa, ripartisce il costo netto degli obblighi di servizio universale tra i fornitori di reti e servizi di comunicazione elettronica utilizzando il fondo per il finanziamento del costo netto degli obblighi del servizio universale istituito presso il Ministero*» (art. 63).

Analoga disciplina con obblighi di interconnessione è prevista nei settori del gas [cap. 23, parr. 15-15.2] e dell'energia elettrica [cap. 23, parr. 14-14.2].

I servizi non di rete sono, in via residuale, i rimanenti.

Si può fare riferimento, a titolo esemplificativo, al settore dei servizi postali disciplinati dal decreto legislativo 22 luglio 1999, n. 261 (Attuazione della direttiva

97/67/CE concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e per il miglioramento della qualità del servizio).

Tale settore si caratterizzava per la esistenza di tre diversi ambiti di attività.

In primo luogo, era prevista una “riserva legale di attività” per «*esigenze di ordine pubblico*» con riferimento alle attività di notificazione, a mezzo posta, di atti giudiziari e di atti di accertamento della violazione del codice della strada (art. 4). Il legislatore aveva simulato, però, l'esistenza di un mercato concorrenziale mediante la previsione di obblighi di servizio universale, imponendo che questo servizio venisse fornito dal soggetto erogatore del servizio universale. Tale disposizione è stata abrogata dalla legge 4 agosto 2017, n. 124 (Legge annuale per il mercato e la concorrenza). Tale intervento si è reso necessario in quanto la disposizione in esame non era giustificata da esigenze di tutela degli utenti.

In secondo luogo, sono previste attività liberalizzate, in relazione alle quali, però, per la particolare struttura del mercato che consente la presenza di pochi operatori, è necessario imporre ugualmente un obbligo di servizio universale. L'art. 3 del suddetto decreto prevede che «*è assicurata la fornitura del servizio universale e delle prestazioni in esso ricomprese, di qualità determinata, da fornire permanentemente in tutti i punti del territorio nazionale, incluse le situazioni particolari delle isole minori e delle zone rurali e montane, a prezzi accessibili all'utenza*».

Infine, sono previste attività liberalizzate che non richiedono l'imposizione dei Sieg (art. 6).

In definitiva, il decreto legislativo n. 261 del 1999 prevede, allo stato, dopo l'intervento del legislatore del 2017: *i*) servizi postali rientranti nel servizio universale ma liberalizzati (art. 5); *ii*) servizi postali non universali e liberalizzati (art. 6).

## 8. Gestione dei servizi pubblici. Contratti di servizio

La gestione dei servizi pubblici avviene mediante contratti di servizio o concessione di servizi stipulati all'esito di procedure di affidamento indicate oltre.

Il legislatore nazionale, su impulso del diritto europeo, in alcuni settori – quando vengono in rilievo servizi di interesse economico generale e, dunque, sussiste l'esigenza di imporre alle imprese pubbliche o private obblighi di servizio pubblico – prevede che le parti stipolino quello che viene definito “contratto di servizio”.

Si tratta di un contratto che riguarda le modalità di svolgimento del servizio e, in particolare, le modalità di erogazione di prestazioni doverose ed eque a favore degli utenti. A titolo esemplificativo, nel settore degli stessi servizi pubblici locali, l'art. 113, comma 11, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), prevede che «*i rapporti degli Enti locali con le società di erogazione del servizio e con le società di gestione delle reti e degli impianti sono regolati da contratti di servizio, allegati ai capitolati di gara, che dovranno prevedere i livelli dei servizi da garantire e adeguati strumenti di verifica del rispetto dei livelli previsti*».

Tale tipologia di contratto è prevista anche nel settore della distribuzione del gas (che, come già sottolineato, costituisce un servizio di rete): l'art. 14 del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, dispone che gli Enti locali, che affidano il servizio di distribuzione del gas naturale, regolano i rapporti con il gestore del servizio mediante la stipula di «*appositi contratti di servizio, sulla base di un contratto tipo predisposto dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas ed approvato dal Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato*» [cap. 23, par. 15-15.2].

In definitiva, dunque, in presenza di Sieg opera il binomio: atto di affidamento-contratto di servizio.

La natura giuridica di tale contratto è controversa.

Una prima tesi ritiene che si tratterebbe di un contratto di diritto privato<sup>29</sup>.

La tesi prevalente ritiene che esso, avendo un "oggetto pubblico" (i Sieg), sia da qualificarsi come accordo pubblico ai sensi dell'art. 11 della legge n. 241 del 1990 [cap. 12, Parte Prima]<sup>30</sup>.

### 8.1. Concessioni di servizi

Occorre chiedersi quale sia il rapporto tra contratti di servizio pubblico e concessioni di servizio pubblico.

Le concessioni si distinguono, in ragione dell'oggetto, tra concessione di servizi pubblici, lavori pubblici, beni pubblici o *status*. In questa sede viene in rilievo solo la concessione di servizi pubblici.

L'analisi generale dell'istituto è stata svolta [cap. 11, par. 14]. In particolare, è stato già sottolineato come il diritto europeo abbia condotto ad allontanarsi dal modello tradizionale di concessione di servizi connotato dal trasferimento di compiti pubblici (cd. concessioni traslative). L'attuale configurazione è quella di un vero e proprio contratto.

La disciplina vigente, di attuazione della direttiva n. 23 del 2014, è contenuta nel decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 [cap. 16, Parte Settima].

L'art. 3, comma 1, lett. vv, di tale decreto, riprendendo quanto contenuto nella direttiva n. 23 del 2014, definisce la concessione di servizi come «*un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori (...) riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi*».

Il fulcro dell'operazione negoziale è rappresentato dall'assunzione del rischio, in relazione al quale valgono, perché comuni, le considerazioni già svolte [cap. 11, par. 14] con riguardo alla concessione di lavori pubblici.

---

<sup>29</sup> A. Pericu, *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, in *Annuario dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo* 2001, Milano, 2012, 452 ss.

<sup>30</sup> F. Fracchia, *L'accordo sostitutivo*, Padova, 1998, 295 ss.

La questione specifica che si pone riguarda la stessa natura delle concessioni in relazione ai contratti di servizio.

Le regole poste dalla direttiva del 2006 e dal decreto legislativo n. 59 del 2010 presuppongono, come già esposto, che vi sia una “semplice” prestazione di servizi e, dunque, tra gli altri, un’attività di impresa che deve essere esercitata, in presenza di un «*motivo imperativo di interesse generale*», previo rilascio di una autorizzazione (vincolata) preceduta, eventualmente, da una gara non disciplinata in modo rigoroso dalla suddetta normativa.

Le regole poste dalla direttiva n. 23 del 2014 e dal decreto legislativo n. 50 del 2016 presuppongono che ci sia una prestazione di servizi che si connota in modo peculiare potendo avere un duplice contenuto.

In primo luogo, possono venire in rilievo servizi di interesse economico generale che impongono la previsione di obblighi di servizio da inserire nell’atto concessorio. In questo caso la concessione si caratterizza per un contenuto pubblico e, dunque, si tratta di un istituto che presenta maggiore affinità rispetto alla concessione tradizionale interna. La nozione di esercizio privato di servizi pubblici potrebbe continuare ad essere utilizzata in questo ambito [cap. 7, par. 2]. Il comma 3 dell’art. 164 esclude, invece, espressamente dal campo di applicazione della nuova disciplina «*i servizi non economici di interesse generale*».

In secondo luogo, ed è questa la principale novità che allontana questo modello dal tradizionale istituto concessorio, può venire in rilievo un’ordinaria attività di impresa e non di servizio pubblico che viene inserita nell’atto concessorio. Il diritto europeo considera, infatti, la concessione come un normale contratto che si differenzia dal contratto di appalto soltanto per la “direzione” della prestazione che, in questo caso, è rivolta agli utenti e non alla pubblica amministrazione e, soprattutto, perché in questo caso il concessionario assume il cd. «*rischio operativo*»<sup>31</sup>. La giurisprudenza amministrativa è costante nell’affermare che «*la concessione di servizi è il contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi e di sfruttare economicamente il servizio od in tale diritto accompagnato da un prezzo; la distinzione attiene dunque alla struttura del rapporto, che nell’appalto di servizi intercorre tra due soggetti, essendo la prestazione a favore dell’amministrazione, mentre nella concessione di servizi pubblici*»<sup>32</sup>.

È bene ribadire che anche l’appaltatore svolge attività di impresa e, dunque, assume il relativo rischio ma nel caso del concessionario il rischio è più ampio ed è caratterizzante l’istituto [cap. 16, par. 8, per la differenza tra appalto e concessione]. In questo caso la diversità rispetto alla disciplina posta dal decreto legislativo n. 50 del 2016 è meno evidente.

---

<sup>31</sup>L. Saltari, *Le concessioni amministrative. Uno strumento antico, capace di rinnovarsi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 409 ss.

<sup>32</sup>Cons. Stato, sez. V, 9 aprile 2020, n. 2348; si v. anche Cons. Stato, sez. VI, 4 maggio 2020, n. 2810.

A tale ultimo proposito la Corte di Giustizia dell'Unione europea [su cui si v. oltre par. 10, relativo alle concessioni demaniali marittime e lacuali] ha affermato che soltanto nel caso delle concessioni di cui alla direttiva del 2014 si riscontra un maggiore coinvolgimento della pubblica amministrazione come stazione appaltante. In particolare, si è affermato che «una concessione di servizi è caratterizzata, in particolare, da una situazione in cui un diritto di gestire un servizio determinato viene trasferito da un'autorità aggiudicatrice ad un concessionario e che questi dispone, nell'ambito del contratto concluso, di una certa libertà economica per determinare le condizioni di gestione di tale diritto, restando parallelamente in larga misura esposto ai rischi connessi a detta gestione». Ne consegue che le concessioni «vertono su una prestazione di servizi determinata dall'ente aggiudicatore». Specularmente, quando non si riscontra questo più pregnante coinvolgimento dell'autorità pubblica, si avrà una mera prestazione di servizi.

In definitiva, nel linguaggio del legislatore europeo, si utilizzano le espressioni “contratto di servizio” e “concessione di servizi”. Lo stesso Codice dei contratti pubblici qualifica la “concessione di servizi” come “contratto di servizio”. Nel linguaggio del legislatore nazionale si utilizzano, per la normativa di attuazione, analoghe espressioni, con sovrapposizione tra i due istituti, con la precisazione che la nozione tradizionale di concessione coincide soltanto con le fattispecie in cui vengono in rilievo, per il loro oggetto pubblico, servizi di interesse economico generale.

## **9. Procedure di affidamento del servizio: procedure di gara, autoproduzione e società miste**

La diversità di “contenuti” nella concessione incide sui soggetti a cui il “servizio” può essere affidato.

Per queste ragioni, occorre distinguere le fattispecie in cui viene in rilievo un servizio di interesse economico generale dai casi in cui viene in rilievo un servizio diverso non riconducibile né al servizio di interesse economico generale, né alla mera attività di impresa. In presenza di un servizio di interesse economico generale, l'affidamento può essere disposto a favore dei seguenti soggetti.

In primo luogo, a favore del concessionario privato che può essere scelto secondo le procedure di evidenza pubblica indicate nel Codice dei contratti pubblici. L'art. 30 del decreto legislativo n. 163 del 2006, riprendendo quanto previsto dalla direttiva del 2004, prevedeva che la scelta del concessionario venisse effettuata sulla base dei principi generali di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità, previa gara informale a cui fossero invitati almeno cinque concorrenti. Gli artt. 164 ss. del decreto legislativo n. 50 del 2016, in attuazione della nuova direttiva n. 23 del 2014, contengono una disciplina puntuale di scelta del concessionario, che sarà esaminata nella parte dedicata alla concessione di lavori pubblici [cap. 16, par. 50]. All'esito della procedura verrà stipulato un “contratto di servizi” che è corrispondente alla “concessione di servizi”. Tale contratto, prevedendo, tra l'altro, obblighi di servizio di interesse economi-

co generale, deve essere qualificato come accordo pubblico, riconducibile al modello dell'art. 11 della legge n. 241 del 1990.

In secondo luogo, l'affidamento può essere disposto a favore di una società mista a partecipazione pubblica. In questo caso la disciplina deve essere integrata con quanto previsto dal decreto legislativo n. 175 del 2016. È bene precisare che questa modalità di gestione da parte delle società pubbliche è possibile proprio in quanto viene in rilievo un servizio di interesse economico generale. Per quanto attiene alle modalità di gestione le possibilità sono due: *i*) se il socio privato è stato scelto con una gara a doppio oggetto secondo quanto previsto dall'art. 17 del decreto legislativo n. 175 del 2016 [cap. 7, par. 11.2], è possibile l'affidamento diretto, essendo state le regole di evidenza pubblica rispettate a monte, con costituzione di un contratto di servizio contenente gli obblighi di servizio da adempiere; *ii*) se ciò non è avvenuto, l'affidamento del servizio alla società mista dovrà avvenire, per assicurare il principio del pari trattamento con le imprese private, nel rispetto delle regole dell'evidenza pubblica previste dal Codice dei contratti pubblici con la stipulazione del contratto di servizio contenente i suddetti obblighi.

Infine, l'affidamento può essere disposto a favore di una società *in house*. Anche in questo caso la disciplina deve essere integrata con quanto previsto dal decreto legislativo n. 175 del 2016, essendo questa una modalità di gestione consentita anche a tale tipologia di società. Quando ricorrono i requisiti che legittimano la costituzione di una società *in house*, è possibile l'affidamento diretto e, dunque, si è in presenza di una sostanziale gestione pubblica dell'attività di servizio pubblico.

Il rapporto tra esternalizzazione, e cioè ricorso al concessionario privato ovvero alle società miste, e internalizzazione, e cioè ricorso all'*in house*, è definito da quanto disposto dall'art. 192 del Codice dei contratti pubblici, il quale è stato già esaminato a proposito delle società a partecipazione pubblica [cap. 7, par. 13.5]. La Corte di Giustizia ha ritenuto conforme al diritto europeo il principio posto dal nostro diritto interno, attraverso il citato art. 192, che dispone l'eccezionalità del ricorso all'*in house*.

In presenza di un servizio che, alla luce dei criteri indicati dalla Corte di Giustizia [par. 8.1], non è riconducibile né al servizio di interesse economico generale, né alla mera attività di impresa (essendovi un più pregnante controllo pubblico), l'affidamento può essere disposto soltanto a concessionari privati, in quanto per le società a partecipazione pubblica vige la regola del divieto di svolgimento dell'attività di impresa (art. 4 del decreto n. 175 del 2016) [cap. 7, par. 12].

Alla luce di quanto esposto, deve ritenersi che il rapporto tra servizio pubblico e diritto amministrativo riguardi sia il rilascio del titolo necessario per svolgere quell'attività – che è, normalmente, costituito da un contratto di servizio (ovvero una concessione di servizio) concluso all'esito di una procedura di evidenza pubblica di scelta del gestore del servizio – sia gli eventuali interventi da parte di Autorità amministrative indipendenti di regolazione del mercato. La fase di esecuzione del contratto o della concessione è retta da norme di diritto privato, generali (per quanto attiene, soprattutto, ai rapporti con l'utenza) e speciali, ovvero anche da norme di diritto pubblico che sono contenute nel Codice dei contratti pubblici.

## 10. Concessioni demaniali marittime

Rispetto all'analisi sin qui svolta occupa una posizione peculiare, che si pone ai confini tra gli istituti sin qui esaminati, il settore delle concessioni demaniali, in relazione al quale si è registrata una complessa evoluzione normativa imposta dall'esigenza, di rilevanza anche europea, di rispettare i principi della concorrenza per il mercato nella scelta del concessionario.

Le questioni poste hanno riguardato le tematiche, connesse, della durata delle concessioni, del loro rinnovo e della procedura di gara. La concessione deriva dal fatto che se le concessioni hanno durata eccessivamente lunga, con proroghe automatiche, si realizza una sostanziale chiusura del mercato e impossibilità di assicurare il rispetto del principio della concorrenza per il mercato.

In via preliminare, deve rilevarsi come la giurisprudenza costituzionale sia costante nel ritenere che *«la disciplina delle concessioni su beni demaniali marittimi investe diversi ambiti materiali, attribuiti alla competenza sia statale, sia regionale, ma che particolare rilevanza, quanto ai criteri e alle modalità di affidamento delle concessioni, assumono i principi della libera concorrenza e della libertà di stabilimento, previsti dalla normativa comunitaria e nazionale»*<sup>33</sup>.

L'art. 36 del regio decreto 30 marzo 1942, n. 327 (Codice della navigazione) prevede che *«l'amministrazione marittima, compatibilmente con le esigenze del pubblico uso, può concedere l'occupazione e l'uso, anche esclusivo, di beni demaniali e di zone di mare territoriale per un determinato periodo di tempo»*.

L'art. 37, comma 2, cod. nav. prevedeva il cd. diritto di insistenza, stabilendo che è *«data preferenza alle precedenti concessioni, già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze»*.

L'art. 01 del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400 (Disposizioni per la determinazione dei canoni relativi a concessioni demaniali marittime), come modificato dall'art. 10, comma 1, della legge 16 marzo 2001, n. 88, disponeva che le concessioni, tra l'altro, relative alle attività portuali e alla *«gestione di stabilimenti balneari»* hanno durata di sei anni e alla scadenza *«si rinnovano automaticamente per altri sei anni e così successivamente ad ogni scadenza»* (comma 2).

La Commissione europea aveva aperto nei confronti dell'Italia la procedura di infrazione n. 2008/4908, ritenendo che il diritto di insistenza si ponesse in contrasto con la libertà di stabilimento di cui all'art. 49 Tfeue e con l'art. 12, par. 2, della direttiva 2006/123/CE, che vieta sia forme di rinnovo automatico sia la concessione di altri vantaggi *«al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami»*.

Per rimediare a tale contestazione, il legislatore italiano ha adottato l'art. 1, comma 18, del decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194 (Proroga di termini previsti da disposizioni legislative), convertito in legge 26 febbraio 2010, n. 25, con il quale è stato abrogato il citato comma 2 dell'art. 37 che prevedeva il diritto di insistenza, ma

---

<sup>33</sup> Corte cost. n. 222 del 2020; n. 86 del 2019; n. 40 del 2017.

contestualmente sono state prorogate le concessioni di beni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative in scadenza fino al 31 dicembre 2015 *«fatte salve le disposizioni di cui all'articolo 03, comma 4-bis, del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400»*. Tale ultimo inciso comportava l'applicazione del termine di sei anni di durata ordinaria delle concessioni, con conseguente rinvio indiretto anche al comma 2 dell'art. 01, sopra riportato, che prevedeva il rinnovo automatico delle concessioni.

La Commissione europea, con lettera 5 maggio 2010 di messa in mora complementare nell'ambito della medesima procedura di infrazione n. 2008/4908, ha ritenuto che tale rinnovo automatico comportasse la violazione delle suindicate disposizioni europee.

Per rimediare a tale nuova contestazione, il legislatore italiano ha adottato l'art. 11, comma 1, lett. a, della legge 15 dicembre 2011, n. 217 (Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee-legge comunitaria 2010), il quale ha abrogato l'art. 01, comma 2, del decreto-legge n. 400 del 1993 e ha delegato il Governo ad adottare un decreto legislativo di revisione e riordino della legislazione relativa alle concessioni demaniali marittime.

La procedura di infrazione è stata chiusa il 27 febbraio 2012.

Successivamente l'art. 34-*duodecies* del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, introdotto dalla legge di conversione 17 dicembre 2012, n. 221, ha previsto che le *«concessioni di beni demaniali marittimi lacuali e fluviali con finalità turistico-ricreative, ad uso pesca, acquacoltura ed attività produttive ad essa connesse, e sportive, nonché quelli destinati a porti turistici, approdi e punti di ormeggio dedicati alla nautica da diporto»* (art. 1, comma 18, decreto-legge n. 194 del 2009) in scadenza entro il 31 dicembre 2015 sono prorogate fino al 31 dicembre 2020.

Questa norma ha ampliato, pertanto, il campo di applicazione delle concessioni, inserendo nuove tipologie rispetto alla sola concessione con finalità turistico-ricreative, e, al contempo, ha disposto la suddetta proroga.

Il Tribunale amministrativo regionale<sup>34</sup> ha sollevato la questione pregiudiziale innanzi alla Corte di Giustizia, rilevando il contrasto di tale norma con il principio di libertà di stabilimento.

La Corte di Giustizia dell'Unione europea<sup>35</sup> ha affermato quanto segue.

La direttiva n. 123 del 2006 è stata attuata con il decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59.

L'art. 9 della direttiva n. 123 del 2006 prevede la possibilità per gli Stati membri di subordinare l'accesso ad un'attività di servizio e il suo esercizio ad un regime di autorizzazione.

Il considerando 39 della direttiva in questione precisa che la nozione di *«regime di autorizzazione»* dovrebbe comprendere, in particolare, le procedure amministrative per il rilascio di concessioni.

---

<sup>34</sup>Trib. amm. reg. Lombardia, Milano, sez. IV, 26 settembre 2014, n. 2401; Trib. amm. reg. Sardegna, sez. I, 28 gennaio 2015, n. 224.

<sup>35</sup>Corte giust. un. eur., 14 luglio 2016, C-458 e C-67/15.

L'art. 12 della stessa direttiva, sopra riportato, ha stabilito che, nei casi in cui vi sia scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento.

Tale direttiva, come già esposto, è stata attuata con il decreto legislativo n. 59 del 2010.

Alla luce di tale quadro normativo, risulta che il principio di libertà di servizi impone che l'attività economica possa essere svolta senza che vi sia la necessità di ottenere un previo titolo abilitativo da parte della pubblica amministrazione. Se, però, il bene è scarso e, dunque, non è per sua natura accessibile a tutti, è necessario che coloro che ne potranno usufruire vengano scelti mediante procedure di gara, le quali non possono essere "bloccate" da meccanismi legali di proroghe automatiche delle concessioni in atto.

Nella specie, la Corte ha aggiunto che la questione relativa alla possibilità che dette concessioni debbano essere oggetto di un numero limitato di autorizzazioni per via della scarsità delle risorse naturali costituisce un accertamento demandato al giudice nazionale.

Se la risposta è positiva la conseguenza è che diventa necessario ottenere un titolo abilitativo all'esito di una procedura di evidenza pubblica. La Corte ha qualificato tale titolo non come "concessione di servizi pubblici o di beni pubblici", ma come "autorizzazione" all'esercizio di una prestazione di servizi al pubblico.

In particolare, si è affermato che le concessioni demaniali marittime e lacuali rilasciate dalle autorità pubbliche, oggetto del procedimento principale, mirano allo sfruttamento di un'area demaniale a fini turistico-ricreativi e «*possono quindi essere qualificate come "autorizzazioni", ai sensi delle disposizioni della direttiva 2006/123, in quanto costituiscono atti formali, qualunque sia la loro qualificazione nel diritto nazionale, che i prestatori devono ottenere dalle autorità nazionali al fine di poter esercitare la loro attività economica*».

Questa qualificazione comporta, secondo i giudici europei, l'impossibilità di applicare la disciplina delle concessioni di servizi pubblici che rientrano nell'ambito della direttiva 2014/23. Si rileva, infatti, che «*una concessione di servizi è caratterizzata, in particolare, da una situazione in cui un diritto di gestire un servizio determinato viene trasferito da un'autorità aggiudicatrice ad un concessionario e che questi dispone, nell'ambito del contratto concluso, di una certa libertà economica per determinare le condizioni di gestione di tale diritto, restando parallelamente in larga misura esposto ai rischi connessi a detta gestione*». Nella specie «*le concessioni vertono non su una prestazione di servizi determinata dell'ente aggiudicatore, bensì sull'autorizzazione a esercitare un'attività economica in un'area demaniale*».

L'inquadramento effettuato dalla Corte rinviene una conferma nel «*considerando n. 15 della direttiva n. 23 del 2014, in cui è previsto che gli accordi attraverso i quali un operatore economico gestisca determinati beni o risorse del demanio pubblico, in regime pubblicistico o privatistico, ed in cui lo Stato fissi unicamente le condizioni generali*

*d'uso dei beni o delle risorse, senza però acquisire lavori o servizi specifici, non dovrebbero configurarsi come "concessione di servizi" ai sensi della predetta direttiva ma dovrebbero rientrare nella disciplina della direttiva n. 123 del 2006».*

Così qualificata la concessione, la Corte afferma che, nell'ipotesi in cui il giudice nazionale accerti che le concessioni in esame rientrino nell'ambito di applicazione dell'art. 12 della direttiva 2006/123, la normativa interna sarebbe in contrasto con il diritto europeo perché essa prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati. Tale proroga non consente, neanche, di «*organizzare una procedura di selezione*».

Né le misure nazionali potrebbero essere giustificate, sottolinea la Corte, dall'esigenza di tutelare il legittimo affidamento dei titolari di tali autorizzazioni, in quanto consentirebbero di ammortizzare gli investimenti da loro effettuati. Il riportato par. 3 dell'art. 12 prevede che gli Stati membri possono tenere conto di considerazioni legate a motivi imperativi di interesse generale ma, si afferma nella sentenza, «*solo al momento di stabilire le regole della procedura di selezione*», nel senso che tali considerazioni devono essere "normate" al momento della "concessione iniziale" e, dunque, al momento del primo rilascio delle autorizzazioni e non successivamente<sup>36</sup>. Ne consegue che è necessaria «*una valutazione caso per caso che consenta di dimostrare che il titolare dell'autorizzazione poteva legittimamente aspettarsi il rinnovo della propria autorizzazione e ha effettuato i relativi investimenti*». Una siffatta giustificazione «*non può pertanto essere invocata validamente a sostegno di una proroga automatica istituita dal legislatore nazionale e applicata indiscriminatamente a tutte le autorizzazioni in questione*».

La Corte ha affermato che, per garantire il principio di certezza del diritto, soltanto nel caso in cui la concessione sia stata rilasciata «*quando non era ancora stato dichiarato che i contratti aventi un interesse transfrontaliero certo avrebbero potuto essere soggetti a obblighi di trasparenza*», si impone che «*la risoluzione di siffatta concessione sia corredata di un periodo transitorio che permetta alle parti del contratto di sciogliere i rispettivi rapporti contrattuali a condizioni accettabili, in particolare, dal punto di vista economico*».

A seguito dell'intervento della Corte di Giustizia il legislatore nazionale ha dettato una nuova disciplina delle concessioni demaniali marittime mediante l'adozione dell'art. 1, commi 675-684 della legge 30 dicembre 2018, n. 145 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e Bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021).

Tale norma contiene una parte relativa al regime a sistema e una parte relativa al regime transitorio.

Per quanto attiene al regime a sistema si prevede che la nuova disciplina debba essere finalizzata a «*tutelare, valorizzare e promuovere il bene demaniale delle coste*

---

<sup>36</sup>G. Bellitti, *La direttiva Bolkenstein e le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 60 ss.

italiane, che rappresenta un elemento strategico per il sistema economico, di attrazione turistica e di immagine del Paese, in un'ottica di armonizzazione delle normative europee». A tale scopo con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri «sono fissati i termini e le modalità per la generale revisione del sistema delle concessioni demaniali marittime»<sup>37</sup> (comma 675).

La legge stabilisce quali sono i criteri cui deve uniformarsi il predetto decreto<sup>38</sup>.

Conclusa questa fase «i principi ed i criteri tecnici ai fini dell'assegnazione delle concessioni sulle aree demaniali marittime sono definiti con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri»<sup>39</sup>.

Per quanto attiene al regime transitorio è previsto che: i) le concessioni disciplinate dal comma 1 dell'art. 01 del decreto-legge n. 400 del 1993 «vigenti alla data di

<sup>37</sup> Sul piano procedimentale, tale decreto è adottato «su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e del Ministro delle politiche agricole alimentari, forestali e del turismo, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentiti il Ministro dello sviluppo economico, il Ministro per gli affari europei, il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, il Ministro per gli affari regionali e la Conferenza delle regioni e delle province autonome».

<sup>38</sup> In particolare, il decreto indicato nel testo stabilisce le condizioni e le modalità per procedere: «a) alla ricognizione e mappatura del litorale e del demanio costiero-marittimo; b) all'individuazione della reale consistenza dello stato dei luoghi, della tipologia e del numero di concessioni attualmente vigenti nonché delle aree libere e concedibili; c) all'individuazione della tipologia e del numero di imprese concessionarie e sub-concessionarie; d) alla ricognizione degli investimenti effettuati nell'ambito delle concessioni stesse e delle tempistiche di ammortamento connesse, nonché dei canoni attualmente applicati in relazione alle diverse concessioni; e) all'approvazione dei metodi, degli indirizzi generali e dei criteri per la programmazione, pianificazione e gestione integrata degli interventi di difesa delle coste e degli abitati costieri (...)» (art. 1, comma 676).

Il decreto in esame contiene, inoltre, i criteri per strutturare: «a) un nuovo modello di gestione delle imprese turistico-ricreative e ricettive che operano sul demanio marittimo secondo schemi e forme di partenariato pubblico-privato, atto a valorizzare la tutela e la più proficua utilizzazione del demanio marittimo, tenendo conto delle singole specificità e caratteristiche territoriali secondo criteri di: sostenibilità ambientale; qualità e professionalizzazione dell'accoglienza e dei servizi; accessibilità; qualità e modernizzazione delle infrastrutture; tutela degli ecosistemi marittimi coinvolti; sicurezza e vigilanza delle spiagge; b) un sistema di rating delle imprese di cui alla lettera a) e della qualità balneare; c) la revisione organica delle norme connesse alle concessioni demaniali marittime, con particolare riferimento alle disposizioni in materia di demanio marittimo di cui al codice della navigazione o a leggi speciali in materia; d) il riordino delle concessioni ad uso residenziale e abitativo, tramite individuazione di criteri di gestione, modalità di rilascio e termini di durata della concessione nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 37, primo comma, del codice della navigazione e dei principi di imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità e tenuto conto, in termini di premialità, dell'idonea conduzione del bene demaniale e della durata della concessione; e) la revisione e l'aggiornamento dei canoni demaniali posti a carico dei concessionari, che tenga conto delle peculiari attività svolte dalle imprese del settore, della tipologia dei beni oggetto di concessione anche con riguardo alle pertinenze, della valenza turistica» (comma 677).

All'esito dello svolgimento delle suddette attività deve essere avviata una procedura di consultazione pubblica «in merito alle priorità e modalità di azione e intervento per la valorizzazione turistica delle aree insistenti sul demanio marittimo» (comma 679).

<sup>39</sup> Sul piano procedimentale tale decreto è adottato «su proposta del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro delle politiche agricole alimentari, forestali e del turismo, il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, il Ministro dell'economia e delle finanze e il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare».

*entrata in vigore della presente legge hanno una durata, con decorrenza dalla data di entrata in vigore della presente legge, di anni quindici» (comma 682, prima parte); ii) al termine del predetto periodo, le disposizioni adottate con il decreto del Presidente del Consiglio di cui al sistema a regime «rappresentano lo strumento per individuare le migliori procedure da adottare per ogni singola gestione del bene demaniale» (comma 682, secondo parte); iii) «al fine di garantire la tutela e la custodia delle coste italiane affidate in concessione, quali risorse turistiche fondamentali del Paese, e tutelare l'occupazione e il reddito delle imprese in grave crisi per i danni subiti dai cambiamenti climatici e dai conseguenti eventi calamitosi straordinari, le concessioni di cui al comma 682, vigenti alla data di entrata in vigore del decreto-legge 31 dicembre 2009, n. 194 (...), nonché quelle rilasciate successivamente a tale data a seguito di una procedura amministrativa attivata anteriormente al 31 dicembre 2009» e per le quali il rilascio è avvenuto nel rispetto dell'articolo 18 del decreto del Presidente della Repubblica 15 febbraio 1952, n. 328<sup>40</sup>, o il rinnovo è avvenuto nel rispetto dell'articolo 02 del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400<sup>41</sup>, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494, hanno una durata, con decorrenza dalla data di entrata in vigore della presente legge, di anni quindici» (comma 683, prima parte); iv) al termine del predetto periodo, le disposizioni adottate con il decreto del Presidente del Consiglio di cui al sistema a regime «rappresentano lo strumento per individuare le migliori procedure da adottare per ogni singola gestione del bene demaniale» (comma 683, seconda parte).*

Tale nuovo intervento legislativo, come riconosciuto anche dal Consiglio di Stato, in una recente sentenza<sup>42</sup>, pone nuovamente, alla luce di quanto già stabilito dalla Corte di Giustizia, dubbi di compatibilità con il diritto europeo. Esso, infatti, dispone una proroga di quindici anni senza che sussistano effettive ragioni di interesse pubblico che possano giustificare tale ulteriore protrazione dei rapporti in corso.

Il giudice amministrativo<sup>43</sup> e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato<sup>44</sup> hanno ritenuto che, in ragione del suddetto contrasto, tale normativa debba essere disapplicata.

L'art. 182, comma 2, della legge 19 maggio 2020, n. 34, in ragione della necessità di contenere i danni, diretti e indiretti, causati dall'emergenza epidemiologica da Covid-19, dispone che le amministrazioni competenti non possono, tra l'altro, avvia-

---

<sup>40</sup> La norma richiamata prevede il principio della pubblicità della domanda di concessione mediante affissione nell'albo del Comune e inserzione per estratto nel foglio degli annunci legali della Provincia.

<sup>41</sup> Tale norma prevede che «per il rilascio di nuove concessioni demaniali marittime per attività turistico-ricreative è data preferenza alle richieste che importino attrezzature non fisse e completamente amovibili».

<sup>42</sup> Cons. Stato, sez. VI, 18 novembre 2019, n. 7874; Cons. Stato, sez. IV, 16 febbraio 2021, n. 1416 ha ribadito la illegittimità di qualunque forma di proroga tacita delle concessioni.

<sup>43</sup> Trib. amm. reg. Campania, Salerno, sez. II, 29 gennaio 2021, n. 265.

<sup>44</sup> Autorità garante della concorrenza e del mercato, segnalazione 1° luglio 2020, n. 1684, ha affermato che «la concessione di proroghe in favore dei precedenti concessionari rinvia ulteriormente il confronto competitivo per il mercato, così impedendo di cogliere i benefici che deriverebbero dalla periodica concorrenza per l'affidamento attraverso procedure ad evidenza pubblica».

re o proseguire le procedure di evidenza pubblica per l'uso di un bene del demanio marittimo, allo stato, utilizzato dai precedenti concessionari.

### 10.1. Criteri di determinazione dei canoni

L'art. 03 del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, in legge 4 dicembre 1993, n. 494, nel testo originario, disciplinava esclusivamente i criteri di determinazione dei canoni delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative.

Il comma 251 dell'art. 1 della legge 27 dicembre 2006, n. 296, da un lato, ha modificato tali criteri aumentando l'entità dei canoni dovuti, dall'altro, li ha estesi anche alle concessioni aventi ad oggetto la realizzazione e la gestione di strutture dedicate alla nautica da diporto.

Il legislatore, con le modifiche introdotte, ha distinto le concessioni demaniali marittime «*aventi ad oggetto aree e specchi acquei*» dalle «*concessioni comprensive di pertinenze demaniali marittime*».

In particolare, in relazione alle prime, è stato applicato, come si esporrà oltre, il cd. canone tabellare, con distinzioni di importo a seconda che le aree siano o meno occupate con «*impianti di difficile rimozione*»; in relazione alle seconde, è stato applicato il cd. canone Omi (Osservatorio del mercato immobiliare, stabilendosi che «*per le pertinenze destinate ad attività commerciali, terziario-direzionali e di produzione di beni e servizi, il canone è determinato moltiplicando la superficie complessiva del manufatto per la media dei valori mensili unitari minimi e massimi indicati dall'Osservatorio del mercato immobiliare per la zona di riferimento*», con l'aggiunta che «*l'importo ottenuto è moltiplicato per un coefficiente pari a 6,5*» (comma 1, lett. b, nn. 1-1.7 e 2-2.2).

Si è previsto che tale nuova normativa trovi applicazione «*a decorrere dal 1° gennaio 2007*» (art. 03, comma 3).

Le modifiche legislative intervenute sono state oggetto di due interventi della Corte Costituzionale.

La Corte ha esaminato, con una prima sentenza<sup>45</sup>, la questione di costituzionalità dell'art. 1, comma 251, della legge n. 296 del 2006, in riferimento agli artt. 3, 53 e 97 Cost., nella parte in cui ha determinato l'aumento dei canoni previsti per le concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative per la gestione di stabilimenti balneari e, in particolare, per le aree su cui insistono pertinenze destinate ad attività commerciali, terziario-direzionali e di produzione di beni e servizi. La Corte ha ritenuto immune da vizi la legge impugnata, mettendo in rilievo come, pur applicandosi tale legge ai rapporti in corso, non vi fosse stata violazione del principio di affidamento, in quanto l'intervento legislativo non è «*giunto inaspettato, giacché esso si è sostituito ad un precedente aumento, di notevole entità, non applicato per effetto di successive pro-*

---

<sup>45</sup> Corte cost. n. 302 del 2010.

*roghe, ma rimasto tuttavia in vigore sino ad essere rimosso, a favore di quello vigente».* Detto intervento si inserisce, inoltre, ha sottolineato la Corte, in un complessivo sistema di cambiamento del regime dei beni pubblici, teso alla loro utilizzazione secondo criteri economici e alla loro valorizzazione (...) <sup>46</sup>.

La Corte ha esaminato, con una seconda sentenza <sup>47</sup>, la questione di costituzionalità della stessa norma sopra richiamata applicata alla realizzazione e gestione di strutture dedicate alla nautica da diporto.

Il dubbio di costituzionalità è sorto in ragione della dedotta diversità tra le due tipologie di concessioni interessate dagli aumenti dei canoni, rappresentata dal fatto che i titolari di concessioni per la nautica da diporto, rispetto ai gestori di stabilimenti balneari, effettuano normalmente investimenti rilevanti mediante la realizzazione di opere con impegno assunto in epoca antecedente all'introduzione della nuova disciplina. Da qui l'asserita irragionevolezza della disciplina in quanto *«per effetto dell'applicazione dei canoni indicati anche ai rapporti concessori in corso, verrebbe onerato del medesimo canone, sia chi abbia ricevuto un bene demaniale, sul quale realizzi a proprie spese un'infrastruttura o un impianto di difficile rimozione, sia chi, invece, abbia ricevuto in concessione un bene su cui insista una struttura già realizzata da terzi».*

La Corte Costituzionale ha ritenuto non fondata la questione alla luce di una interpretazione della normativa applicabile in modo conforme a Costituzione *«che porta ad escludere l'applicabilità, generale ed indifferenziata, dei canoni commisurati ai valori di mercato a tutte le concessioni di strutture dedicate alla nautica da diporto, rilasciate prima della entrata in vigore della disposizione in esame».*

Si è ritenuto, infatti, che la commisurazione del canone debba essere *«parametrata alle concrete caratteristiche dei rapporti concessori».*

Il Consiglio di Stato, all'esito della lettura coordinata delle due sentenze della Corte Costituzionale, ha affermato che in base a tali sentenze occorre distinguere i canoni commisurati ai valori di mercato dai canoni tabellari <sup>48</sup>.

La prima tipologia di canoni può essere applicata soltanto ad opere costituenti pertinenze demaniali marittime che già appartengono allo Stato e non anche alle opere realizzate dal concessionario che mantengono la qualificazione di cose immobili di proprietà privata per tutta la durata della concessione in forza di un implicito diritto di superficie. Soltanto al termine della concessione tali cose di difficile rimozione acquisiscono la qualità di bene pubblico. Si tratta della principale novità introdotta dal legislatore del 2016, che ha la finalità di perseguire obiettivi di equità e razionalizzazione dell'uso dei beni demaniali. In questo ambito i canoni sono stati aumentati in quanto essi riguardano soprattutto le *«aree maggiormente produttive di reddito, cioè*

<sup>46</sup> In particolare, la Corte ha affermato che *«alla vecchia concezione, statica e legata ad una valutazione tabellare e astratta del valore del bene, si è progressivamente sostituita un'altra, tendente ad avvicinare i valori di tali beni a quelli di mercato, sulla base cioè delle potenzialità degli stessi di produrre reddito in un contesto specifico».*

<sup>47</sup> Corte cost. n. 29 del 2017.

<sup>48</sup> Cons. Stato, sez. VI, 11 agosto 2020, n. 5008.

*quelle su cui insistono pertinenze destinate ad attività commerciali, terziario-direzionali e di produzione di beni e servizi».*

La seconda tipologia di canoni può trovare applicazione quando non sussistono pertinenze demaniali e l'entità dei canoni è stata anch'essa aumentata dalla legge del 2006<sup>49</sup>.

## 11. Considerazioni conclusive

Alla luce di quanto sin qui esposto, può affermarsi, in sintesi, quanto segue.

Nella dimensione nazionale e storica i “servizi” venivano considerati “pubblici” perché erogati da una pubblica amministrazione – nella forma delle aziende autonome o degli enti pubblici economici – alla quale il sistema riconosceva non solo una “riserva di attività” e, dunque, di monopolio pubblico legale ma, anche, la possibilità di estendere il campo di applicazione dei servizi pubblici senza alcun limite derivante dalla “tipologia” e dalla “natura” delle prestazioni. In tale contesto, qualunque attività di rilevanza economica poteva considerarsi servizio pubblico, con conseguente difficoltà di distinzione tra attività di impresa pubblica e servizio pubblico. Lo Stato era considerato Stato imprenditore.

Nella dimensione europea e nella nuova dimensione nazionale si sono inseriti i processi di liberalizzazione e privatizzazione, il che impone di distinguere le seguenti tipologie di prestazioni.

In primo luogo, vengono in rilievo le mere prestazioni di servizi aventi rilevanza economica, che si indentificano sostanzialmente con l'attività di impresa, sono liberamente esercitabili da chiunque nel mercato unico, eventualmente previa segnalazione certificata di inizio attività. Se esistono «*motivi imperativi di interesse pubblico*» detto esercizio può essere subordinato alla condizione del previo rilascio di una autorizzazione vincolata all'esito eventuale, in caso di «*scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche disponibili*», di una procedura di gara, questo è l'ambito applicativo della direttiva servizi del 2006 attuata con il decreto legislativo n. 59 del 2010. Tale autorizzazione può essere tacita e formarsi mediante silenzio assenso nel caso in cui non ricorrano “interessi sensibili”. È bene aggiungere che, a rigore, l'attività di impresa potrebbe essere svolta anche da soggetti pubblici o a partecipazione pubblica. Tuttavia, dopo la riforma del 2016, il legislatore ha vietato che l'attività di impresa possa essere svolta da società a partecipazione pubblica [cap. 7, par. 12].

In secondo luogo, vengono in rilievo le prestazioni di servizio di interesse economico generale che sono, invece, quelle che il mercato non riesce ad assicurare e che il singolo Stato membro, con “atto di assunzione”, decide di garantire mediante l'imposizione di obblighi di servizio pubblico ovvero di servizio universale (cd. regolazione economica) alle imprese pubbliche o private con riconoscimento di propor-

---

<sup>49</sup> La lettura coordinata delle due sentenze della Corte.

zionate compensazioni economiche. Questa tipologia di prestazioni può essere erogata, in autoproduzione, dalle autorità pubbliche mediante il ricorso alle società *in house* o esternalizzata attraverso il ricorso al mercato e, in particolare, allo strumento delle società miste con scelta del socio privato con gara e della concessione di servizi all'esito di una procedura di gara che la direttiva n. 23 del 2014, relativa alla concessione servizi, e il nuovo Codice dei contratti pubblici hanno per la prima volta disciplinato in maniera puntuale. In tale contesto lo Stato non è più imprenditore, ma regolatore ed interviene nel mercato mediante le Autorità amministrative indipendenti.

Infine, vengono in rilievo le prestazioni di servizi, che non integrano gli estremi né dei servizi di interesse economico generale, per l'assenza di esigenze di assicurare il servizio universale, né delle mere prestazioni di servizi, in ragione del maggiore "coinvolgimento" dell'autorità pubblica. Si tratta, infatti, di attività di impresa che, da un lato, è "meno conformata" rispetto a quella che indentifica la nozione di servizio di interesse economico generale, dall'altro lato, presuppone un più intenso controllo pubblico rispetto alle mere prestazioni di servizi. Il che giustifica il ricorso allo strumento della concessione di servizi che, come sopra esposto, può avere un oggetto più ampio non limitato ai soli servizi di interesse economico generale.

## Parte Terza

### Servizi pubblici locali

#### 12. Quadro europeo e costituzionale

Il settore dei servizi pubblici locali, sul piano europeo, non rinviene una disciplina puntuale nelle fonti di diritto europeo derivato. Esso è retto dal principio generale della concorrenza posto nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, riportato nella prima parte, declinato, nella specie, nella cd. concorrenza "nel mercato" e "per il mercato" [cap. 1, parr. 12.2-12.3].

Le questioni che si pongono in questo ambito sono analoghe a quelle già trattate nella prima e seconda parte. Devono essere messe in rilievo le particolarità del settore connesse alla successione nel tempo di norme specifiche e dal fatto che si correla in modo differente, almeno secondo parte della dottrina, il rapporto tra attività di impresa e servizio pubblico locale.

In relazione alla concorrenza "nel mercato", l'obiettivo è quello di aprire i mercati locali alla libera circolazione delle persone e delle merci.

Un orientamento dottrinale<sup>50</sup> assume, invero, come nell'ambito dei servizi pubblici locali non sia possibile introdurre una regolazione finalizzata alla creazione di

---

<sup>50</sup> F. Merusi, *La nuova disciplina dei servizi*, in *Annuario dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo 2001*, Milano, 2002, 76.

un mercato concorrenziale «*perché non è configurabile un mercato rilevante*»<sup>51</sup>. Ciò in quanto i Comuni non avrebbero una dimensione di mercato: le imprese locali possono operare soltanto in un ambito alquanto ristretto che è quello in cui i Comuni stessi potrebbero esercitare le proprie funzioni. Ne consegue che, mancando la possibilità di un confronto fra una pluralità di imprese, non è possibile passare dalla erogazione di pubblici servizi a un mercato concorrenziale.

L'orientamento prevalente ritiene, invece, che sia possibile perseguire, anche in questo ambito, gli obiettivi della concorrenza “nel mercato”, pur nella consapevolezza che l'oggettiva conformazione del mercato, in alcuni casi “ristretto” e in altri connotato dalla presenza di monopoli naturali, impedisce di assicurare il raggiungimento pieno di tali finalità. Si tenga conto, inoltre, che nel settore in esame sono presenti molti servizi di rete, il che rende necessario il ricorso alla tecnica di liberalizzazione attuata mediante la segmentazione del mercato. Tale peculiare conformazione del mercato fa sì che un ruolo centrale, nell'esame dei servizi pubblici locali, rivesta la nozione di servizio di interesse economico generale e non anche le “mere” prestazioni di servizi [par. 7, per l'esame delle tipologie di prestazioni di servizi].

In relazione alla “concorrenza per il mercato”, è necessario che il contraente, gestore del servizio, venga scelto mediante procedure di garanzia. Tale esigenza è tanto più pregnante quanto più il mercato non è ancora liberalizzato.

Sul piano costituzionale vale, in relazione alle regole sostanziali, quanto già esposto in ordine alla nozione di servizio pubblico desumibile dall'art. 43 Cost. [par. 5].

Per quanto attiene al riparto delle competenze legislative, la Corte Costituzionale ha più volte rilevato come, in questo ambito, vengano in rilievo competenze sia statali sia regionali. In particolare, lo Stato rinviene il titolo di legittimazione nella materia della “concorrenza”, mentre le Regioni hanno competenza residuale in materia di servizi pubblici locali. Le tecniche di individuazione delle materie connesse all'oggetto e alla finalità della regolazione legislativa impediscono di potere affermare, in generale, come si atteggiavano le suddette competenze, dovendosi, necessariamente, analizzare il contenuto delle leggi per valutare se esse rispondano al quadro costituzionale. Come si esporrà oltre, la Corte Costituzionale ha ritenuto, analizzando il contenuto della legge delega n. 124 del 2015, che la stessa realizzasse un intreccio tra le competenze sopra indicate tale da richiedere il rispetto del principio della leale collaborazione nella forma dell'intesa in sede di Conferenza unificata<sup>52</sup> [par. 13.8].

### 13. Quadro normativo nazionale

Sul piano nazionale, tale settore è stato nel corso degli anni oggetto di plurimi interventi legislativi finalizzati ad attuare, in modo non sempre coerente ed efficace, i principi generali della concorrenza nel mercato e per il mercato.

---

<sup>51</sup> Ciò «*tranne qualche eccezione metropolitana (ad esempio il Comune di Roma nel quale è in corso un tentativo di imitazione del modello nazionale)*» (F. Merusi, *La nuova disciplina dei servizi*, cit., 76).

<sup>52</sup> Corte cost. n. 251 del 2016.

Nei successivi paragrafi verrà ricostruita l'evoluzione della legislazione anche al fine di mettere in risalto le modalità con le quali, di volta in volta, sono stati assicurati gli esposti principi di tutela della concorrenza.

### 13.1. Legge Giolitti

La produzione e l'erogazione dei servizi pubblici da parte degli Enti locali trovano, storicamente, il primo riconoscimento positivo nella legge 29 marzo 1903, n. 103 recante «*Assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni*» (cd. "legge Giolitti").

I modelli di gestione dei servizi pubblici locali contemplati dalla predetta legge erano tre: *i*) gestione diretta in economia da parte dell'Ente locale<sup>53</sup>; *ii*) gestione a mezzo di aziende municipalizzate<sup>54</sup>; *iii*) affidamento a privati mediante concessione.

Per quanto fosse prevista quest'ultima modalità gestionale di "esternalizzazione" del servizio, il sistema si caratterizzava per la sua valenza essenzialmente pubblicistica.

La finalità della legge fu, anzi, proprio quella di eliminare gli effetti negativi che aveva prodotto in passato il monopolio del privato concessionario<sup>55</sup> attraverso il ricorso ad un largo e diffuso impiego del metodo delle municipalizzazioni che sostanzialmente dava vita ad una gestione monopolistica pubblica da parte dell'Ente locale.

Successivamente, la materia dei servizi pubblici è stata oggetto di interventi legislativi di ridotta portata innovativa (regio decreto 4 febbraio 1923, n. 253 e regio decreto 30 dicembre 1923, n. 3047), diretti a modificare in più parti la legge n. 103.

In questa sede è sufficiente ricordare il regio decreto 15 ottobre 1925, n. 2578, con il quale è stato approvato un Testo unico per riunire e coordinare l'intera disciplina.

L'art. 1 di tale regio decreto prevedeva, inoltre, un elenco non tassativo di oggetti per i quali il Comune poteva prendere l'iniziativa per l'impianto e l'esercizio diretto dei pubblici servizi<sup>56</sup>.

All'epoca non operava la concorrenza nel mercato, essendo il settore dei servizi pubblici locali interamente "riservato" all'amministrazione. Al contempo, però, non

---

<sup>53</sup> Nella gestione in economia l'Ente locale non conferiva l'attività ad un soggetto esterno, ma ricercava all'interno della propria organizzazione l'organo o l'ufficio cui attribuire il compito di erogazione del servizio.

<sup>54</sup> Il modello di azienda delineato dalla legge presentava, però, alcuni tratti che ne rendevano macchinoso il funzionamento: in particolare, questa era priva di personalità giuridica e quindi non disponeva della proprietà dei propri mezzi e del proprio patrimonio, con conseguenze rilevanti sul piano della autonomia e della funzionalità.

<sup>55</sup> F. Merusi, *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Dir. amm.*, 2004, 39.

<sup>56</sup> Si tratta, a titolo esemplificativo, di: *i*) costruzione di acquedotti e fontane e distribuzione di acqua potabile; *ii*) impianto ed esercizio dell'illuminazione pubblica e privata; *iii*) costruzione di fognature ed utilizzazione delle materie fertilizzanti; *iv*) costruzione ed esercizio di reti telefoniche nel territorio comunale; *v*) impianto ed esercizio di farmacie.

poteva neanche operare la concorrenza per il mercato sia perché, come detto, la gestione del servizio era essenzialmente pubblica, sia perché, anche nel caso in cui l'Ente locale decideva di ricorrere ai privati concessionari, gli stessi non venivano scelti in seguito ad un confronto concorrenziale con altri soggetti ma erano individuati direttamente dalla legge oppure su base fiduciaria<sup>57</sup>.

### 13.2. Legge n. 142 del 1990

Una profonda riforma del settore si è avuta con l'emanazione della legge 8 giugno 1990, n. 142 (Ordinamento delle autonomie locali), il cui art. 22 aveva introdotto il principio della pluralità e, al tempo stesso, della tipicità delle forme di gestione tra cui gli Enti locali potevano scegliere una volta deliberato di assumere il servizio<sup>58</sup>. In particolare, tale disposizione individuava la possibilità di gestire il servizio pubblico locale: *i) «in economia, quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio non sia opportuno costituire una istituzione o una azienda»; ii) «in concessione a terzi, quando sussistano ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale»; iii) «a mezzo di azienda speciale»<sup>59</sup>, anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale»; iv) «a mezzo di istituzione per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale»<sup>60</sup>; v) «a mezzo di società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, qualora si renda opportuna, in relazione alla natura del servizio da erogare la partecipazione di altri soggetti pubblici o privati»<sup>61</sup>.*

---

<sup>57</sup> M. Clarich-L. Zanettini, *Servizi pubblici*, in G. Corso-V. Lopilato (a cura di), *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali, parte speciale*, II, Milano, 2006, 13.

<sup>58</sup> L'art. 22 (ora trasfuso nell'art. 112, decreto legislativo n. 267 del 2000) forniva anche la definizione di servizio pubblico locale: *«i Comuni e le Province, 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»*. Si trattava, però, come ha da sempre riconosciuto la dottrina, di una nozione caratterizzata da una estrema vaghezza che impediva di trarne elementi di utilità a fini della delimitazione del campo di applicazione dell'istituto. L'indicazione di fondo che emergeva dalla disposizione atteneva, infatti, soltanto alla necessità che l'attività, per poter essere qualificata come servizio pubblico, dovesse essere caratterizzata da una diretta incidenza sulla collettività locale, in quanto rispondente ad esigenze essenziali o diffuse della comunità stessa.

<sup>59</sup> L'azienda speciale era un ente pubblico economico strumentale dell'Ente locale, dotato di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e di un proprio statuto approvato dal Consiglio comunale o provinciale (art. 23 della legge n. 142 del 1990).

<sup>60</sup> L'istituzione era organismo strumentale dell'Ente locale per l'esercizio di servizi sociali, dotato di autonomia gestionale, ma privo di personalità giuridica (art. 23 cit.).

<sup>61</sup> L'orientamento prevalente riteneva, invero, ammissibili anche società a totale partecipazione pubblica (cd. società totalitarie): in dottrina cfr. per tutti M. Cammelli-A. Zioldi, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Santarcangelo, 1997, 185, secondo cui la costituzione di una società in cui all'ente titolare del servizio si affianchino soltanto altri soci pubblici è consentita in quanto l'obbligo di partecipazione maggioritaria del capitale pubblico costituisce soltanto un limite funzionale; nello stesso senso in giurisprudenza si v., tra gli altri, Cons. Stato, sez. V, 25 giugno 2002, n. 3448, in *www.lexfor.it*, 2002, con nota di D. Ielo-V. Lopilato, *Società miste locali e servizi pubblici: affidamento diretto, scelta del socio di minoranza e limiti all'attività extra moenia*. Come si esporrà la vigente disciplina dell'art.

Si trattava di plurime modalità di gestione. Le modalità pubbliche di gestione erano la gestione in economia, a mezzo di azienda speciale o istituzione, senza che fosse contemplata la possibilità di ricorrere a soggetti *in house*. Le modalità di gestione privata erano costituite dalla concessione a terzi e dal ricorso a società miste.

Successivi interventi normativi hanno, poi, provveduto ad affiancare a quelle già descritte altre modalità di gestione, comunque ispirate alla *ratio* di consentire il cd. partenariato pubblico-privato [cap. 16, Parte Ottava, per il partenariato pubblico e privato nel settore dei contratti pubblici].

Dapprima, l'art. 12 della legge 23 dicembre 1992, n. 498, ha introdotto la possibilità per gli Enti locali di costituire società per azioni a capitale pubblico minoritario, con conseguente assegnazione del capitale di maggioranza assoluta in capo ad un unico socio privato, che, come si esporrà oltre, doveva essere scelto mediante procedure di evidenza pubblica.

Successivamente è stato emanato il decreto del Presidente della Repubblica 16 settembre 1996, n. 533, che, oltre a prevedere che il socio privato di maggioranza fosse scelto attraverso una procedura concorrenziale modellata sugli schemi disciplinati dal decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157 per l'aggiudicazione degli appalti, aveva fissato la partecipazione dell'Ente locale promotore in misura non inferiore al 20% del capitale sociale e quella dei soggetti privati in misura non inferiore al 51%.

Infine, è intervenuto l'art. 17, comma 58, della legge 15 maggio 1997, n. 127, che, da un lato, ha modificato la lett. e del comma 3 dell'art. 22 della legge n. 142 del 1990, introducendo la possibilità di costituire, oltre a società per azioni, anche società a responsabilità limitata per la gestione di servizi pubblici locali; dall'altro, ha contemplato la possibilità di affidare direttamente il servizio non solo a società appositamente costituite dall'Ente locale ma anche, con i dovuti adattamenti degli statuti, a società già esistenti.

L'impianto normativo, così ricostruito, è poi confluito negli artt. 112-116 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267.

Rispetto al previgente sistema le principali novità introdotte a partire dagli anni Novanta erano rappresentate – oltre che dalla trasformazione della vecchia azienda municipalizzata in azienda speciale, ente pubblico economico funzionalmente legato al Comune ma dotato di personalità giuridica<sup>62</sup> – dalla previsione dello strumento della società per azioni o a responsabilità limitata, quale ulteriore modalità di gestione dei servizi pubblici locali, che segna «*l'apertura verso modelli aziendalistici di efficienza*» con la «*valorizzazione dei criteri gestionali e privatistici di controlli*»<sup>63</sup>.

---

113 del decreto legislativo n. 267 del 2000 prevede espressamente la possibilità dell'affidamento diretto a società totalitarie pubbliche, ma in presenza di ulteriori requisiti che consentono l'ascrivibilità della stessa nell'ambito del cd. *in house providing* [parr. 13.5-13.6 e cap. 7, par. 13.5].

<sup>62</sup> M. Dugato, *I servizi pubblici locali*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II ed., *Diritto amministrativo speciale*, Milano, 2003, III, 2587.

<sup>63</sup> Cons. Stato, comm. spec., parere 3 maggio 2016, n. 1075, nella parte in cui delinea l'evoluzione legislativa del settore.

Nella vigenza della suddetta disciplina, in relazione alle modalità di scelta del soggetto privato cui affidare il servizio, non vi erano dubbi in ordine al fatto che il concessionario dovesse essere scelto mediante procedura di evidenza pubblica.

Si ponevano, invece, le seguenti questioni interpretative in relazione alle società miste.

In primo luogo, si discuteva in ordine alla natura giuridica di tale società.

Secondo un primo orientamento, fatto proprio dalla Corte di Cassazione<sup>64</sup>, si trattava di società aventi natura privata, non risultando dalla disciplina positiva «alcuna apprezzabile deviazione, rispetto alla comune disciplina privatistica delle società di capitali». La posizione dell'Ente locale all'interno della società era unicamente quella di «influire sul funzionamento della società, (...) avvalendosi non già di poteri pubblicistici, che non gli spettano, ma dei soli strumenti previsti dal diritto societario, da esercitare a mezzo dei membri di nomina comunale presenti negli organi della società»<sup>65</sup>.

Secondo un diverso orientamento, seguito dalla prevalente giurisprudenza amministrativa, le società in esame dovevano considerarsi quali moduli organizzativi a preminente connotazione pubblicistica. La connotazione pubblicistica che caratterizzava questo tipo di società veniva desunta dal regime giuridico che consentiva all'azionista pubblico di riferimento di indirizzare le attività della società a finalità di interesse pubblico, senza seguire gli ordinari meccanismi di funzionamento delle strutture societarie previste dal codice civile<sup>66</sup>. In questa prospettiva, la natura pubblica era desunta essenzialmente dallo scopo pubblico perseguito.

In secondo luogo, si discuteva in ordine alle modalità di affidamento del servizio pubblico locale e, in particolare, in ordine alla necessità o meno di un apposito provvedimento concessorio [sulle concessioni si v. par. 8.1].

Un primo orientamento, minoritario, facendo leva sulla natura privatistica di tali società, riteneva che fosse necessario un espresso provvedimento concessorio<sup>67</sup>, adottato all'esito di una gara cui le società miste avrebbero dovuto partecipare.

Un secondo orientamento, prevalente, muovendo dalla loro natura pubblica, riteneva non necessario il ricorso a procedure di garanzia di scelta del gestore, essendo queste necessarie solo nel caso di "esternalizzazione" del servizio, ammettendosi, pertanto, il cd. affidamento diretto<sup>68</sup>.

---

<sup>64</sup> Cass. civ., sez. un., 6 maggio 1995, n. 4991.

<sup>65</sup> Per analoghe conclusioni con riferimento ad una società per azioni a capitale interamente pubblico, cfr. Cass. civ., sez. un., 27 marzo 1997, n. 2378.

<sup>66</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1206; Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1207; Cons. Stato, sez. VI, 17 settembre 2002, n. 4711; Cons. Stato, sez. VI, 5 marzo 2002, n. 1303; Cons. Stato, sez. VI, 28 ottobre 1998, n. 1478.

<sup>67</sup> Tale tesi era stata sostenuta, in particolare, da P. Virga, *Diritto amministrativo*, Milano, 1994, 321.

<sup>68</sup> F. Luciani, *La gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Dir. amm.*, 1995, 245, 289 ss.; M. Pallottino, *Gli appalti nei servizi pubblici locali*, in *Riv. giur. edil.*, 1991, 34 ss.

Le altre ragioni addotte a sostegno di questa tesi erano le seguenti: i) l'art. 22 della legge n. 142 del 1990 contemplava la concessione a terzi quale modello gestorio distinto rispetto a quello dell'affidamento a società mista (Cons. Stato, Ad. gen., 16 maggio 1996, n. 3035; si v. anche Cass. civ., sez. un., 6 maggio

Infine, la dottrina e la giurisprudenza dell'epoca si erano poste il problema relativo alla possibilità di osservare le regole dell'evidenza pubblica nella scelta del socio privato delle società a partecipazione pubblica maggioritaria. La questione non si poneva per le società miste minoritarie, in quanto per esse, come già sottolineato, era la legge stessa a richiedere l'osservanza di procedure competitive.

Parte della dottrina era dell'avviso che il rispetto delle regole dell'evidenza pubblica potesse essere imposto soltanto con riferimento ai contratti di scambio e non anche in relazione ai contratti associativi, tra cui quello societario. Si sosteneva, infatti, che nella fase di conclusione di questa tipologia contrattuale assumesse valenza determinante non già la valutazione della maggiore o minore convenienza economica della controprestazione, bensì l'aspetto fiduciario della scelta del *partner* e, cioè, «*la verifica della sussistenza di una comunione di intenti e di interessi, che consenta di avviare l'esercizio in comune di un'attività economica*»<sup>69</sup>.

L'orientamento prevalente seguito dalla giurisprudenza amministrativa<sup>70</sup> riteneva necessaria l'osservanza dei vincoli procedurali. In particolare, il Consiglio di Stato affermava, innanzitutto, come l'espletamento di attività latamente amministrative atinenti anche all'esercizio di pubblici poteri, nonché lo svolgimento di compiti di gestione inerenti al servizio pubblico da parte del socio privato comportassero che la scelta di quest'ultimo non potesse essere demandata a scelte fiduciarie che si sarebbero poste in contrasto con i principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa<sup>71</sup>. Si osservava, inoltre, come, dovendo la scelta cadere non su «*un socio qualsiasi*» ma su «*un socio imprenditore*», dotato di significativi requisiti tecnico-finanziari e strutturali, la stessa dovesse essere effettuata all'esito di un giudizio com-

---

1995, n. 4991); si tratta, dunque, di due moduli alternativi: il concessionario viene scelto all'esito di una procedura di evidenza pubblica; la società per azioni gestisce direttamente il servizio pubblico locale; *ii*) si porrebbe in contrasto con i principi di ragionevolezza ed economicità dell'azione amministrativa, nella prospettiva dell'Ente locale, la costituzione, con investimenti di ingenti capitali, di una struttura societaria che potrebbe rimanere priva di effettivo utilizzo nell'eventualità di una "sconfitta" nel confronto concorrenziale (F. Luciani, *La gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, cit., 293); *iii*) scarsa propensione alla sottoscrizione di quote di capitale sociale, sul piano pratico, da parte di operatori privati consapevoli di doversi sottoporre agli incerti esiti di una gara pubblica per poter ottenere l'affidamento del servizio; *iv*) rapporto di sostanziale equiordinazione tra aziende speciali e società miste che rischierebbe di essere alterato qualora non si optasse per la tesi dell'affidamento diretto, del quale le prime beneficiano in virtù di una chiara previsione normativa (art. 22, legge, cit.).

<sup>69</sup> G. Caia, *Società per azioni a prevalente capitale pubblico locale: scelta dei soci e procedura di affidamento del servizio*, in *Nuova Rass.*, 1995, 1083 ss. Veniva addotta, inoltre, una motivazione di ordine letterale desunta a contrario dall'art. 12 della legge n. 498 del 1992, che imponeva per le società per azioni a partecipazione pubblica minoritaria l'osservanza delle procedure concorsuali per la scelta dei soci privati. Questa espressa previsione era chiaro sintomo di una volontà legislativa di non estendere le regole dell'evidenza pubblica alla società miste maggioritarie.

<sup>70</sup> Cons. giust. amm. Sicilia, 23 luglio 2001, n. 410; Trib. amm. reg. Puglia, Bari, sez. II, 23 aprile 1998, n. 367; Trib. amm. reg. Genova, Liguria, sez. II, 8 maggio 1997, n. 134.

<sup>71</sup> Cons. Stato, sez. V, 6 aprile 1998, n. 435; Cons. Stato, sez. V, 19 febbraio 1998, n. 192; nello stesso senso si v. Cons. Stato, sez. V, 15 febbraio 2002, n. 917; Cons. Stato, sez. V, 3 settembre 2001, n. 4586; Cons. Stato, sez. V, 22 maggio 2001, n. 2835.

parativo adeguatamente formalizzato, al fine di assicurare «la migliore funzionalità del servizio, anche in termini di economicità, nell'interesse preminente della collettività locale»<sup>72</sup>.

Sul piano sistematico, questa opzione interpretativa consentiva, inoltre, di “recuperare”, in sede di costituzione della società, il rispetto delle regole della concorrenza “messe da parte” nella successiva fase dell'affidamento del servizio.

Analizzando la riforma degli anni Novanta alla luce del principio della concorrenza, deve rilevarsi come, da un lato, in relazione alla “concorrenza nel mercato” non sia stata adottata alcuna misura significativa; dall'altro, in relazione alla “concorrenza per il mercato”, l'unico aspetto positivo era rappresentato dall'assecondarsi dell'orientamento giurisprudenziale favorevole al rispetto delle regole di garanzia nella scelta del socio privato.

### 13.3. Art. 35 della legge n. 448 del 2001

Nel novembre del 2000 la Commissione europea ha contestato all'Italia la violazione da parte dell'art. 22 della legge n. 142 del 1999 delle regole della concorrenza<sup>73</sup>.

Per rispondere alle contestazioni emerse in sede europea, il legislatore italiano è intervenuto con l'art. 35 della legge 28 dicembre 2001, n. 448, dettando nuove disposizioni che hanno, in parte, modificato il testo degli artt. 113 ss. del decreto legislativo n. 267 del 2000<sup>74</sup>.

La nuova disciplina distingueva preliminarmente tra servizi pubblici locali di rilevanza industriale e servizi privi di tale rilevanza, rinviando ad un successivo regolamento governativo<sup>75</sup> la individuazione dei servizi a rilevanza industriale<sup>76</sup>.

Per i servizi privi di rilevanza industriale, il tracciato normativo del nuovo art. 113 (che è rimasto fermo anche dopo le modifiche intervenute successivamente e che verrà analizzato oltre) si snoda lungo tre innovative direttrici: *i*) proprietà delle reti; *ii*) gestione delle stesse; *iii*) affidamento dei servizi.

In sintesi, l'art. 35 ha introdotto una distinzione tra proprietà degli impianti e delle reti, gestione delle predette infrastrutture (separata ove possibile dalla prestazione dei servizi) ed attività volta ad erogare questi ultimi.

---

<sup>72</sup> Cons. Stato, sez. V, n. 435 del 1998, cit. e Cons. Stato, sez. V, n. 192 del 1998, cit.

<sup>73</sup> Atto di costituzione in mora 8 novembre 2000, n. SG (2000) D/108243.

<sup>74</sup> Per un commento a tale articolo si v. D. Ielo-V. Lopilato, *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Dir. & form.*, 2002, 1347 ss.

<sup>75</sup> Tale regolamento, pervenuto due volte allo stadio di bozza assai avanzata, non è stato mai emanato. A tal proposito, parte della giurisprudenza ha posto in evidenza come, anche prima della sua emanazione, i nuovi artt. 113 e 113-*bis* sarebbero stati ugualmente applicabili, potendosi individuare in via interpretativa (anche sulla base delle previsioni delle leggi di settore) la natura dei servizi (in tal senso Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2005, n. 1074; Cons. Stato, sez. V, 6 maggio 2003, n. 2380); altro orientamento riteneva, invece, che, in assenza del previsto regolamento attuativo, il nuovo regime non fosse applicabile (Cons. Stato, sez. V, 29 novembre 2005, n. 6736).

<sup>76</sup> Art. 35, comma 16, legge n. 448 del 2001.

In particolare, in primo luogo, viene affermato il principio della proprietà pubblica degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni patrimoniali<sup>77</sup>.

Nei servizi pubblici offerti attraverso una rete (ad esempio, gas o energia), la separazione tra rete e servizio costituisce, come già sottolineato, uno strumento di liberalizzazione e, dunque, un mezzo di promozione della concorrenza. La rete è normalmente non duplicabile e, quindi, “unica”, per cui se la sua proprietà non fosse separabile dalla gestione del servizio, la conseguenza sarebbe che quest’ultima non potrebbe che spettare ad un “unico” gestore, che opererebbe in regime di monopolio (naturale). Separando la proprietà della rete dalla gestione, invece, si può aprire il mercato a più soggetti per la erogazione del servizio. Così, a titolo esemplificativo, si può incorporare la proprietà della rete di una ferrovia metropolitana per poi far correre sui binari treni appartenenti a diversi gestori<sup>78</sup>.

Si tenga, inoltre, conto del fatto che, in mancanza di questa previsione, gli operatori di settore incontrerebbero, come è avvenuto sino al 2001, una forte barriera all’entrata rappresentata dalla necessità di dovere acquistare la proprietà del bene per gestire il servizio, con prevedibili difficoltà soprattutto economiche.

Ma anche qualora la rete fosse astrattamente “duplicabile” non si potrebbe imporre all’operatore di costruire una propria rete introducendo la regola “ogni gestore una sua rete”.

Ciò in quanto anche in questo caso si realizzerebbe una “barriera all’entrata” costituita da costi di costruzione così alti da indurre l’aspirante gestore a rinunciare all’impresa<sup>79</sup>, con la conseguenza che quel servizio continuerebbe ad essere erogato dal “vecchio” monopolista.

Per queste ragioni, il legislatore del 2001 ha sancito il principio secondo cui le reti devono normalmente essere di proprietà dell’Ente locale.

Il comma 2 dell’art. 113<sup>80</sup> stabiliva, inoltre, che «*gli Enti locali non possono cedere la proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinati all’esercizio dei servizi pubblici di cui al comma 1*», salvo che la stessa non sia conferita, come prevede il successivo comma 13, «*a società di capitali di cui detengono la maggioranza, che è incredibile*». Tale ultima disposizione richiede, poi, che le predette società pongano

<sup>77</sup> Quanto alla definizione delle reti e degli impianti la dottrina (cfr. G.E. Berlingiero, *Studi sul pubblico servizio*, Milano, 2003, 228) ha evidenziato che «*reti e impianti possono essere definiti in relazione a dati empirici, le prime come attrezzature diffuse e tra loro connesse su cui corre il prodotto dell’attività; i secondi come strutture connesse ma allocate in un unico luogo e non diffuse, destinate alla produzione del servizio*». Per quanto riguarda invece la definizione di «*altre dotazioni patrimoniali*», la dottrina maggioritaria ha ritenuto che tale espressione comprenda i soli beni essenziali alla produzione del servizio, cioè quei beni senza i quali è impossibile svolgere il servizio stesso.

<sup>78</sup> F. Merusi, *Cent’anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, cit., 51.

<sup>79</sup> Cfr. G. Corso, *I beni pubblici come strumento essenziale dei servizi di pubblica utilità*, in *Annuario della associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 35.

<sup>80</sup> Art. 113, comma 2, del decreto legislativo n. 267 del 2000, così come riscritto dall’art. 35, comma 1, legge n. 448 del 2001. Tale comma, peraltro, non è stato modificato dall’art. 14 del decreto-legge n. 269 del 2003.

«le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali a disposizione dei gestori incaricati della gestione del servizio o, ove prevista la gestione separata della rete, dei gestori di quest'ultima, a fronte di un canone stabilito dalla competente Autorità di settore, ove prevista, o dagli enti locali». Alle citate società possono essere, inoltre, affidati, senza gara, la gestione delle reti e il compito di espletare le gare per l'erogazione del servizio.

Il legislatore del 2001 ha previsto, inoltre, un'eccezione alla regola della separazione: il comma 14 dell'art. 113 stabilisce, infatti, che se le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali «sono di proprietà di soggetti diversi dagli Enti locali, questi possono essere autorizzati a gestire i servizi o loro segmenti» a condizione che siano rispettati determinati standard e siano praticate tariffe non superiori alla media regionale «salvo che le discipline di carattere settoriale o le relative Autorità dispongano diversamente»<sup>81</sup>.

Al principio della proprietà pubblica delle reti e della loro intrasferibilità si affianca, poi, il principio di separazione, secondo quanto previsto dalle discipline di settore, dell'attività di gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali, dall'attività di erogazione del servizio.

Anche questa forma di separazione, determinando una segmentazione del mercato, costituisce un utile mezzo di promozione della concorrenza. Tale principio è stato introdotto per evitare che un medesimo soggetto possa svolgere congiuntamente attività in monopolio naturale, quale la gestione delle reti<sup>82</sup>, e attività potenzialmente esercitabili in regime di concorrenza, quale la gestione dei servizi. Il contestuale esercizio di tali attività presenta, infatti, il pericolo che l'impresa verticalmente integrata attui la pratica delle cd. sovvenzioni incrociate, trasferendo le risorse ottenute dall'esercizio di attività caratterizzate da monopolio naturale (gestione della rete) in attività esercitate in regime di concorrenza (erogazione del servizio). Ciò potrebbe comportare un rafforzamento di posizioni dominanti, con possibile formazione di barriere all'entrata di nuovi operatori.

La portata di questo principio è, però, ridimensionata dalla previsione, contenuta nel comma 3 dell'art. 113, secondo cui la separazione è una mera possibilità, e non un obbligo, rimessa alle scelte attuate dalle discipline di settore.

Quanto alle forme di gestione delle reti, l'art. 113, comma 4, decreto legislativo n. 267 del 2000 prevedeva che «qualora sia separata dall'attività di erogazione dei servizi, per la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali, gli Enti locali, anche in forma associata, si avvalgono: a) di soggetti allo scopo costituiti, nella forma di società di capitali, con la partecipazione maggioritaria degli Enti locali, anche associati, cui può essere affidata direttamente tale attività; b) di imprese idonee da individuare mediante procedura ad evidenza pubblica».

---

<sup>81</sup> Secondo parte della dottrina (M. Dugato, *I servizi pubblici locali*, cit., 2598) con questa norma il legislatore ha inteso «disciplinare i casi in cui reti ed impianti appartengono a soggetti sostanzialmente privati (...), in cui l'Ente locale non può evidentemente disporre la sottrazione dei beni al privato ed il loro trasferimento coattivo, non potendo al contempo dare corso al servizio senza gli stessi».

<sup>82</sup> Considerato che, come sottolineato, molte infrastrutture di rete non sono, infatti, economicamente duplicabili, l'attività di gestione delle stesse costituisce monopolio naturale.

La parte più innovativa della disciplina riguardava, però, come già rilevato, le forme di gestione del servizio: in particolare, l'art. 35 della legge n. 448 del 2001 affermava, proprio per rispondere alle obiezioni sollevate in sede, il principio dell'erogazione del servizio in regime di concorrenza, stabilendo che detta erogazione «*avviene secondo le discipline di settore, con conferimento della titolarità del servizio a società di capitali da individuarsi attraverso l'espletamento di gare con procedura ad evidenza pubblica*»<sup>83-84</sup>.

Il sistema realizzato, superando la tipicità delle forme di gestione dei servizi pubblici locali, era, dunque, completamente incentrato sul modello societario che, da possibile tipologia organizzativa per l'Ente locale era divenuto scelta obbligata.

Alla luce di quanto esposto può affermarsi che la riforma del 2001, eliminando qualunque forma di affidamento diretto, aveva, sotto questo specifico aspetto, attuato pienamente il principio della "concorrenza per il mercato": il gestore doveva, infatti, essere scelto all'esito dell'espletamento di una procedura concorsuale cui potevano partecipare i soli soggetti organizzati in forma di società di capitali, senza che avesse alcuna rilevanza la circostanza che dette società fossero interamente private ovvero fossero partecipate da capitale pubblico. Il legislatore del 2001 non aveva, pertanto, sancito, sul piano formale, la scomparsa dell'impresa pubblica locale che poteva partecipare alle gare, introducendo, in ossequio a quanto prescritto dal diritto europeo, un regime di perfetta parità di condizioni tra imprese pubbliche e private, potendo entrambe gestire il servizio a seguito di una procedura concorsuale.

Per quanto attiene alla concorrenza nel mercato, la misura legislativa più rilevante è stata quella che ha introdotto, secondo quanto già esposto, la segmentazione del mercato. Nondimeno, il mercato continuava ad essere ancora, anche per le ragioni già indicate [par. 2], non pienamente liberalizzato.

I rapporti tra l'ente e le aziende sono, poi, disciplinati da «*contratti di servizio*», allegati ai capitolati, che dovranno prevedere «*i livelli dei servizi da garantire e adeguate strumenti di verifica del rispetto dei livelli previsti*» (art. 113, comma 11, del decreto legislativo n. 267 del 2000, tuttora vigente).

<sup>83</sup> Art. 113, comma 5, del decreto legislativo n. 267 del 2000.

<sup>84</sup> Per quanto attiene alla individuazione dello specifico sistema di gara per la scelta del gestore del servizio, l'art. 113 rimetteva agli Enti locali la possibilità di optare tra procedure aperte e procedure ristrette.

Al tempo stesso erano, però, indicati gli standards di riferimento per l'espletamento della gara e criteri di aggiudicazione. In particolare, la gara era espletata dal Comune oppure dalle società di capitali proprietarie delle reti ed era indetta nel rispetto degli standards qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza definiti dalla competente autorità di settore o, in mancanza di questa, dagli Enti locali.

Infine, la gara doveva essere aggiudicata sulla base del miglior livello di qualità e sicurezza e delle condizioni economiche e di prestazione del servizio, dei piani di investimento per lo sviluppo e il potenziamento delle reti e degli impianti, per il loro rinnovo e manutenzione, nonché dei contenuti di innovazione tecnologica e gestionale (art. 113, comma 7, decreto legislativo n. 267 del 2000).

Tale ultimo periodo, come vedremo, è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo con la sentenza n. 272 del 2004 della Corte Costituzionale.

Deve, inoltre, rilevarsi che nel previgente sistema, qualunque fosse il modello gestorio prescelto (gestione diretta, azienda speciale, concessione, società a capitale misto), il risultato era rappresentato in ogni caso dall'individuazione di un unico soggetto affidatario del servizio<sup>85</sup>. A seguito della riforma del 2001, invece, l'Ente locale poteva decidere in astratto di attribuire la gestione del servizio sia ad un unico gestore che a più soggetti. Tuttavia, ciò non costituiva garanzia di attuazione del principio della concorrenza nel mercato: in mancanza di una effettiva liberalizzazione del settore, infatti, l'erogazione del servizio continuava ad essere affidata ad uno o, comunque, a pochi gestori, come dimostra la scelta di un mezzo di selezione dei soggetti erogatori. Perché sia possibile che vi siano più gestori è necessario prima creare le condizioni attraverso l'adozione di specifiche misure regolatorie, non essendo sufficiente avere previsto la sola separazione della proprietà dalla gestione del servizio.

Per quanto attiene alla gestione dei servizi privi di rilevanza industriale, l'art. 35, comma 15, che ha introdotto nel decreto legislativo n. 267 del 2000 l'art. 113-*bis*, ricalcava l'organizzazione prevista in precedenza per tutti i tipi di servizi pubblici, con due novità: la prima costituita dalla soppressione della concessione a terzi, ad opera dell'art. 35, comma 13, e la seconda relativa all'individuazione di una nuova forma di gestione, rappresentata dall'affidamento ad associazioni o fondazioni partecipate dall'ente.

In particolare, tale disposizione prevedeva una pluralità di modelli che privilegiavano l'affidamento in via diretta a istituzioni, aziende speciali anche consortili, società di capitali costituite o partecipate dagli Enti locali. La gestione in economia era ammessa solo nel caso in cui, per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio, non fosse opportuno fare ricorso ad uno di questi ultimi modelli.

Infine, in presenza di ragioni tecniche o economiche di utilità sociale, era possibile ricorrere all'affidamento a terzi in base a procedure di evidenza pubblica, lasciando così intendere la preferenza per la gara soltanto nei casi in cui vi fosse stata un'alta probabilità che i soggetti terzi potessero garantire prestazioni di maggiore qualità e di maggiore economicità.

Come si esporrà oltre, questa norma è stata dichiarata illegittima dalla Corte Costituzionale<sup>86</sup>.

#### 13.4. Riforma del 2003

La riforma del 2001 continuava a presentare, come appena esposto, talune criticità.

Da qui l'emanazione dell'art. 14 del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito in legge 24 novembre 2003, n. 326, il quale, modificando la rubrica dell'art. 113 decreto legislativo n. 267 del 2000, ha, innanzitutto, sostituito la distinzione fra

---

<sup>85</sup> M. Dugato, *I servizi pubblici locali*, cit., 2603.

<sup>86</sup> Corte cost. n. 272 del 2004, cit.

servizi a rilevanza industriale e servizi privi di tale rilevanza con quella tra servizi di rilevanza economica e non economica<sup>87</sup> [par. 1].

Peraltro, la relativa qualificazione non risulta più demandata ad un regolamento governativo di esecuzione e attuazione delle norme di legge, stante l'abrogazione del comma 16 dell'art. 35 che lo contemplava, ma all'attività dell'interprete<sup>88</sup>.

In questa ottica, la individuazione del «*servizio pubblico di rilevanza economica*» non può avvenire *a priori*, alla luce della natura dell'attività svolta, ma «*soltanto come conseguenza del modello gestionale scelto dall'amministrazione per la sua organizzazione*»<sup>89</sup>.

Chiarito ciò, deve rilevarsi come il legislatore – pur mantenendo fermo il tracciato normativo delineato dall'art. 35 della legge n. 448 del 2001 e le tre direttrici fondamentali (proprietà delle reti, gestione delle stesse, affidamento dei servizi) – abbia apportato rilevanti modifiche con riferimento ai modelli gestionali previsti per ciascun livello, al fine anche di limitare le ipotesi di affidamento diretto contestate in sede europea.

In particolare, con riferimento al principio della proprietà pubblica delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali, il nuovo art. 113, comma 13, stabilisce che la suddetta proprietà può essere conferita, nei casi in cui non sia vietato dalle normative di settore, soltanto a società a capitale interamente pubblico (che è incredibile) e non più a società miste maggioritarie, come era previsto nella precedente formulazione della norma<sup>90</sup>.

Per la gestione delle reti, il modello consistente nell'affidamento diretto a soggetti allo scopo costituiti, nella forma di società di capitali con la partecipazione maggioritaria degli Enti locali, anche associati, è stato sostituito dall'affidamento a società di capitali con la partecipazione totalitaria di capitale pubblico, a condizione «*che gli*

<sup>87</sup> Cfr. art. 14, comma 1, lett. a, decreto-legge n. 269 del 2003, nonché art. 14, comma 2, decreto-legge n. 269 del 2003, che ha modificato l'art. 113-*bis*.

<sup>88</sup> La dottrina ha valutato con favore l'abbandono del concetto di industrialità, troppo rigidamente ancorato ad elementi di carattere oggettivo, discendenti dalle modalità di produzione del servizio; secondo A. Azzariti, *Il socio privato nella società mista per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2005, il concetto di industrialità del servizio appariva ingiustificatamente restrittivo, data la possibilità di gestire in forma di impresa anche servizi di carattere sociale o meramente erogativi, alla luce del quadro normativo interno e delle prescrizioni provenienti dal diritto europeo.

<sup>89</sup> La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 272 del 2004, ha sottolineato che la distinzione operata dalla norma in esame debba essere affidata ad una valutazione casistica da svolgersi «*in relazione al soggetto erogatore, ai caratteri ed alle modalità della prestazione, ai destinatari*».

In dottrina G. Piperata, voce *Servizi pubblici locali*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, 5529.

<sup>90</sup> Si è affermato (M. Dugato, *La disciplina dei servizi pubblici locali*, cit., 123) che la presenza di privati nella compagine societaria «*mal si conciliava*» con la funzione di gestore delle gare per l'affidamento del servizio che poteva essere affidato a dette società proprietarie. E ciò era deprecabile «*soprattutto alla luce dell'assenza di una previsione che vietasse ai privati di essere contestualmente soci delle società proprietarie delle reti e di società che aspirassero all'assegnazione dei servizi ai quali la gara si riferiva*» (M. Dugato, *La disciplina dei servizi pubblici locali*, cit., 123).

*enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti pubblici che la controllano»<sup>91</sup> [sull'*in house* si v. par. successivo e cap. 7].*

Per quanto attiene, infine, alla erogazione del servizio, il nuovo art. 113, al comma 5, ha previsto nuovamente la possibilità per l'Ente locale di scegliere tra più modelli gestionali. In particolare, la norma richiamata stabilisce che il conferimento della titolarità del servizio pubblico per l'erogazione del servizio è affidato: *i*) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica; *ii*) a società a capitale misto pubblico privato, nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e europee in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche; *iii*) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti pubblici che la controllano.

Per l'erogazione del servizio si è passati, dunque, da un sistema che demandava l'intera gestione del servizio stesso a società di capitali individuate mediante gara pubblica ad un sistema che affianca a tale modalità l'affidamento diretto a imprese pubbliche locali che abbiano determinati requisiti.

Anche con riferimento ai servizi pubblici privi di rilevanza economica, le modalità di gestione sono state modificate: da un lato, è stata eliminata la possibilità di affidamento a terzi e, dall'altro, è stato sostituito<sup>92</sup> l'affidamento diretto a società di capitali costituite o partecipate dagli Enti locali con il modello dell'affidamento a società totalitarie pubbliche in presenza delle condizioni di cui alla suddetta lett. c dell'art. 113.

### 13.5. Riforma del 2008

L'art. 23-*bis* del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito in legge 6 agosto 2008, n. 133, ha disciplinato nuovamente la materia nella prospettiva di favorire la più ampia diffusione dei principi della concorrenza e di ridurre la presenza del pubblico nella gestione dei servizi.

Il legislatore ha previsto come regola generale che gli Enti locali debbano affidare la gestione di servizi pubblici locali di rilevanza economica: *i*) ad imprenditori o società, in qualunque forma costituite, individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica nel rispetto dei principi europei e dei principi generali relativi ai contratti pubblici «*e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo ri-*

---

<sup>91</sup> Art. 14, comma 1, lett. c.

<sup>92</sup> Cfr. art. 14, comma 2, lett. c.

*conoscimento, proporzionalità» (comma 2, lett. a); ii) a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, le quali abbiano ad oggetto, «al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40%» (comma 2, lett. b).*

La possibilità di ricorrere all'*in house* assume carattere eccezionale. Si prevede, infatti, che «*in deroga alle modalità di affidamento ordinario (...), per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta "in house" e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano» (comma 3) [sull'analisi approfondita della figura dell'*in house* si v. cap. 7, parr. 13-13.5].*

In attuazione di tale normativa (comma 10) è stato adottato un regolamento di delegificazione: il decreto del Presidente della Repubblica 7 settembre 2010, n. 168.

La Corte Costituzionale<sup>93</sup> ha rilevato come l'introduzione, attraverso il suddetto art. 23-*bis*, di regole concorrenziali più rigorose di quelle minime richieste dal diritto dell'Unione europea non sia imposta dall'ordinamento europeo «*e, dunque, non è costituzionalmente obbligata, ai sensi del primo comma dell'art. 117 Cost.*», ma neppure si pone in contrasto con la normativa europea, «*che, in quanto diretta a favorire l'assetto concorrenziale del mercato, costituisce solo un minimo inderogabile per gli Stati membri*».

### 13.6. Riforme del 2011

Il referendum popolare, che si è svolto il 12 e 13 giugno 2011, ha deliberato, ai sensi dell'art. 75 Cost., l'abrogazione dell'art. 23-*bis* del decreto-legge n. 112 del 2008.

L'intento referendario è stato quello di «*escludere l'applicazione delle norme contenute nell'art. 23-bis che limitano, rispetto al diritto europeo, le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, quelle di gestione in house di pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica (ivi compreso il servizio idrico)*».

A seguito del predetto referendum l'art. 1, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 18 luglio 2011, n. 113, ha abrogato l'art. 23-*bis* a decorrere dal 21 luglio 2011.

L'abrogazione della norma ha comportato anche, per caducazione, l'abrogazione del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica n. 168 del 2010 emanato sulla base della norma medesima e per la sua esecuzione.

<sup>93</sup>Corte cost., n. 325 del 2010.

L'art. 4 del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, in legge 14 settembre 2011, n. 148, è intervenuto nuovamente per regolare la materia in esame<sup>94</sup>.

In relazione alla concorrenza nel mercato, si è previsto che «*gli Enti locali, nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, dopo aver individuato i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e universale, verificano la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, di seguito "servizi pubblici locali", liberalizzando tutte le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità e accessibilità del servizio e limitando, negli altri casi, l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità*» (comma 1).

In relazione alla concorrenza per il mercato, si è previsto che la gestione del servizio può avvenire mediante l'affidamento: *i) a imprenditori o società «in qualunque forma costituita individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità» (comma 8); ii) a società mista previa gara «avente ad oggetto al tempo stesso, la qualità di socio, al quale deve essere conferita una partecipazione non inferiore al 40 per cento, e l'attribuzione di specifici compiti operativi» (comma 12); iii) in house solo «se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento sia pari o inferiore alla somma complessiva di € 200.000 annui» (comma 13).*

La Corte Costituzionale<sup>95</sup> ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il suddetto art. 4 per violazione del divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare desumibile dall'art. 75 Cost. In particolare, si è osservato che tale articolo «*nonostante sia intitolato "Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dall'Unione europea", detta una nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, che non solo è contraddistinta dalla medesima ratio di quella abrogata, in quanto opera una drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti in house, al di là di quanto prescritto dalla normativa comunitaria, ma è anche letteralmente riproduttiva, in buona parte, di svariate disposizioni dell'abrogato art. 23-bis e di molte disposizioni del regolamento attuativo del medesimo art. 23-bis contenuto nel d.P.R. n. 168 del 2010*». Nella sentenza si aggiunge come la normativa in esame «*rende ancor più remota l'ipotesi dell'affidamento diretto dei servizi, in quanto non solo limita, in via generale, "l'attribuzione di diritti di esclusiva alle*

---

<sup>94</sup> Tale articolo ha subito successive modifiche ed aggiustamenti da parte: della legge 12 novembre 2011, n. 183, del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, in legge 24 marzo 2012, n. 27, del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, in legge 7 agosto 2012, n. 134, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, in legge 17 dicembre 2012, n. 221.

<sup>95</sup> Corte cost. n. 199 del 2012.

*ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità» (comma 1), analogamente a quanto disposto dall'art. 23-bis (comma 3) del d.l. n. 112 del 2008, ma la è ancora anche al rispetto di una soglia commisurata al valore dei servizi stessi, il superamento della quale (900.000 euro, nel testo originariamente adottato; ora 200.000 euro, nel testo vigente del comma 13) determina automaticamente l'esclusione della possibilità di affidamenti diretti».*

Tale effetto si verifica, rileva la Corte, a prescindere da qualsivoglia valutazione dell'Ente locale, *«ed anche – in linea con l'abrogato art. 23-bis – in difformità rispetto a quanto previsto dalla normativa comunitaria, che consente, anche se non impone la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale, allorché 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».*

### **13.7. Riforma del 2012 e disciplina vigente**

L'intervento della Corte Costituzionale ha determinato un vuoto di tutela.

Il legislatore è intervenuto, pertanto, con una disciplina “minimale” contenuta nell'art. 34 del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179.

Il comma 20 di tale norma ha disposto quanto segue: *«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».*

Il successivo comma 21 ha disciplinato il periodo transitorio prevedendo che: *i) «gli affidamenti in essere alla data di entrata in vigore del presente 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»; ii) «per gli affidamenti in cui non è prevista una data di scadenza gli enti competenti provvedono contestualmente ad inserire nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto un termine di scadenza dell'affidamento»; iii) «il mancato adempimento degli obblighi previsti nel presente comma determina la cessazione dell'affidamento alla data del 31 dicembre 2013».*

Con tale disciplina il legislatore ha effettuato, quindi, un rinvio alla normativa europea.

La previsione in esame conferma la peculiare natura del mercato, di ridotte dimensioni, che richiede la normale imposizione alle imprese pubbliche o private di obblighi di servizio pubblico. Non è un caso che, pur nella scarna disciplina, l'art. 34

disponga che all'esito dell'affidamento del servizio si definiscono con il contratto di servizio «i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste» (comma 20).

La normativa in esame non chiarisce espressamente quale sia il rapporto tra esternalizzazione mediante ricorso al mercato e autoproduzione mediante il ricorso all'*in house*. Non trova, in questo caso, applicazione diretta l'art. 192 del Codice dei contratti pubblici, che pone, come già esposto [par. 9], la regola dell'eccezionalità dell'*in house*.

La Corte Costituzionale ha affermato che anche la normativa specifica in esame, nel richiedere «l'indicazione delle "ragioni" dell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, il rispetto della parità degli operatori e l'adeguata informazione alla collettività di riferimento», non può che essere letta «come necessità di rendere palesi (anche) i motivi che hanno indotto l'amministrazione a ricorrere all'*in house* invece di rivolgersi al mercato»<sup>96</sup>.

Rimangono ferme le eventuali normative specifiche di settore che prevedono regole diverse, come è, ad esempio, disposto in presenza di servizi di trasporto pubblico locale, in relazione ai quali è espressamente previsto che non si applica il Codice dei contratti pubblici (art.18, lett. a, decreto legislativo n. 50 del 2016) mentre trova applicazione la regola dell'alternatività tra autoproduzione ed esternalizzazione (art. 61 della legge 23 luglio 2009, n. 99)<sup>97</sup>.

Nello specifico settore dei servizi pubblici locali di gestione dei rifiuti, il Consiglio di Stato ha sollevato questione pregiudiziale europea, chiedendo se il diritto europeo impedisce di configurare una società *in house*, pluripartecipata da soggetti pubblici, nel caso in cui, dopo l'affidamento, una delle amministrazioni partecipanti non abbia più il controllo analogo<sup>98</sup>.

Alla luce di quanto sin qui esposto, risulta, anche in comparazione con il sistema generale di affidamento dei servizi pubblici, che il servizio pubblico locale può essere affidato: *i*) a società privata all'esito di procedura di evidenza pubblica nel rispetto dei principi generali posti dal diritto europeo e non delle più rigide regole poste dal Codice dei contratti pubblici; *ii*) a società mista all'esito di una procedura di evidenza nel caso in cui il socio privato non sia stato scelto mediante la procedura cd. a doppio oggetto [cap. 7, par. 11.2]; *iii*) a società *in house*, con affidamento diretto, quale modulo eccezionale.

### 13.8. Mancata riforma del 2016

La legge n. 124 del 2015 aveva delegato il Governo a dettare una disciplina generale di riordino della materia dei servizi pubblici locali<sup>99</sup>.

<sup>96</sup> Corte cost. n. 100 del 2020.

<sup>97</sup> Cons. Stato, sez. V, 6 luglio 2020, n. 4310.

<sup>98</sup> Cons. Stato, sez. IV, 18 novembre 2020, n. 7161.

<sup>99</sup> In particolare, l'art. 19 dettava i seguenti principi e criteri direttivi: «a) riconoscimento, quale funzione fondamentale dei Comuni e delle Città metropolitane, da esercitare nel rispetto dei principi e dei

L'obiettivo era ambizioso e perseguiva lo scopo di dettare una disciplina esaustiva ed organica.

Si tenga conto che una delle principali carenze del sistema previgente era rappresentata dalla mancanza di forme di controllo efficaci sulla gestione dei servizi pubblici locali. Queste funzioni erano affidate agli stessi Enti locali che, partecipando, in vario modo, alla gestione dei servizi si trovavano in una situazione di costante conflitto di interessi.

La riforma del 2015-2016 intendeva attribuire questo compito, proprio per sopprimere a queste deficienze, alle Autorità indipendenti.

La Corte Costituzionale<sup>100</sup> ha ritenuto che, anche in questo ambito, si sia realizzato un intreccio di competenza statale in materia di tutela della concorrenza e competenza regionale in materia di gestione e organizzazione dei servizi pubblici locali, con la conseguenza che sarebbe stato necessario prevedere l'intesa e non il parere con la Conferenza unificata ai fini dell'adozione del decreto legislativo [cap. 2, par. 4].

Al momento in cui è stata pubblicata la sentenza della Corte, il Governo aveva predisposto uno schema di decreto su cui si era già espresso il Consiglio di Stato in sede consultiva<sup>101</sup>. Essendo scaduto il tempo previsto dalla legge delega per l'adozione del decreto legislativo, la riforma non è stata più attuata.

---

*criteri dettati dalla normativa europea e dalla legge statale, dell'individuazione delle attività di interesse generale il cui svolgimento è necessario al fine di assicurare la soddisfazione dei bisogni degli appartenenti alle comunità locali, in condizioni di accessibilità fisica ed economica, di continuità e non discriminazione, e ai migliori livelli di qualità e sicurezza, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale; b) soppressione, previa ricognizione, dei regimi di esclusiva, comunque denominati, non conformi ai principi generali in materia di concorrenza e comunque non indispensabili per assicurare la qualità e l'efficienza del servizio; (...) e) individuazione, anche per tutti i casi in cui non sussistano i presupposti della concorrenza nel mercato, delle modalità di gestione o di conferimento della gestione dei servizi nel rispetto dei principi dell'ordinamento europeo, ivi compresi quelli in materia di auto-produzione, e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di autonomia organizzativa, economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità; (...); h) definizione delle modalità di tutela degli utenti dei servizi pubblici locali; i) revisione delle discipline settoriali ai fini della loro armonizzazione e coordinamento con la disciplina generale in materia di modalità di affidamento dei servizi; l) previsione di una netta distinzione tra le funzioni di regolazione e controllo e le funzioni di gestione dei servizi, anche attraverso la modifica della disciplina sulle incompatibilità o sull'inconferibilità di incarichi o cariche; m) revisione della disciplina dei regimi di proprietà e gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni, nonché di cessione dei beni in caso di subentro, in base a principi di tutela e valorizzazione della proprietà pubblica, di efficienza, di promozione della concorrenza, di contenimento dei costi di gestione, di semplificazione; n) individuazione e allocazione dei poteri di regolazione e controllo tra i diversi livelli di governo e le autorità indipendenti, al fine di assicurare la trasparenza nella gestione e nell'erogazione dei servizi, di garantire l'eliminazione degli sprechi, di tendere al continuo contenimento dei costi aumentando nel contempo gli standard qualitativi dei servizi; o) previsione di adeguati strumenti di tutela non giurisdizionale per gli utenti dei servizi; p) introduzione e potenziamento di forme di consultazione dei cittadini e di partecipazione diretta alla formulazione di direttive alle amministrazioni pubbliche e alle società di servizi sulla qualità e sui costi degli stessi».*

<sup>100</sup> Corte cost. n. 251 del 2016, cit.

<sup>101</sup> Cons. Stato, parere 6 aprile 2016, cit.

## 14. Riparto di giurisdizione: cenni e rinvio

L'art. 133 lett. c), cod. proc. amm. prevede che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo *«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 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»*.

Per maggiori approfondimenti si rinvia al cap. 25, par. 15-15.1.

## 15. Considerazioni conclusive

La mancata riforma del settore, conseguente all'intervento della Corte Costituzionale, ha impedito di regolare in modo organico una materia che, come è risultato dalla riportata evoluzione normativa, è stata sempre oggetto di interventi non adeguati anche perché alcuni di essi sono stati occasionati da ragioni contingenti.

Sarebbe opportuna l'introduzione di una regolazione complessiva e unitaria dell'intero settore dei servizi pubblici nazionali, regionali e locali nel rispetto delle competenze costituzionali.

