



Università degli Studi di Cagliari

DOTTORATO DI RICERCA
in
**Diritto dell'attività amministrativa informatizzata
e della comunicazione pubblica**

Ciclo XXVI

*La nuova dimensione dei servizi pubblici locali tra efficienza e
informatizzazione. Riflessioni comparate tra Italia e Inghilterra.*

Settore scientifico disciplinare di afferenza: IUS/10

Presentata da:	Barbara Ortu
Coordinatore Dottorato	Prof. Felice Ancora
Relatore	Prof.ssa Paola Piras

Esame finale anno accademico 2012 - 2013

A mio padre, il mio angelo custode.

A mia mamma, per aver reso possibili tutti i miei sogni.

A Enrico, per aver illuminato la mia vita con amore e instancabile pazienza.

Indice

<i>Prefazione</i>	p. 5
-------------------	------

CAPITOLO I

IL QUADRO DI RIFERIMENTO. DALLA MERA AMMINISTRAZIONE DI PRESTAZIONE ALL'AMMINISTRAZIONE DI QUALITÀ.

1. <i>La nozione di servizio pubblico locale: profili definatori</i>	p. 9
2. <i>L'evoluzione storico normativa in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica in una prospettiva comparata con l'Inghilterra: premessa</i>	p. 24
2.1 <i>La prima regolamentazione del settore: due Paesi a confronto</i>	p. 36
2.2 <i>La disciplina dei servizi pubblici nella legislazione degli anni novanta</i>	p. 47
3. <i>La gestione - Società in house: caratteri generali</i>	p. 64
3.1 <i>I contributi della giurisprudenza comunitaria</i>	p. 70
3.2 <i>I requisiti legittimanti nei primi interventi definatori</i>	p. 72
3.3 <i>Il controllo analogo</i>	p. 75
3.4 <i>L'attività prevalente finalizzata</i>	p. 76
3.5 <i>I successivi interventi della giurisprudenza comunitaria</i>	p. 77
3.6 <i>La giurisprudenza nazionale</i>	p. 92

CAPITOLO II

DAL NEW PUBLIC MANAGEMENT ALLA PUBLIC GOVERNANCE. INNOVAZIONI NORMATIVE IN TEMA DI SERVIZI PUBBLICI LOCALI DI RILEVANZA ECONOMICA.

1. <i>Dal New Public Management alla Public Governance: premessa</i>	p. 104
2. <i>Local Government Act del 1999 e D. Lgs. 18 agosto 2000, n. 267: due normative a confronto</i>	p. 115
3. <i>L'intervento della legge finanziaria per il 2002</i>	p. 122
4. <i>La Legge 24 novembre 2003, n. 326</i>	p. 126

5. <i>D. L. 25 agosto 2008, n. 112</i>	p. 132
6. <i>D. L. 25 settembre 2009, n. 135</i>	p. 137
7. <i>Le innovazioni degli ultimi anni</i>	p. 141
8. <i>Conclusioni</i>	p. 164

CAPITOLO III

L'INNOVAZIONE TECNOLOGICA E IL NUOVO VOLTO DELL'AMMINISTRAZIONE PUBBLICA.

1. <i>Origini e prospettive dell'ICT: uno sguardo d'insieme</i>	p. 168
2. <i>Servizi e innovazione</i>	p. 181
3. <i>ICT e trasporto pubblico locale</i>	p. 195
4. <i>Servizi on line: nozione e caratteristiche</i>	p. 200
5. <i>Servizi pubblici e ICT</i>	p. 204
6. <i>Disciplina dell'accesso (art. 64)</i>	p. 212
7. <i>La disciplina delle istanze dei cittadini (art. 65)</i>	p. 215
8. <i>Conclusioni</i>	p. 217
<i>Bibliografia</i>	p. 219

Prefazione

I servizi pubblici locali rappresentano uno dei più risalenti elementi di relazione tra i *cives* e l'ente locale, uno dei fattori di identificazione, ma anche di misurazione della qualità della vita dei singoli individui, nonché un elemento di capitale importanza¹ per lo sviluppo sociale, economico, competitivo della comunità cui si rivolgono e, di riflesso, dell'intero Paese².

Peraltro, è convinzione comune che scrivere di questa materia sia, in questo momento storico, compito coraggioso e, nello stesso tempo, ostico³.

Coraggioso in quanto qualunque analisi è costretta a scontrarsi con un ampio iato tra un apparato normativo costituito da un numero sproorzionato di disposizioni provenienti dai più diversi livelli di governo e una realtà, quella delle autonomie locali (coinvolte in misura rilevante nell'attività di erogazione dei servizi), talmente variegata da sfuggire spesso alle capacità di ricostruzione sistematica e analitica degli studiosi.

Ostico a causa dell'intrecciarsi del dibattito sull'esatto ruolo del "pubblico" nell'assunzione, pianificazione, organizzazione e regolazione delle attività tese all'appagamento dei bisogni generali della collettività con quello relativo "al livello di governo più appropriato in cui allocare tali interventi"⁴.

Dall'analisi dell'evoluzione della disciplina legislativa⁵ dei servizi pubblici locali emergono le tensioni prodotte dalla ricerca di un'armonia tra pubblico e privato; tra esigenze di uniforme regolamentazione e istanze di decentramento; tra fautori della

¹ Cfr. P. LEYLAND, *UK Utility Regulation in an Age of Governance*, in N. BAMFORTH and P. LEYLAND, *Public Law in a Multy-Layered constitution*, Hart publishing, 2003, 192.

² G. PALLEGGIANO (Magistrato Tar Salerno), *La riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica – atti del convegno – Vallo della Lucania – 26 giugno 2009* - in www.giustizia-amministrativa.it; H. BONURA e M. CASSANO, *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, Giappichelli, Torino, 2011, 5 e ss.

³ H. BONURA e M. CASSANO, *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, Giappichelli, Torino, 2011, XI e ss.

⁴ H. BONURA e M. CASSANO, *ibidem*, XI e ss.

⁵ Sulle evoluzioni normative dei servizi pubblici locali: si vedano in particolare S. CASSESE, *Dalla vecchiaia alla nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Rass. Enel*, 1998, 233 ss; ID., *La trasformazione dei servizi pubblici in Italia*, in *Economia pubbl.*, 1996, 5, p. 5 ss.; ID., *La Nuova Costituzione economica*, Bari, 1999, p. 83 ss.; F. GIGLIONI, *Osservazioni sulla evoluzione della nozione di servizio pubblico*, in *Foro Amm.*, 1998, p. 2264 ss., N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999, passim; SALVIA, *Il servizio pubblico: una particolare conformazione dell'impresa*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p. 535 ss.; L. IEVA, *La teoria del servizio pubblico nell'evoluzione normativa, dottrinale e giurisprudenziale*, in *T.A.R.*, 2001, p. 529 ss.; R. ARRIGONI, *Regolazione ne gestione nelle public utilities: principio di separazione e libera concorrenza nell'applicazione dei principi costituzionali e comunitari*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, p. 87 ss..

supremazia del mercato e della concorrenza e sostenitori dell'insostituibilità del potere pubblico; tra strumenti e istituti del diritto pubblico e quelli del diritto privato; tra mercati globali e tradizioni municipali.

Negli ultimi anni poi, l'informatizzazione, “*raccogliendo il testimone ceduto dall'innovazione legislativa*”⁶, che aveva caratterizzato gli anni '90, ha assunto un ruolo strategico nella modernizzazione dell'apparato pubblico.

Pertanto, dopo una compiuta analisi dell'evoluzione storica e normativa dei servizi pubblici locali in Italia, è necessario verificare se sia possibile superare la crisi di efficienza che, oggi più che mai, sta investendo il settore delle *public utilities*.

Peraltro, il crescente processo di globalizzazione delle ultime decadi, con effetti talvolta dirimpenti in quei Paesi che hanno recepito i principi fondanti dei Trattati europei, offre la possibilità di prendere in considerazione la tematica tenendo sullo sfondo, l'ordinamento di altri Paesi e, in particolare, di quello inglese, che può rappresentare un'utile pietra di paragone nella ricerca di un loro miglioramento, soprattutto in relazione ai servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Si pone innanzitutto la necessità di chiarire due questioni definitorie: cosa debba intendersi per servizio pubblico locale e, nell'ambito di questo, per servizio di rilevanza economica.

La prima locuzione si rivela tra le più tormentate della scienza amministrativa. In assenza di una definizione legislativa generale valida per l'intero ordinamento giuridico, è essenziale il riferimento all'opera interpretativa di dottrina e giurisprudenza, che hanno elaborato differenti concezioni teoriche, utili soprattutto per ripercorrere il cammino che sta determinando la trasformazione dell'amministrazione da erogatrice di mere prestazioni, secondo un'impostazione tipica del primo novecento, ad un'amministrazione incentrata sulla qualità.

La generale crisi che, oggi più che mai, sta investendo il settore delle *public utilities*, impone di far precedere qualunque tentativo volto all'individuazione delle linee guida del rilancio della politica dei servizi, da una valutazione delle cause strutturali della loro crisi per la ricerca delle quali non si può prescindere dall'esame della loro evoluzione storica e normativa a partire dalla legge 29 marzo 1903 n. 103 (c.d. legge

⁶ Cfr. AA.VV., *E-Government e organizzazione nelle amministrazioni pubbliche, Analisi di caso sulle leve e condizioni organizzative per l'efficacia dell'e-government*, Rubbettino, 2007, 1.

Giolitti), “sull’assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni”⁷, fino al più recente Decreto Legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in Legge 24 marzo 2012, n. 27 (c.d. decreto liberalizzazioni).

In questo ampio periodo è emersa la contrapposizione tra coloro che ritenevano che solo l’assoggettamento del settore alle regole di mercato e la rimozione delle barriere d’ingresso avrebbero prodotto vantaggi diretti in capo ai consumatori in termini di riduzione dei costi e di *standard* qualitativi virtuosi, e le resistenze di coloro che, rimarcando l’inconciliabilità ontologica⁸ tra dinamiche concorrenziali e benefici all’utenza, enfatizzavano l’inevitabilità di una gestione integralmente pubblicistica.

In questa direzione, nell’affannoso tentativo di inseguire e risolvere problemi contingenti, è stato ignorato che la dimensione localistica del servizio pubblico costituisce un limite insormontabile rispetto alla possibilità di introdurre una disciplina volta alla creazione di un mercato concorrenziale.

Ma il vero fallimento del settore è probabilmente imputabile all’incapacità delle amministrazioni pubbliche di creare valore attraverso l’organizzazione e l’erogazione di servizi efficaci, efficienti ed economici, mediante l’individuazione e lo studio dei fabbisogni organizzativi interni e dell’impatto dell’innovazione.

Sebbene, infatti, l’evoluzione legislativa in materia abbia mostrato profili di coerenza con i nuovi paradigmi del *New Public Management* e con la *Public Governance*, i risultati ottenuti dalla prima fase della stagione di modernizzazione delle amministrazioni pubbliche non sono apparsi sempre in linea con le aspettative⁹ specialmente a causa di un modo di governare dei Comuni poco propenso al soddisfacimento degli interessi dei cittadini¹⁰.

Un valido ausilio in materia può probabilmente provenire dall’informatizzazione, che offre l’occasione per un cambio di prospettiva nell’organizzazione pubblica attraverso una ricollocazione di quei bisogni al centro della “macchina” da cui originano, e attraverso cui vengono erogati, i servizi pubblici.

⁷ La legge n. 103/1903 è rimasta formalmente in vigore fino a tempi recentissimi, venendo abrogata dall’ art. 24 del D.L. 25 giugno 2008, n. 112, convertito dalla legge 6 agosto 2008 n. 133. Il regolamento 10 marzo 1904 n. 108 è rimasto per tempo in vigore anche dopo l’approvazione della legge di riforma.

⁸ Il riferimento è specialmente al settore dei servizi c.d. essenziali.

⁹ Cfr. BORGONOVÌ E., *Principi e sistemi aziendali per le amministrazioni pubbliche*, EGEA, Milano, 2002, 12.

¹⁰ GLYNN J.J. and MURPHY, M.P. (1996) *Public Management. Failing accountabilities and failing performance review*, in *International Journal of Public Sector Management*, Vol. 9, No. 5/6, pp. 125-137.

Peraltro, è opportuno evidenziare la necessità di un profondo cambiamento culturale che investa tutti i soggetti a tutti i livelli e che i principi ispiratori del cambiamento siano fattivamente applicati e non solo condivisi in maniera solo formale.

L'ICT, infatti, non si identifica, né si riduce, con la “*digitalizzazione*” della PA, ma deve investire un processo più ampio composto da attori che guidano il cambiamento all'interno dell'organizzazione e da strumenti che, solo se adeguatamente inseriti nell'ambito organizzativo, possono contribuire a realizzare gli obiettivi dell'azione amministrativa.

CAPITOLO I

IL QUADRO DI RIFERIMENTO. DALLA MERA AMMINISTRAZIONE DI PRESTAZIONE ALL'AMMINISTRAZIONE DI QUALITÀ.

SOMMARIO: *1. La nozione di servizio pubblico locale: profili definatori – 2. L'evoluzione storico normativa in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica in una prospettiva comparata con l'Inghilterra: premessa. – 2.1 La prima regolamentazione del settore: due Paesi a confronto – 2.2 La disciplina dei servizi pubblici nella legislazione degli anni novanta – 3. La gestione - società in house: caratteri generali – 3.1 I contributi della giurisprudenza comunitaria - 3.2 I requisiti legittimanti nei primi interventi definatori - 3.3 Il controllo analogo – 3.4 L'attività prevalente finalizzata - 3.5 I successivi interventi della giurisprudenza comunitaria - 3.6 La giurisprudenza nazionale.*

1. La nozione di servizio pubblico locale: profili definatori.

Per inquadrare correttamente il tema è necessario comprendere innanzitutto cosa debba intendersi per servizio pubblico locale.

Infatti, sebbene ne abbia dettato la disciplina, il legislatore nazionale non ne ha mai fornito una definizione, così come non ha mai dato una definizione del più generale concetto di servizio pubblico¹¹ valida per l'intero ordinamento giuridico, né ha messo a disposizione degli operatori del diritto elementi, formali o sostanziali, per una sua qualificazione.

Tuttavia, considerato che la nozione di *servizio pubblico* locale costituisce “una

¹¹ Dal punto di vista concettuale, come riconosce anche la dottrina, non è identificabile con certezza il significato ed il valore della locuzione “*servizio pubblico*”. In tal senso F.G. SCOCA, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in *Le concessioni di servizi pubblici*, Rimini, 1988, 27; A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. amm.*, 1994, 463.

*specificazione della nozione generale*¹², seppur con un ambito più ristretto, è necessario prendere le mosse da quest'ultima¹³.

L'assenza di un riferimento sistematico nelle disposizioni normative ha reso sempre incerto il fondamento delle differenti concezioni teoriche elaborate dalla dottrina, al punto che l'affermazione di Giannini, secondo cui tale nozione “è tra quelle più tormentate”¹⁴ della scienza amministrativistica, si rivela ancora oggi di estrema attualità.

Peraltro, sebbene il tentativo di prospettare una precisa delimitazione della locuzione *de qua* costituisca un'operazione molto complessa¹⁵, si sottolinea la cruciale importanza di tale sforzo, soprattutto per applicare correttamente la copiosa normativa, derogatoria del diritto comune¹⁶, intervenuta a disciplinare questo settore.

Infatti, non è sufficiente che il servizio sia regolato da una o più norme per qualificarlo come pubblico. Al riguardo, Villata riconduce gli equivoci derivanti dal *carattere polisenso intrinseco alla locuzione “servizi pubblici”, “a non sorvegliati atti*

¹² Cfr. A. POLICE, *Spigolature sulla nozione di “servizio pubblico locale”,* in *Diritto Amministrativo*, fasc.1, 2007, 79. L'A. afferma che “per espressa previsione normativa, infatti, questa particolare species di servizio pubblico è limitata alle sole attività che “sono rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali”, sempre che esse rientrino “nell'ambito delle competenze” dell'ente territoriale che le assume”; sotto il profilo oggettivo, quindi, il servizio pubblico locale costituisce una specificazione del servizio pubblico. Cfr. anche G. B. NUZZI, *Concorrenza e servizi pubblici locali: principi comunitari e spunti problematici nella prospettiva della riforma del capo VII della l. 8 giugno 1990, n. 142,* in *Diritto del Commercio Internazionale*, fasc.3, 2000, pag. 615.

¹³ Per una completa ricostruzione delle vicende e del significato della nozione di servizio pubblico nel nostro ordinamento si vedano F. MERUSI, *Servizio pubblico*, in *Noviss. dig. it.*, 1970, vol. XVII, 217; S. CATTANEO, *Servizi pubblici*, in *Enc. dir.*, vol. XLII, 362; C. FRESA, *Servizio pubblico*, in G. GUARINO, *Dizionario amministrativo*, Milano, 1983, 1343; A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, in ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. VI, parte I, Milano, 1930, 377 ss.; U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964; P. CIRIELLO, (voce) *Servizi pubblici*, in *Enc. giur.* Treccani, 1992, vol. XXVIII, 1 ss.; F. GIGLIONI, *Osservazioni sulla evoluzione della nozione di “servizio pubblico”,* in *Foro amm.*, 1998, 2265 ss.; S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Bari, 2000, 83 ss.; L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001; V. DE FALCO, *Il servizio pubblico tra ordinamento comunitario e diritti interni*, Padova, 2003, 107; A. PIOGGIA, *Appunti per uno studio sulla nozione di pubblico servizio: i limiti e i requisiti dell'assunzione del servizio pubblico da parte dell'ente locale*, in *quaderni del Pluralismo*, 1998, 175 ss.; F. SALVIA, *I servizi pubblici nella letteratura recente*, in *Nuove auton.*, 2001, 7991 ss.; COSSU-CALVISI-GINI-PISAPIA, *Nozione di servizio pubblico*, in *Nuova rass.* 1997, 1889 ss.

¹⁴ Così M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stato e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986, p. 69 ss.

Più precisamente, se da un lato, resta particolarmente sfumata la linea di demarcazione che consente di affermare quali attività possano e/o debbano rientrare nel concetto di servizi pubblici locali, dall'altro, permane irrisolto il dibattito sull'individuazione del criterio più idoneo a ricostruire gli elementi strutturali della suddetta nozione, stante la complessità e la diversificazione crescente della natura dei bisogni che la Pubblica Amministrazione è chiamata a soddisfare, nonché l'eterogeneità dei servizi pubblici e delle rispettive modalità di organizzazione e gestione. Nello stesso senso si veda C. GALLUCCI, voce *Servizi Pubblici Locali*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 1999, p. 1.

¹⁵ Cfr. M. DUGATO, *Il servizio pubblico locale: realtà e virtualità nei criteri di classificazione (nota a Cons. Stato, Sez. V, 10 marzo 2003, n. 1289)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 930.

¹⁶ Cass. sez. un. 30 marzo 2000, n. 72, in *D&G – Dir. E Giust.* 2000, 14, 40.

*comunitari, responsabili della perdita dell'originaria consapevolezza che una cosa sono i servizi di cui l'Amministrazione abbisogna e ne ricerca il fornitore nel mercato, altra quelli che intende assicurare ai cittadini tramite prestazioni dirette o indirette proprie*¹⁷.

Lo stesso dibattito dottrinario, fin dai primi anni del secolo scorso, in riferimento ai servizi pubblici locali, ha rilevato come *“il definire quel concetto avrà una grande importanza per le diverse conseguenze giuridiche che ne deriveranno nella determinazione amministrativa della facoltà del Comune di assumere direttamente l'uno o l'altro servizio”*, e ha paventato il pericolo di lasciare *“nell'(esclusivo) arbitrio dell'autorità amministrativa e del magistrato la definizione del servizio pubblico”*¹⁸.

Nell'ordinamento italiano si rilevano numerose nozioni di servizio pubblico¹⁹, ciascuna funzionale all'applicazione di discipline differenti²⁰.

Nonostante possa obiettarsi che la coesistenza di differenti discipline contraddica la possibilità di una nozione valida per il solo diritto amministrativo, condividendo il suggerimento di attenta dottrina²¹, si ritiene che questo sia comunque *“l'unico modo*

¹⁷ R. VILLATA, *Servizi pubblici. Discussioni e problemi*, Giuffrè, Milano, 2008, VIII.

¹⁸ Così C. CAMERA e A. MAGNANI, *Commento alla legge 29 marzo 1903, n. 103, sulla assunzione diretta dei pubblici servizi da parte del Comune*, Rocca S. Casciano, 1903, 29. Nello stesso senso S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo italiano*, 2ª ed., Milano, 1906, 144. Per una accurata analisi della nozione di servizio pubblico dopo l'entrata in vigore della l. n. 142 del 1990 si vedano E. MARENGHI, *Sottosistema dei servizi e sistema delle autonomie locali nel quadro della riforma*, in *Studi in onore di V. Ottaviano*, vol. II, Milano, 1993, 981 e D. SORACE, *Note sui servizi pubblici locali dalla prospettiva di libertà di iniziativa economica e non dei privati*, ivi, 1141.

¹⁹ Cfr. G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, vol. VI, Milano, 2006, 5517; N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Il Mulino, Bologna, 1999, p. 239.

²⁰ La locuzione si ritrova nell'ordinamento penale (art. 358 c.p.) in cui costituisce presupposto per l'individuazione di una fattispecie delittuosa e nel sistema di regolazione dello sciopero (la Legge n. 146 del 1990 annovera, tra i servizi pubblici, non solo i trasporti di linea, le poste, le telecomunicazioni e l'informazione radiotelevisiva pubblica, l'istruzione pubblica, la sanità, la raccolta e lo smaltimento dei rifiuti, l'approvvigionamento di energie, ma anche la protezione civile, l'amministrazione della giustizia, i servizi di protezione ambientale e di vigilanza sui beni culturali). Dall'ordinamento comunitario proviene l'affermazione del concetto di servizio d'interesse economico generale. Le disposizioni che vengono in considerazione al riguardo sono l'articolo 16 del trattato CE (che affida alla Comunità e agli Stati membri la responsabilità di assicurare, attraverso le loro politiche, che i servizi d'interesse economico generale possano assolvere i loro compiti), l'articolo 86, paragrafo 2 del trattato CE (che stabilisce un principio fondamentale garantendo che i servizi di interesse economico generale possano continuare ad essere prestati e sviluppati nel mercato comune) e l'articolo 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, secondo il quale l'Unione riconosce e rispetta l'accesso ai servizi di interesse economico generale al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione stessa.

²¹ Cfr. R. VILLATA (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Giappichelli, Torino, 2011, 2. Si veda anche M.S. GIANNINI, *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, in *Riv. amm.*, 1953, p. 614. L'A. sottolinea la difficoltà di individuare una nozione di servizio pubblico condivisa, considerato che *“il pubblico servizio forma oggetto di studio in tre distinte discipline: l'economia, la scienza dell'organizzazione, la scienza del diritto. In ciascuna di queste discipline si dà peraltro del pubblico servizio un concetto che solo in parte coincide con quello dell'altra disciplina”*; difficoltà ulteriormente aggravata dal fatto che oggi tra economia, scienza del diritto e scienza dell'organizzazione sussistono scarse interazioni.

possibile per ponderare correttamente e tutelare gli interessi ritenuti meritevoli di protezione da parte dell'ordinamento giuridico", sebbene esista un'ampia letteratura²²

Peraltro, è necessario evidenziare la reciproca interferenza e permeabilità dei diversi settori di disciplina: così, ai fini dell'interpretazione dell'art. 358 c.p. le riflessioni degli amministrativisti in merito alla nozione di servizio pubblico devono essere tenute in debita considerazione.

²² Fra le innumerevoli opere sul servizio pubblico: U. REDANÒ, voce *Servizio pubblico*, in Nuovo Digesto ital., 1940, XII, p. 231 ss.; A. TROCCOLI, voce *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, in Nuoviss. Dig. ital., 1957, X, p. 988 ss.; U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964; F. MERUSI, voce *Servizio pubblico*, in Nuoviss. Dig. ital., 1970, XVII, p. 215 ss.; E. M. MARENGHI, *Sottosistema dei servizi e sistema delle autonomie locali nel quadro della riforma*, in Studi in onore di Ottaviano V., Milano, 1993, p. 981 ss.; G. BOZZI, voce *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, in Encicl. Dir., 1977, XXVII, p. 363 ss.; S. CATTANEO, voce *Servizi pubblici*, in Encicl. Dir., XLII, 1990, p. 355 ss.; P. CIRIELLO, voce *Servizi pubblici*, in Enc. giur., 1990, XXVIII, p. 1 ss.; M. S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, Bologna, 1990, p. 69 ss.; F. GHELARDUCCI, *Commento agli artt. 22 e 23, in La riforma delle autonomie locali, Prime note*, Roma, 1990, p. 88 ss.; L. VANDELLI, *Ordinamento delle autonomie locali, commento alla Legge 8 giugno 1990, n. 142*, Rimini, 1991, 588; G. PASTORI, *Servizi pubblici nazionali e modelli di gestione fra pubblico e privato*, in Quaderni regionali, 1991, n. 4, p. 941 ss.; P. LA ROCCA, *Il potere di scelta dell'ente locale nella gestione dei pubblici servizi*, in Nuova rassegna, Firenze, 1992, n. 17, p. 1850 ss.; M. CAMMELLI, *I servizi pubblici nell'amministrazione locale*, in Le regioni, 1992, n. 1, p. 7 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, I, Napoli, 1993; D. SORACE, *Note sui servizi pubblici locali dalla prospettiva della libertà di iniziativa, economica e non, dei privati*, in Studi in onore di Ottaviano, cit., p. 1141 ss.; V. PARISIO, *La gestione dei servizi pubblici locali negli statuti comunali*, in Trib. amm. reg., 1994, n. 2, II, p. 31 ss.; A. BARDUSCO, *Cittadino e servizi locali nel nuovo ordinamento*, in Econ. pubbl., 1994, n. 4-5, p. 179 ss.; P. PIRAS, *Servizi pubblici e società a partecipazione comunale*, Milano, 1994, p. 21 ss.; G. MANINI, *Gestione dei servizi pubblici da parte degli enti locali*, in Nuova rassegna di legislazione, Firenze, 1995, n. 2, p.155 ss.; A. BARDUSCO, *I servizi pubblici locali oggi*, in Studi in onore di Benvenuti F., 1996, p. 201 ss.; C.A. MANFREDI SELVAGGI, *I servizi pubblici locali*, in Nuove autonomie, 1996, n. 4, p. 619 ss.; F. GHELARDUCCI, *Privatizzazioni e servizi pubblici locali*, in Foro amm., 1996, p. 1741 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997, p. 56 ss.; V. MARTELLI, *Servizi pubblici locali e società per azioni*, Milano, 1997, p. 142 ss.; F. COSSU, L. CALVISI, B. GINI, A. PISAPIA, *Nozione di servizio pubblico*, in I servizi pubblici degli enti locali, *La gestione mediante società di capitali*, a cura di R. GRACILI, in Nuova Rassegna, Firenze, 1997, n. 19, p. 1889; M. CAMMELLI, A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, 1997, p. 67 ss.; G. CORSO, *La gestione dei servizi locali fra pubblico e privato*, in Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione, Atti del XLI convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna 21-23 settembre 1995, Milano, 1997, p. 21 ss.; A. PAJNO, *Servizi pubblici e tutela giurisdizionale*, in Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione, cit., p. 277 ss.; A. POLICE, *Sulla nozione di "servizio pubblico locale"*, in Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione, cit., p. 469 ss.; G. ROLLA, *Manuale di diritto degli enti locali*, Rimini, 1997, p. 217 ss.; B. MAMELI, *Servizio pubblico e concessione*, Milano, 1998, p. 280 ss.; G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. ROVERSI MONACO, F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, III ed., Bologna, 2001, I, p. 946 ss.; G. APREA, *I servizi pubblici verso il regime europeo di libera concorrenza*, in La voce delle autonomie, 1998, n. 4 - 5, p. 350 ss.; F. BASSI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1998, p. 32 ss.; A. PIOGGIA, *Appunti per uno studio sulla nozione di pubblico servizio*, in Quaderni del pluralismo, 1998, p. 175 ss.; L. VANDELLI - F. MASTRAGOSTINO, *I comuni e le province*, Bologna, 1998, p. 31 ss.; P. VIRGA, *L'amministrazione locale in Sicilia*, Milano, 1998, p. 219; N. RANGONE, *I servizi pubblici*, 1999, p. 13 ss., p. 289 ss.; R. VILLATA, *Pubblici servizi*, Milano, 1999, p. 1 ss.; F. LANDOLFI, *I servizi pubblici locali*, in Nuova rassegna, 1999, n. 2; R. GRACILI, F. BENELLI - F. COSSU, *Enti locali e servizi pubblici*, in Nuova rassegna, 1999, n. 11; A. CAROSELLI, *Il servizio pubblico: una categoria concettuale in continua evoluzione*, in Trib. amm. reg., 2000, n. 1, p. 27 ss.; F. D'AGOSTINO, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2000, p. 82 ss.; S. LO RUSSO, *Servizi pubblici e organismi di diritto pubblico*, in Riv. trim. app., 2000, n. 4, p. 685 ss.; F. SALVIA, *Il servizio pubblico: una particolare conformazione dell'impresa*, in Dir. pubbl., 2000, n. 2, p. 535 ss.

che, occupandosi del tema²³, ha dato vita a diverse prospettazioni teoriche.

La *querelle* relativa alla definizione che, com'è noto, ha dirette ripercussioni sulla disciplina dei rapporti con l'utenza, "investe, da un lato, le motivazioni dell'intervento pubblico nell'economia e, dall'altro, le trasformazioni dello Stato e dell'Amministrazione nei rapporti con la società civile"²⁴; trasformazioni che hanno spinto la mera amministrazione di prestazione dell'inizio del XX secolo a mutare veste, in nome della qualità delle prestazioni erogate.

La ricerca dell'essenza del servizio pubblico, infatti, è divenuta un problema di carattere giuridico sin dagli inizi del Novecento, in corrispondenza dell'avvio dei processi di nazionalizzazione e municipalizzazione di attività svolte, fino a quel momento, dall'imprenditoria privata.

Le prime speculazioni giuridiche, ispirate tanto alle elaborazioni francesi, quanto alla teoria dello Stato allora dominante che si è riflessa in una decisa espansione di strutture di matrice soggettivamente pubblicistica, hanno individuato il servizio pubblico nell'attività imputabile, direttamente o indirettamente, ad un soggetto pubblico²⁵ (c.d. teoria soggettiva²⁶), volta a fornire prestazioni ai singoli cittadini²⁷, e hanno allocato "i

²³ Tra i tanti si rinvia a A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, in ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. VI, parte I, Milano, 1930, 377 ss.; U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964; F. MERUSI, (voce) *Servizio pubblico*, in "Noviss. dig. It.", 1970, vol. XVII, 215 ss.; N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999; F. GIGLIONI, *Osservazioni sulla evoluzione della nozione di "servizio pubblico"*, in "Foro amm.", 1998, 2265 ss.; C. FRESA, *Servizio pubblico*, in G. GUAINO, *Dizionario amministrativo*, Milano, 1983; E. SCOTTI, *Il servizio pubblico. Tra tradizione nazionale e prospettive europee*, cit.; G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, cit., p. 946.

²⁴ L. CESARINI, *Il servizio pubblico locale: evoluzione e prospettive tra principio di sussidiarietà e regime di concorrenza*, in www.diritto.it.

²⁵ In realtà, nell'originaria impostazione, il rilievo soggettivo era riconducibile a tre elementi cardine: la *titolarità* del servizio in capo all'ente locale che lo assumeva; la *finalità* che il servizio si proponeva di raggiungere e il *tipo di organizzazione* caratterizzato da specifiche modalità di gestione. G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, cit., 927. L'A. rileva che "tali elementi devono concorrere e non semplicemente, essere presenti in alternativa. Dunque la nozione di servizio pubblico di matrice soggettiva "per la pertinenza alla Pubblica amministrazione", ha carattere complesso dovendo coniugare i caratteri sostanziali dell'attività diretto a fornire utilità ai cittadini (le prestazioni) e il dato organizzativo predisposto per assicurare determinate modalità gestorie. La configurazione e combinazione specifica di tali elementi, cioè i vari modelli di gestione dei differenti servizi pubblici, derivano dalla disciplina normativa. Tale richiamo alla disciplina normativa consente di ricordare che possono esservi ipotesi nelle quali la legge identifica un servizio pubblico anche in determinate attività non imputabili o non in titolarità dell'Amministrazione pubblica ma si tratta, appunto, di discipline legislative speciali. In ogni caso, non possono mancare né l'elemento finalistico né la tipicità di organizzazione del servizio in relazione alle modalità di espletamento; comunque, anche se non sussiste la titolarità dell'Amministrazione pubblica, quest'ultima deve poter vantare la direzione del servizio secondo i modi e le condizioni indicati dalla legge speciale".

²⁶ Tra i principali sostenitori della teoria soggettiva, la quale ha trovato riscontro in differenti configurazioni fornite dal legislatore a proposito di diversi servizi (si cita ad es. l'art. 1 del T.U. 15 ottobre 1925 n. 2578 che elenca, a titolo esemplificativo, i servizi che possono essere assunti da comuni e province), si segnala A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, in *Primo trattato completo del diritto amministrativo italiano*, vol. IV, I, Milano,

*servizi pubblici in un campo ben preciso e delimitato dell'attività amministrativa, caratterizzato dalla prestazione di utilità di carattere tecnico e materiale a favore dei cittadini*²⁸.

Definita la prestazione, sarebbe stato possibile attribuire un oggetto al servizio pubblico, o individuarlo in una determinata attività, con la precisazione che la scelta dei bisogni fondamentali da soddisfare attraverso l'istituzione di un servizio pubblico ha costituito una prerogativa politica riservata all'ente, salvo i settori in cui il mercato fosse stato del tutto autonomo rispetto alle prestazioni di beni e servizi.

Ciò significava che, calata in ambito localistico tale ricostruzione giuridica, *“la decisione di istituire il servizio e la previa valutazione, effettuata dall'ente territoriale*²⁹, *sulla “doverosità” del porre tale servizio a disposizione della comunità*³⁰ era una diretta conseguenza delle esigenze essenziali o diffuse della collettività locale di riferimento³¹.

1924, 6 ss., ad avviso del quale fino al momento in cui un ente pubblico non assuma l'attività e non la riconosca come pubblica, si tratta sempre di un'attività privata e come tale esclusa dalla nozione di servizio pubblico. L'impostazione è stata poi seguita da altri autori. Si veda L. R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, cit., 39 ss. F. MERUSI, voce *Servizio pubblico*, in Nuov. Dig., XVII, 1970, 218 ss., secondo il quale i servizi pubblici costituiscono attività materiali svolte dall'Amministrazione senza l'utilizzo di poteri pubblicistici. G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, in L. MAZZAROLLI (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 1998 927. L'autore proponendo una tesi ricostruttiva del servizio pubblico in senso soggettivo afferma che *“la nozione soggettiva del servizio pubblico deriva dalla sua destinazione alla collettività, globalmente stanziata su un certo territorio. Poiché tale “destinazione al pubblico” trova la propria matrice, non già nella cura di interessi particolaristici o privati, ma nell'intento di soddisfare esigenze di ordine collettivo, non si può prescindere dal ritenere centrale la pertinenza del servizio all'Amministrazione pubblica; tale pertinenza emerge dalla disciplina legislativa dettata per i vari servizi. Se la realtà “dinamica” della prestazione del servizio e l'elemento teleologico, il quale contraddistingue i servizi pubblici, sono dati che pongono al centro dell'attenzione il momento soggettivo, quest'ultimo non può essere schematicamente inteso come implicante la natura pubblicistica del soggetto che espleta il servizio. Sulla base di tali premesse, la giusta considerazione per il momento soggettivo si spiega invece con il dato finalistico che caratterizza i servizi (pubblici) nel diritto amministrativo, cioè con l'inquadramento dell'organizzazione degli stessi nell'ambito dei compiti dell'Amministrazione pubblica”*. F. MERLONI, *L'assunzione/istituzione dei servizi pubblici (locali) tra ordinamento italiano e ordinamento comunitario*, in Scritti in ricordo di Francesco Pugliese, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2010, 623 ss. L.A. afferma che *“La rilevanza del soggetto pubblico si spiega attraverso il dato finalistico che caratterizza i servizi nel diritto amministrativo, con l'inquadramento degli stessi nell'ambito dei compiti dell'amministrazione pubblica”*.

²⁷ Nel volume *I servizi pubblici*, in *Primo trattato di diritto amministrativo italiano* (diretto da V.E. Orlando), vol. IV, Milano, 1930. Posizione che faceva tesoro dell'insegnamento romaniano, secondo cui *“anche quando il contenuto della prestazione amministrativa è materialmente identico al contenuto di prestazioni private, il diverso subietto che le rende ne altera la natura giuridica”*, così S. ROMANO, *op. ult. cit.*, 333.

²⁸ A. POLICE, *Spigolature sulla nozione di “servizio pubblico locale”*, in *Dir. amm.* 2007, 01, 79.

²⁹ L'Ente territoriale incontrava diversi limiti all'assunzione. Tra i più rilevanti: quello legato al contesto istituzionale nel quale si svolgeva l'azione dell'ente territoriale e quello di carattere interno, relativo alle modalità che dovevano accompagnare l'assunzione della decisione. Cfr. A. POLICE, *Spigolature sulla nozione di “servizio pubblico locale”*, in *Dir. amm.* 2007, 01, 79.

³⁰ A. POLICE, *Spigolature sulla nozione di “servizio pubblico locale”*, in *Dir. amm.* 2007, 01, 79.

³¹ Anche sotto il profilo soggettivo, si conferma che la nozione di *servizio pubblico locale* costituisce una specificazione della nozione generale e si differenzia da quest'ultima proprio per il fatto che l'istituzione del servizio viene decisa dall'ente locale che ne assume la titolarità. In tal senso si veda A. POLICE, *Spigolature*

Ma non è tutto. In tale fase storica, infatti, al fine di prospettare una definizione con confini più precisi, è stato attribuito rilievo centrale alla distinzione, di natura penalistica, tra “*funzione*” e “*servizio*”³², per definire quest’ultimo in negativo rispetto al concetto di funzione³³.

E’ stato detto, infatti, che “*la nozione di servizio pubblico in senso soggettivo può rendersi con quella di attività non autoritativa assunta da un pubblico potere*”³⁴, ovvero “*ruotante intorno all’idea di una pubblica amministrazione, o meglio, di uno Stato, che cura in modo concreto (amministra) gli interessi della collettività senza fare uso dei poteri che gli permettono di comprimere o limitare la sfera di libertà dei cittadini*”³⁵.

In pratica, la categoria dei servizi pubblici (anche locali) è stata ricollegata a un delimitato campo dell’*agere* amministrativo caratterizzato dall’erogazione di utilità tecniche e materiali a favore dei *cives*, che lo Stato o altro ente pubblico hanno assunto come compiti³⁶ rientranti tra i propri fini istituzionali³⁷ in virtù del collegamento alle richieste di benessere e di sviluppo sociale della comunità rappresentata³⁸.

Dalla citata qualificazione, che ha comportato una ricostruzione del servizio pubblico in termini di “*prestazioni amministrative rese ai privati*”³⁹, è discesa

sulla nozione di “*servizio pubblico locale*”, in Dir. amm. 2007, 01, 79. Si veda anche F.G. COCA, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in *Le concessioni di servizi pubblici*, Rimini, 1988, 35.

³² Con il termine *funzione* si identifica l’attività autoritativa posta in essere nell’esercizio di una potestà giuridica e con *servizio* l’attività esercitata dallo Stato in settori a prevalente carattere economico-produttivo, non connotata da estrinsecazioni di un potere sovrano. Tale distinzione ha tradizionalmente influenzato la dottrina amministrativa. Si veda al riguardo G. MIELE, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, AG, 1993, 172 ss. La stessa tradizione giuridica tedesca - che non conosce la nozione di pubblico servizio - ha creato l’espressione *Leistungsverwaltung*, volta a designare “*l’attività amministrativa consistente nell’erogazione di prestazioni ai privati, la quale, pur contrapposta alla Hoheitsverwaltung (attività amministrativa autoritativa), è regolata dal diritto pubblico ed è soggetta - a differenza dell’attività negoziale - al principio costituzionale di legalità amministrativa*”: cfr. Cass. Civ. Sez. Un., 12 novembre 2001, n. 14032, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 1910. In realtà le nozioni di funzione amministrativa e di servizio pubblico, pur indicando momenti dell’attività amministrativa distinti e non coincidenti, possono tra loro integrarsi e combinarsi: l’esercizio della funzione amministrativa, che è completamente assente nelle attività economiche svolte dalla Pubblica Amministrazione, si rinviene nei servizi pubblici nei momenti della predisposizione e dell’organizzazione del servizio stesso.

³³ Cfr. M. D’ALBERTI, *Lo Stato e l’economia*, in *Giannini*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2000, 4, p. 1087.

³⁴ In tal senso M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 24.

³⁵ R. VILLATA, *Servizi pubblici, discussioni e problemi*, Giuffrè, Milano, 2008, 5.

³⁶ Cfr. M. S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Milano, 1950, p. 115.

³⁷ P. PETRONI, *Il servizio pubblico nell’esperienza giuridica italiana*, 28 Dicembre 2006, in www.diritto.it.

³⁸ La tesi appare non in linea con le teorizzazioni di inizio secolo di Orlando, che vedeva l’Amministrazione come creatrice di servizi pubblici. Secondo tale impostazione, l’idea di pubblico servizio non precede, ma segue quella di Pubblica Amministrazione. Cfr. V. E. ORLANDO, *Introduzione al diritto amministrativo*, in *idem* (a cura di), *Primo trattato completo di diritto*, I, Milano, 1900, 58 ss.

³⁹ Questa teoria, elaborata in Germania, fu introdotta in Italia e divenne oggetto di un’articolata elaborazione dottrinale nella prima metà del XX secolo, in particolare ad opera di R. ALESSI, *Le prestazioni amministrative rese ai privati. Teoria generale*, Milano, 1956. Per un’ampia trattazione dell’argomento,

l'attribuzione automatica, in capo all'ente di riferimento, di ampi poteri discrezionali in ordine all'assunzione del servizio, all'organizzazione e alla gestione delle connesse attività⁴⁰. Una volta individuate le prestazioni di propria competenza, l'Amministrazione ha potuto scegliere quali riservare alla propria gestione diretta, talvolta in regime di vero e proprio monopolio, e quali trasferire alla gestione di soggetti privati⁴¹ attraverso lo strumento concessorio.

Rispetto all'utilità perseguita attraverso l'erogazione del servizio, e considerata espressione di un "vantaggio di ordine superiore"⁴², il godimento dei fruitori ha rivestito quasi un ruolo secondario, in quanto gli utenti sono stati considerati portatori di meri interessi di fatto alla loro assunzione⁴³.

Inoltre, considerato che le modalità di funzionamento e le condizioni di ammissione dei fruitori dei servizi venivano predefinite discrezionalmente dal gestore pubblico, non si potevano escludere modificazioni autoritative e unilaterali anche da parte del privato concessionario⁴⁴, con ovvie ripercussioni sulla qualità delle prestazioni erogate.

Successivamente, la necessità di giustificare sul piano teorico la presenza privata nell'esercizio di determinate attività aventi caratteristiche simili ai servizi pubblici imputabili all'autorità pubblica, ma sottoposte ad una disciplina pubblicistica sganciata da un provvedimento amministrativo, hanno portato ad un giudizio di insufficienza della

nonché per una compiuta bibliografia in materia, cfr. G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, cit. p. 135.

⁴⁰ Cfr. L. R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, cit., p. 33.

⁴¹ Cfr. G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, II, 1953, pp. 72 ss. In virtù della concessione una prestazione analoga ad altre di diritto comune assumeva rilievo pubblicistico e veniva assoggettata ad una disciplina speciale. Cfr. sul punto A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, in Primo trattato completo del diritto amministrativo italiano, diretto da V. E. Orlando, Milano, 1924, IV, I, p. 60, che afferma che "finché lo Stato non assuma questa attività e non la riconosca come pubblica affidandola ad enti pubblici già esistenti o anche creando o riconoscendo gli enti che ne hanno cura, si tratta sempre di attività che, per quanto molteplici siano gli interessi che vi si collegano, per quanto possa anche, in vista dei rapporti tra chi la svolge e chi se ne serve essere sottoposta a norme speciali che in modo più intenso del consueto garantiscano gli interessi del pubblico, rimane sempre privata".

⁴² Cfr. G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1950, V, pp. 345 ss.

⁴³ Sul punto cfr. G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 366, che parla di un rapporto "originato da un'ammissione, rispetto alla quale la volontà dell'utente funziona solo come condizione di fatto o presupposto". Negli stessi termini R. ALESSI, *Le prestazioni amministrative rese ai privati. Teoria generale*, cit., p. 92. Più recentemente si veda L. R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, cit., p. 33.

⁴⁴ S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo italiano*, cit., pp. 426 ss.; C. PUCHETTI, *L'attività commerciale e le prestazioni di servizi pubblici da parte della pubblica amministrazione*, Milano, 1942, pp. 153 ss.; R. ALESSI, cit., pp. 167 ss. Per una puntuale distinzione, nell'ambito della nozione di concessione, tra il rapporto Amministrazione – imprenditore privato nella gestione del servizio pubblico e il rapporto tra gestore e utente nell'erogazione dello stesso si veda M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Milano, 1970, pp. 1141 e 1169.

nozione *de qua*. Al progressivo articolarsi e diffondersi di tali servizi, c.d. “*servizi pubblici impropri*”⁴⁵, unitamente all’entrata in vigore della Carta costituzionale repubblicana⁴⁶, è stato ricollegato il graduale superamento della concezione soggettiva⁴⁷ in favore di una ricostruzione di matrice oggettiva⁴⁸, incentrata sulla rispondenza dell’attività alla pubblica utilità ed al pubblico interesse, e pertanto soggetta al controllo direttivo di un ente pubblico a prescindere dalla natura pubblica o privata del soggetto erogatore⁴⁹.

In questa direzione, il pubblico servizio è stato identificato con l’attività assunta dallo Stato e dagli enti locali territoriali tra i propri fini, in quanto espressione di pubblica utilità.

Tale orientamento muoveva “*dalla considerazione delle teorie soggettiviste del pubblico servizio e dagli esiti della riflessione degli economisti, che ha colto i profili di rilevanza dell’attività imprenditoriale privata*”⁵⁰. Invero, basandosi sul combinato disposto degli articoli 41, 3° comma, e 43 Cost., si è affermato⁵¹, da un lato, che

⁴⁵ Così A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, cit., 613; P. PIRAS, *I servizi pubblici tra efficienza e fini sociali*, in Dir. amm. 1996, 01, 171.

⁴⁶ In particolare, il riferimento è agli artt. 41 e 43 Cost., su cui, diffusamente si rinvia a BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M., *Commentario alla Costituzione*, UTET, Torino, 2006, vol. I, p. 846 ss.

⁴⁷ In tal senso A. POLICE, *Spigolature sulla nozione di “servizio pubblico locale”*, in Diritto Amministrativo, fasc.1, 2007, pag. 79.

⁴⁸ Per un’attenta analisi dell’evoluzione storica del dibattito sulla concezione oggettiva del servizio pubblico e delle differenti opinioni di volta in volta sostenute, si veda L. R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, cit., 57 ss. Principale esponente di tale concezione fu U. POTOTOSHNIK *I pubblici servizi*, Padova, 1964, p. 155, il quale sottolineava “*come il nuovo ordinamento costituzionale abbia tolto ogni validità alla teoria nominalistica del servizio pubblico*”; “*a caratterizzare il regime giuridico dell’attività economica che realizza un servizio pubblico interviene un corpus di disciplina comune, quella di cui all’art 41, 3 comma, qualunque sia il soggetto (privato o pubblico) che l’esercita*”. L’autore individuava i limiti reali posti alle condizioni di sviluppo ulteriore della nozione di servizio pubblico proprio nel collegamento artificiale tra servizio pubblico e Stato e nella rigidità dell’applicazione del metodo giuridico incapace di cogliere le potenzialità insite nel servizio pubblico. Tale concezione è stata ribadita, alla luce della successiva legislazione intervenuta in materia, da R. GAROFOLI, *La privatizzazione degli enti dell’economia*, Milano, 1998, p. 472 ss., e A. PAJNO, *Servizi pubblici e tutela giurisdizionale*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Atti del XLI convegno di studi di scienza dell’amministrazione, Varenna 21-23 settembre 1995, Milano, 1997, cit., spec. p. 287 ss.

⁴⁹ In tal modo, la natura pubblica del servizio si sarebbe manifestata *ex se*, a prescindere dal collegamento con il soggetto pubblico Cfr. M. A. CABIDDU, *Pubblicità come attributo del servizio e non del soggetto gestore: i servizi essenziali ex art. 43 Costituzione e i servizi corrispondenti ai diritti sociali*, in Jus, 1999, p. 919 ss.. Tra i temi principali del contributo si registra il duplice significato della nozione di servizio pubblico e il passaggio dall’accezione soggettiva, riferita all’ente che produce il servizio, a quella oggettiva riguardante la missione affidata a quest’ultimo. Sul tema cfr. V. SERAFINI, *Esercizio privato di funzioni e servizi pubblici amministrativi*, in Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza, 1997, p. 1825 ss. La tesi oggettiva pura trovava accoglimento in un noto indirizzo giurisprudenziale sostenuto dal Consiglio di Stato con l’ordinanza 1/00, in Foro it. 2000, fasc. III, 365.

⁵⁰ P. PETRONI, *Il servizio pubblico nell’esperienza giuridica italiana*, 28 dicembre 2006, in www.diritto.it.

⁵¹ Vedi U. POTOTOSHNIK *I pubblici servizi*, Padova, 1964, p. 155.

potevano esservi servizi pubblici gestiti dall'impresoria privata, e, dall'altro, che erano riconducibili alla nozione oggettiva di servizio pubblico e al connesso regime giuridico tutte le attività economiche indirizzate e coordinate a fini sociali mediante programmi e controlli⁵².

In base a tale approccio teorico, il servizio pubblico non era tale perché reso dalla Pubblica Amministrazione in quanto la sua “oggettiva qualificazione [dipendeva] dal diritto positivo” e non dall'adozione di un atto di assunzione da parte di un soggetto pubblico. “L'attività [doveva] essere contrassegnata da una finalità sociale, che [comportasse] per l'impresoria una sottrazione della libera disponibilità dei fini operativi e l'imposizione di obiettivi che [andassero] oltre l'ambito degli interessi individuali”⁵³.

Il riferimento all'art. 43 Cost. ha consentito di affermare che i servizi pubblici erano tali anche prima della riserva e del trasferimento dell'impresa alla mano pubblica; la predetta disposizione, infatti, menzionando le “imprese o categorie di imprese che si riferiscono a servizi pubblici essenziali” come eventuale oggetto di riserva o di trasferimento ai fini di utilità generale, avrebbe consentito di ammettere l'esistenza di servizi pubblici esercitati da imprese private senza specifico conferimento da parte dell'autorità pubblica e senza alcun collegamento istituzionale con essa, in presenza delle particolari condizioni indicate dall'art. 41, co. 3, Cost.⁵⁴.

Partendo dal presupposto che il servizio pubblico consistesse in attività rivolte a fini sociali e che, ex art. 41 Cost., l'iniziativa economica privata fosse funzionale all'utilità sociale, se ne faceva discendere la possibilità che anche soggetti privati svolgessero attività di servizio pubblico.

Questa impostazione, le cui premesse erano presenti già nella legislazione

⁵² Cfr. U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, cit., pp. 135 ss.

⁵³ Cfr. M. S. GIANNINI, i cui pensieri ed espressioni tratte da *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995, sono riportati da M. D'ALBERTI, *Lo Stato e l'economia*, in GIANNINI, cit. sul quale testualmente: “L'art. 43 della Costituzione e le esperienze precedenti di municipalizzazione indicano che nell'ordinamento esistono non soltanto attività che sono servizi pubblici se assunti da un pubblico potere, ma anche attività oggettivamente qualificabili, pur se attribuite a privati, come pubblici servizi e, in quanto tali, collettivizzabili”.

⁵⁴ In tal modo, la natura pubblica del servizio si sarebbe manifestata ex se, a prescindere dal collegamento con il soggetto pubblico Cfr. M. A. CABIDDU, *Pubblicità come attributo del servizio e non del soggetto gestore: i servizi essenziali ex art. 43 Costituzione e i servizi corrispondenti ai diritti sociali*, in Jus, 1999, p. 919 ss.. Tra i temi principali del contributo si registra il duplice significato della nozione di servizio pubblico e il passaggio dall'accezione soggettiva, riferita all'ente che produce il servizio, a quella oggettiva riguardante la missione affidata a quest'ultimo. Sul tema cfr. V. SERAFINI, *Esercizio privato di funzioni e servizi pubblici amministrativi*, in Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza, 1997, p. 1825 ss.

penale⁵⁵, e che poi ha ricevuto l’avallo della giurisprudenza ordinaria e amministrativa⁵⁶, è derivata dal mutato contesto ordinamentale prefigurato dall’art. 43 della Costituzione, ispirato alla logica del pluralismo istituzionale che collegava l’*agere* amministrativo al soddisfacimento degli obiettivi propri dell’organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

La dottrina, sulla presupposta “*capacità del testo costituzionale di disciplinare l’intero profilo dell’attività economica*”, vi ha letto “*un vero e proprio ordinamento costituzionale di tutti i rapporti economici che si [svolgevano] nel paese*”⁵⁷. L’area del servizio pubblico veniva fatta coincidere con ogni attività economica sottoposta ai programmi e ai controlli previsti dalla legge per indirizzarla e coordinarla a fini sociali⁵⁸.

Tale ricostruzione ha sottolineato, inoltre, che l’intervento pubblico doveva essere funzionale al soddisfacimento di finalità generali di utilità sociale, non di bisogni individuali⁵⁹. In sostanza il singolo veniva considerato “*mero recettore di effetti giuridici*”⁶⁰; assorbito nella dimensione dei rapporti sociali, faceva parte di un’organizzazione⁶¹ nella quale il soddisfacimento dei suoi interessi non riceveva alcuna autonoma qualificazione, se non in quanto coincidenti con l’interesse generale per il quale il servizio era stato istituito.

Nonostante il tenore delle disposizioni normative e il suo fondamento costituzionale, anche la teoria oggettiva non è stata scevra da critiche, soprattutto per l’eccessiva ampiezza della nozione di servizio pubblico, tale da ricomprendere sia le attività economiche pubbliche assunte ed organizzate direttamente dallo Stato o da un altro soggetto pubblico, sia ogni altra forma di attività economica privata⁶² che ricadesse

⁵⁵ Il Codice Rocco del 1930 qualificava “*incaricato di pubblico servizio*” (art. 358 c.p.) anche il soggetto estraneo all’amministrazione.

⁵⁶ Cass. Pen., Sez. V, 6 giugno 1991, in *Giur. it.* 1992, II, 423; Cons. Stato, ad. plen. ord. 30 maggio 2000, n. 1, in *Giur. it.* 2000, 2177; Consiglio di Stato sez. V, 16 agosto 2010, n. 5716, in *Diritto & Giustizia* 2010.

⁵⁷ P. PETRONI, *Il servizio pubblico nell’esperienza giuridica italiana*, 28 dicembre 2006, in www.diritto.it.

⁵⁸ La finalità sociale comporta per l’imprenditore “*una sottrazione della libera disponibilità dei fini operativi e l’imposizione di obiettivi che vadano oltre l’ambito degli interessi individuali*”. M. S. Giannini, di cui pensieri ed espressioni tratte da *Diritto pubblico dell’economia*, Bologna, 1995, sono riportati da M. D’ALBERTI, *Lo Stato e l’economia*, in GIANNINI, cit. sul quale testualmente: “*L’art. 43 della Costituzione e le esperienze precedenti di municipalizzazione indicano che nell’ordinamento esistono non soltanto attività che sono servizi pubblici se assunti da un pubblico potere, ma anche attività oggettivamente qualificabili, pur se attribuite a privati, come pubblici servizi e, in quanto tali, collettivizzabili*”.

⁵⁹ Cfr. G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, cit., pp. 207 ss.

⁶⁰ B. BOSCHETTI, *Diritti e rapporti nell’amministrazione per servizi*, cit., p. 99 - 100.

⁶¹ U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, cit., p. 109.

⁶² Cfr. S. CATTANEO, *Servizi pubblici*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1990, XLII, pp. 392 ss.; F. MERUSI, *Servizio pubblico*, in *Noviss. Dig. It.*, 1970, XIV, pp. 215 ss.

in uno dei piani o programmi di settore della legislazione⁶³.

Successivamente, neanche il riferimento all'ordinamento comunitario è stato in grado di spostare la considerazione della definizione sul piano esclusivamente oggettivo, ovvero soggettivo.

Come evidenziato da A. Police⁶⁴, anche riconoscendo che la più ampia nozione di servizio di interesse economico generale⁶⁵, di cui all'art. 86 del Trattato e quella più specifica di servizio universale⁶⁶ potessero essere utili per una definizione di servizio

⁶³ E. SCOTTI, *Il pubblico servizio*, cit., 104.

⁶⁴ Per tutti A. POLICE, op. ult. cit., 76.

⁶⁵ M. LOTTINI, *I servizi di interesse economico generale: una nozione controversa*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc. 5, 2005, pag. 1351. L'A. rileva che il Trattato CE non fornisce alcuna definizione di servizio di interesse economico generale. Una definizione è, per contro, presente negli atti della Commissione europea che nella Comunicazione sui servizi di interesse generale del 2000 definisce "i SIEG come quei servizi che le autorità pubbliche ritengono debbano essere garantiti anche quando il mercato non sia sufficientemente incentivato a provvedervi da solo [...]". Il Libro Verde sui servizi di interesse generale nel 2003 indica come servizio di interesse economico generale "qualsiasi attività economica soggetta ad obblighi di servizio pubblico". Nell'originaria definizione è essenziale il riferimento alla "necessità che il servizio venga prestato, a prescindere dal fatto che a garantirne l'erogazione sia il mercato o la pubblica autorità (anche quando il mercato non sia sufficientemente incentivato); di conseguenza si ammette che il pubblico potere si faccia carico di quell'erogazione anche nel caso in cui il mercato provveda (o possa provvedere) autonomamente". Nella definizione del 2003, per contro, il "SIEG coincide con l'attività economica soggetta ad obblighi di servizio, ossia con l'attività economica che viene espletata in adempimento di un obbligo di servizio (contratto con i pubblici poteri)". In sostanza, "il SIEG [...] presuppone il fallimento del mercato (market failure). Il concetto di SIEG sembra, dunque, avere due significati: un primo significato, per così dire, "statale", in cui si sottolinea la funzione che i servizi rivestono per gli ordinamenti nazionali; una seconda definizione "comunitaria" che vede gli stessi servizi, essenzialmente, nel momento in cui si deroga alle regole di mercato, attraverso una limitazione della libertà imprenditoriale con l'imposizione di obblighi di servizio pubblico. Ad ogni modo, se è vero che il concetto di servizio di interesse economico generale, nella formula dell'art. 86, prescinde dal presupposto di un fallimento del mercato, è anche vero, però, che la definizione del 2003 cristallizza un'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia di senso opposto. La Corte tende a sovrapporre i due piani e a considerare elemento essenziale della nozione in oggetto l'imposizione di obblighi (anche antieconomici), anzi il SIEG tende a coincidere con quell'insieme di attività (rectius prestazioni) che il soggetto pubblico ritiene necessarie alla tutela di un interesse pubblico e che vengono imposte come obblighi di servizio, perché il mercato non è in grado di garantirle. Il passaggio dall'una all'altra concezione comporta evidenti ed importanti conseguenze. Fermo restando che spetta agli Stati membri decidere quale servizio sia di interesse economico generale, è chiaro che la libertà statale risulta fortemente limitata se si considera come elemento essenziale del SIEG la valutazione che lo stesso servizio non possa essere garantito dal mercato. Ove, infatti, il mercato sia palesemente in grado di garantire determinate prestazioni, sarebbe improprio che i pubblici poteri se ne facessero carico, assumendole come oggetto di un compito pubblico. Nelle prime sentenze in cui la Corte è chiamata ad occuparsi di questo tema, il "servizio di interesse economico generale" viene identificato con quell'attività economica che lo Stato membro reputa di interesse generale e che pone al centro di uno specifico compito pubblico. Non è necessario che si ravvisi un fallimento del mercato, è sufficiente che lo Stato compia una valutazione di "rilevanza pubblica" di una certa attività e se ne assuma la responsabilità, attraverso uno specifico atto. Il servizio di interesse economico generale tende ad identificarsi con l'insieme di prestazioni "universali" che devono essere garantite, prescindendo dalla loro redditività e, dunque, che vengono imposte ad un'impresa sulla base dell'assunto che le stesse non sarebbero fornite secondo le normali logiche di mercato (il fallimento del mercato è presupposto)".

⁶⁶ Vd. *infra* par. 2.

pubblico nel diritto interno, da essi la dottrina⁶⁷, “*ha ricavato elementi validi a sostenere, tanto una sua ricostruzione in senso obiettivo, quanto in senso subbiiettivo*”.

Dal disposto dell'art. 86 del Trattato, l'autore⁶⁸ ha ricavato un modello teso a legittimare l'intervento del pubblico potere soltanto in modo marginale. In questa direzione, nell'ambito di un'individuazione tendenzialmente oggettiva della tipologia dei servizi di interesse economico generale, la riserva pubblica o i regimi speciali hanno potuto trovare spazio solo ove il mercato non fosse stato in grado di soddisfare le esigenze dei *cives*⁶⁹, valendo, in caso contrario, la sottoposizione alla concorrenza. Secondo la citata ricostruzione, è stato detto che la titolarità pubblica di un mercato o la sua regolamentazione presuppone sempre una scelta pubblica, contingente e storicamente determinata, sulla rilevanza dell'interesse economico generale e sulla insufficienza del mercato ad assicurarne le finalità⁷⁰.

In questo senso, l'interpretazione dell'art. 86 del Trattato ha confermato una compresenza di aspetti soggettivi e oggettivi dei servizi ad esso riconducibili.

Analoghe considerazioni sono state fatte in relazione al servizio universale, qualificato come un “*insieme minimo definito di servizi di determinata qualità disponibile a tutti gli utenti a prescindere dalla loro ubicazione geografica e, tenuto conto delle condizioni specifiche nazionali, ad un prezzo abbordabile*”⁷¹.

Anche in quest'ambito, la tendenziale oggettivizzazione dei servizi per i quali la deroga era ragionevole, si è scontrata con la considerazione secondo cui i pubblici poteri restavano, “*se non titolari delle attività*”, autori delle “*regole conformative ed in questo ruolo può individuarsi una residua valenza di tipo soggettivo della nozione di servizio*”.

⁶⁷ E. SCOTTI, *Il pubblico servizio. Tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003; L. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei servizi pubblici*, Padova, 2001, 322.

⁶⁸ A. POLICE, op. ult. cit., p. 81.

⁶⁹ L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002, 65, secondo cui la nozione comunitaria si riferisce sia a mercati a titolarità pubblica che a mercati regolati.

⁷⁰ R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2003, 27. L'A. osserva come senza l'investitura da parte del potere pubblico del servizio di interesse economico generale non risultano lecite deroghe alle regole del mercato; “*d'altro canto, come a suo tempo visto, né l'esistenza di gestori privati e pubblici né l'unitarietà della disciplina dell'attività dai medesimi svolta comportano di necessità una nozione oggettiva (estrema) di servizio pubblico*”.

⁷¹ Tale definizione, contenuta nella disciplina relativa alle telecomunicazioni, costituisce la prima definizione comunitaria di *servizio universale*. Cfr. M. CAPANTINI, *Il servizio universale e le sue modalità di finanziamento. La soluzione dei fondi di compensazione*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.1, 2003, pag. 99.

pubblico”⁷².

Come è evidente dal percorso fin qui seguito, la contrapposizione tra la concezione oggettiva e quella soggettiva è ancora oggi lontana dall'essere superata⁷³, e probabilmente la nozione di servizio pubblico richiede l'apporto di entrambe poiché entrambe colgono un profilo di verità.

Nell'ultimo trentennio, infatti, si è rilevata una marcata attitudine a riconoscere l'insussistenza di una vera e propria dicotomia⁷⁴ tra le due concezioni.

Pertanto, seguendo l'intuizione che l'antitesi tra la teoria soggettiva e la concezione oggettiva “*si rivela in larga parte falsa e fuorviante: perché l'una implica l'altra*”⁷⁵ ed entrambe racchiudono elementi utili a descrivere l'attività svolta

⁷² N. RANGONE, *I servizi pubblici: nozioni e regole*, in *Annuario AIPDA 2001*, Milano, 2002, 197; V.F. GIGLIONI, *Osservazioni sull'evoluzione della nozione di “Servizio Pubblico”*, in *Foro amm.*, 1998, 2280.

⁷³ Cfr. T.A.R. sez. I Firenze, Toscana, 11 aprile 2013, n. 559, in www.dejure.it. Nella predetta pronuncia i giudici amministrativi affermano che hai fini della qualificazione come servizio pubblico di un'attività riferibile a un soggetto pubblico è infatti essenziale che la stessa “*sia finalizzata alla soddisfazione di bisogni generali della collettività, ovvero a fini sociali*”. E', quindi, necessario le attività che “*un soggetto pubblico ponga in essere a fini di lucro economico nell'espletamento della capacità di diritto civile*”, da quelle che ponga in essere, invece, in attuazione dei propri fini istituzionali “*a fini di benessere della collettività. Rileva in questo senso l'art. 112, comma 1, del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, il quale al primo comma, con disposizione estensibile oltre l'ambito degli enti locali, correla i servizi pubblici alla “produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali”*. La concezione oggettiva del servizio pubblico coglie quindi un aspetto fondamentale perché per inquadrare le attività di un soggetto pubblico, o comunque allo stesso riferibili, occorre distinguere tra quelle dirette a fini di interesse generale e quelle che invece sono dirette a scopo di lucro. A titolo esemplificativo, se un appartamento di proprietà del soggetto pubblico viene locato a prezzi di mercato, ebbene tale operazione non potrà essere ascritta ad un servizio pubblico ma ad un'attività economica di diritto privato. Ove invece l'appartamento venga destinato ad alloggio per soggetti che si trovano in difficili situazioni abitative, l'attività sarà riferibile a scopi di incremento del benessere della collettività e pertanto potrà essere qualificabile come servizio pubblico. Il criterio sopra evidenziato tuttavia non appare sufficiente a distinguere l'attività privata dal servizio pubblico, poiché anche attività svolte da soggetti privati e che mai possono essere inquadrate in tale categoria possono avere finalità di accrescere il benessere della collettività. Il criterio oggettivo cioè non permette di distinguere quelle attività private che, pur avendo tali finalità dirette alla soddisfazione di bisogni generali, tuttavia non sono annoverabili nell'ambito del “pubblico”. E qui entra in campo la concezione soggettiva: in tanto un'attività può essere qualificata come servizio pubblico in quanto, oltre a possedere la suddetta finalità, sia riferibile ad un soggetto pubblico che l'ha assunta in proprio ritenendo che il suo espletamento rientri tra i propri scopi istituzionali e sia disciplinata da norme di diritto pubblico”.

⁷⁴ Cfr. M. S. GIANNINI, *Il servizio pubblico sotto il profilo giuridico*, in *Statistica e Pubblica Amministrazione*, II, *I servizi pubblici*, a cura di R. PEREZ, Milano, 1985, pp. 3 ss.; A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, cit., p. 478; Id., *La concessione di un pubblico servizio*, cit., p. 33; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2000, p. 118.

⁷⁵ In tal senso si veda A. POLICE, *Sulla nozione di “servizio pubblico locale”*, nel volume degli Atti del XLI Convegno di Studi di Scienza dell'amministrazione (Varenna, settembre 1995), *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Milano, 1997, 469 ss.; A. POLICE, *Spigolature sulla nozione di “servizio pubblico locale”*, in *Dir. amm.*, 2007, 01, 79; in senso analogo, G. CAIA, *Organizzazione dei servizi pubblici locali*, 3170; A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. amm.*, 1994, 478 e, in senso sostanzialmente analogo, F.G. SCOCA, *La concessione*, cit., 34 ss.; G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna 1993, 740 ss.

dall'Amministrazione in favore dei cittadini, la più recente giurisprudenza amministrativa afferma che ai fini dell'inquadramento di una determinata attività nell'ambito del servizio pubblico è necessario un duplice elemento: *“da un lato la stessa deve essere rivolta al soddisfacimento di bisogni di interesse generale e finalizzata all'accrescimento del benessere della collettività; dall'altro deve essere stata assunta come propria da un soggetto pubblico in quanto rientrante nelle sue finalità istituzionali e dal medesimo organizzata con norme di diritto pubblico”*⁷⁶.

“Ciò che distingue la mera attività privatistica dell'amministrazione dal servizio pubblico, infatti, è (anche) la circostanza che [...] il secondo è vincolato [...] a modelli predeterminati dalla legge o dall'amministrazione, coerenti con il perseguimento di un interesse che è espressione di un'esigenza della collettività ritenuta meritevole di tutela dal legislatore”. Si dice, invero, che *“tale considerazione è ancor più vera nel settore dei servizi pubblici locali”*, per i quali l'art. 22 l. 8 giugno 1990 n. 142, poi trasfuso nell'art. 112, d.lg. 16 agosto 2000 n. 267 ha qualificato servizi pubblici quelli 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 ritrovano nella definizione contenuta nelle citate disposizioni, seppure con un campo di applicazione più ristretto, gli elementi propri del servizio pubblico come definiti in precedenza, ovvero la decisione degli Enti locali, *“nell'ambito delle rispettive competenze”*, di assumere la titolarità del servizio pubblico, all'esito di una valutazione discrezionale circa l'opportunità di svolgere tale attività perché necessaria a promuovere gli interessi della collettività di cui l'ente è espressione.

Per la configurabilità di un servizio pubblico locale occorre, quindi, che lo stesso abbia una sua soggettiva ed oggettiva qualificazione, la quale deve assicurare la realizzazione di prevalenti fini sociali, oltre che la promozione dello sviluppo economico

⁷⁶ In tal senso T.A.R. sez. I Firenze, Toscana, 11 aprile 2013, n. 559, in www.dejure.it. Cfr. anche G. PALLIGGIANO, *La riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, atti del convegno Vallo della Lucania – 26 Giugno 2009 – Palazzo di giustizia, Aula G. Sofia, in www.giustizia-amministrativa.it. L'A. afferma che *“Il servizio pubblico è più esattamente individuabile nella relazione tra soggetto pubblico, o anche privato, che organizza un'offerta pubblica di prestazioni rendendola doverosa, ed utenti, al fine di soddisfare in modo continuativo i bisogni della collettività di riferimento, in capo alla quale sorge un'aspettativa giuridicamente rilevante. Il servizio è quindi “pubblico” perché fondamentalmente rivolto al pubblico degli utenti, per la soddisfazione dei bisogni della collettività e per il fatto che, a monte, un soggetto pubblico lo assume come doveroso, anche se poi materialmente sia gestito da un privato”*.

e civile delle relative collettività⁷⁷.

La delineata unicità della concezione di servizio pubblico (anche a livello locale⁷⁸), derivante dalla ricostruzione mista, che fa leva sul momento dell'assunzione del servizio fra i compiti istituzionali dell'amministrazione, tuttavia, non esclude la rilevanza, anche solo potenziale, del profilo economico connesso alla prestazione propria del servizio pubblico⁷⁹.

Un orientamento in parte analogo⁸⁰ è stato accolto nei Paesi anglosassoni, in particolare l'Inghilterra, in concomitanza con l'esperienza delle privatizzazioni avviate da Mrs. Thatcher⁸¹.

2. L'evoluzione storico normativa in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica in una prospettiva comparata con l'Inghilterra: premessa.

Giova, in questa sede, dare conto dei numerosi interventi giurisprudenziali e legislativi, interni, inglesi e comunitari, in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica. Ciò è utile al fine di metterne in luce caratteri e *ratio* in una prospettiva dinamica, anticipando da subito che, nel corso del tempo, lo studio e la ricerca in materia, tralasciando l'aspetto dell'assunzione dei servizi⁸² e il rapporto con l'utente, hanno avuto ad oggetto in Italia, come in Inghilterra, prevalentemente, se non esclusivamente, il tema delle modalità di affidamento della loro gestione; nonché l'opportunità dell'intervento

⁷⁷ Cfr. G. PALLIGIANO, *La riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, atti del convegno Vallo della Lucania – 26 Giugno 2009 – Palazzo di giustizia, Aula G. Sofia, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷⁸ Per un'analisi completa della nozione di servizio pubblico locale: A. POLICE, *Sulla nozione di "servizio pubblico locale"*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *I servizi Pubblici Locali*, Milano, 1997, p. 65 e ss.

⁷⁹ F. DEGNI, *Servizi pubblici locali e tutela della concorrenza: alla ricerca di un punto di equilibrio*, Nota a: T.A.R. Parma, 25 maggio 2005, n. 288; T.A.R. Salerno, 19 luglio 2005, n.1290, sez. I, in Foro Amministrativo - T.A.R. (II), fasc.11, 2005, pag. 3507.

⁸⁰ "The stipulation that a service is public if its existence is currently mandated by public authority brings three categories within the field of "public services": a) services provided by a public body directly; b) services purchased by public body through contract; and c) services which a private body has a public law duty to provide. The latter category includes privatised utilities such as gas, electricity and water". In tal senso si veda I. HARDEN, *The contracting State*, Open University Press, 1992, 9.

⁸¹ Vedi *infra*, par. 2.2.

⁸² L'istituzione dei servizi pubblici locali, il loro contenuto e la loro organizzazione, come noto, rientrano nelle competenze delle amministrazioni locali. Si rinvia al Protocollo al TUE sui servizi di interesse generale.

pubblico nella gestione stessa⁸³.

La legge 29 marzo 1903, n. 103, com'è noto, è stata la prima “*sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni*”⁸⁴. Rimasta in vigore fino alla fine degli anni ottanta, ha permesso agli enti locali di sottrarre all'economia di mercato quei beni e servizi ritenuti di interesse collettivo.

Peraltro, la generale crisi di efficienza che sul finire del secolo scorso ha investito il settore delle *public utilities* e la macchina pubblica in genere, la crescita del debito pubblico⁸⁵, la necessità di reperire capitali per gli investimenti in aggiornamenti tecnologici, oltre all'influenza dell'ordinamento comunitario⁸⁶, hanno innescato un processo di revisione profonda degli assetti normativi. Ciò ha indotto la sostituzione dell'impalcatura dello Stato imprenditore con quella di uno Stato regolatore⁸⁷ e ha inciso in modo significativo anche sulle tradizionali ricostruzioni dei servizi pubblici locali e sul modo di inquadrare tali attività⁸⁸.

Complice, nella realizzazione di questo ambizioso processo di riforma, la comparsa a livello comunitario di una nuova ideologia economica di matrice neo liberale.

⁸³ F. GIGLIONI, *Le garanzie degli utenti dei servizi pubblici locali*, in Dir. Amm. 2005, 02, 353.

⁸⁴ Per un commento sistematico della l. n. 103 del 1903, cfr. CAMERA, MAGNANI, *Commento alla legge 29 marzo 1903, n. 103, sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni*, Rocca San Casciano, L. Cappelli, 1903.

⁸⁵ Cfr. J. MORISON, *Modernising Government and the E-Government Revolution: Technologies of Government and Technologies of Democracy*, in N. BAMFORTH and P. LEYLAND, *Public Law in a Multi-Layered constitution*, Hart publishing, 2003, 168.

⁸⁶ Il ruolo di fattore di cambiamento epocale svolto dal diritto europeo ha avuto inizio, infatti, solo nei primi anni novanta. Cfr. M. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, fasc.1, 2003, pag. 91. L'A. evidenzia, in particolare, come le imprese pubbliche abbiano vissuto a lungo indisturbate “*in una sorta di cono d'ombra della politica europea della concorrenza*”. “*Solo nell'ultimo ventennio la Commissione ha riscoperto e applicato con rigore le disposizioni in tema di aiuti di Stato e le regole in tema di concorrenza al settore dei servizi pubblici*”. I mercati relativi ai servizi di interesse economico generale erano, fino a poco tempo prima, “*generalmente soggetti a regimi giuridici speciali, sottratti alle norme di concorrenza e caratterizzati dalla presenza di monopoli legali verticalmente integrati, posseduti/partecipati dallo Stato ed incaricati in esclusiva della fornitura dei servizi*”. Cfr. M. CAPANTINI, *Il servizio universale e le sue modalità di finanziamento. la soluzione dei fondi di compensazione*, in Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, fasc.1, 2003, pag. 99.

⁸⁷ Cfr. M. CLARICH, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in Dir. amm., 1995, 519 ss.; A. LA SPINA - G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000, 273 ss.; S. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, 1999.

⁸⁸ Cfr. B. BOSCHETTI, *Diritti e rapporti nell'amministrazione per servizi*, cit., p. 106: “*Sotto la spinta del diritto comunitario è [...] destinato a mutare il concetto di attività economica posto alla base del concetto di servizio pubblico, il quale perde quella neutralità che gli consentiva di adeguarsi sia alla natura imprenditoriale che sociale del servizio. Il servizio pubblico, dunque, o ha rilevanza economica ed allora corrisponde ad una attività economica imprenditoriale e privata (ossia, soggetta alle norme di diritto privato), ovvero è privo di tale rilevanza ed allora non costituisce un'attività economica.*”

Diffusasi principalmente nel Regno Unito sotto il Governo di Margaret Thatcher⁸⁹ ha avuto il fondamentale obiettivo non solo di riorganizzare l'apparato centrale dello Stato e di ridimensionare i poteri delle amministrazioni locali, ma, anche, di modificare la struttura tradizionale della macchina pubblica, incapace, fino a quel momento, di attuare politiche efficaci in grado di migliorare la qualità dei servizi offerti.

Nuove istanze individualistiche hanno spinto a porre al centro del sistema di organizzazione e gestione dei servizi pubblici non più il soddisfacimento di interessi sociali, bensì il perseguimento di interessi particolari nell'ambito di una struttura che favorisse il confronto tra operatori economici e libera scelta dell'utente⁹⁰. Ciò è avvenuto attraverso dinamiche tese, da un lato, al riposizionamento dei confini tra società, mercato e Stato e, dall'altro, all'affermarsi di nuovi modelli di funzionamento dell'apparato pubblico⁹¹, volti al miglioramento delle condizioni e della produttività del lavoro e all'accrescimento del livello di soddisfazione degli amministrati nei confronti della pubblica amministrazione, attraverso l'introduzione di logiche di decentramento, semplificazione amministrativa, aziendalizzazione, sussidiarietà⁹² e trasparenza⁹³.

⁸⁹ CASTELLI, C. (2002), *Esperienze di successo nelle amministrazioni pubbliche: un'analisi internazionale comparata*. Lugano: Arthur Andersen SA. Tra gli obiettivi principali del Governo conservatore di quell'epoca è stata segnalata, in particolare, la volontà ridurre il potere degli enti locali, rafforzando il controllo statale su di essi. A tal fine, sono state introdotte misure volte a limitare la discrezionalità delle amministrazioni locali sulla spesa pubblica ed è stato messo in discussione il ruolo centrale degli enti locali nell'erogazione di pubblici servizi, aprendo tale settore alla concorrenza e all'imprenditoria privata. Infatti è stato introdotto l'obbligo per gli enti locali di "misurare" sul mercato le loro prestazioni e la loro competitività mediante l'introduzione del *Compulsive Competitive Tendering*, c.d. CCT.

⁹⁰ Cfr. P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, p. 374-375; F. TRIMARCHI BANFI, *Considerazioni sui "nuovi" "servizi pubblici"*, cit., p. 946, secondo cui "una lettura del sistema dei servizi di rilevanza comunitaria che sia orientata al valore della libertà che con esso si attuerebbe, trasforma la tensione, che è presente nel diritto comunitario, tra efficienza economica e finalità sociali (la coesione nel linguaggio comunitario) in cui una gerarchia di valori, dominata dalla priorità riconosciuta al valore della libertà economica, da alcuni elevata al rango di diritto fondamentale".

⁹¹ Tali modelli sono stati ricondotti all'approccio del *New Public Management*.

⁹² Sul tema della sussidiarietà si rinvia a F. GIGLIONI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nel diritto amministrativo e la sua applicazione*, in *Foro amm.*, CDS 2009, 12, 2909; G. TROPPIA, *La sicurezza urbana, le ronde, e il disagio (sociale) della Corte*, in *Dir. Amm.*, 2011, 01, 55; G. CANGELOSI, *Sanità partecipata e salute del minore*, in *Dir. Famiglia*, 2010, 03, 1441; R. CHIEPPA, M. NIGRO, *La sussidiarietà e la disciplina del procedimento amministrativo* in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2010, 03, 667; P. DURET, *Riflessioni sulla legittimità ad causam in materia ambientale tra partecipazione e sussidiarietà*, in *Dir. proc. amm.* 2008, 03, 688; in giurisprudenza, si veda Tar Roma, sez. I, 10 marzo 2006 n. 1890 in *Foro amm.* TAR 2006, 03, 965; Tar Liguria, sez. II, 26 novembre 2003, n. 1479; Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi Parere definitivo 26 agosto 2002, n. sez. 1794/2002; Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi Parere definitivo 25 agosto 2003, n. sez. 1440/2003, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁹³ Sul tema della trasparenza amministrativa si rimanda a F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008; M. NICOSIA, *Principio di trasparenza dell'azione amministrativa ed obbligo di motivazione. Il diritto di accesso*. Napoli, 1992; F. PIZZETTI, *Trasparenza e riservatezza nella pubblica amministrazione*, in F. PIZZETTI, A. RUGHETTI (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico*, Studi Cis Anci, 2010, p. 29 ss.; R. CHIEPPA, *La trasparenza come regola della pubblica amministrazione*, in *Diritto*

In questa direzione, il legislatore italiano è intervenuto rinnovando la disciplina delle modalità di organizzazione e funzionamento interno della pubblica amministrazione, conferendo dignità e forza precettiva al principio del buon andamento di cui all'art. 97⁹⁴ Cost. Al tempo stesso, diversificando le sorti dei servizi pubblici prestati a livello nazionale e locale attraverso una redistribuzione di competenze e funzioni normative e amministrative tra Stato, Regioni ed Enti locali.

Sulla base di un'accezione verticale del principio di sussidiarietà, le scelte in materia di servizi pubblici e il controllo del corretto funzionamento del mercato sono di competenza, in via di principio, del livello di governo più prossimo alla comunità di riferimento, mentre gli organismi superiori intervengono solo se l'esercizio delle funzioni da parte dell'organismo inferiore sia inadeguato per il raggiungimento degli obiettivi.

Tale processo di cambiamento è stato direttamente influenzato dai principi dell'ordinamento comunitario. Infatti parte della dottrina nazionale⁹⁵ ha affermato che l'art. 86, par. 2⁹⁶, Trattato CE⁹⁷, ha imposto agli Stati membri di mutare il proprio assetto

dell'economia, 1994, p. 613 ss; E. CARLONI, *Gli strumenti della trasparenza nel sistema amministrativo italiano e la sua effettività: forme di accesso, quantità e qualità delle informazioni*, in www.astrid-online.it; R. VILLATA, *La trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Diritto del procedimento amministrativo*, 1987, p. 528 ss.; G. ARENA, *La trasparenza amministrativa e il diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in G. ARENA (a cura di), *L'accesso ai documenti amministrativi*, Bologna, 1991, p. 15 ss.; ID., *Trasparenza amministrativa*, in *Enc. Giur.* XXXI, Roma, 1995, p. 1; S. CASSESE (a cura di), *Trasparenza amministrativa*, in *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, 2006, VI, p. 5945 ss.

⁹⁴ Tale principio è stato infatti decodificato – nell'ambito della legislazione degli anni '90 - nei principi di efficacia, efficienza, economicità, trasparenza, pubblicità. Si veda sul punto FARNETI G., *Il sistema dei controlli sulle partecipate alla luce della riforma e delle recenti modifiche ordinamentali, intervento nel corso del convegno su "La Riforma dei servizi pubblici locali. Liberalizzazione dei mercati e strategie di rilancio delle utilities"*, organizzato da Maggioli Editore, tenutosi il 16 febbraio 2010 a Bologna, in www.amministrazioneincammino.it; S. LARICCIA, *Buon andamento ed economicità: nuovi criteri per la funzione del diritto e il mestiere del giurista?*, in atti del convegno *Efficienza ed efficacia dell'azione pubblica*, tenutosi il 20 ottobre 2008 presso l'Università di Roma La Sapienza.

⁹⁵ M. CAPANTINI, *Il servizio universale e le sue modalità di finanziamento. la soluzione dei fondi di compensazione*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.1, 2003, pag. 99.

⁹⁶ L'art. 86 par. 2 del Trattato CE, presente già nella versione originaria del Trattato di Roma del 1957 dispone che "*Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale [...] sono sottoposte alle norme del presente Trattato, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto o di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità*".

Trattasi di disposizione tesa a consentire il contemperamento fra l'interesse degli Stati membri ad usare determinate imprese come strumento di politica economico-sociale e l'interesse di matrice comunitaria a che siano osservate le regole di concorrenza e sia mantenuta l'unità del mercato comune. Con il Trattato di Amsterdam è stato inserito nel Trattato CE l'art. 16, ai sensi della quale "*Fatti salvi gli articoli 73, 86 e 87, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, la Comunità e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito di applicazione del presente trattato, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni che consentano loro di assolvere i loro compiti*". In proposito, si veda S. RODRIGUEZ, *Les services publics et le Traité d'Amsterdam*, in *Revue du Marché*

tradizionale con la liberalizzazione graduale dei mercati e la creazione dei presupposti per l'istaurarsi della concorrenza⁹⁸ attraverso strumenti che garantissero trasparenza e non discriminazione, e con il tendenziale passaggio da una disciplina largamente pubblicistica ad una di diritto comune⁹⁹.

Questa impostazione ha indotto a ritenere¹⁰⁰ che anche il mercato potesse provvedere alla soddisfazione di quei doveri di solidarietà precedentemente ritenuti assolvibili solo riconducendo la relativa attività economica nell'orbita dell'attività pubblicistica, ma è spettato pur sempre al livello di governo più prossimo ai bisogni della collettività definire quale servizio dovesse essere liberalizzato e quali deroghe alla concorrenza fossero necessarie.

L'Unione Europea, infatti, ha affrontato la materia dell'affidamento della gestione dei servizi pubblici attraverso la sottoposizione delle imprese (pubbliche e private) al rispetto dei principi della concorrenza e della libertà di circolazione, nei limiti in cui

commune, 1998, p. 37 ss. La norma in questione si è preoccupata di mantenere un equilibrio fra l'apertura dei servizi di interesse economico generale alla concorrenza e la salvaguardia di esigenze di natura sociale. Cfr. A. LYON-CAEN, V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Services publics et droits fondamentaux dans la construction européenne*, Parigi, 2001.

⁹⁷ Cfr. le disposizioni del TCE in materia di reti transeuropee (titolo XV), nonché l'art. 158, che attribuisce alla Comunità l'obiettivo di attenuare il divario tra i livelli di sviluppo delle regioni ed il ritardo delle zone meno favorite o insulari. Cfr. anche l'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in GUCE del 18 dicembre 2000 n. C 364), relativamente all'accesso ai servizi di interesse economico generale. Cfr. G. MORBIDELLI, *I servizi pubblici locali in Europa*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 2/2001, p. 783.

⁹⁸ Dalla seconda metà degli anni 80, diversi settori che fornivano servizi d'interesse economico generale sono stati aperti alla concorrenza, ad esempio, le telecomunicazioni, i servizi postali, i trasporti e l'energia (elettricità e gas). La Comunità ha sempre promosso una liberalizzazione "controllata", vale a dire un'apertura graduale del mercato, accompagnata da misure di tutela dell'interesse generale, in particolare per garantire, con il concetto di servizio universale, l'accesso di ciascuno, indipendentemente dalla situazione economica, sociale o geografica, ad un servizio di qualità specificato ad un prezzo abbordabile.

⁹⁹ *La maggior parte di tali misure sono state adottate sulla base dell'art. 95 TCE, considerando, quindi, i servizi pubblici come altrettanti mercati, sottoposti ad una disciplina uniforme a livello europeo.* Cfr. S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Laterza, Bari, 2000, p. 87 e *La costituzione economica europea*, in *Rivista it. Dir. Pubbl.*, n. 6/2001, p. 914; G.V. JORDANA, *Il concetto di "servizio universale" nella normativa comunitaria*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 1998, p. 673.

¹⁰⁰ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 2006, pp. 748 – 749: "Ciò ha prodotto (sta producendo) una trasformazione rilevante del ruolo dell'impresa pubblica, presenza dominante da noi nei primi decenni dell'esperienza dello Stato costituzionale, supportata peraltro dalla normativa della stessa Carta, e adesso in principio marginale e recessiva (anche se di fatto ancora cospicua); una diversa configurazione dei servizi pubblici come attività consistenti in prestazioni rese ai cittadini anche in forma economica (e perciò attraverso imprese), prima espletate per regola dai pubblici poteri attraverso proprie strutture operative ed adesso gestite da operatori indifferentemente pubblici o privati, ma tendenzialmente privati, sottoposti ad obblighi di servizio imposti e regolati dai pubblici poteri; un ridimensionamento del ruolo di questi ultimi (dello Stato), ricondotti si direbbe alla loro posizione originaria di soggetti esercenti funzioni pubbliche (di regolazione, di direzione, di sanzione) piuttosto che gestori diretti di servizi attraverso operazioni e prestazioni". Ma altresì B. BOSCHETTI, *Diritti e rapporti nell'amministrazione per servizi*, cit., p. 111.

l'applicazione delle norme del Trattato non ostasse all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata¹⁰¹.

In realtà la Commissione europea¹⁰², in riferimento all'art. 86 del Trattato, sul presupposto che i servizi d'interesse economico generale¹⁰³ (cui si riferisce espressamente la norma) non dovessero essere identificati con i servizi pubblici, ha

¹⁰¹ Si vedano al riguardo gli articoli 82, 86 comma 2 e 295 del Trattato CE. Il secondo comma dell'art. 86 e l'art. 295 del Trattato CE sostengono l'indifferenza della natura pubblica o privata delle imprese, in quanto queste devono comunque ricadere nell'ambito di applicabilità del Trattato in tema di libera circolazione e tutela della concorrenza. Di contro, l'art. 82 del Trattato individua le deroghe ammesse alle disposizioni sopra citate, deroghe volte ad evitare l'abuso di posizioni dominanti da parte dell'impresa (pubblica o privata) titolare di situazioni di monopolio legale o di altri diritti speciali o di esclusiva che la sottraggono alle regole della concorrenza. Appare evidente, quindi, come l'ipotesi di restrizione del principio di concorrenza, ma anche di libertà di mercato, sia giustificata solo dalla necessità di assicurare il corretto assolvimento di una missione di interesse generale da parte dello stesso operatore titolare del monopolio o del diritto speciale o di esclusiva. In tal senso si può vedere anche A. LUCCHETTI, *I servizi di interesse economico generale: il quadro europeo ed il caso italiano*, in www.astrid-online.it.

¹⁰² Il riferimento è al Libro Verde sui servizi di interesse generale (COM-2003-270) del 21 maggio 2003. Qui la Commissione Europea, afferma che *"Le espressioni "servizio di interesse generale" e "servizio di interesse economico generale" non devono essere confuse con il termine "servizio pubblico". Quest'ultimo ha contorni meno netti: può avere significati diversi, ingenerando quindi confusione. In alcuni casi, si riferisce al fatto che un servizio è offerto alla collettività, in altri che ad un servizio è stato attribuito un ruolo specifico nell'interesse pubblico e in altri ancora si riferisce alla proprietà o allo status dell'ente che presta il servizio. Pertanto, questo termine non è utilizzato nel Libro verde."* Sotto il profilo della natura degli interessi rilevanti ai fini della qualificazione della fattispecie in esame, la Corte di Giustizia della Comunità Europea ha già da tempo precisato che le espressioni "interesse generale" e "interesse pubblico" hanno sostanzialmente lo stesso significato". Sul punto si veda CGCE, 1 Ottobre 1998, causa C-38/97, motivo 41, ma altresì F. LAMBIASE, *Tutela dell'interesse generale e universalità del servizio in Europa*, in I quaderni del GRIF, 2005, p. 11.

¹⁰³ La definizione di SIEG è contenuta all'interno del *"Libro Verde sui servizi di interesse generale"* del 21 maggio 2003 che li qualifica quei *"servizi di natura economica che, in virtù di un criterio di interesse generale, gli Stati membri o la Comunità assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico"*. Nel *"Libro Verde sui servizi di interesse generale"* l'Unione Europea sostiene che la dizione di "servizio di interesse economico generale" riguarda, in modo particolare, alcuni servizi forniti dalle industrie a rete (si tratta dei servizi di trasporto e dei servizi postali, dell'energia e della comunicazione), estendendo poi il concetto anche alle attività economiche soggette ad obblighi di servizio pubblico. Inoltre, sempre secondo il *"Libro Verde sui servizi di interesse generale"*, i servizi in questione sono parte dei valori condivisi da tutte le società europee, costituiscono un tratto essenziale del modello europeo di società e hanno l'obiettivo di migliorare la qualità di vita di tutti i cittadini e di superare l'emarginazione e l'isolamento sociale. In tal senso tali servizi stimolano la competitività e la coesione, favorendo investimenti nelle Regioni più sfavorite. Inoltre, la fornitura efficiente e non discriminatoria dei servizi di interesse generale è un requisito indispensabile per garantire il buon funzionamento del Mercato Unico e favorire l'integrazione economica nell'Unione Europea. Sul termine *"servizi di interesse economico generale"* si veda P. G. MARRONE e S. MUSOLINO, *La riforma dei servizi pubblici locali alla luce del d.p.r. 7 settembre 2010, n. 168*, DIKE, 2011, p. 82. Gli A. evidenziano come la Commissione Europea abbia voluto riferirsi a quei servizi che *"le autorità pubbliche ritengono che debbano essere garantiti anche quando il mercato non sia sufficientemente incentivato a provvedervi da solo"*. In sostanza, si tratta di quei servizi che devono essere prestati nei confronti di tutti, a prescindere dalla posizione geografica e dall'appetibilità economica dei destinatari e a prezzi accessibili per tutti (c.d. servizio universale). Da qui deriva che nel diritto europeo la nozione di servizio pubblico è sostituita da una nozione più ristretta, quella di servizio universale. L'obbligo di universalità si traduce così in un vero e proprio obbligo di predisposizione del servizio, anche a vantaggio di quegli utenti e di quelle zone che non conviene fornire dal punto di vista economico, poiché alle tariffe correnti l'operatore incaricato non riesce a coprire i costi sostenuti per l'erogazione del servizio.

affermando che le norme sulla concorrenza si dovevano applicare solo alle attività suscettibili di essere erogate secondo criteri economici. E' stato chiarito, altresì, che poiché la distinzione tra attività economiche ed attività non economiche ha carattere dinamico ed evolutivo, non è stato possibile fissare a priori un elenco definitivo dei servizi di interesse generale di natura economica e di quelli privi di tale natura. Questi, infatti, si sarebbero dovuti caratterizzare per l'universalità¹⁰⁴, la continuità, la qualità del servizio, l'accessibilità delle tariffe e la tutela degli utilizzatori, che poteva esser loro garantita soltanto attraverso il riconoscimento di specifici diritti¹⁰⁵.

In questo senso, il requisito dell'universalità¹⁰⁶ ha avuto lo scopo di tutelare tutte quelle fasce di utenti che hanno rischiato di essere escluse dalla fruizione dei servizi di interesse generale che, non riuscendo a garantire neanche il recupero dei costi impiegati¹⁰⁷, avrebbero dovuto essere erogati soltanto a tariffe non accessibili a tutti.

In conseguenza di tali considerazioni, in Italia come in Inghilterra, si è innescato

¹⁰⁴ Si precisa che nella correlazione tra obblighi di servizio e diritto universale si accoglie un'accezione di diritto universale quanto più ampia possibile, ricomprendendo nell'insieme di prestazioni minime da assicurare ai *cives* anche quelle che non fanno immediato e diretto riferimento a un beneficio dell'utente, ma che devono essere ricomprese necessariamente nella missione di interesse generale e, pertanto, nel contenuto degli obblighi di servizio pubblico. Si tratta, in pratica, di quelle prestazioni imposte dall'Amministrazione per fare fronte a interessi correlati al funzionamento del mercato e, pertanto, condizionali al pari della tutela dell'utenza, come parte debole del rapporto, di cui tuttavia la collettività dei fruitori beneficia solo in via indiretta. Si veda in proposito G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, cit., p. 164; B. BOSCHETTI, *Diritti e rapporti nell'amministrazione per servizi*, cit., p. 23 ss. Per la definizione di servizio universale, si veda la recente analisi di V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in Riv. It. Dir. Pubbl. com., 2006, 748 ss; R. URSI, *L'evoluzione della nozione di interesse economico generale nel processo di integrazione europea* – Parte seconda, in *Nuove autonomie*, 3/2002, p. 376.

¹⁰⁵ Tali caratteristiche vengono evidenziate da A. LUCCHETTI, *I servizi di interesse economico generale...*, op. cit., 72 e da G. FRANCO CARTEI, *I servizi di interesse economico generale tra riflusso dogmatico e regole di mercato*, in www.iisa.it, per il quale i suddetti requisiti non consentono comunque di definire il concetto di SIEG, in quanto appartengono a tradizioni diverse. Il principio di continuità, ad esempio, risale all'esperienza del *service public* e richiede che il servizio sia fornito regolarmente e senza interruzioni al fine di rispondere ai bisogni fondamentali degli utenti. La tutela dei consumatori, invece, è inerente alla trasformazione del rapporto di utenza in una relazione di mercato e quindi sorge in seguito ai processi di liberalizzazione. I principi di qualità e di accessibilità delle tariffe attengono, al contrario, al servizio universale, cioè a quel servizio che deve essere assicurato a tutti ad un prezzo decisamente abbordabile. Nel TFUE si sancisce il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali nel fornire, commissionare ed organizzare i servizi di interesse economico generale, in quanto si tratta di autorità più vicine alle esigenze degli utenti. Inoltre, la rilevanza delle autorità sopra citate deriva dalle differenti esigenze e preferenze degli utenti, riconducibili a situazioni geografiche, sociali e culturali diverse.

¹⁰⁶ All'imposizione di obblighi di servizio universale corrisponde di regola una compensazione erogata dalla Pubblica Amministrazione a favore dell'operatore economico, nella misura in cui non sia strettamente necessario a non sottoporlo ad oneri talmente gravosi da comprometterne la competitività sul mercato, all'esito di un giudizio condotto secondo principi di proporzionalità, obiettività e non discriminazione. La prima definizione positiva del servizio universale risale alla Direttiva 97/33/CE del 30/06/97, art. 2 paragrafo 1 lett. g).

¹⁰⁷ La prima definizione positiva del servizio universale risale alla Direttiva 97/33/CE del 30/06/97, art. 2 paragrafo 1 lett. g).

un processo di trasformazione orientato al mercato nel quale anche le imprese pubbliche, al fine di perseguire livelli più elevati d'efficienza, organizzativa e gestionale e avviare percorsi di miglioramento della qualità, hanno cercato di rafforzare la loro struttura finanziaria trasformandosi in società di capitali.

I processi di privatizzazione hanno riguardato attività “*estremamente eterogenee fra loro e accomunate dal solo connotato della strumentalità all'assolvimento di finalità considerate di pertinenza del potere pubblico*”¹⁰⁸, a partire dalle più grosse aziende pubbliche (*che offrivano servizi ben lontani da quelli del welfare, come telefonia o elettricità*) per arrivare ai servizi offerti a livello locale, sul presupposto “*che le logiche applicate sul piano statale fossero pedissequamente applicabili anche a quello locale, a prescindere dalla natura del servizio*”¹⁰⁹.

In questo contesto, la legge sull'Ordinamento delle autonomie locali ha inaugurato un nuovo percorso nella produzione normativa in tema di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in cui la ricerca del risparmio di spesa pubblica e della qualità delle prestazioni hanno costituito i principali obiettivi, la spinta per il passaggio da modelli strettamente pubblicistici “*a modelli privatistici, o quantomeno ibridi, quali quelli derivanti dall'applicazione delle forme di partenariato pubblico-privato*”¹¹⁰. La scelta del modello societario, inoltre, è stata giustificata con la tanto agognata efficienza delle forme privatistiche, ritenute più duttili e più adatte all'attività d'impresa, quindi maggiormente idonee a superare le lentezze burocratiche che, da sempre, sono state individuate tra le cause principali dell'inefficienza dell'amministrazione.

Partendo dalla distinzione tra servizi di interesse economico generale e servizi di interesse generale di matrice europea, il legislatore italiano ha dato avvio ai maggiori interventi nel settore dei servizi pubblici locali.

Con l'art. 14 della legge 24 novembre 2003, n. 326, infatti, l'espressione “*servizi a rilevanza industriale*” è stata sostituita con quella, più somigliante al diritto

¹⁰⁸ B. BOSCHETTI, *Diritti e rapporti nell'amministrazione per servizi*, Padova, 2007, 104.

¹⁰⁹ A. PODDA, *Bisogni sociali e impegno pubblico: un caso di studio del welfare locale in Sardegna*, in C. CASULA (a cura di), *Riorganizzare: l'economia, la società. Scritti in onore di Francesco Paolo Cerase*, Carocci, Roma, 2013, 179.

¹¹⁰ V. PARISIO, *Gestione dei servizi pubblici locali, tutela delle risorse pubbliche e contenimento della spesa*, in *Foro Amministrativo T.A.R.*, n. 1, Gennaio 2013, 385.

comunitario, di “*servizi a rilevanza economica*”¹¹¹, per i quali è stata prevista, a differenza dei servizi privi di tale rilievo, l’apertura alla concorrenza mediante il ricorso a gara ad evidenza pubblica¹¹². In pratica i servizi a rilevanza economica, in maniera analoga ai servizi di interesse economico generale, sono stati aperti ai gestori privati. Tale cambiamento ha indotto l’Amministrazione, anche locale, ad indire procedure competitive ad evidenza pubblica per selezionare l’imprenditore privato che offrisse le migliori condizioni economiche, di qualità e di sicurezza, oltre che i migliori contenuti di innovazione tecnologica e gestionale¹¹³.

La connessione tra servizi e territorio, e la loro dimensione evocativa di utilità in qualche misura essenziali per la collettività, ha spinto alla ricerca di un punto di equilibrio tra il consolidamento del mercato interno e l’attuazione dei principi di

¹¹¹ “*In assenza di una disposizione legislativa che ne fornisca la definizione, devono essere ricostruite in via interpretativa la nozione di servizio pubblico locale di rilevanza economica e, per converso, quella di servizio privo di siffatta rilevanza*”, avendo particolare riguardo agli indici rivelatori desumibili dai principi comunitari che informano la materia così come estrapolati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in sede di analisi esegetica della nozione di servizi di interesse economico generale e dagli atti adottati dalla Commissione europea. Secondo l’ordinamento comunitario, i servizi di interesse economico generale si distinguono dai servizi ordinari per il fatto che i primi devono essere garantiti con carattere di continuità, mediante l’imposizione di obblighi di servizio pubblico, anche quando essi non siano economicamente remunerativi e, pertanto, il mercato non sia sufficientemente incentivato a provvedervi da solo”. Cfr. Cons. di Stato, 10 settembre 2010, n. 6529, in www.dejure.it. Il Consiglio di Stato, con la sentenza del 10 settembre 2010, n. 6529, ha recentemente tracciato le linee guida da seguire per distinguere i Servizi Pubblici Locali di rilevanza economica da quelli che non presentano tale carattere: a fronte della rilevata inidoneità dei criteri distintivi di natura astratta, sostanzialistica e/o ontologica a discernere la natura delle due categorie di servizi in esame, occorre far ricorso ad un criterio relativistico, che tenga conto delle peculiarità del caso concreto, quali la concreta struttura del servizio, le concrete modalità del suo espletamento, i suoi specifici connotati economico-organizzativi, la natura del soggetto chiamato ad esperirlo, la sua disciplina

¹¹² L. CUOCOLO, *La Corte Costituzionale “salva” la disciplina statale sui servizi pubblici locali*, in *Giorn. Dir. Amm.* 5/2011, p. 484 ss., evidenzia come a livello europeo non venga mai ad essere impiegata l’espressione di “*servizio pubblico locale di rilevanza economica*”, in quanto l’Unione Europea si trova a parlare di “*servizi di interesse economico generale*”. Tale distinzione porta a chiedersi se le due espressioni siano in tutto o in parte coincidenti, oppure indichino concetti diversi. La soluzione a questo problema non è facile, anche perché né l’ordinamento comunitario, né quello italiano definiscono in modo preciso le nozioni in esame. I motivi di tale mancata precisazione sono da ravvisare, almeno nell’ordinamento comunitario, nella necessità di evitare forzature eccessive e contrastanti con le diverse tradizioni giuridiche e con le diverse esigenze sociali degli Stati membri. In Italia, invece, la mancata definizione del concetto in esame è alla base di un pluridecennale dibattito dottrinale inerente alla necessità di inquadrare i servizi pubblici locali in una dimensione soggettiva ed oggettiva. La Corte Costituzionale, al fine di esprimersi sul riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni con la sentenza n. 325/2011, ha ricondotto la nozione comune a tutti e due gli ordinamenti a servizi resi mediante attività economiche in senso ampio. In sostanza, si tratterebbe di servizi che devono fornire prestazioni necessarie nei confronti di un’indifferenziata generalità di cittadini e che devono essere di regola affidati a terzi mediante procedure ad evidenza pubblica.

¹¹³ Si fa riferimento all’art. 23 bis, comma 7, legge 133/2008, il quale stabilisce che la gara “*è aggiudicata sulla base del migliore 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*”.

uguaglianza, solidarietà e coesione sociale¹¹⁴. Tale punto di equilibrio, nei servizi liberalizzati, è stata realizzato principalmente con la nozione comunitaria di *servizio universale*.

Con il suo affermarsi ogni cittadino sarebbe dovuto diventare titolare di un diritto universale a determinate prestazioni positive e di qualità predefinita; in tal modo, la soddisfazione dell'interesse del cittadino sarebbe stata, per la prima volta, al centro della disciplina dei servizi, costituendo un momento essenziale nel "*processo di costruzione della cittadinanza europea*".¹¹⁵

Secondo tale impostazione, il rapporto con il fruitore del servizio avrebbe cessato di essere preso in considerazione in una prospettiva meramente incidentale¹¹⁶ in quanto una serie di atti normativi e di indirizzo avrebbe dovuto disciplinare *ex ante* le attività delle Amministrazioni Pubbliche e dei gestori di pubblici servizi in funzione dell'utilità derivante ai *cives* dalla fruizione del servizio.

Il rapporto di utenza veniva individuato come "*lo strumento più idoneo a rendere operative ed effettive le garanzie che l'ordinamento offre all'interesse al godimento dei pubblici servizi*"¹¹⁷ e, l'apertura della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica ai privati non avrebbe dovuto incidere in alcun modo sulla fruizione universale, sulle tariffe accessibili e sull'interesse generale del servizio di riferimento.

Peraltro, nonostante lo *slogan* della maggiore efficienza derivante dalla modalità gestoria privata¹¹⁸, in ambito locale, non sono stati raggiunti adeguati *standards* di servizio e la conseguente soddisfazione dell'utenza a causa dell'incapacità dei Comuni di trasformare la propria *governance* e adattare le proprie competenze al nuovo ruolo di indirizzo e controllo della qualità e della efficacia delle prestazioni offerte sul territorio dalle aziende incaricate dell'erogazione delle *public utilities*¹¹⁹.

Anzi, la nuova veste privatistica, se da un lato ha costituito il paravento per

¹¹⁴ Vd. CARTEI G.F., *Il servizio universale*, in Annuario AIPDA 2001, Milano, 2002, 117; Cfr. anche G. NAPOLETANO, *Il servizio universale e i diritti dei cittadini utenti*, in *Mercato concorrenza regole*, n. 2/2000, p. 429; A. PREDIERI, *Le reti transeuropee nei Trattati di Maastricht e di Amsterdam*, in *Diritto dell'Unione Europea*, n. 3/1997, p. 287. Con riferimento alla giurisprudenza della CGCE, cfr. G. CAPUTI, *Servizi pubblici e monopoli nella giurisprudenza comunitaria*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 134.

¹¹⁵ Cfr. G. NAPOLITANO, *Il servizio universale e i diritti dei cittadini utenti*, cit., p. 429.

¹¹⁶ R. ALESSI, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, cit., p. 92.

¹¹⁷ Cfr. B. BOSCHETTI, *Diritti e rapporti nell'amministrazione per servizi*, cit., p. 123.

¹¹⁸ In relazione alla rilevanza della concorrenza nel settore delle *public utilities* in Inghilterra si veda OECD Reports, *Restructuring public utilities for competition*, 2001.

eludere alcune regole pubblicistiche, in materia di assunzioni del personale, per consulenze superflue, per aggirare i limiti imposti per le gare di evidenza pubblica, dall'altro ha determinato un'attività improntata a logiche di profitto poco rispettose del principio di uguaglianza sostanziale che, a causa dell'innalzamento dei prezzi, non ha garantito a tutti l'accesso al servizio¹²⁰.

In questo modo è accaduto che i sostenitori del controllo e dell'insostituibilità del potere pubblico e delle tradizioni municipali hanno aspramente criticato le scelte pro-concorrenziali del nostro legislatore e, ad ogni passo in avanti verso il libero mercato, hanno spinto ad altrettanti passi indietro.

Un'analisi dell'evoluzione della disciplina normativa¹²¹ del nostro ordinamento e di quello inglese¹²² dimostra, infatti, come la scelta di percorso intrapresa in quegli anni, nel tentativo di inseguire affannosamente i fenomeni della realtà, spesso ne abbia ignorato i concreti contorni e l'incessante trasformazione, a discapito dell'interesse degli utenti alla cui soddisfazione dovrebbe essere indirizzata l'azione e l'organizzazione di ogni servizio pubblico. Se, infatti, *“il primo passo per valutare la qualità di un sistema di erogazione di un servizio (indifferentemente, che sia gestito da un soggetto privato o pubblico, offerto in modo gratuito o a pagamento) è l'analisi della sua capacità di rispondere a dei bisogni specifici¹²³”*, il legislatore ha fallito il suo scopo, laddove, come evidenziato da parte della dottrina¹²⁴, ha prestato *“maggiore attenzione ai rapporti con le società erogatrici dei servizi, in termini di contratto di servizio ed economicità delle prestazioni e meno attenzione alla tutela dell'utente che resta, invece, il soggetto centrale del processo di trasformazione in atto”*.

¹²⁰ Una definizione precisa di qualità di un servizio richiede di analizzare il suo processo d'erogazione, ma anche tutta l'organizzazione che ne ha consentito la realizzazione. Cfr. C. CATTANEO (a cura di), *Le politiche per la qualità dei servizi pubblici, Analisi e strumenti per l'innovazione, I rapporti*, Rubbettino, 2007, 11.

¹²¹ Sull'evoluzione normativa dei servizi pubblici locali, si vedano in particolare S. CASSESE, *Dalla vecchia alla nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Rass. Enel*, 1998, 233 ss; ID., *La trasformazione dei servizi pubblici in Italia*, in *Economia pubbl.*, 1996, 5, p. 5 ss.; F. GIGLIONI, *Osservazioni sulla evoluzione della nozione di servizio pubblico*, in *Foro Amm.*, 1998, p. 2264 ss.; N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999, passim; SALVIA, *Il servizio pubblico: una particolare conformazione dell'impresa*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p. 535 ss.; L. IEVA, *La teoria del servizio pubblico nell'evoluzione normativa, dottrinale e giurisprudenziale*, in *T.A.R.*, 2001, p. 529 ss.; R. ARRIGONI, *Regolazione nella gestione nelle public utilities: principio di separazione e libera concorrenza nell'applicazione dei principi costituzionali e comunitari*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, p. 87 ss.

¹²² In Gran Bretagna la materia di servizi pubblici locali è strettamente legata alle trasformazioni del *local government*.

¹²³ Cfr. C. CATTANEO (a cura di), *Le politiche cit.*, 12.

¹²⁴ F. MIGNELLA CALVOSA, *La governance degli enti locali nella gestione dei servizi pubblici, Analisi e strumenti per l'innovazione, I rapporti*, Rubbettino, 1997, 15.

L'introduzione della carta dei servizi¹²⁵ ad opera dell'art. 2¹²⁶ del decreto legge 12 maggio 1995, n. 163¹²⁷, non sembra aver avuto, per le imprese erogatrici che l'hanno adottata, un peso decisivo nel precisare la qualità dei servizi e nel correggere le eventuali inefficienze verificatesi nell'erogazione¹²⁸.

Ciò anche perché il legislatore, piuttosto che preoccuparsi di imporre agli enti locali adeguate forme di controllo e di intervento per garantire il mantenimento dei necessari *standards* qualitativi dei servizi pubblici locali, è stato schiacciato da un dibattito, per certi versi sterile, che ha avuto ad oggetto soltanto le modalità del loro affidamento o l'opportunità di mantenere la gestione in ambito pubblicistico.

E' forse questa la ragione del crescente interesse politico per tale settore, di innumerevoli e contraddittori interventi normativi nel corso degli ultimi cinque lustri, di una confusione che ancora mina l'efficienza di questa branca del diritto.

Ma vi è di più. *“Perché la qualità possa realmente divenire fattore strategico nell'ambito di un'organizzazione è necessario vi sia coinvolgimento, disponibilità al cambiamento da parte di tutti i soggetti che operano ai diversi livelli e, soprattutto, attenzione ai bisogni espressi dalla collettività”*¹²⁹.

L'intervento normativo, infatti, non costituisce di per sé garanzia dell'avvio di processi d'innovazione e modernizzazione.

¹²⁵ Le carte dei servizi pubblici hanno il compito di rendere espliciti i caratteri ed i contenuti dei servizi offerti al pubblico. Sul punto si rinvia diffusamente a G. SBISA', *Natura e funzione delle "carte dei servizi". La carta del servizio elettrico*, in Rass. giur. en. el., 1997.

¹²⁶ La norma ha previsto che *“1. Con decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri sono emanati schemi generali di riferimento di carte di servizi pubblici, predisposte, d'intesa con le amministrazioni interessate, dal Dipartimento della funzione pubblica per i settori individuati con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, ai sensi dell'art. 5, comma 2, lettere b), e), f), della legge 23 agosto 1988, n. 400, e riportati nell'allegato elenco n. 2.*

1-bis . I decreti di cui al comma 1 tengono conto delle norme del "Codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni" adottate con decreto del Ministro per la funzione pubblica.

2. Gli enti erogatori di servizi pubblici, non oltre centoventi giorni dalla data di emanazione dei decreti di cui al comma 1, adottano le rispettive carte dei servizi pubblici sulla base dei principi indicati dalla direttiva e dello schema generale di riferimento, dandone adeguata pubblicità agli utenti e comunicazione al Dipartimento della funzione pubblica”.

¹²⁷ Decreto convertito con modificazioni, in legge 11 luglio 1995, n. 273. - Misure urgenti per la semplificazione dei procedimenti amministrativi e per il miglioramento dell'efficienza delle pubbliche amministrazioni. In seguito, l'articolo 11 del d. lgs 30 luglio 1999 n. 286, tuttora vigente, ha previsto che *“le modalità di definizione, adozione e pubblicizzazione degli standard di qualità, i casi e le modalità di adozione delle carte dei servizi, i criteri di misurazione della qualità dei servizi, le condizioni di tutela degli utenti, nonché i casi e le modalità di indennizzo automatico e forfetario all'utenza per mancato rispetto degli standard di qualità” sono stabilite con direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri. In particolare, per le regioni e gli enti locali, è previsto che si provveda “con atti di indirizzo e coordinamento adottati d'intesa con la conferenza unificata”.*

¹²⁸ F. MIGNELLA CALVOSA, *La governance degli enti locali cit.*, p. 16.

¹²⁹ C. CATTANEO, *Le politiche cit.*, p. 64.

2.1 La prima regolamentazione del settore: due Paesi a confronto.

In un contesto di globalizzazione, lo studio della disciplina in materia di servizi pubblici locali non può prescindere da un confronto con l'ordinamento di altri Paesi e, in particolare, di quello inglese che rappresenta un'utile paragone, soprattutto se si considera che l'Inghilterra è stata tra le prime nazioni ad aver sperimentato la municipalizzazione dei servizi locali, ispirando la promulgazione della legge 29 marzo 1903, n. 103, c.d. Legge Giolitti¹³⁰.

La storia del *welfare state* inglese, fin dalle origini, si è evoluta parallelamente a quella del governo locale¹³¹ che, come evidenziato da D. Wilson¹³², ha rappresentato una forma di “*auto-regolamentazione*” delle comunità territoriali sorta “*in risposta alle pressioni prodotte dall'inurbamento e ai problemi posti dalla rivoluzione industriale*”¹³³. In sostanza, gli enti di governo localistico non hanno trovato subito collocazione all'interno di un sistema coordinato di amministrazione. Essi, infatti, sono sorti “*in risposta alle necessità ed esigenze specifiche*” emerse a livello locale¹³⁴ e si sono evoluti

¹³⁰ Si veda in tal senso G. PALLIGGIANO, *La riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, atti del convegno Vallo della Lucania – 26 Giugno 2009 – PALAZZO DI GIUSTIZIA, Aula G. Sofia, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹³¹ Cfr. G. GOSETTI DI STURMECK, *Il nuovo welfare locale: dal Compulsory Competitive Tendering al Best Value Regime*, in *Le Regioni 2/2007*, 209 e ss. L'A. afferma che è, infatti, imprescindibile il riferimento all'evoluzione del concetto di *local government* per comprendere il significato delle più moderne riforme in materia di servizi pubblici locali.

¹³² Cfr. D. WILSON, *The United Kingdom: an increasingly differentiated polity?*, in B. DENTERS, L.R. ROSE (a cura di), *Comparing local governance. Trends and developments*, Houndmills, Palgrave, 2005, 156. L'A. afferma come in origine “*non ci fu alcun progetto organico, piuttosto, è stato il pragmatismo a guidare la loro evoluzione*”. Conseguentemente, per larga parte del XX secolo, il sistema di governo locale era rappresentato da “*una pleora di agenzie a scopo specifico, gestite da collegi istituiti o eletti in vari modi*”. Cfr. H. WOLLMANN, *Local Government Reforms in Great Britain. Sweden, Germany and France: Between Multi-function and Single-purpose Organisations*, in *Local Government Studies* 2004, n. 4, 643.

¹³³ P. LEYLAND evidenzia come le ragioni che in Inghilterra hanno spinto alla nazionalizzazione hanno riguardato il fallimento economico dell'imprenditoria privata: “*the rationale and the form of nationalisation as it was introduced had more to do with the economic failures of the industries in question and to their strategic importance to the overall performance of the economy, than to any clear commitment to radical social ownership*”. Cfr. P. LEYLAND, *UK Utility Regulation in an Age of Governance*, in N. BAMFORTH and P. LEYLAND, *Public Law in a Multy-Layered constitution*, Hart publishing, 2003, 192.

¹³⁴ Cfr. G. GOSETTI DI STURMECK, op. ult. cit., 210. L'A. afferma come solo a partire dal *Municipal Corporation Act* del 1835 sia ravvisabile un disegno organico del livello di amministrazione locale. Seguirono i *Local Government Acts* del 1888 e del 1894, e il *London Government Act* del 1899, atti legislativi cui si deve la nascita della moderna struttura su due livelli del governo locale britannico, fino alle riforme più recenti. “*In*

sotto l'impulso di un programma portato avanti dall'Associazione per le Corporazioni municipali volto a valorizzare le attività alle quali, nell'interesse delle singole comunità, “*i municipi potevano chiedere di essere coinvolti*”¹³⁵.

Le spinte solidaristiche dell'Associazione, che hanno condotto ad un miglioramento delle condizioni igieniche e sanitarie¹³⁶ delle principali città attraverso la ristrutturazione di quartieri insalubri, hanno determinato l'intervento diretto delle singole amministrazioni locali nella gestione dei principali esercizi pubblici.

L'esperienza positiva delle imprese industriali inglesi¹³⁷ ha ispirato il programma socialista italiano del 1895¹³⁸ che, contro il processo di organizzazione amministrativa dello Stato accentratore di stampo napoleonico, ha reclamato la piena autonomia degli enti locali, intravedendo nella municipalizzazione dei servizi pubblici il “*naturale corollario del progetto autonomistico*”¹³⁹.

Secondo questa impostazione, la municipalizzazione avrebbe dovuto essere non solo un nuovo fenomeno economico idoneo a servire meglio il pubblico e a procurare vantaggi alle finanze comunali, ma anche un sistema capace di limitare il potere dei monopoli privati¹⁴⁰.

questo periodo, e fino all'inizio del XX secolo, gli enti locali esercitavano le loro funzioni politiche e amministrative attraverso un organo consiliare e mediante il finanziamento di una tassa locale sulla proprietà (rates), per cui normalmente si afferma che questa fu “l'epoca d'oro delle autonomie” in Inghilterra, caratterizzata da una forma di governo politicamente forte e multifunzionale” che prevedeva che fossero gli enti locali ad individuare discrezionalmente quali attività rientrassero nel novero dei servizi pubblici locali.

Dal 1930, il modello di auto-regolamentazione ha attraversato continui cambiamenti, tesi a trasformare gli enti locali in meri strumenti di attuazione delle politiche decise centralmente. Gli effetti di questo processo di accentramento si sono manifestati specialmente dopo il 1945, durante il periodo di governo del partito Laburista, la cui politica, sul presupposto di una gestione centralizzata più efficiente rispetto a quella locale, ha ridotto le funzioni e la discrezionalità degli enti locali. Cfr. M. EMMERICH, *Central and Local, Market and State: The Cundrums of Public Services Reform*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it. Si veda anche MALCOLM J. PROWLE (2008): *New Development: Developing Contestability in the Delivery of Public Services*, *Public Money & Management*, 28:4, 255.

¹³⁵ G. PALLIGIANO, *La riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, atti del convegno Vallo della Lucania – 26 Giugno 2009 – PALAZZO DI GIUSTIZIA, Aula G. Sofia, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹³⁶ Ciò avvenne anche grazie alla normativa subentrata fra il 1847 e il 1894.

¹³⁷ V. PARETO, *I sistemi socialisti*, Utet, Torino 1973, p. 684. L'A. afferma che i comuni inglesi traevano utili considerevoli dalle loro imprese industriali, e alcuni se ne servivano per ridurre le imposte.

¹³⁸ Il primo punto del programma minimo socialista del 1895 prevedeva la richiesta del passaggio al comune dei servizi pubblici (gas, acqua potabile, tramvie, luce elettrica).

¹³⁹ S. LUCARELLI, *L'oceano in un secchiello: l'apertura alla concorrenza nei settori dei servizi di pubblica utilità*, in www.unibg.it.

¹⁴⁰ G. MONTEMARTINI, *La municipalizzazione dei pubblici servizi*, Società editrice libraria, Milano 1902, p. 94. L'A. afferma che “*quando la libera concorrenza non funziona più o non è efficace, e la classe dei produttori in condizioni di libertà non riesce a portare il basso prezzo delle merci, si domanderà la municipalizzazione se appena sussisterà quella condizione, che è indispensabile al funzionamento ed alla buona riuscita dell'impresa municipale. Quest'impresa cioè dovrà almeno presentare gli stessi vantaggi*

L'obiettivo era quello di frenare *“la tendenza dei comuni a concedere indiscriminatamente gli impianti e l'esercizio dei servizi locali ad imprenditori privati¹⁴¹; scelta politica, in parte, forzata dai cospicui investimenti, ormai non più sopportabili dalle finanze comunali, che l'organizzazione e la gestione di tali servizi imponevano, in specie nelle più grandi città”*.¹⁴²

La sottrazione della gestione dei servizi pubblici ai monopoli privati¹⁴³ e l'attribuzione di un'esclusiva a favore dell'ente locale, mirava ad introdurre moduli imprenditoriali¹⁴⁴ nell'organizzazione della Pubblica Amministrazione volti anche a risolvere il conflitto tra impresa monopolista e utenti degli stessi servizi.

Peraltro, un problema comune all'Inghilterra¹⁴⁵ così come all'Italia, sollevato dai critici della municipalizzazione, è stato quello legato alla possibilità di adattare la gestione di un'azienda pubblica ai criteri dell'imprenditoria privata, producendo risultati efficienti. La crescente domanda di servizi, a seguito dell'urbanizzazione, però, ha reso improcrastinabile un intervento organico e diretto da parte degli enti pubblici locali¹⁴⁶.

tecniche presentate dalle imprese private. Perché altrimenti, i produttori privati, potendo entrare in concorrenza con l'impresa municipale, rinuncerebbero ai guadagni di monopolio, accontentandosi di piccoli guadagni, pur di vincere il Municipio”. Il credo degli economisti liberali era che in presenza di una situazione di monopolio, il monopolista pubblico costituisca un male minore rispetto a quello privato.

¹⁴¹ La riserva di attività economiche e il monopolio pubblico a favore dei comuni trovavano la loro causa nel fallimento del mercato, definito con terminologia inglese dell'epoca *gas and water socialism*.

¹⁴² Vedi F. FORTE, *Le scelte finanziarie dell'Italia unita*, in Riv. Fin. 2011, 03, 299.

¹⁴³ L. CASTELLANI, *Il servizio pubblico locale in Italia e in Europa*, in Rivista Anci, 1996, 25 ss..

¹⁴⁴ In questo modo venne introdotta l'azienda nell'ambito dell'organizzazione amministrativa dell'ente. In proposito si parla di azienda-organo. In proposito si veda F. MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione*, in *Dir. Amm.*, 2004, p. 37.

¹⁴⁵ *“The obvious problem in the utility sector was a familiar one, namely, how to give the nationalised industries adequate commercial freedom, while simultaneously maintaining sufficient public control to ensure that they followed the government's overall economy strategy and social objectives. The point that must be stressed is that from the formation of the nationalised industries under public ownership, the Government still had to set a balance between the social and public interest aspects of the industry as against its commercial viability and profitability. Indeed, we will see throughout our discussion that such considerations have remained a fundamental underlying issue”*. Cfr. P. LEYLAND, op. ult. cit.

¹⁴⁶ Nel dibattito parlamentare sul disegno di legge delle aziende speciali per i servizi non mancarono voci critiche alla municipalizzazione, in particolare, in particolare nella relazione della Commissione della Camera dei Deputati si disse: *“Nelle aziende municipalizzate farà difetto l'elemento tecnico, se non nella direzione, certamente negli uffici di controllo; abonderà, invece, l'intrusione dei policastri, degli arruffoni, dei cercatori di impieghi, che, famelici, si butteranno addosso ai nuovi istituti, cercando di trasfondere tutti i germi malefici onde è inquinato, così spesso, il torbido sottosuolo della vita locale. Si moltiplicheranno gli impiegati e i salariati, che saranno molesti, non solo per il loro grande numero, non necessario, ma, peggio, per l'indole loro: elettori tutti, e pretenziosi, e magnificanti la propria supposta qualità di pubblici funzionari, aspireranno a continue promozioni, e premeranno sul municipio, col peso della loro organizzazione, volta a privato tornaconto e, per ciò stesso, a pubblico nocimento”*. Cfr. K GIUSEPPONI, *Gestione e controllo delle amministrazioni pubbliche. Strumenti operativi e percorsi di innovazione*, Giuffrè, Milano 2009, p. 56.

In questa direzione, nel tentativo di riorganizzare e uniformare sull'intero territorio nazionale la disciplina dei servizi pubblici e nella convinzione che l'azienda-organo - nuova forma giuridica di gestione diretta del servizio – potesse essere “*fonte di equi profitti, a sollievo dei contribuenti*”, come avvenuto in Gran Bretagna, il Parlamento italiano ha promulgato la legge 29 marzo 1903, n. 103, prima normativa italiana “*sull’assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni*”¹⁴⁷.

Il carattere fortemente pubblicistico della nozione di servizio pubblico locale ha costituito un profilo centrale della legge 29 marzo 1903, n. 103¹⁴⁸ da cui è derivata l'applicazione di un regime giuridico particolare¹⁴⁹, le cui più evidenti peculiarità sono state rappresentate, fino alla legge di riforma delle autonomie locali del 1990, dalla definizione in chiave strettamente pubblicistica delle forme di azione¹⁵⁰, da una puntuale disciplina degli aspetti organizzativi e dal relativo appesantimento del regime contrattuale del soggetto esercente l'attività¹⁵¹, con scarsa considerazione per gli interessi individuali del cittadino, destinatario finale del servizio.

¹⁴⁷ La legge n. 103/1903 è rimasta formalmente in vigore fino a tempi abbastanza recenti, venendo abrogata dall' art. 24 del D.L. 25 giugno 2008, n. 112, convertito dalla legge 6 agosto 2008 n. 133. Il regolamento 10 marzo 1904, n. 108 è rimasto per tempo in vigore anche dopo l'approvazione della legge di riforma.

¹⁴⁸ Successivamente integrata dal regolamento approvato con R.D. 10 marzo 1904, n. 108.

¹⁴⁹ MARINO I., *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Giuffrè, Milano, 1987, pag. 36 e ss. Data l'assenza di un concetto giuridico univoco di pubblico servizio, l'autore aderisce all'impostazione che identifica “*il servizio pubblico concettualmente come un'attività non autoritativa, un'attività pubblica che non appartiene all'attività di spettanza necessaria e a quelle necessarie per l'esistenza della collettività, caratterizzata da accessorietà e strumentalità istituzionale nei confronti di una pubblica funzione*”: “*fra l'attività esercizio di un potere giuridico pubblicistico (funzione) sottoposta alle regole del diritto pubblico e il complesso di attività ordinate in impresa per raggiungere risultati economici di massima sottoposta alle regole del diritto privato, vi è un complesso di attività che sono ordinate direttamente per la prestazione di utilità alla collettività e che danno luogo al servizio pubblico, in regime misto, per certi aspetti pubblicistico e per taluni privatistico, [...] nella misura in cui il servizio pubblico può conseguire un risultato di natura economica al di là dello scopo che gli è essenziale, ovvero l'attività del servizio può prestarsi ad esser organizzata sul modello imprenditoriale*”.

¹⁵⁰ Cfr. G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, cit., pp. 11 – 76, il quale ritiene che il crescente intervento del pubblico potere nel settore dei servizi pubblici non sia stato sempre il risultato di una strategia unitaria del legislatore statale, ma che abbiano invece contribuito in modo rilevante anche ragioni di finanza pubblica, pressioni di gruppi economici di imprenditori privati e interessi pubblici di diversa natura. Con riferimento all'intervento pubblico in economia, in rapporto con l'ambito dei servizi pubblici, si veda V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in Riv. It. Dir. Pubbl. com., 2006, p. 747, secondo cui “*L'intervento pubblico nell'economia, attraverso imprese pubbliche organizzate nelle diverse forme previste dall'ordinamento (aziende pubbliche, enti pubblici economici, società per azioni a partecipazione pubblica) è stato assai cospicuo nella nostra esperienza positiva, quasi pervasivo in determinati settori, investendo massicciamente le attività di servizio pubblico spesso in posizione monopolistica ed operando anche al di fuori di queste attività, in settori di mercato in concorrenza con operatori privati. Da una parte, lo Stato operatore in via esclusiva nella produzione e nella distribuzione dell'energia elettrica o del gas, o nella coltivazione degli idrocarburi, o nella telefonia; dall'altra parte lo Stato fabbricante di panettoni o di automobili o costruttore edile, in concorrenza con i privati*”.

¹⁵¹ DUGATO M., *op. loc. cit.*, 930.

La c.d. legge Giolitti, infatti, non ha fornito una definizione, né ha delineato i connotati essenziali dei servizi pubblici. Essa si è limitata ad offrire un elenco dimostrativo¹⁵² e, “*il consiglio comunale, una volta identificato un pubblico servizio, era evidentemente libero di assumere direttamente il servizio, o per sostituire ad un monopolio privato un monopolio pubblico, oppure per introdurre un fattore concorrenziale in un mercato caratterizzato da una situazione di monopolio o di oligopolio [...]*”¹⁵³.

¹⁵² L'art. 1 enumerava in modo non tassativo la maggior parte dei servizi pubblici che i comuni potevano gestire direttamente tramite la costituzione di un'azienda speciale distinta dall'amministrazione comunale: “1) costruzione di acquedotti e fontane e distribuzione di acqua potabile; 2) impianto ed esercizio dell'illuminazione pubblica e privata; 3) costruzione di fognature ed utilizzazione delle materie fertilizzanti; 4) costruzione ed esercizio di tramvie a trazione animale o meccanica; 5) costruzione ed esercizio di reti telefoniche nel territorio comunale; 6) impianto ed esercizio di farmacie; 7) nettezza pubblica e sgombrò di immondizie dalle case; 8) trasporti funebri, anche con diritto di privativa, eccettuati i trasporti dei soci di congregazioni, confraternite ed altre associazioni costituite a tal fine e riconosciute come enti morali; 9) costruzione ed esercizio di molini e di forni normali; 10) costruzione ed esercizio di stabilimenti per la macellazione, anche con diritto di privativa; 11) costruzione ed esercizio di mercati pubblici, anche con diritto di privativa; 12) costruzione ed esercizio di bagni e lavatoi pubblici; 13) fabbrica e vendita del ghiaccio; 14) costruzione ed esercizio di asili notturni; 15) impianto ed esercizio di omnibus, automobili e di ogni altro simile mezzo, diretto a provvedere alle pubbliche comunicazioni; 16) produzione distribuzione di forza motrice idraulica ed elettrica e costruzione degli impianti relativi; 17) pubbliche affissioni, anche con diritto di privativa, eccettuandone sempre i manifesti elettorali e gli atti della pubblica autorità; 18) essiccatoi di granturco e relativi depositi; 19) stabilimento e relativa vendita di semenzai e vivai di viti ed altre piante arboree e fruttifere”. Si trattava di un elenco meramente dimostrativo che, peraltro, non è stato modificato dalla successiva disciplina legislativa, rappresentando la diretta conseguenza della difficoltà di fornire una definizione precisa del servizio pubblico, derivanti dai contrasti politici fra gli orientamenti che ne avevano accompagnato la nascita. La legge introdusse, in sostanza, un sistema che qualificava come *pubblico* il servizio municipalizzato, con la conseguenza che, nel difetto di determinatezza del concetto generale di servizio pubblico, l'elenco dimostrativo di cui all'art. 1 assunse, per paradosso, valore tassativo, limitando per il futuro le possibilità di espandere l'oggetto della municipalizzazione. Per gli aspetti gestionali, le municipalizzate erano rette da una Commissione amministrativa e presiedute da un Direttore. La legge ebbe effetti rilevanti se si considera che con essa il servizio pubblico cominciò ad assumere una dimensione autonoma, benché fosse difficile distinguerlo dalla funzione pubblica, in quanto la linea di confine tra i comportamenti di spettanza pubblica necessaria e quelli fondamentali per l'esistenza ed i bisogni della collettività non era stata delineata, né lo sarà mai a livello normativo ed ordinamentale. Non a caso il problema fu affrontato in relazione al piano operativo degli strumenti giuridici utilizzati per realizzarli, giungendo alla conclusione che, per organizzare e erogare le *public utilities*, fosse necessario ricorrere a moduli mutuati dalle scienze tecno-aziendalistiche, anziché a quelli burocratico-amministrativi.

¹⁵³ “Per l'assunzione diretta, oltre che giovare dell'elenco esemplificativo fatto dal legislatore, il consiglio comunale, con l'ausilio dell'intera comunità locale attraverso un referendum salutato da tutti i commentatori dell'epoca come un ritorno alla democrazia diretta comunale, avrebbe dovuto accertare se una determinata attività aveva le caratteristiche del pubblico servizio”. Cfr. F. MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Diritto Amministrativo*, fasc.1, 2004, pag. 37. L'A. evidenzia che “dal dibattito parlamentare e dai primi commentatori che ne riprendevano il linguaggio, risulta che, secondo l'opinione dell'epoca, quasi tutti i servizi pubblici locali avevano carattere industriale perché comportavano la produzione di beni o di servizi da destinare alla collettività locale”.

Era infatti rimessa alla valutazione discrezionale degli enti locali la scelta di gestire direttamente determinati servizi pubblici¹⁵⁴ o, in alternativa, di trasferire la potestà gestoria a un soggetto privato, tramite concessione¹⁵⁵.

L'assetto istituzionale, in effetti, era caratterizzato da una disciplina in cui regolazione, regime proprietario e regime gestorio presentavano legami molto intensi, assai prossimi ad una vera e propria sovrapposizione presso l'amministrazione locale.

Il principio di autonomia e autosufficienza finanziaria dei Comuni e la ricerca del consenso della collettività di riferimento hanno condotto, almeno inizialmente, ad una gestione efficiente ed economica delle *public utilities*¹⁵⁶, di cui gli Enti locali erano direttamente responsabili¹⁵⁷.

¹⁵⁴ In particolare, tale facoltà fu resa possibile all'Ente locale con le riforme del Regio Decreto 4 febbraio 1923 n. 253 e del Testo Unico 15 ottobre 1925 n. 2578, che, nell'auspicio di rendere la Legge Giolitti maggiormente dinamica rispetto alle fattispecie gestionali che avrebbero potuto emergere a seconda delle singole realtà locali, ne rimodularono e ampliarono la disciplina.

¹⁵⁵ La concessione, come istituto di diritto amministrativo, fa riferimento a una molteplicità eterogenea di ipotesi, il cui minimo comun denominatore è stato ravvisato da autorevole dottrina nell'attribuzione di benefici ai privati, la cui sfera giuridica si ampliava di poteri derivanti dall'attribuzione di diritti – appartenenti alla Pubblica Amministrazione o di per sé nuovi – riservati ai poteri pubblici o funzionali alla realizzazione di interessi pubblici. Cfr. M. S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Milano, 1970, p. 1135. Laddove i poteri concessi avessero avuto una durata limitata nel tempo, cessata la concessione essi rientravano nella sfera dell'Amministrazione delegante. In tale cornice, la concessione di servizi pubblici si è caratterizzata per il nesso di stretta interdipendenza tra attività di programmazione e controllo della Pubblica Amministrazione e attività di gestione del privato, non determinandosi un affidamento di poteri pieni ed effettivi e, per tale motivo, è stata ritenuta prevalentemente uno strumento organizzativo che partecipava solo in parte alla categoria delle concessioni in senso tecnico. Vedi M. S. GIANNINI, *Profili giuridici delle municipalizzazioni con particolare riguardo alle aziende*, Milano, 1953, 54; A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, cit., 478; F. DELLO SBARBA, *I servizi pubblici locali. Modelli di organizzazione e gestione*, Torino, 2009, p. 2.

¹⁵⁶ Il sistema era tale per cui se da un lato la Pubblica Amministrazione che intendeva fornire il servizio direttamente e senza scopo di lucro era costretta a rispettare gli equilibri di cassa facendo fronte ad eventuali aumenti dei costi della prestazione attraverso l'aumento delle imposte locali a carico dei contribuenti piuttosto che tramite un aumento delle tariffe, d'altro canto gli utenti/cittadini potevano – in caso di cattiva gestione del servizio stesso – procedere direttamente nei confronti dell'Ente locale responsabile dei risultati dell'attività. Cfr. sul punto M. DUGATO, G. PIPERATA, *I servizi pubblici locali e il governo del territorio*, Venezia, 2005, p. 3 che affermano che “*la municipalizzazione aveva i suoi fondamenti economici nella teorica delle pubbliche imprese, che rappresentava il prodotto del tentativo di fissare le basi di una nuova scienza finanziaria pura e che intendeva dimostrare le virtù economiche e di efficienza dell'intervento dell'ente pubblico come produttore; virtù che giustificavano la distribuzione dei costi del servizio sulla collettività. La scienza finanziaria si preoccupava peraltro di dimostrare che i costi sopportati dalla collettività non rappresentavano necessariamente perdite senza compenso, poiché la collettività o rientrava nella categoria degli utenti dei servizi o costituiva comunque l'impresa politica, organizzandosi per sottoporre tutti i membri alla coazione “che ha per scopo la partecipazione di tutti ai costi in alcune produzioni”*”. Al contempo, la stessa dottrina ritiene errato il postulato secondo il quale la municipalizzazione determinerebbe il sacrificio della libera concorrenza, dal momento che è l'economia che “liberamente, spontaneamente sceglie l'impresa pubblica invece della privata, perché considera la prima più economica”. L'impresa privata compete quindi con quella pubblica e saranno le condizioni ambientali, il contesto economico e sociale a determinare quale delle due deve prevalere”. Cfr. G. MONTEMARTINI, *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, in *Giorn. Degli econ*, serie sec., vol. XXIV (anno 13), Maggio 1902.

¹⁵⁷ Cfr. F. MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Dir.*

Peraltro, le caratteristiche produttive e industriali delle aziende municipalizzate hanno risentito di questa loro natura eminentemente pubblicistica¹⁵⁸: organizzate come un'impresa privata della quale avevano “*la struttura ma non l'anima dato che ne era stato eliminato il codice genetico*”¹⁵⁹, *id est* la ricerca del profitto, hanno avuto, normalmente, la forma di unità produttive mono servizio, in genere operanti in ambiti territoriali coincidenti con quelli amministrativi dei comuni, configurandosi come strumenti di erogazione dei servizi, disgiunti dall'ente locale solo dal punto di vista organizzativo e funzionale.

Trattandosi di una legge di “*municipalizzazione*”, la legge Giolitti “*seguiva inevitabilmente le dimensioni territoriali del municipio in cui era inserita l'azienda-organo, con la conseguenza che il mercato di destinazione del servizio pubblico o produceva naturaliter un fenomeno monopolistico oppure escludeva la stessa*

Amm. 2004, 1, pp. 37 ss.; G. PISCHEL, *L'azienda municipalizzata*, Roma, 1972, 62.

¹⁵⁸ In primo luogo, la stretta dipendenza che legava l'azienda municipalizzata agli Enti locali di riferimento, specie sotto il profilo economico, strutturale e funzionale, condizionava le sorti della gestione dei servizi pubblici locali alle dinamiche organizzative ed alle vicende finanziarie proprie del soggetto pubblico; inoltre, l'aumento e lo sviluppo di settori di mercato dominati dall'intervento pubblico giunse a creare uno stretto legame tra offerta di servizi pubblici alla collettività e risultati politici elettorali a livello locale, subordinando altresì le sorti dell'azienda municipalizzata e della sua organizzazione alle vicende politiche dell'Ente locale. Dal quadro appena delineato, innanzitutto è evidente una polarizzazione pubblicistica molto forte delle attività in esame, stante l'accentramento nella Pubblica Amministrazione del ruolo di ente politico, di organizzatore, di proprietario delle reti e delle infrastrutture, nonché di gestore dei servizi pubblici locali. In questo quadro, dunque, in virtù dell'attrazione nell'orbita pubblicistica dell'autonomia decisionale, anche sotto il profilo della crescita produttiva ed economica, si determinò prevalentemente la nascita di “*unità produttive monoservizio ed operanti in ambiti territoriali per lo più corrispondenti alle dimensioni comunali*”. Cfr. B. SPADONI, *Tendenze in atto e futuri sviluppi del sistema dei servizi pubblici nelle diverse aree del Paese*, in Quaderni del Formez n. 72/2008, p. 20. Sotto questo profilo, infatti, non poteva configurarsi a livello locale altro se non un regime di monopolio pubblico, giuste le costrizioni del mercato di riferimento in confini a tal punto esigui da non consentire alternative in termini concorrenziali. Semmai, si è potuto al più assistere all'espansione della tendenza alla concentrazione orizzontale o verticale di tali monopoli tramite creazione di gruppi industriali gestiti – più o meno direttamente - dall'Ente (c.d. azienda cumulativa o *multiutility*, che gestiva più servizi) o dagli Enti locali titolari del servizio (c.d. azienda consortile). Vedi G. BASSI, *La riforma dei servizi pubblici locali*, Rimini, 2008; AA. VV., *Le società pubbliche e il mercato – Il decreto Bersani e la legge Finanziaria 2008*, Torino, 2008, p. 20. Sotto il profilo economico – gestionale, poi, la funzionalità delle aziende municipali risultò sempre più rallentata e inadatta a fare fronte all'evoluzione tecnologica e sociale, a causa della loro stessa configurazione quali organi dei Comuni, che ne comportava la sottoposizione a procedimenti burocratici sia in sede decisionale, sia di controllo, andando così ad incidere per un verso sull'efficacia della gestione aziendale e per altro verso sull'efficienza delle prestazioni rese alla collettività. La marcata incidenza del legame col soggetto pubblico titolare del servizio, infine, sotto il profilo contabile, determinò un rapporto osmotico tra bilanci dell'azienda e bilanci del Comune, in base al quale gli utili eccedenti i bisogni dell'azienda confluivano nelle casse del Comune, il quale a sua volta si impegnava a ripianare annualmente eventuali deficit delle aziende stanziando le somme dal proprio bilancio, e comportò forti difficoltà dal punto di vista della concreta applicabilità del principio di pareggio di bilancio, nel momento in cui le aziende municipalizzate si trovarono costrette a far fronte all'aumento dei costi del servizio derivanti dalla crisi economica nazionale del secondo dopoguerra. Cfr. F. MERUSI, ult. op. cit. e F. DELLO SBARBA, *I servizi pubblici locali. Modelli di organizzazione e gestione*, Torino, 2009.

¹⁵⁹ Cfr. G. DI GASPARE, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, CEDAM, Padova, 2010, 17.

configurabilità dell'erogazione del servizio per l'impossibilità di adeguare i costi di impianto all'esiguità del servizio erogabile"¹⁶⁰.

Sebbene, infatti, tale normativa avesse previsto, attraverso la costituzione di consorzi, la possibilità di allargare il mercato delle *public utilities*, il consorzio non risultò mai idoneo a passare dalla circoscrizione amministrativa alla delimitazione di un mercato ottimale di un pubblico servizio.

Questo è stato un punto particolarmente debole nella citata normativa che non è stato superato neanche dal Regio decreto 30 dicembre 1923, n. 3047¹⁶¹, contenente il testo unico sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle province. Le limitate competenze delle province e le loro modeste capacità finanziarie, infatti, non hanno consentito la formazione di un mercato provinciale di pubblici servizi.

Inoltre, come evidenziato da Merusi, *“l'istituto amministrativo della concessione, presente all'epoca in quasi tutti i servizi municipalizzabili, non era riuscito ad impedire gli effetti negativi di un monopolio determinato di fatto o di diritto dall'atto di concessione”*¹⁶², con rilevanti ripercussioni sull'efficienza della prestazione e sul rapporto di utenza dal momento che il godimento del servizio da parte dei *cives* ha avuto un ruolo secondario.

Pur avendo contribuito, almeno in un primo tempo, alla effettiva crescita politica, sociale ed economica della comunità nazionale, a partire dagli anni sessanta, la formula dello Stato sociale e l'equilibrio assicurato dalla legge Giolitti è venuto meno a seguito della rottura e del superamento della distinzione tra attività economica svolta in regime di esclusiva nei mercati naturali riservati allo Stato o alle amministrazioni locali e attività economica pubblica svolta in regime di concorrenza con i privati nel mercato, tipica dello stato liberale¹⁶³, oltre che dalla sostituzione del principio di economicità con il principio degli *“oneri impropri”*.

¹⁶⁰ F. MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione cit.*, pag. 37.

¹⁶¹ Il Regio decreto 30 dicembre 1923, n. 3047, autorizzava l'Esecutivo a riunire e coordinare in un testo unico l'intera disciplina della materia, anche con riguardo a norme dettate successivamente alla stessa legge del 1923, fermo restando che le norme di esecuzione erano ancora racchiuse nel regolamento del 1904.

¹⁶² F. MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Diritto Amministrativo*, fasc.1, 2004, pag. 37; nello stesso senso si veda F. GUERRA, *Il “controllo analogo”*, in *Giur. comm.*, fasc.5, 2011, pag. 774.

¹⁶³ G. DI GASPARE, *Monopolio e competizione nei servizi pubblici locali nella prospettiva comunitaria*, in *Amministrazione in cammino*, 7; G. Di GASPARE, *I servizi pubblici locali in trasformazione*, Padova, 2010, 18-19.

Di Gaspare ha illustrato in modo chiaro la crisi del servizio pubblico locale a seguito dell'adozione del modello della finanza derivata, evidenziando che *“allorquando l'aumento dei costi smette di scaricarsi direttamente sugli utenti o sui contribuenti locali, la reazione di questi cessa di manifestarsi e il correttivo sistemico contro le degenerazioni e le inefficienze gestionali non si innesca”*. In tal modo *“i maggiori oneri vengono coperti dai trasferimenti statali e finanziari con l'emissione monetaria e/o titoli del debito pubblico. Il meccanismo ad equilibrio virtuoso salta e il sistema si asseta su un nuovo equilibrio che “regge” fino al limite di contenimento dalla capacità di indebitamento dello Stato”*¹⁶⁴.

In questa direzione, si è diffusa una logica secondo cui, a fronte di un prelievo tributario sempre maggiore, lo Stato dovesse agire in modo fortemente dirigistico e interventista rispetto alla vita economica della nazione, provvedendo direttamente al soddisfacimento di larga parte dei bisogni dei *cives*¹⁶⁵. In tal modo, la macchina statale ha assunto dimensioni eccessive nel suo tentativo di onnipresenza in tutti gli aspetti della vita civile, economica e sociale, trovandosi ad operare secondo logiche prettamente burocratiche, tese solo a garantire il rispetto letterale delle norme e la regolarità formale dell'azione amministrativa, ma assolutamente insensibili rispetto alla quantità e alla qualità dei suoi risultati¹⁶⁶. Come conseguenza, si sono diffusi sprechi di denaro pubblico e logiche clientelari, in un clima di deresponsabilizzazione dei politici, dei dirigenti e dei dipendenti pubblici e con una pressione fiscale che, pur aumentando a ritmi impressionanti, non era comunque in grado di arginare gli ancora più impressionanti livelli di crescita del debito dello Stato.

A partire dai primi anni novanta¹⁶⁷, sotto lo *slogan* del libero mercato propugnato dall'Unione Europea, con un'inversione di marcia rispetto agli inizi del XX secolo, è

¹⁶⁴ G. DI GASPARE, op. ult. cit., 21.

¹⁶⁵ Sulla crisi del *Welfare State*, cfr. M. FERRERA, *Il Welfare State in Italia: sviluppo e crisi in prospettiva comparata*, Il Mulino, Bologna, 1984; R. MUSSARI, *Il processo di privatizzazione: un'opportunità di rinnovamento per le pubbliche amministrazioni*, in *Azienda Pubblica*, 1994, pagg. 223 ss; MUSSARI R., *La privatizzazione gestionale nelle amministrazioni pubbliche: fondamento etico, fini economico-aziendali*, in AA.VV., *La privatizzazione nel settore pubblico*, Cacucci, Bari, 1995, pagg. 107-123; M. POSELLI, *I nuovi sistemi di gestione dei servizi negli enti pubblici locali*, in BIANCHI M. (a cura di), *Enti pubblici e competitività*, Il Ponte Vecchio, Cesena, 2001, pagg. 127-134.

¹⁶⁶ Cfr. A. GARLATTI, *Scelte gestionali per i servizi pubblici locali*, CEDAM, Padova, 2005, pagg. 3 e ss.

¹⁶⁷ Infatti, mentre a livello nazionale, i processi di privatizzazione, la liberalizzazione e l'esigenza di conformarsi a principi e regole direttamente imposte dalle istituzioni europee determinavano rilevanti innovazioni nel mercato dei servizi pubblici, per contro, in ambito localistico, le istanze di cambiamento in senso pro-concorrenziale trovavano una resistenza maggiore a penetrare nel sistema di cui alla Legge del 1990,

iniziato lo smantellamento delle imprese pubbliche e la crisi del modello di amministrazione incentrato sulla mera produzione di beni e servizi¹⁶⁸.

In pratica, lo Stato ha cessato di essere imprenditore¹⁶⁹ per assumere il ruolo di garante dell'autonomia di mercato¹⁷⁰.

successivamente recepita dal T.U.E.L. Cfr. F. DELLO SBARBA, *I servizi pubblici locali*, cit., p. 69; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato dei servizi pubblici*, cit., p. 77.

¹⁶⁸ Nel secondo dopoguerra, esigenze di ricostruzione e sviluppo materiale dello Stato, ma anche sociale, politico ed economico, hanno condotto in gran parte dei Paesi occidentali, ivi compresa l'Italia, a una massiccia e diffusa presenza della Pubblica Amministrazione in ogni ambito della vita civile e sociale, sul presupposto per cui a fronte di un prelievo tributario – invero sempre crescente – la Pubblica Amministrazione intervenisse provvedendo direttamente al soddisfacimento della gran parte dei bisogni dei *cives*. In conseguenza di ciò, c'è stato un accentramento nella macchina pubblica, in particolare statale, della competenza a provvedere in un numero sempre maggiore di attività economiche e sociali, con un ampliamento notevole della nozione di servizio pubblico ed un suo sempre maggiore assoggettamento a logiche prettamente burocratiche. In siffatte dimensioni dell'organizzazione pubblica, è stato permesso, peraltro, un moltiplicarsi e un diffondersi di deresponsabilizzazione a livello politico e amministrativo, di logiche clientelari e di sprechi di denaro pubblico, ma soprattutto, di una inaudita crescita della pressione fiscale e del debito pubblico. Vd. C. GIANFELICI, *I servizi pubblici locali in outsourcing. Le funzioni di indirizzo e di controllo dei comuni*, Milano, 2008, pp. 38-39; A. GARLATTI, *Scelte gestionali per i servizi pubblici locali*, Padova, 2005, pp. 3-4. La necessità di contenimento del debito pubblico, infatti, fu una delle ragioni dominanti nelle scelte del legislatore nazionale, che attraverso provvedimenti finalizzati all'emersione ed al risanamento del dissesto finanziario degli Enti locali sottrasse terreno al principio dell'auto-sufficienza di questi ultimi, sottoponendoli a vincoli stringenti che inevitabilmente rifletterono i propri effetti anche sulla gestione dei servizi pubblici, sfociando in misure drastiche che dai tetti massimi di contenimento dei costi e dai blocchi di assunzioni di personale arrivarono fino al divieto di costituzione di nuove aziende, con evidenti ripercussioni sull'erogazione delle prestazioni alla collettività. Il consolidarsi del sistema delle partecipazioni statali, del ricorso al debito pubblico ed alla finanza derivata per far fronte ad una crescita incontrollata dei costi dei servizi, dovuto in parte all'aumento del novero dei servizi assunti dai Comuni specialmente in ambito sociale e quindi senza obbligo di pareggio del bilancio, in parte alla gestione delle aziende municipali da parte di una dirigenza locale sempre meno responsabilizzata, in parte al consolidarsi di una tendenza statale a legiferare in materia di servizi pubblici locali, "talvolta sottraendoli al Comune, talvolta configurandoli in modo diverso". Vedi M. S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, pp. 216 e 217; F. MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazioni*, cit.. Infatti, laddove nel sistema della gestione diretta dei servizi da parte degli Enti locali i costi del servizio non si scaricano sugli utenti/cittadini, viene a mancare il conflitto di interessi positivo con il Comune/erogatore, determinando quella spirale di condotte degenerative che ha portato alla fine degli anni '60 al dissesto delle finanze locali e all'impossibilità per lo Stato di continuare a farsi carico dei relativi deficit. Vedi E. FERRARI, *Aziende municipalizzate ed enti locali: esperienze e prospettive*, in *Quad. reg.* 1986, pp. 1268 ss.. A ciò, si aggiunga un sensibile mutamento degli equilibri tra domanda e offerta dei servizi, dovuto all'evoluzione tecnologica, ma anche alla rilevanza di nuovi bisogni da parte dell'utenza, sempre più differenziati e complessi, che richiedevano un sostanziale adeguamento degli strumenti giuridici utilizzati nell'organizzazione e nella gestione del servizio, a cui le aziende municipalizzate non sono riuscite a far fronte per l'endemico immobilismo che le connotava e per la crescente difficoltà di investire capitali pubblici per migliorare i parametri di offerta delle prestazioni. "Discorso, questo, che meglio si comprende se si tiene a mente che l'utenza dei servizi è rappresentata non solo da singoli cittadini, ma anche da imprese, le quali, con lo sviluppo economico degli anni sessanta ed impegnate nel fronteggiare la concorrenza straniera, hanno via via aumentato il loro bisogno di servizi efficienti". M. DUGATO, M. PIPERATA, *I servizi pubblici locali e il governo del territorio*, cit., p. 7.

¹⁶⁹ Paola Piras evidenzia in proposito che l'enfasi che animò il processo strutturale alla base delle politiche di privatizzazione, ha indotto una sopravvalutazione degli effetti negativi rispetto alla sottovalutazione di quelli positivi. Cfr. P. PIRAS, *Le privatizzazioni. Tra aspirazioni all'efficienza e costi sociali*, Giappichelli, Torino, 2005, 31.

¹⁷⁰ COCOZZA F., *Diritto pubblico applicato all'economia*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 33 – 72.

In questa direzione, dapprima negli Stati Uniti e in Gran Bretagna, poi gradualmente in tutto il mondo occidentale, il “*mito della concorrenza*”¹⁷¹ di matrice comunitaria si è affermato come l’unico in grado di tutelare al meglio i reali interessi di tutti i cittadini, per perseguire l’obiettivo della massima diffusione della qualità quale fattore strategico d’innovazione e modernizzazione della pubblica amministrazione.

L’intervento legislativo nel corso di quegli anni ha sostenuto alcuni significativi cambiamenti in tema di qualità, agendo sull’assetto delle competenze e dei poteri delle diverse istituzioni, sui rapporti tra livelli amministrativi ovvero sulla capacità di soddisfacimento degli interessi della collettività. Peraltro la normativa, “*in quanto fattore esogeno alle organizzazioni (in questo caso le amministrazioni pubbliche) non può assumersi nella sua specificità quale fattore determinante l’avvio di percorsi orientati al miglioramento continuo*”¹⁷².

La qualità, infatti, può divenire fattore strategico nell’ambito di un’organizzazione solo qualora vi sia disponibilità e coinvolgimento al cambiamento da parte “*di tutti i soggetti che operano ai diversi livelli e, soprattutto, attenzione ai bisogni espressi dalla collettività*”¹⁷³. In caso contrario, non solo non possono essere raggiunti *standard* di qualità, ma viene, addirittura, perso di vista il reale obiettivo dell’azione amministrativa, come accaduto, al livello interno, in materia di servizi pubblici locali dove è stata obnubilata la stretta connessione¹⁷⁴ tra *public utilities* e interessi fondamentali¹⁷⁵; tra ente locale e *cives*; tra organizzazione pubblica e benessere del popolo¹⁷⁶.

¹⁷¹ Sentenza n. 324 del 2010 cit. Vero è che nel diritto comunitario vige il principio della neutralità del regime di proprietà pubblica o privata delle imprese (art. 295 del Trattato) e dunque, come chiarisce la Comunicazione della Commissione sui servizi d’interesse generale del 20 settembre 2000, “[n]on è [...] necessario privatizzare le imprese pubbliche”. Cfr. M. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l’esperienza italiana e tedesca a confronto*, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, fasc.1, 2003, pag. 91.

¹⁷² Cfr. C. CATTANEO (a cura di), *Le politiche per la qualità dei servizi pubblici, Analisi e strumenti per l’innovazione, I rapporti*, Rubbettino, 2007, 12.

¹⁷³ Cfr. IDEM, op. loc. cit., 13.

¹⁷⁴ In proposito si veda E. PICARD, *Citizenship, Fundamental Rights, and Public Services*, in M. FREEDLAND, S. SCIARRA (a cura di), *Public services and citizenship in European Law*, Oxford, 1998, p. 83 ss.

¹⁷⁵ E’ necessario evidenziare che l’inserimento dell’art. 16 nel Trattato CE e la sua collocazione nella parte I dedicata ai principi, ha avuto lo scopo di rafforzare la rilevanza dei servizi di interesse economico generale nell’ambito dei valori comuni. Rilevanza che è stata peraltro confermata dall’art. 36 della Carta di Nizza, che include fra i diritti fondamentali l’accesso ai servizi di interesse economico generale.

¹⁷⁶ “*Il Welfare State è la forma che l’ordinamento assume laddove i bisogni essenziali sono pienamente soddisfatti, a prescindere dalla condizione economica e sociale di ciascuno, divenendo così la base e la molla potente dell’uguaglianza. E questa soddisfazione non ha solo un risvolto materiale, ma determina la qualità dell’intero ordinamento, data l’evidente strumentalità dell’effettività dell’uguaglianza in senso sostanziale. La*

Inoltre, gli interventi normativi nella materia hanno ignorato che la dimensione localistica del servizio pubblico costituisce un limite insormontabile rispetto alla possibilità di introdurre una disciplina volta alla creazione di un mercato concorrenziale. Infatti, come rilevato da autorevole dottrina¹⁷⁷, "*non è configurabile un mercato rilevante*" poiché, tranne qualche eccezione, "*i comuni non hanno dimensione di mercato*".

2.2 *La disciplina dei servizi pubblici nella legislazione degli anni novanta.*

In Italia il primo vero intervento organico di riforma del settore dei servizi pubblici locali, frutto di un'iniziale influenza da parte del diritto comunitario¹⁷⁸, può essere individuato nella legge 8 giugno 1990 n. 142, sul nuovo ordinamento delle autonomie locali. Questa ha inaugurato un nuovo percorso nella produzione normativa in tema di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica teso, mediante le previsioni di cui all'art. 22, all'apertura del settore alla concorrenza e allo smantellamento delle imprese pubbliche.

Il processo di esternalizzazione delle *public utilities* ha richiesto ai Comuni una ridefinizione significativa della propria azione, specie nell'ottica di attivare adeguati strumenti di controllo sull'operato degli erogatori di servizi. Accordi negoziali e condotte di tipo mercatistico hanno sostituito gli strumenti tipici dell'*agere* autoritativo della pubblica amministrazione¹⁷⁹.

rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale, di cui la Costituzione fa carico alla Repubblica, nient'altro è se non la creazione, tramite i servizi, dei presupposti per l'esercizio dei diritti di partecipazione. La capacità non solo di essere titolari di diritti, ma di esercitarli. Ecco perché i servizi e la loro effettività concorrono in modo decisivo a connotare i caratteri della forma di Stato" così A. PUBUSA, *I servizi pubblici tra effettività e miti della concorrenza*, in *Dir. e proc. Amm.* 2-3/2013, p. 848.

¹⁷⁷ F. MERUSI, *Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, Bologna, 2002, p. 75 s.

¹⁷⁸ La riforma del 1990 è frutto di un'epoca in cui il principio della concorrenza, in materia di servizi pubblici locali, non era ancora stato pienamente recepito dal legislatore italiano. Tale aspetto giustifica la successiva modifica della norma in esame a seguito di un atto di messa in mora da parte dell'Unione Europea (procedura di infrazione ex art. 226 Trattato CEE) che riscontrava la violazione degli obblighi comunitari da parte del nostro Paese. Così P. POLIMANTI, *Le principali novità nei servizi pubblici locali. Alcuni aspetti problematici della riforma*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it.

¹⁷⁹ MIGNELLA CALVOSA F. (a cura di), *La governance degli enti locali nella gestione dei servizi pubblici*, Rubbettino, marzo 2007, 58.

Schematicamente, la riforma degli anni '90, nel proposito di rendere più competitivo il Paese, ha abbracciato il modello manageriale, operando una netta separazione tra linee di indirizzo e di gestione. “*La cultura burocratica avrebbe pertanto dovuto essere sostituita dalla cultura del risultato*”¹⁸⁰.

Attraverso i modelli organizzativi proposti dal citato art. 22 si è cercato di coniugare l'apertura al mercato con l'esigenza di mantenere invariato il livello dei servizi offerti in presenza di una contrazione delle risorse pubbliche ad essi destinate¹⁸¹.

Inoltre, è stato abbandonato il sistema di elencazione delle funzioni per conferire al comune “*tutte le funzioni amministrative*” relative alla popolazione e al territorio, salvo quanto non fosse stato espressamente attribuito ad altri soggetti dalla legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze.

Alla Provincia, oltre ai compiti di programmazione territoriale, ambientale e di sviluppo, sono state assegnate varie funzioni amministrative tra cui quelle relative alla viabilità ed ai trasporti e la promozione, coordinamento e realizzazione di opere di rilevante interesse provinciale nei settori economico, produttivo, commerciale, turistico, sociale, culturale e sportivo.

La caratteristica fondamentale di questa riforma, però, è stata costituita dall'attribuzione a Provincia e Comune dell'autonomia statutaria e della potestà regolamentare.

Per contro, lo stesso percorso riformatore, per quanto iniziato oltre dieci anni prima, in Inghilterra è stato espressione del *new public management*¹⁸², uno stile di *governance*, venuto alla ribalta sotto il governo conservatore degli anni 1980 e 1990, che si è prefisso l'obiettivo di togliere potere alle imprese pubbliche per consegnarlo al mercato, introducendo, contestualmente, in ambito pubblicistico le idee e gli strumenti

¹⁸⁰ G. FARNETI, *Il sistema dei controlli sulle partecipate alla luce della riforma e delle recenti modifiche ordinamentali*, in www.amministrazioneincammino.it.

¹⁸¹ In tal senso si veda V. FERRARO, *Partenariati pubblico-privati ed in house providing*, in Riv. it. dir. pubbl. comunit. 2010, 06, 1501; A. TROISI, *Partenariato pubblico-privato ed investimenti infrastrutturali*, in Concorrenza e mercato 2012, 00, 891.

¹⁸² L'espressione *new public management* si riferisce ad un nuovo regime che, in contrapposizione alla tradizionale idea di Pubblica Amministrazione, caratterizzata da concetti quali burocrazia e gerarchia, enfatizza e conferisce priorità assoluta all'introduzione di strumenti e tecniche, proprie del settore privato, finalizzate al miglioramento dell'efficienza del settore pubblico. Cfr. POLLITT C., BOUCKAERT G., *Public management reform*, 2000; LEWIS N., *Reviewing Change in Government: New Public Management and Next Steps*, in *Public Law*, 1994, pag. 105 e ss.; FREEDLAND M., *Government by Contract and Public Law*, in *Public Law*, 1994, pagg. 86 ss.; DREWRY G., *The New Public Management*, in *The Changing constitution*, ed. by JOWELL J. E OLIVER D., Oxford, 2000, pagg. 167 ss.

tipici del settore privato. Tramite lo strumento contrattuale, il governo avrebbe assunto il ruolo di garante dell'autonomia del mercato, dei costi dei servizi e dei livelli ottimali di qualità delle prestazioni¹⁸³.

In questa direzione, nel 1980, il governo conservatore, con l'obiettivo di rafforzare il controllo sugli enti locali, ha ridotto il loro potere¹⁸⁴, introducendo il *Compulsive Competitive Tendering*¹⁸⁵. Tale sistema ha imposto agli enti locali di procedere all'affidamento dei servizi pubblici di cui erano responsabili mediante procedure di licitazione concorrenziali¹⁸⁶. Secondo il nuovo approccio, finalizzato a garantire risparmi di spesa e a superare la *mala gestio* della macchina pubblica, la procedura ad evidenza pubblica avrebbe assicurato l'erogazione del servizio al soggetto, pubblico o privato, che avesse presentato l'offerta con il costo inferiore¹⁸⁷.

La privatizzazione¹⁸⁸, presentata come il fiore all'occhiello del programma di governo di M. Thatcher¹⁸⁹, già nel 1989 aveva condotto all'integrale trasferimento al

¹⁸³ Cfr. A.C.L. DAVIES, *Beyond New Public Management: Problems of Accountability in the Modern Administrative State*, in N. BAMFORTH and P. LEYLAND, *Accountability in the Contemporary Constitution*, Oxford, 2013, 336-338. L'A. afferma che "Instead of providing services, the government's role would be to purchase them from specialist providers, some in the public sector and some in the private sector. Contracts (or pseudo-contracts where both parties were in the public sector) would be used to set targets for the cost and quality of the services to be delivered, and competition for government business would motivate providers, whether public or private, to meet their targets".

¹⁸⁴ J. FENWICK, K. HARROP, *Servizi pubblici locali nel Regno Unito. Privatizzazione e concorrenza*, in *Il Diritto dell'economia* 2000, n. 1, p. 55.

¹⁸⁵ Il CCT è stato introdotto con il *Local Government, Planning and Land Act* del 1980.

¹⁸⁶ Lo strumento del "contracting out" ha permesso all'ente pubblico di avvalersi di un imprenditore privato per la fornitura dei servizi locali, pur mantenendo la responsabilità della fornitura del servizio.

¹⁸⁷ Cfr. P. HIGGINNS (2005), *The role of competition in Best Value: how far does it differ from CCT?*, in *Local Government studies*, 2005, vol. 31, n. 2, p. 220.

¹⁸⁸ Per un'approfondita analisi del concetto di privatizzazione in Gran Bretagna si rinvia a KATE ASCHER, *The politics of privatisation – Contracting out Public services*, Basingstake: Macmillan Education, 1986, pp. 3 e ss. L'a., dopo aver rilevato la presenza, nella letteratura inglese di svariate e numerose ricostruzioni in merito all'individuazione del termine "privatizzazione", aderisce alla ricostruzione offerta da D. Heald e G. Morris che ritengono che la privatizzazione includa al suo interno quattro diversi fenomeni: "denationalisation", "the substitution of customer fees for tax finance", "liberalisation" e "contracting out arrangements". Più precisamente, si dice: "The first might be called denationalisation, and refers to both the selling off of nationalised industries to the private sector and the gradual withdrawal from comprehensive public provision in areas like education, health and the social services. A second form of privatisation involves the substitution of customer fees for tax finance, an example of which can be found in the recent increases in the charges for NHS services. Liberalisation constitutes a third form of privatisation and refers to the abolition or relaxation of the monopoly power of nationalised industries as witnessed in the case of British Telecom and the telecommunications industry. The fourth and final form of privatisation in this typology is the contracting out arrangements, public authorities continue to bear direct responsibility both for the provision arrangements and for the quality of service provided although the work is actually carried out by employees of private firms". Si veda anche DAVID PARKER (2009): *Debate: History of privatization*, *Public Money & Management*, 29:3, 140-142.

¹⁸⁹ "Privatisation was pursued as one of the main ideological objectives of the Thatcher/Major Governments. A general intention was to apply market driven solutions to the structural problems of governance. Publicly

settore privato del sistema fognario e di quello di distribuzione dell'acqua. Gli obiettivi perseguiti dalla privatizzazione di Mrs Thatcher sono stati la creazione di un capitalismo popolare tramite l'incremento di un azionariato diffuso, la riduzione delle dimensioni del settore pubblico e il conseguente decremento delle spese necessarie a mantenerlo, il miglioramento dell'efficienza delle imprese privatizzate, l'instaurazione di una situazione competitiva in mercati di monopolio naturale, l'abbattimento del potere dei sindacati.

Nonostante abbia avuto il merito di ottenere un abbassamento dei costi per l'erario, non può negarsi che tale sistema abbia scaricato le maggiori conseguenze negative sugli utenti, che hanno beneficiato di prestazioni di minore qualità a causa della contrazione delle risorse disponibili, nonché sui dipendenti pubblici che, per consentire all'amministrazione di appartenenza di rimanere concorrenziale e, quindi, per non perdere il posto di lavoro, si sono visti costretti ad accettare la perdita di molte garanzie contrattuali¹⁹⁰.

In altri Paesi in cui il servizio idrico è stato privatizzato, la pubblica amministrazione ha rilasciato concessioni o licenze di gestione in cui l'appaltatore privato ha assunto tutti i ricavi derivanti dal servizio idrico, ha remunerato il costo del funzionamento e della manutenzione e ha conservato l'eccedenza tra ricavi e costi come profitto.

In Italia, la legge 8 giugno 1990 n. 142 ha individuato nella liberalizzazione delle *public utilities* un'opportunità per gli enti territoriali di potenziare la competizione e l'efficienza nel complesso sistema di erogazione delle stesse.

La tecnica dell'elencazione di cui al T.U. 15 ottobre 1925, n. 2578 è stata sostituita da una enunciazione definitiva focalizzata principalmente sugli elementi

owned industries were characterised as beached whales that were considered both inefficient and a burden on the tax-payer. The plan was to turn them into the glowing beacons of a new enterprise culture. Moreover, the Treasury stood to benefit from the proceeds of privatisation as the government sold off its stake. Also, the flotation of shares on the stock exchange provided the opportunity to further a wider aim, namely, to create a shareholding democracy by extending the scope of private share ownership. The ultimate goal for advocates of this policy was to produce a truly competitive market environment for these industries, replacing the need for regulation by imposing market simulating disciplines which in turn would reduce prices for consumers". Cfr. P. LEYLAND, *UK Regulation in an Age of Governance*, in N. BAMFORTH and P. LEYLAND, *Public Law in a Multy-Layered constitution*, Hart publishing, 2003, 195.

¹⁹⁰ Cfr. R. FOOTIT, *From Competitive Tendering to Best Value for Local Government Services*, in Riv. Trim. di dir. Pubbl., 1999, n. 2, p. 516.

finalistici e funzionali individuati dal comma 1, della citata norma, incentrati sulla finalità sociale di promozione dello sviluppo economico e civile delle comunità locali¹⁹¹.

Tale nozione, del tutto proiettata sugli scopi perseguiti con i servizi pubblici e, quindi, sull'idea che fosse irrilevante il carattere pubblico o privato del soggetto erogatore, ha trovato però un correttivo nel comma 2 della stessa norma, che ha previsto una riserva di competenza in capo all'ente per quei servizi che la legge gli poteva ancora riservare in via esclusiva.

In tale contesto normativo, che ha individuato, al comma 3, le opzioni concesse all'ente per la scelta della forma attraverso cui garantire l'erogazione del servizio ai cittadini, è emerso il principio che si doveva privilegiare quella maggiormente in grado di soddisfare finalità generali di utilità sociale nel necessario rispetto del principio di economicità ed efficienza. Dalla prospettata impostazione è conseguita la scarsa rilevanza dell'interesse individuale che ha potuto trovare appagamento solo in quanto coincidente con le finalità generali per le quali il servizio era stato istituito.

Si passava dalla gestione "*in economia*", quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio non fosse stato opportuno costituire un'istituzione o un'azienda, alla "*concessione a terzi*", quando fossero prevalse ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale, all'"*azienda speciale*", anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale, all'"*istituzione*", per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale, infine alle "*società per azioni*" a prevalente capitale pubblico locale, qualora si fosse resa opportuna, in relazione alla natura del servizio da erogare, la partecipazione di altri soggetti pubblici o privati.

Grazie alle nuove forme a disposizione dell'ente locale, a differenza che in passato, è stato aperto il settore dei servizi pubblici locali al mercato, anche nella scelta dei *partners* privati che, entrando nel capitale delle nuove società di stampo privatistico, potessero condividere gli oneri economici necessari all'erogazione del servizio¹⁹².

L'obiettivo della liberalizzazione è stato quello di creare mercati dei servizi pubblici aperti e contendibili, in cui, salva la responsabilità politica dei comuni rispetto alle condizioni di erogazione delle prestazioni, fosse possibile alimentare una gestione di

¹⁹¹ In pratica venivano escluse le attività economiche non dirette a realizzare fini sociali e di sviluppo della collettività locale.

¹⁹² S. CASSESE, *Le privatizzazioni in Italia*, in Riv. Trim. dir. Pubbl., 1988, pp. 32 ss.; Id., *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in Riv. It. Dir. Pubbl. com., 1996, pp. 579 ss.; F. BONELLI, *Il codice delle privatizzazioni nazionali e locali*, Milano, 2001, 45.

tipo imprenditoriale e consentire la “trasformazione” dei cittadini da potenziali utenti, vincolati a un unico fornitore, in potenziali clienti, liberi di scegliere nell’ambito di un’offerta pluralista.

Peraltro, la principale innovazione introdotta dalla citata legge è stata l’espressa previsione di una modalità di gestione “diretta” dei servizi pubblici locali per il tramite di un modulo gestorio di tipo societario, attraverso il quale realizzare una *partnership* pubblico-privato nell’ambito dell’attività di erogazione delle *public utilities* che avrebbe dovuto assicurare “*un contenimento dei costi, una gestione meno burocratizzata e più efficiente delle attività, una maggiore qualità delle prestazioni*”¹⁹³.

Attraverso le società per azioni a capitale pubblico maggioritario¹⁹⁴ l’amministrazione sarebbe stata in grado di perseguire l’interesse pubblico avvantaggiandosi dell’economicità della gestione¹⁹⁵ e del profitto, elemento caratterizzante e scopo primario di una società di capitali¹⁹⁶.

¹⁹³ Cfr. G. PIPERATA, op. loc. cit., p. 292 ss. *Contra* V. PARISIO, op. cit., 35, mette in evidenza i timori della giurisprudenza correlati all’utilizzazione di istituti di natura privatistica: se è vero infatti che lo strumento societario in commento garantiva primariamente redditività e rapidità del traffico giuridico, è anche vero che sacrificava valori quali l’imparzialità e il buon andamento.

¹⁹⁴ Giova ricordare che l’introduzione di questo ulteriore ed innovativo metodo di gestione dei servizi pubblici locali aveva sollevato un dibattito circa la natura di tale S.p.a.: e cioè ci si chiedeva se fosse un ente pubblico, comunque parte dell’ente locale (e dunque non era necessaria la concessione per l’affidamento del servizio), oppure fosse un ente di natura privatistica (questa seconda tesi traeva spunto dalla celebre sentenza della Cassazione sul caso c.d. “Siena Parcheggi”, sent. SS.UU. n. 4992/1995) (e dunque era necessaria la concessione per l’affidamento). Si discuteva, inoltre, se il socio privato dovesse essere scelto sulla base di una normativa di diritto pubblico oppure in modo fiduciario. Per un’ampia panoramica del dibattito in questione, cfr. GAROFOLI, FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, Nel Diritto Editore, 2009, 192 ss.

¹⁹⁵ Il beneficio di tipo economico-finanziario si sostanzia in una riduzione dei costi di erogazione del servizio e/o di realizzazione dell’infrastruttura, e, soprattutto, nel superamento dei vincoli sulla spesa pubblica e sui saldi di bilancio derivanti dal Patto di stabilità.

I vantaggi del ricorso a forme di PPP in Gran Bretagna vengono individuati da GUDRIÐ WEIHE (2008): *Public-Private Partnerships and Public-Private Value Trade-Offs*, *Public Money & Management*, 28:3, 153-158. L’A. fa riferimento al risparmio di risorse pubbliche e al miglioramento della qualità dei beni prodotti e dei servizi erogati: “*More specifically, the rationale for implementing PPPs is that they provide greater value for money than conventionally procured projects, i.e. a more optimal combination of whole-of-life costs and quality of goods or services compared to the outcomes of alternatives ways of service delivery*”.

¹⁹⁶ Sebbene, non si possa parlare di un contributo esclusivamente economico tramite la sottoscrizione di quote del patrimonio sociale, deve sottolinearsi, comunque, il forte rilievo assunto dalla componente economico-finanziaria, in specie, nelle ipotesi in cui le imprese che intendano partecipare alle gare per entrare a far parte delle società *de quibus* diano vita ad un raggruppamento temporaneo di imprese, al momento della presentazione delle offerte o nel momento successivo di aggiudicazione della gara. In tal caso, come argutamente rilevato da attenta giurisprudenza, la quota di partecipazione, in termini economici, delle singole imprese costituenti il raggruppamento assume rilievo essenziale, dal momento che si ripercuote sulla percentuale di partecipazione alla società mista e, di conseguenza, sulle attività di gestione del servizio. Vd. Consiglio di Stato, V, 12 ottobre 2004, n. 6586 in *Servizi pubbl. e appalti* 2005, 243 (s.m.), dove si dice che, anche se l’associazione temporanea non è ancora costituita e anche quando il bando di gara non lo preveda in modo esplicito, richiede, insieme all’offerta, l’indicazione della ripartizione dei lavori tra le imprese associate in A.T.I. orizzontale. In senso contrario: T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 7 settembre 2002, n. 4301 in *Foro*

Infatti, tra i fattori cui è stata ascritta l'opportunità di promuovere il c.d. *public-private partnership*¹⁹⁷, sono state annoverate le sempre più frequenti restrizioni di

Amm. – T.A.R., 2002, p. 2990.

¹⁹⁷ La letteratura sul partenariato pubblico-privato è vastissima. Si citano in materia M. SCHOEMAN, D. BAXTER, K. GOFFIN & P. MICHELI (2012): *Commercialization partnerships as an enabler of UK public sector innovation: the perfect match?*, *Public Money & Management*, 32:6, 425-432; S. ASTHANA, J. HALLIDAY and S. RICHARDSON, *Partnership working in public policy provision: a framework for evaluation*, in *Social Policy and Administration*, 2002, vol. 36, n. 7, pp. 780-795; R. ATKINSON, *Discourses of partnerships and empowerment in contemporary British regeneration*, in *Urban Studies*, 1999, vol. 36, n. 1, pp. 59-72; Audit Commission, *A fruitful partnership: Effective partnership working*, London, 1998; G. WEITHE (2008): *Public-Private Partnerships and Public-Private Value Trade-Offs*, *Public Money & Management*, 28:3, 153-158; N. BAILEY, A. BARKER and K. MACDONALD, *Partnership Agencies in British Urban Policy*, London, 1995; N. BAILEY, *Local Strategic Partnerships in England: The Continuing Search for Collaborative Advantage, Leadership and Strategy in Urban Governance*, in *Planning Theory & Practice*, 2003, vol. 4, n. 4, pp. 443-457; R.W. McQUAID & W. SCHERRER (2010): *Changing reasons for public-private partnerships (PPPs)*, *Public Money & Management*, 30:1, 27-34; S. BALLOCH and M. TAYLOR (eds.), *Partnerships working: Policy and Practice*, Bristol, 2001; K. BASSETT, *Partnerships, business elites and urban politics: new form of governance in an English city*, in *Urban Studies*, 1996, vol. 33, n. 3, pp. 539-55; R.J. BENNETT and G. KREBS, *Local economic development. Public-private partnership initiatives in Britain and Germany*, London-New York, 1991; J.M. BRINKERHOFF, *Government-Nonprofit Partnership: a Defining Framework*, in *Public Administration and Development*, 2002, n. 22, pp. 19-30; P. CARROLL and P. STEANE, *Public-private partnerships: sectoral perspectives*, in S.P. Osborne (ed.), *Public-Private Partnerships. Theory and practice in international perspective*, London-New York, 2000, pp. 36-56; C. CROUCH, P. LE GALES, C. TRIGILIA and H. VOELTZKOW, *Changing governance of local economies: responses of European local production systems*, Oxford, 2004; C. CROUCH, P. LE GALES, C. TRIGILIA and H. VOELTZKOW, *Local production systems in Europe: rise or demise?*, Oxford, 2001; J. DIAMOND, *Managing Change or Coping With Conflict? Mapping the Experience of a Local Regeneration Partnership*, in *Local Economy*, 2001, vol. 16, p. 272-285; J. FROUD, *The Private Finance Initiative: risk, uncertainty and the state*, in *Accounting, Organizations and Society*, vol. 28, 6, pp. 567-589, 2003; G. JONES & J. STEWART (2009): *New development: Accountability in public partnerships—The case of Local Strategic Partnerships*, *Public Money & Management*, 29:1, 59-64; M. GEDDES and J. BENINGTON, *Local Partnerships and Social Exclusion in the European Union. New forms of local social governance?*, London-New York, 2001; M. GEDDES and P. LE GALES, *Local partnership, welfare regimes and local governance: a process of regime restructuring?*, in M. GEDDES, J. BENINGTON (eds.), *Local partnership and social exclusion in the European Union: new forms of local social governance*, London, 2001; M. GEDDES, *Partnership and the Limits to Local Governance in England: Institutional Analysis and Neoliberalism*, in *International Journal of Urban and Regional Research*, 2006, vol. 30, n. 1, pp. 76-97; D. PIAZZONI, *In house providing, partenariati pubblico-privato istituzionalizzati e partecipazione al capitale sociale a scopo di finanziamento*, *Nota a Corte giustizia CE*, 17/07/2008, n. 371, sez. II, in *Giur. comm.* 2009, 1, 8; M. GEDDES, *Partnerships against poverty and exclusion? Local regeneration strategies and excluded communities in the United Kingdom*, Bristol, 1997; M. GEDDES, *Partnerships and local development in the European Union*, in G. Haughton (ed.), *Community economic development*, London, 1999; D.C. GIBBS, A.E.G. JONAS, S. REIMER and D.J. SPOONER, *Governance, institutional capacity and partnerships in local economic development: theoretical issues and empirical evidence from the Humber Sub-region*, in *Transactions of the Institute of British Geographers*, 2000, vol. 26, n. 1, pp. 103-119; M. POWELL and C. GLENDINNING, *Introduction*, in C. GLENDINNING, M. POWELL and K. RUMMERY (eds.) *Partnership, New Labour and the Governance of Welfare*, Bristol, pp. 1-14; G.E. MALARET, *Partenariato pubblico-privato: finanziamento delle infrastrutture e gestione dei servizi pubblici locali in Spagna*, in *Ser. pub. ap.*, 2003, 2, pt. 1, pp. 147 e ss.; M. SPACKMAN, *Public-private partnerships: lessons from the British approach*, in *Ec. Syst.*, 2002, 26(3), pp. 283 e ss.; C. CONTESSA, A. SAU, *Il dilemma delle società miste: divieto di affidamento diretto e forza del partenariato*, in *Riv. trim. ap.*, 2006, 4, pp. 977 e ss.; E. SCOTTI, *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, in *Dir. am.*, 2005, 4, pp. 915 e ss.; v., infine, per un'analisi di tipo economico G. FIDONE, B. RAGANELLI, *Public private partnerships and public works: reducing moral hazard in a competitive market - Partenariato pubblico-privato e lavori pubblici: ridurre l'azzardo morale in un mercato competitivo*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2008, 1, pt. 1, pp. 23 e ss.

bilancio cui gli ordinamenti interni hanno dovuto fare fronte¹⁹⁸, oltre alla volontà di accedere al *know-how* ed ai metodi di gestione maturati dal privato nelle singole aree strategiche di affari, nella logica di una prestazione di servizio efficiente ed efficace, mediante una più agile struttura privatistica¹⁹⁹.

E' stato detto che il loro sviluppo avrebbe dovuto inserirsi in quel capitolo dell'evoluzione del ruolo dello Stato e degli enti locali nella sfera economica²⁰⁰ che ha condotto tali soggetti a transitare prospetticamente dalla veste di operatori diretti a quella di regolatori, organizzatori e controllori del livello delle prestazioni e di quello di soddisfazione dell'utenza, di stimolo all'efficacia ed all'efficienza da parte della società di gestione²⁰¹, secondo le logiche tipiche della sussidiarietà²⁰².

*“È la prospettiva brillantemente definita, nella letteratura anglosassone, di una amministrazione che “non rema, ma tiene il timone”; una amministrazione che sa usare ampiamente pratiche sussidiarie, che sa “governare per contratto”, imparando a progettare servizi, a monitorarne il livello, a condurre il rapporto negoziale con enti (pubblici e privati) di erogazione che hanno la caratteristica dell'alterità”*²⁰³.

Il predetto modulo gestionale avrebbe dovuto garantire gli *standards* qualitativi auspicati per la prestazione erogata, fornendo all'amministrazione uno strumento di

¹⁹⁸ Si evidenzia che le tali restrizioni di bilancio sono dettate sia da emergenze congiunturali sia dall'obbligo del rispetto del “Patto di stabilità”. Il “Patto di stabilità interno”, adottato dall'Italia a far data dall'anno 1999, costituisce un insieme di regole di bilancio volte a far sì che le scelte di finanza pubblica degli Enti territoriali e gli impegni sul contenimento del deficit e del debito assunti in sede comunitaria siano compatibili con la sottoscrizione del “Patto di stabilità e crescita”, stipulato nel 1997 per garantire la continuità di una politica di rigore di bilancio nell'Unione Economica e Monetaria (UEM) ed entrato in vigore il 1° gennaio 1999, con l'adozione dell'euro quale moneta unica. G. PIPERATA, *L'affidamento in house nella giurisprudenza del giudice comunitario, nota a Corte di Giustizia Ce, 13 ottobre 2005, causa C-458/03*, Giorn. dir. amm., 2006, pag. 292 ss.

¹⁹⁹ In giurisprudenza si veda Cons. di Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1, cit.; T.A.R. Lecce Puglia sez. II, 07 marzo 2012, n. 418, in www.dejure.it; in dottrina si rinvia a C. VITALE, *Modelli privatistici di collaborazione stabile fra amministrazioni: le società a partecipazione integralmente pubblica nel sistema locale*, in M. CAMMELLI – M. DUGATO, *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Giappichelli editore, Torino, 2008, pagg. 63 e ss., osserva come attraverso lo strumento societario pubblico e privato si trovasse a cooperare, “il primo concedendo al privato di svolgere il servizio; il secondo fornendo risorse economiche ed esperienze necessarie allo scopo”. Pertanto, il partner privato conferisce in società capitali, ma anche professionalità, competenze e professionalità: “la partecipazione del privato all'esercizio di finalità istituzionali rappresentava, in questo modo, il principale beneficio derivante dall'utilizzazione del modello societario”. M. RUTIGLIANO e L. FACCINCANI, *Project finance nel partenariato pubblico-privato e valutazione del piano economico-finanziario*, in Riv. dottori comm. 2012, 01, 127.

²⁰⁰ Comunicazione cit., 4.

²⁰¹ Commissione cit., punto 3.

²⁰² F. CAPRIGLIONE, *La "sussidiarietà" nella definizione di alcune importanti questioni di governo dell'economia*, in AA.VV., *Problemi attuali della sussidiarietà*, a cura di De Marco, Milano, 2005, Giuffrè, p. 120 ss; P. DE CARLI, *Sussidiarietà e governo economico*, Milano, Giuffrè, 2002.

²⁰³ F. MIGNELLA CALVOSA (a cura di), *La governance degli enti locali nella gestione dei servizi pubblici, Analisi e strumenti per l'innovazione*, I rapporti, Rubbettino, 2007, 8.

controllo, certamente più pregnante di quello svolto con la vigilanza sull'attività dell'aggiudicatario.

Infatti, in tale fase, al termine qualità è stato attribuito il significato di conformità alle specifiche; la qualità è stata identificata nel risultato di una serie di controlli a livello di produzione-erogazione²⁰⁴.

Per contro, nella prassi di quegli anni, il predetto modulo gestionale è diventato un mezzo per eludere la normativa comunitaria di tutela del libero mercato.

Secondo la previsione della Legge n. 142, l'istituzione delle società miste²⁰⁵ è

²⁰⁴ Cfr. C. CATTANEO (a cura di), *Le politiche per la qualità dei servizi pubblici, Analisi e strumenti per l'innovazione, I rapporti*, Rubbettino, 2007, 43. Qui si dice, infatti, che "L'attenzione è principalmente rivolta a definire nuovi sistemi di misurazione, nuove tecniche di controllo al fine di rilevare l'entità degli scostamenti tra quanto previsto in progettazione ed il prodotto-servizio finale; in questa fase taluni osservano come, data l'importanza assunta dalle metodologie statistiche, sia più corretto parlare di controllo statistico della qualità".

²⁰⁵ Il punto di partenza per una ricostruzione degli orientamenti comunitari di questa materia è indubabilmente il Libro Verde. Commissione delle Comunità Europee, *Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, 30 aprile 2004, COM(2004) 327. Per un'analisi di tale documento si vedano i diversi contributi raccolti in CHITI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Profili di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione*, Bologna 2005. In generale, sul partenariato pubblico privato si veda, da ultimo, R. DI PACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006. In esso, pur evidenziandosi l'assenza a livello comunitario di una definizione della locuzione *de qua*, viene analizzato il partenariato pubblico-privato "puramente contrattuale" e quello "istituzionalizzato". Il partenariato pubblico-privato è stato, infatti, articolato dalla Commissione Europea, per un verso, nella modalità istituzionale, nella quale rientrano le diverse ipotesi di società miste, e, per altro verso, nella forma "contrattuale" (basata esclusivamente su legami contrattuali tra i vari soggetti e di cui costituiscono esempio la concessione di lavori pubblici e il *project financing*). Questa distinzione è, come noto, delineata da Commissione europea, *Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, cit., per le cui principali problematiche si rinvia, in generale, a R. DI PACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006, pp. 55 (in cui la natura "descrittiva" della distinzione tra le due forme di partenariato indicate nel testo è, ad esempio, messa in evidenza): a giudizio dell'autore, infatti, "in entrambe le ipotesi" verrebbe "in rilievo una manifestazione della volontà contrattuale della pubblica amministrazione" (appunto, facendo risultare non del tutto adeguata la citata netta distinzione individuata dal documento comunitario, v., in particolare, Di Pace R., *op. ult. cit.*, p. 65). Per altro, al riguardo si deve osservare come anche nel c.d. partenariato "istituzionale" vengano in rilievo aspetti di tipo "negoziale": si prenda, ad esempio, il caso delle "società miste pubblico-private" istituite per la gestione dei servizi pubblici locali ex artt. 112 e ss., d.lgs. 267/2000: le caratteristiche di tali società (e le relative modalità di funzionamento) sono definite generalmente in atti di tipo negoziale (di affidamento del servizio), con sostanziale "intreccio" tra i piani di realizzazione del partenariato individuati dai documenti comunitari (vale a dire, appunto, quello "istituzionale" e quello "negoziale"). La prima figura appare fortemente influenzata dalla giurisprudenza comunitaria in materia di *in house providing*, limite esterno del PPP. Le problematiche relative all'*in house providing* sono state ampiamente studiate dalla nostra dottrina; al riguardo, si rinvia, perciò, in generale, a quanto osservato in V. FERRARO, *Le principali implicazioni della giurisprudenza comunitaria in materia di in house providing sulle forme istituzionalizzate di partenariato pubblico-privato*, in M.P. CHITI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Concessioni finanza di progetto società miste fondazioni*, Napoli, 2009, pp. 257 e ss.; M. BRIGNOLI, *La gestione di lavori, servizi e forniture degli enti locali alla luce della sentenza del Consiglio di Stato 10 marzo 2003, n. 1289 e della giurisprudenza comunitaria*, in www.lexitalia.it, 2003, 10; R. CAMELI, *Legittimi gli affidamenti in house anteriori alla legge di riforma dei servizi pubblici locali?*, in *Foro amm.-TAR*, 2004, pp. 1172 e ss.; G. GRECO, *Gli appalti pubblici di servizi e forniture: le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2001, pp. 495 e ss., 2000, pp. 1461 e ss., A. MASSERA, *L'"in house providing": una questione*

stata rimessa alla discrezionalità dell'ente locale interessato²⁰⁶ in tutte le ipotesi in cui si fosse resa opportuna, in relazione al servizio da erogare, la partecipazione di altri soggetti pubblici o privati. In altre parole, tale modulo organizzativo ha concretizzato uno strumento gestionale espressione di una generale capacità negoziale di diritto comune²⁰⁷, che però non ha inficiato il prevalente carattere pubblicistico del servizio, rispetto al quale l'ente locale ha assunto quasi un ruolo di garante per i *cives*, una sorta di proiezione del carattere monopolistico che in passato è stato proprio dell'ente²⁰⁸.

Anzi, nonostante la forma privatistica, in un primo momento, è stata affermata la natura pubblicistica di tali società sulla base della partecipazione pubblica maggioritaria²⁰⁹, ciò che, secondo una parte della dottrina, avrebbe giustificato l' "affidamento diretto del servizio anche in assenza di quegli elementi sostanziali (poi

da definire, in Giorn. dir. amm., 2004, 8, pp. 849 e ss., L. MUSSELLI, *Affidamento diretto di servizi a società a prevalente capitale pubblico locale e principi comunitari di concorrenza*, in Foro amm. TAR, 2003, pp. 2175 e ss.; A. PERINI, *L'affidamento dei servizi pubblici*, in *Ec. dir. terz.*, 1995, 7, pp. 90 e ss. Sulla connessa questione riguardante l'organismo di diritto pubblico v., invece, R. CARANTA, *L'organismo di diritto pubblico questo sconosciuto*, in *Giur. it.*, 2003, 9, pp. 1687 e ss., P. CERBO, *L'effetto utile nella giurisprudenza comunitaria sull'organismo di diritto pubblico*, in *Urb. e app.*, 2004, 6, pp. 649 e ss., E. CHITI, *Gli organismi di diritto pubblico tra Consiglio di Stato e Corte di giustizia*, in *Urb. app.*, 1999, pp. 85 e ss., M.P. CHITI, *L'organismo di diritto pubblico, op. cit.*, L. CIMELLARO, *Un'altra decisione nel cammino verso l'individuazione degli organismi di diritto pubblico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 1, pp. 31 e ss., S. COLOMBARI, *Organismo di diritto pubblico, delegazione interorganica e diritto della concorrenza. Flessibilità dell'ordinamento comunitario e rigidità del diritto interno*, in questa *Rivista*, 2004, pp. 275 e ss., V. DE GIOIA, *La nozione di amministrazione aggiudicatrice al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Urb. e app.*, 2004, 6, pp. 663 e ss., G. GRECO, *Organismo di diritto pubblico atto I*, in *Rivista it. Dir. Pubbl.*, 1998, pp. 733 e ss.; G. GRECO, *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti "in house": ampliamento o limitazione della concorrenza?*, in *Rivista it. Dir. Pubbl.*, 2005, pp. 61 e ss., G. GRECO, *Organismo di diritto pubblico atto II: le attese deluse*, in G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 1999, pp. 184 e ss.; P. LOTTI, *Concessioni di pubblici servizi, principi dell'in house providing e situazioni interne: Corte CE, sez. I, 13 ottobre 2005, C-458/03: il commento*, in *Urb. app.*, 2006, 1 (gennaio), pp. 31 e ss.; G. MARCHEGIANI, *Alcune considerazioni in tema di diritto comunitario concernente le concessioni ed i c.d. "affidamenti in-house"*, cit.; L. PERFETTI, A. DE CHIARA, *Organismo di diritto pubblico, società a capitale pubblico e rischio d'impresa*, in *Dir. amm.*, 2004, 1, pp. 135 e ss.; L. PERFETTI, *Organismo di diritto pubblico e rischio di impresa*, in *Foro amm.-CdS*, 2003, 9, pp. 2498 e ss.

²⁰⁶ M. CAMMELLI, M. DUGATO (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008; G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, cit.; R. VILLATA, *Pubblici servizi*, Milano, 2008.

²⁰⁷ Cfr. C. VOLPE, *Le società miste nei servizi pubblici locali: evoluzione o involuzione di un modello?*, in *Urb. e App.* n. 6/2003. In realtà, la capacità della pubblica amministrazione di agire *iure privatorum* per la tutela di interessi pubblici non era mai stata messa in dubbio.

²⁰⁸ Peraltro, va evidenziato che, fin dal principio, vennero individuati una serie di limiti alla capacità di agire delle società miste: la loro attività, confinata all'interno del territorio di riferimento dell'ente locale partecipante o costituente, doveva trovare giustificazione nel contesto del perseguimento dei fini istituzionali del medesimo ente pubblico partecipante o costituente.

²⁰⁹ La prevalenza del capitale pubblico trovava giustificazione nella necessità di mantenere uno stretto legame tra la società e il partner pubblico. Più specificamente, la quota pubblica poteva anche essere posseduta cumulativamente da una pluralità di enti pubblici.

individuati dalla sentenza Teckal²¹⁰) tipici della delegazione interorganica²¹¹.

²¹⁰ La sentenza della Corte di Giustizia CE, 18 novembre 1999, in causa C-107/98 Teckal s.r.l. c. Comune di Viano e AGAC, in Urbanistica e appalti 2000, 1149 costituisce il *leading case* in materia di *in house providing*. Essa è stata assunta quale punto di partenza per l'elaborazione della successiva giurisprudenza volta a precisare il significato dei requisiti legittimanti l'affidamento diretto dei servizi pubblici. Nella predetta pronuncia, la Corte di Giustizia europea individuava i due requisiti indispensabili per affermare la sussistenza di un incontro di volontà tra figure giuridiche a soggettività distinta, *id est* un rapporto di delegazione interorganica. I giudici di Lussemburgo affermavano che *“la direttiva 93/36 è applicabile ove un'amministrazione aggiudicatrice, quale un ente locale, decida di stipulare per iscritto, con un ente distinto da esso sul piano formale ed autonomo rispetto ad essa sul piano decisionale, un contratto a titolo oneroso avente ad oggetto la fornitura di prodotti, indipendentemente dal fatto che tale ultimo ente sia a sua volta un'amministrazione aggiudicatrice o meno”*. Nel *corpus* della motivazione si precisava che la deroga alle regole comunitarie in materia di concorrenza poteva ritenersi legittima unicamente nell'ipotesi in cui *“nel contempo”*, l'amministrazione locale esercitasse *“sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi; la realizzazione da parte dell'affidatario della parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che lo controllano”*.

²¹¹ F. DEGNI, *Servizi pubblici locali e tutela della concorrenza: alla ricerca di un punto di equilibrio*, in Foro amm. TAR 2005, 11, 3507.

Per il diritto comunitario una società può essere affidataria diretta di un servizio solo in caso di *“in house providing”*. Un'amministrazione che ricorre all'*in house providing*, infatti, decide di *“auto organizzare”* un servizio o una particolare attività, tramite affidamento diretto di prestazioni a contenuto negoziale di cui la stessa necessita ad un soggetto diverso dall'amministrazione aggiudicatrice, che si configura giuridicamente come società distinta sul piano formale, ma non terza rispetto allo stesso ente pubblico affidante: in questo caso, il privato è, quindi, per definizione escluso dal processo gestionale: l'internalizzazione rappresenta, infatti, l'esatto contrario di un'operazione di PPP. La società *in house* agisce come un vero e proprio organo dell'amministrazione *“dal punto di vista sostantivo”* *“mentre la diversa figura della società mista a partecipazione pubblica maggioritaria, in cui il socio privato sia scelto con una procedura ad evidenza pubblica, presuppone la creazione di un modello nuovo, nel quale interessi pubblici e privati trovino convergenza”*. In questo senso si veda Cons. Stato, sez. V, 30 settembre 2010, n. 7214, in www.dirittodeiservizipubblici.it; Cons. St., sez. VI, 23 settembre 2008, n. 4603, in Foro amm. CDS 2008, 9, 2506 (s.m.); T.A.R. Catania Sicilia sez. III, 11 aprile 2011, n. 876, in Foro amm. TAR 2011, 4, 1425; Consiglio Stato sez. II, 18 aprile 2007, n. 456, in Foro it. 2007, 12, III, 611 afferma che *“Il ricorso al modello della società a capitale misto pubblico e privato - distinto da quello dell'“in house” poiché, nel primo, l'assenza della partecipazione pubblica totalitaria esclude “in radice” la possibilità di configurare il requisito del controllo analogo, richiesto dalla giurisprudenza comunitaria per gli affidamenti “in house”. In dottrina si veda M. M. GAETA, Riflessioni in tema di società in house, controllo analogo e discrezionalità gestoria in house, controllo analogo e discrezionalità gestoria, in Giur. merito 2012, 6, 1349. La Commissione europea, assimilando i due diversi modelli di partenariato, considerava applicabile anche al partenariato pubblico-privato di tipo “istituzionalizzato” il “diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni”, con ovvi effetti sui criteri di selezione del socio privato: anche in tale fattispecie, quindi, pur in assenza di norme ad hoc, devono trovare applicazione, come avviene per l'aggiudicazione a terzi di servizi mediante concessioni, gli articoli 43 e 49 del Trattato CE, nonché i principi di trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e reciproco riconoscimento. Invero, fin dalla consultazione pubblica sul citato Libro Verde era emersa, a livello comunitario, la necessità concreta di fare chiarezza sull'applicazione delle disposizioni comunitarie in materia di appalti pubblici e concessioni ai partenariati pubblico-privati cosiddetti “istituzionalizzati”, ovvero quelle forme di cooperazione tra partners pubblici e privati che costituiscono un'entità a capitale misto nel contesto dell'affidamento di un appalto o di una concessione. Tali principi hanno, dapprima, trovato conferma in sede interna (Cons. St., sez. VI, 16 marzo 2009 n. 1555) e sono poi stati affermati anche dalla giurisprudenza comunitaria (Corte Giustizia CE, sez. III, 15 ottobre 2009, C-196/08, Acoset, in Pubblica 2009). La Corte di Giustizia ha, infatti, ritenuto l'ammissibilità dell'affidamento di servizi a società miste, a condizione che si svolga in unico contesto una gara avente ad oggetto la scelta del socio privato (socio non solo azionista, ma soprattutto operativo) e l'affidamento del servizio già predeterminato con obbligo della società mista di mantenere lo stesso oggetto sociale durante l'intera durata della concessione. A tal fine, le amministrazioni dovranno, fin dalla predisposizione degli atti della gara per la scelta del socio privato, porsi il problema di come consentire alla scadenza del contratto l'eventuale svolgimento di una nuova gara per la scelta di un nuovo socio. Illuminante anche la pronuncia del Consiglio Stato, sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080, in Foro*

Infatti, “*in assenza di un quadro giuridico di riferimento, e quindi difettando meccanismi di gara dettagliati e predeterminati*”, si temeva che le amministrazioni potessero utilizzare tale strumento unicamente per eludere la disciplina comunitaria in tema di tutela della concorrenza, soprattutto in settori normalmente rimessi al mercato come l'approvvigionamento di risorse strumentali²¹². In tal modo, si è affermato, sarebbe stato compromesso lo scopo legislativo di fare, dello strumento societario, uno dei fari del nuovo assetto dei servizi pubblici locali per garantire il principio di libera concorrenza e, secondo taluni, uno strumento per l'attuazione del principio di uguaglianza sostanziale di matrice costituzionale²¹³.

Peraltro, come sottolineato in alcune pronunce giurisprudenziali²¹⁴, l'attribuzione di un appalto pubblico ad una società mista senza indizione di una gara, avrebbe pregiudicato l'obiettivo di una concorrenza libera ed il principio di parità di trattamento nella misura in cui avesse dato vita a posizioni di privilegio degli imprenditori privati che avrebbero potuto, così, usufruire di una dote economico-finanziaria costituita da denaro pubblico²¹⁵.

amm. CDS 2008, 7-8, 2104 (s.m.) che evidenzia che “*Per quanto concerne il tema generale della ammissibilità delle società miste, sono stati valorizzati al massimo (cfr. da ultimo Cons. Stato, ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1; sez. II, 18 aprile 2007, n. 456/07) i recenti orientamenti dei giudici comunitari in ordine alla definizione del requisito del «controllo analogo» al fine di stagliare la differenza tra il modello della gestione in house rispetto a quello della società mista: il primo essendo oramai ammissibile solamente a condizione di una partecipazione pubblica totalitaria; il secondo presupponendo invece da sempre, per definizione, l'investimento di capitale privato. L'affermazione di compatibilità del modello della società mista, ai sensi della disciplina vigente, avviene però sulla base di due premesse di fondo e a condizione che siano presenti altrettante garanzie*”.

²¹² In tal senso si esprime I. DEL GIUDICE, *Perduranti profili di incertezza sul ricorso all'in-house providing ed alle società miste anche alla luce della più recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Foro Amm. Tar*, 2008, n. 5.

²¹³ Il servizio pubblico è stato ascritto agli strumenti preordinati a “*rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del paese*”. Cfr. I. DEL GIUDICE, *Perduranti profili di incertezza sul ricorso all'in-house providing ed alle società miste anche alla luce della più recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Foro Amm. Tar*, 2008, n. 5; nello stesso senso A. MUSSA, *Le società miste nell'ordinamento italiano, Nota a Consiglio di Stato, 16/03/2009, n. 1555, sez. VI*, in *Foro amm. CDS* 2009, 4, 1081.

²¹⁴ cfr. Cons. Stato, sez. VI, 7 settembre 2004, n. 5843, in *Foro amm. CDS* 2004, 2631 (s.m.). Cfr. anche Sentenze Stadt Halle e RPL Lochau, cit., punto 51, nonché 10 novembre 2005, causa C-29/04, Commissione Austria, Racc. pag. I-9705, punto 48.

²¹⁵ Tra l'altro, la proliferazione di queste società incideva fortemente sul funzionamento del mercato, “*dal momento che tali soggetti agiscono quali operatori economici cui la veste societaria conferisce una piena capacità (organizzativa, contabile, fiscale) di diritto privato. Il rapporto proprietario che intercorre tra le Amministrazioni pubbliche di riferimento e queste società, consente a queste ultime di essere contraenti privilegiati nella produzione di beni e servizi pubblici che le medesime Amministrazioni decidono di non erogare in forma diretta, bensì di affidare al mercato*”. Cfr. G. BOTTINO, *Le amministrazioni pubbliche e la costituzione, o la partecipazione, di società a capitale pubblico: la legittimità costituzionale dei limiti previsti nell'odierna legislazione statale*, in *Giur. cost.* 2009, 3, 1606.

La Pubblica Amministrazione, infatti, in nome degli interessi generali²¹⁶, poteva discrezionalmente scegliere il modello di gestione più idoneo e, nel caso avesse scelto la società mista, poteva individuare l'imprenditore privato senza procedure imparziali e trasparenti di selezione, in violazione dei principi comunitari di concorrenza e parità di trattamento.

Infatti, in relazione ai profili concorrenziali, è stato detto che *“la sfida che il legislatore prima e l'amministrazione poi, nell'esercizio dei loro poteri discrezionali, soprattutto di carattere organizzativo, [dovevano] affrontare consiste[va] [...] nel mantenere un equilibrio tra la protezione dei diritti fondamentali, che si [connettevano] e [dipendevano] da una regolare fruizione di gran parte dei servizi pubblici [...] e il risparmio delle risorse (in senso ampio) pubbliche”*²¹⁷.

La situazione non è cambiata di molto a seguito dell'emanazione della Legge 23 dicembre 1992, n. 498²¹⁸ perché, sebbene l'art. 12 avesse ampliato il novero dei possibili

²¹⁶ *“Il quadro giuridico di riferimento risentiva della concezione del servizio in chiave di utilità sociale (con scarsa considerazione per la sua natura di attività economica) ed era dunque caratterizzato dalla forte valenza pubblicistica del servizio locale, testimoniata dal forte potere regolatore e dalla tipicità ed esclusività delle forme pubblicistiche di gestione”*. Vedi in tal senso: M. DUGATO, G. PIPERATA, *I servizi pubblici locali nel governo del territorio*, cit., p. 6.

²¹⁷ V. PARISIO, *Gestione dei servizi pubblici locali, tutela delle risorse pubbliche e contenimento della spesa*, in Foro Amministrativo T.A.R., N. 1 Gennaio 2013, 385; in giurisprudenza si veda Consiglio Stato, sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080, in Foro amm. CDS 2008, 7-8, 2104 (s.m.).

A tal proposito, come rilevato da autorevole dottrina (H. BONURA e M. CASSANO, *op. ult. cit.*, 38), nei mercati con struttura monopolistica, come quello dei servizi pubblici locali, la promozione della concorrenza poteva estrinsecarsi secondo due distinte modalità, a seconda che il singolo servizio potesse essere gestito da due o più operatori che si contendevano l'utenza (c.d. *concorrenza nel mercato*), ovvero da un solo operatore (p. es. per la raccolta e la gestione dei rifiuti), da scegliere secondo principi di libera concorrenza, al quale affidare il servizio (c.d. *concorrenza per il mercato*).

La concorrenza per il mercato genera inoltre esigenze di economia di scale per ridurre i costi ed essere competitivi nell'offerta. A tal fine è apparso necessario definire una domanda correlata in grado di favorire le economie di scala. Si spiega questo senso la tendenza del legislatore a partire dalla metà degli anni 90 verso una nuova configurazione della territorialità del servizio, con il passaggio dalla logica amministrativa della dimensione e della *“competenza”* comunale a quella della aggregazione della domanda per ambiti e bacini *“ottimali”* definiti tendenzialmente in ragione di criteri tecnici ed economici.

²¹⁸ In giurisprudenza, a titolo esemplificativo si richiama Cons. Stato, sez IV, 3 settembre 2001, n. 4586, in Foro Amm. 2001, 9; Cons. Stato, Sez V, 15 febbraio 2002, n. 917, in Foro amm. CDS 2002, 413; Corte dei Conti – sezione regionale di controllo per la Lombardia 28 luglio 2009, n. 548 afferma che *“la scelta del socio privato nella formazione di società miste con partecipazione comunale, preordinata alla gestione di pubblici servizi, deve necessariamente seguire procedure ad evidenza pubblica”* giacché *è da escludersi che la scelta stessa possa sottrarsi ai principi concorrenziali ormai immanenti nell'ordinamento tutte le volte in cui debba individuarsi “un operatore privato chiamato a svolgere attività per conto e nell'interesse dell'amministrazione”*.

La disciplina dell'evidenza pubblica e quella della scelta del partner privato secondo procedure di confronto delle offerte hanno assunto il significato di uno degli strumenti mediante i quali sono resi concreti nell'organizzazione dell'attività della pubblica amministrazione e nel suo esercizio i valori dell'imparzialità e del buon andamento ex art. 97 Cost., che, a loro volta, si sono venuti specificando attraverso quelli della correttezza, trasparenza, pubblicità, efficienza ed efficacia. In relazione alle fasi di costituzione di public-

modelli societari con l'introduzione delle *società miste con proprietà pubblica non maggioritaria*²¹⁹, soltanto in relazione a queste ultime è stata sancita la necessità di procedure ad evidenza pubblica per la scelta del *partner* privato²²⁰.

private partnership, i problemi maggiori erano strettamente connessi alla possibilità di evitare una duplice procedura di gara: quella per l'affidamento del servizio a società partecipate dall'ente pubblico e quella per la selezione del *partner* privato, socio dello stesso ente. Introdurre una doppia gara sarebbe stato difficilmente compatibile con l'economia delle procedure cui si ispirano i partenariati pubblico-privati istituzionalizzati, poiché tali strumenti organizzativi riuniscono in uno stesso atto la scelta di un socio economico privato e l'aggiudicazione della concessione alla società mista da istituire a tale esclusivo scopo. In relazione a tale aspetto si veda SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in Dir. econ., 2005, 258 ss.

Si è detto infatti che i rischi correlati alla creazione di una società mista sarebbero potuti essere affrontati dall'ente locale solo in vista di un affidamento certo della gestione del servizio alla costituenda società.

“Non si vede infatti la ragione per cui i privati dovrebbero sottoporsi a complesse procedure ad evidenza pubblica per divenire soci nella società mista, in cui, oltre al venir meno della principale ragione di attrattività data dall'affidamento diretto, subirebbero influenze pubbliche in ogni caso superiori a quelle normalmente ammissibili in una normale compagine societaria” così si esprime M. P. CHITI, *Verso la fine del modello di gestione dei servizi pubblici locali tramite società miste*, in Foro amm. TAR 2006, 03, 1161.

Orbene la Commissione in relazione a tale questione, ha chiarito che *“per costituire un PPPI in modo conforme ai principi del diritto comunitario evitando nel contempo i problemi connessi ad una duplice procedura si può procedere nel modo seguente: il partner privato è selezionato nell'ambito di una procedura trasparente e concorrenziale, che ha per oggetto sia l'appalto pubblico o la concessione da aggiudicare all'entità a capitale misto, sia il contributo operativo del partner privato all'esecuzione di tali prestazioni e/o il suo contributo amministrativo alla gestione dell'entità a capitale misto”*.

Da ultimo anche la Corte di Giustizia (Corte di Giustizia CE, sez. III, 15 ottobre 2009, nella causa C-196/08, in Guida al diritto 2009, 48, 95 (s.m.) ha eliminato ogni dubbio al riguardo affermando che *“gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE non ostano all'affidamento diretto di un servizio pubblico [...] a una società a capitale misto, pubblico e privato, costituita specificamente al fine della fornitura di detto servizio e con oggetto sociale esclusivo, nella quale il socio privato sia selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica, previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e alle caratteristiche dell'offerta in considerazione delle prestazioni da fornire, a condizione che detta procedura di gara rispetti i principi di libera concorrenza, di trasparenza e di parità di trattamento imposti dal Trattato per le concessioni. Dato che i criteri di scelta del socio privato si riferiscono non solo al capitale da quest'ultimo conferito, ma altresì alle capacità tecniche di tale socio e alle caratteristiche della sua offerta in considerazione delle prestazioni specifiche da fornire, e dal momento che al socio in questione viene affidata [...] l'attività operativa del servizio di cui trattasi e, pertanto, la gestione di quest'ultimo, si può ritenere che la scelta del concessionario risulti indirettamente da quella del socio medesimo effettuata al termine di una procedura che rispetta i principi del diritto comunitario, cosicché non si giustificerebbe una seconda procedura di gara ai fini della scelta del concessionario. Il ricorso, in tale situazione, a una duplice procedura, in primo luogo, per la selezione del socio privato della società a capitale misto e, in secondo luogo, per l'aggiudicazione della concessione a detta società sarebbe tale da disincentivare gli enti privati e le autorità pubbliche dalla costituzione di partenariati pubblico-privati istituzionalizzati, [...] a motivo della durata inerente alla realizzazione di siffatte gare e dell'incertezza giuridica per quanto attiene all'aggiudicazione della concessione al socio privato previamente selezionato.*

²¹⁹ Giova tenere presente che solo a far data dal 1996, il regolamento approvato con D.P.R. n. 533 ha sancito la possibilità di costituire tanto *società miste con capitale pubblico di maggioranza, che di minoranza*.

²²⁰ Considerata l'ampia flessibilità del partenariato pubblico privato rispetto alle altre forme di gestione, nonché il ruolo essenziale, assicurato all'amministrazione locale, tramite forme di cogestione del servizio, a partire dal 1997, sotto la spinta del diritto comunitario è stata ampliata ulteriormente la gamma dei modelli organizzativi per la gestione dei servizi pubblici, in particolare con Legge 15 maggio 1997, n. 127, c.d. Bassanini *bis*, che, all'art. 17, comma 58, ha introdotto un nuovo modello societario attraverso la possibilità di costituire anche società a responsabilità limitata, purché mantenessero una quota pubblica maggioritaria, oltre alla possibilità di partecipare a società già esistenti attraverso l'acquisizione di quote del capitale sociale.

Normative settoriali relative ai principali servizi pubblici a rilevanza economica hanno integrato presto la disciplina generale contenuta nell'ordinamento degli Enti locali che, per contro, ha trovato applicazione nella

La proliferazione delle società a capitale misto ha fortemente inciso sul funzionamento del mercato, “*dal momento che tali soggetti agiscono quali operatori economici cui la veste societaria conferisce una piena capacità (organizzativa, contabile, fiscale) di diritto privato. Il rapporto proprietario che intercorre tra le Amministrazioni pubbliche di riferimento e queste società, consente a queste ultime di essere contraenti privilegiati nella produzione di beni e servizi pubblici che le medesime Amministrazioni decidono di non erogare in forma diretta, bensì di affidare al mercato*”²²¹.

Conseguentemente è agevole comprendere come la *querelle* che ha animato l'impiego delle forme di partenariato, si sia incentrata sulle garanzie necessarie affinché la cooperazione pubblico-privato non si traducesse né in uno strumento di elusione dei principi comunitari a presidio delle libertà economiche²²², né a strumento conflittuale rispetto alla cura dell'interesse pubblico, soprattutto per le ripercussioni sociali connesse all'erogazione del servizio²²³.

La tutela della concorrenza e del mercato non è stata l'unico profilo rilevante del fenomeno considerato. Anche le forme di controllo di tale amministrazione mediante lo strumento societario - in particolare in relazione al controllo giuscontabile sulle risorse

sua interezza in relazione ai servizi residuali²²⁰. Si tratta della legge 5 gennaio 1994, n. 36, ora in D. Lgs. 3 aprile 2006, n. 152 in materia di servizio idrico integrato; del D. Lgs. 16 marzo 1999, n. 79 in materia di energia elettrica; del D. Lgs. 23 maggio 2000, n. 164 in materia di gas naturale; il D. Lgs. 19 novembre 1997, n. 422 in materia di trasporto pubblico locale; del D. Lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, ora in D. Lgs. n. 152/2006 citato in materia di rifiuti solidi urbani. Ad esclusione del settore idrico, la cui disciplina generale era antecedente, tutti gli altri atti normativi hanno, in qualche modo, recepito il *favor* comunitario per una tendenziale liberalizzazione dei mercati. In specie nel D. Lgs. n. 164/2000 e nella revisione del D. Lgs. n. 422/1997 la procedura di affidamento del servizio ha carattere esclusivamente competitivo cosicché anche le società miste a partecipazione pubblica assumono, a regime, una posizione di terzietà rispetto all'ente locale. Con riferimento al settore del gas il decreto prevede anche la separazione tra la rete di distribuzione locale (è la distribuzione che si qualifica come servizio pubblico) e la sua gestione affidata mediante gara, da una parte, e la vendita ai clienti finali, dall'altra, che viene liberalizzata in regime di autorizzazione (art. 14, c. 1 e 4 e art. 17).

²²¹ G. BOTTINO, *Le amministrazioni pubbliche e la costituzione, o la partecipazione, di società a capitale pubblico: la legittimità costituzionale dei limiti previsti nell'odierna legislazione statale*, in Giur. cost. 2009, 3, 1606.

²²² Poiché le modalità di affidamento diretto previste dalla legge in esame sono risultate incompatibili con i principi comunitari in tema di concorrenza la Commissione Europea, ha avviato contro l'Italia una procedura di infrazione.

²²³ In proposito si parla di “economia sociale di mercato”, in relazione alla quale si veda J. BENINGTON, *Partnerships as networked governance? Legitimation, innovation, problem-solving and co-ordination*, in M. GEDDES AND J. BENINGTON (eds.), *Local Partnerships and Social Exclusion in the European Union: new forms of local social governance?*, London-New York, 2001; M. GEDDES, *Local Partnership: A Successful Strategy for Social Cohesion?*, cit., GEDDES M. AND BENINGTON J., *Local Partnerships and Social Exclusion in the European Union. New forms of local social governance?*, cit.; GEDDES M. AND LE GALÈS P., *Local partnership, welfare regimes and local governance: a process of regime restructuring?*, M. GEDDES, J. BENINGTON (eds.), *Local partnership and social exclusion in the European Union: new forms of local social governance?* cit.

finanziarie pubbliche impiegate – hanno assunto altrettanta rilevanza: “*il rischio, in questa fattispecie, è evidentemente costituito dal fatto che sia sufficiente mutare forma giuridica soggettiva, a parità di attività amministrativa svolta a servizio della collettività, per sfuggire ai controlli originariamente “pensati” (quando la creazione di Enti pubblici economici, e la loro trasformazione in società per azioni, costituiva uno strumento straordinario di intervento pubblico nel sistema economico) per le sole Amministrazioni pubbliche*”²²⁴.

Antonio Vetro, Presidente Onorario della Corte dei Conti, ha rilevato, nel 2012, l’enorme spendita di denaro pubblico che si cela dietro la costituzione di società partecipate dalla P.A., “*sovente finalizzata “dietro lo specchietto delle allodole” di una maggiore efficienza, a distribuire poltrone su base clientelare, a gonfiare indebitamente i compensi, ad assumere nuovo personale senza alcuna garanzia nel reclutamento, a distribuire consulenze superflue, ad aggirare i limiti imposti per le gare di evidenza pubblica a tutela della concorrenza*”²²⁵. La situazione è ancora più critica se si considera il recente orientamento della Cassazione²²⁶ secondo cui, nel caso in cui il patrimonio della società sia stato pregiudicato da atti di *mala gestio* di un amministratore²²⁷ o di un

²²⁴ G. BOTTINO, *op. ult. cit.* Proprio alla luce di tale ultimo profilo la tematica è analoga a quella analizzata dalla Corte costituzionale con la pronuncia 28 dicembre 1993 n. 466, che ha risolto a favore della Corte dei Conti il conflitto di attribuzioni da essa sollevato, circa il permanere del proprio controllo sulle società per azioni risultanti dalla trasformazione degli enti pubblici economici (I.R.I., E.N.I., I.N.A., E.N.E.L.), e che sposava le argomentazioni dottrinali espresse da A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova 1992, parte spec., 479, richiamando il tradizionale contributo di M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della Pubblica Amministrazione*, Milano 1966, 210.

²²⁵ Cfr. A. VETRO, *Problematica sulla giurisdizione in tema di responsabilità nei confronti della P.A. degli amministratori e dipendenti delle società con partecipazione pubblica, alla luce della giurisprudenza della Corte dei Conti, della Corte Costituzionale, del Consiglio di Stato e della Cassazione*, 16 ottobre 2012, in www.contabilita-pubblica.it

²²⁶ Corte di Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2009, n. 26806, in *Foro amm.* CDS 2010, 1, 59 (s.m.)

²²⁷ Infatti è prevista l’azione sociale di responsabilità esercitata dalla società o dai soci, quindi anche dal socio pubblico a tutela dell’interesse della società. Infine, secondo la Cassazione non esiste alcuna previsione relativa ad un eventuale coordinamento o concorso tra azione sociale di responsabilità e azione del procuratore contabile. Sono due le ipotesi secondo la Corte nelle quali la responsabilità per danno erariale concorre con quella civile. Quella di danno arrecato all’ente pubblico dal rappresentante dell’ente stesso nella società, in quanto la responsabilità amministrativa si radica nel rapporto organico con l’ente, per non aver esercitato l’azione di cui all’art. 2395 cc; nonché quella di danno provocato direttamente al socio pubblico da parte di amministratori e sindaci. L’azione individuale del socio ai sensi degli artt. 2395 e 2476 cc e l’azione per danno erariale presentano caratteristiche molto diverse, in quanto la prima è rimessa alla valutazione discrezionale del socio danneggiato, mentre l’altra è obbligatoriamente esercitata dal pubblico ministero contabile. Si aggiunga altresì che la responsabilità amministrativa è limitata alle sole azioni od omissioni caratterizzate da dolo o colpa grave, non è trasmissibile agli eredi, non ha natura solidale ed è sottoposta, in ordine alla determinazione del danno, al potere di riduzione tipico della Corte dei Conti. In sostanza, secondo la suprema Corte rimane un ambito residuale di competenza della Corte dei Conti solo nei confronti di chi, essendone incaricato, non eserciti i diritti spettanti al socio, al fine di indirizzare l’azione degli organi sociali, soprattutto nelle ipotesi di atti illeciti commessi da questi ultimi.

componente di un organo di controllo, non si possa nemmeno parlare di danno erariale, ossia di un “*pregiudizio direttamente arrecato al patrimonio dello Stato o di altro ente pubblico socio*” in quanto “*la ben nota distinzione tra la personalità giuridica della società di capitali e quella dei singoli soci e la piena autonomia patrimoniale dell’una rispetto agli altri non consentono di riferire al patrimonio del socio pubblico il danno che l’illegittimo comportamento degli organi sociali abbia eventualmente arrecato al patrimonio dell’ente: che è e resta privato*”²²⁸.

Sul problema si inserisce anche la questione relativa alla natura amministrativa o imprenditoriale dell’attività effettivamente svolta dal soggetto privato²²⁹, a prescindere dai meccanismi di relazione tra società ed ente e dall’entità della partecipazione pubblica, maggioritaria o minoritaria²³⁰.

Il mancato raggiungimento degli obiettivi auspicati è dipeso, oltre che dalle ragioni già evidenziate, dal ruolo svolto dagli attori, soprattutto i *partners* privati, spesso incapaci o indisponibili a far proprio un approccio culturale basato sulla centralità dei cittadini e sulla soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento quale propria ragion d’essere, motivo per il quale si fa spesso ricorso, tra i modelli offerti dal legislatore, a quello caratterizzato da un soggetto interamente pubblico.

²²⁸ Vd. infra, cap. II, par. 2.3.

²²⁹ Cfr. P. PIRAS, *I servizi pubblici tra efficienza e fini sociali*, in *Dir. amm.* 1996, 01, 171. L’A. rileva che le “*sezioni unite penali hanno affermato la natura privata dell’attività di raccolta del risparmio ed erogazione del credito benché esercitata da un ente pubblico; e al tempo stesso hanno considerato privata la RAI e pubblico il servizio - o perlomeno una parte del servizio - da essa svolto*”.

²³⁰ L. TORCHIA, *La responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 7, p. 791 ss., la quale per il radicamento della responsabilità amministrativa rinvia ad una “*definizione aggiornata e moderna del criterio dell’attività svolta*”, rifacendosi alla distinzione operata dalla Corte costituzionale nelle pronunce del 6 agosto 2008, n. 326 e 13 maggio 2009, n. 148 tra “*attività amministrativa in forma privatistica*” e “*attività di impresa di enti pubblici*” la quale consente di “*guardare alla sostanza della società, non però attraverso la lente deformante dell’interesse pubblico che tutto in sé ingloba, ma riferendosi alla natura dell’attività svolta, imprenditoriale o amministrativa, e alla sua collocazione rispetto all’amministrazione*” (pp. 797-798); in senso analogo A. NICODEMO, *Società pubbliche: attività d’impresa e attività amministrativa*, *Nota a Consiglio di Stato, sez. VI, 11/01/2013, n. 122*, in *Foro amm.* CDS 2013, 3, 814. L’a. afferma la necessità, in tema di società pubbliche, di operare una distinzione tra le società che svolgono attività di impresa e quelle che esercitano attività amministrativa. “*In linea generale si può dire che le prime sono assoggettate allo statuto privatistico dell’imprenditore, le seconde, invece, allo statuto pubblicistico della pubblica amministrazione*”. Si veda M. DUGATO, M.G. CAVALLARI, *La responsabilità amministrativa per danno erariale nelle società partecipate dagli enti pubblici*, in *Responsabilità amministrativa per danno erariale nella gestione dei rapporti di lavoro*, a cura di V. CASTIGLIONE e A. PIZZOFERRATO, Padova, CEDAM, 2009, p. 91 ss.; G. CAIA, *La giurisdizione della Corte dei conti nel sistema amministrativo e della contabilità pubblica*, in *www.giust-amm.it*, 2008, 6.

3. La gestione - Società in house: caratteri generali.

Sono una modalità di organizzare la produzione e l'approvvigionamento di prestazioni di lavori, servizi o forniture attraverso il ricorso ad un soggetto societario a partecipazione pubblica²³¹, legato agli enti di riferimento da un rapporto di delegazione interorganica.

La figura dell'*in house providing* è nata nel diritto europeo²³², e, in particolare, nell'ordinamento del Regno Unito²³³ come figura da contrapporre alle due forme giuridico-contrattuali²³⁴ attraverso cui ha luogo l'*outsourcing*, o *contracting out*, fondate

²³¹ Cfr. P. PIRAS, *Servizi pubblici e società a partecipazione comunale*, Giuffrè, Milano, 1994, 121, la quale evidenzia come “definire una società in mano pubblica significa qualificarla dal punto di vista della proprietà del capitale: evidenziare, cioè, non solo la partecipazione dello Stato o di altri enti pubblici ma la presenza di esso come azionista di controllo”. In via di principio, il ricorso alle società di capitali è stato considerato uno strumento volto ad assicurare l'equilibrio tra la migliore qualità del prodotto e la massima economicità della gestione. Infatti la stessa Legge 15 Maggio 1997, n. 127, poi trasposta nel Titolo V del D. Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, definendo uno speciale procedimento di trasformazione delle aziende speciali in società per azioni, aveva evidenziato come la società di capitali si ergesse ad ideale paradigma di strumento di gestione di servizi a valenza imprenditoriale. Peraltro, in un recente parere della Corte dei Conti - parere Basilicata n. 20 del 2012, in www.corteconti.it – si registra il crescente disfavore mostrato dal legislatore italiano per lo strumento societario, inteso come modello organizzativo per la gestione dei servizi pubblici locali, con l'intento di mettere i servizi sul mercato, a tutela del principio di parità di trattamento dell'impresa pubblica e privata e della concorrenza in genere.

²³² L'espressione *in house providing* è usata per la prima volta in sede comunitaria nel Libro bianco sugli appalti dell'11 maggio 1998. Sull'origine comunitaria dell'*in house*, cfr. C. ALBERTI, *Appalti In house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in Riv. Ital. Dir. Pubbl. com., 2001, p. 495 ss; M. MAZZAMUTO, *Brevi note su normativa comunitaria e in house providing*, in Dir. Ue, 2001, p. 537 ss e G. GRECO, *Gli affidamenti in house di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in Riv. Ital. Dir. Pubbl. com., 2000, p. 1461 ss; L. CAMERIERO, *Gli affidamenti in house, il valzer normativo e giurisprudenziale della mauvaise époque*, in Urb. e appalti 5/2007, 590.

²³³ L'ordinamento inglese, in conformità ai principi di economicità, efficienza ed efficacia, prevede che le Pubbliche amministrazioni, attraverso procedure concorrenziali, confrontino la possibilità di esternalizzare l'esercizio di una determinata attività o la produzione delle risorse necessarie al suo svolgimento con l'opzione per l'*in house*; in sintesi, l'*in house provider* è soggetto ad un confronto competitivo con l'imprenditoria privata, salvo il sopravvenire di ragioni strategiche. Cfr. S. ARROWSMITH, *Some problems in delimiting the scope of the public procurement directives: privatisations, purchasing consortia and in-house tenders*, in Public procurement Law Review, 1997, 203-204. In giurisprudenza si veda English and Wales Court of Appeal, *R v. Portsmouth City Council, ex p Coles and Colwick*, [1997] 1 Cmlr 1135 e *R v Secretary of State for the Environment, ex p Bury*, [1998] 2 Cmlr 787. Peraltro, il *Local Government Act* del 1999, in relazione all'aggiudicazione dei servizi pubblici locali sancisce l'obbligo di assicurare il “Best value of money”.

²³⁴ Il riferimento è al contratto di appalto e al contratto di concessione i quali presuppongono la diversità non solo formale ma anche sostanziale tra i due contraenti. Tuttavia, mentre nel caso della concessione di pubblico servizio il concessionario si sostituisce all'amministrazione concedente nell'esercizio dei compiti propri di quest'ultima, svolgendo un'attività è destinata direttamente al soddisfacimento degli interessi della collettività, “sulla base di un piano economico finanziario che prevede un determinato equilibrio alla luce di stime legate all'utilizzo del servizio da parte dell'utenza” (cfr. R. VILLATA, *La riforma dei servizi pubblici locali*,

su un meccanismo di “concorrenza per il mercato”²³⁵ per la selezione del gestore attraverso l’esternalizzazione del servizio e la parziale liberalizzazione del mercato di riferimento²³⁶.

Il Libro Bianco sugli appalti²³⁷ ha individuato *expressis verbis* gli appalti *in house* come gli appalti “aggiudicati all’interno della pubblica amministrazione, ad esempio fra una pubblica amministrazione centrale o locale o, ancora, fra un’amministrazione aggiudicatrice e una società da questa interamente controllata”²³⁸, garantendo, in tal modo, la gestione interamente pubblica dell’iniziativa economica attraverso moduli societari.

L’espressione *in house*, infatti, richiama una gestione “domestica”, in qualche modo riconducibile alla stessa autorità pubblica aggiudicatrice o alle sue articolazioni.

La scelta dell’amministrazione di autoprodurre le prestazioni di cui la stessa necessita è stata riconosciuta a livello europeo²³⁹, quasi in modo implicito, nell’assenza di un “obbligo di esternalizzazione posto a carico delle pubbliche amministrazioni”²⁴⁰: i principi a garanzia della concorrenza su cui si fonda l’Unione Europea non imporrebbero “di rivolgersi sempre e comunque al mercato per l’approvvigionamento di beni, servizi e forniture”²⁴¹.

Giappichelli, Torino, 2011, 41); nell’appalto pubblico, invece, l’appaltatore si limita ad eseguire la prestazione di lavori, servizi o forniture in favore dell’ente pubblico appaltante, dietro un determinato corrispettivo.

²³⁵ La concorrenza per il mercato è stata proposta, alla fine degli anni sessanta del secolo scorso, come soluzione al problema dei mercati strutturalmente non concorrenziali - quali quelli delle *public utilities* - in alternativa al metodo della regolazione. Nel modello della *competition for the field*, il soggetto aggiudicatario della gara opererebbe certamente in regime di monopolio, ma senza il relativo potere di mercato, in quanto obbligato a vendere al prezzo risultante dal confronto competitivo svoltosi nella gara. In tal senso H. Demsetz, *Why regulate utilities?* in *Journal of Law and Economics*, 1968, p.55 e ss.

²³⁶ Cfr. Corte Cost. n. 401 del 23 novembre 2007, in Foro amm. CDS 2007, 11, 3026, con riferimento al settore degli appalti pubblici.

²³⁷ Libro Bianco COM (98) 143 def., 1 marzo 1998, punto 2.1.3., p. 11, nt 10, in www.dirittoeuropeo.it. Si veda PASQUINI, *Le nuove prospettive degli appalti pubblici in Europa: Comunicazione CE 11 marzo 1998, n. COM(98)143*, in Giorn. dir. amm., 1998, 9, 889 ss.

²³⁸ Alla nt 26 della Comunicazione, la Commissione ha equiparato il nesso interorganico fra concessionario e concedente alle relazioni esistenti in caso di appalto *in house*.

²³⁹ In tal senso R. CAVALLO PERIN - D. CASALINI, *L’in house providing: un’impresa dimezzata*, in Dir. Amm., 2006, p. 51 ss.; Corte di Giustizia CE, 11 gennaio 2005, C-26/03, Stadt Halle e TREA Leuna, p. 48 e Concl. Avv. Gen. Kokott, 1° marzo 2005, C-458/2003, Parking Brixen GmbH, p. 42, 71 e 80, Corte di Giustizia CE, 11 marzo 2003, C-186/01, Dory; Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514, in www.dejure.it.

Così H. BONURA e M. CASSANO, *L’Affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 119.

²⁴⁰ G. SORICELLI, *Contributo allo studio del modello organizzativo dell’ in house providing*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008., pag. 15. Si vedano a proposito le sentenze pronunciate nella causa C-26/03, punto 48 e nella causa 324/07, punto 48, in www.dejure.it.

²⁴¹ Cfr. F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, Giuffrè, Milano, 2011, 882.

L'ordinamento comunitario, infatti, consapevole delle peculiarità correlate alla gestione dei servizi di interesse economico generale e alla necessità che gli stessi vengano trattati in modo differenziato, consente ai singoli Stati di valutare, in modo non arbitrario, l'eventualità di derogare alle regole concorrenziali²⁴².

In particolare, “un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti [...], senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi”²⁴³.

Quanto, poi, all'ipotesi specifica di ricorso ad un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice, l'affidamento diretto di un servizio pubblico è permesso ogni qualvolta un ente pubblico decida di affidare la gestione del servizio, al di fuori del sistema della gara, avvalendosi di una società esterna che presenti caratteristiche tali da poterla qualificare come una derivazione, o una *longa manus*²⁴⁴, dello stesso ente. Si tratta di un modello organizzativo meramente interno, qualificabile in termini di delegazione interorganica. Mentre, la disciplina comunitaria dei pubblici appalti trova applicazione se l'ente affidatario sia distinto dall'autorità pubblica aggiudicatrice sul piano formale e sia autonomo dal punto di vista sostanziale.

Lo stesso art. 51 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (ex art. 45 Trattato CE), nel capo relativo al diritto di stabilimento, ha sancito l'inapplicabilità delle disposizioni dello stesso capo alle “attività che nello Stato membro partecipino, sia pure occasionalmente all'esercizio dei pubblici poteri”, attività oggetto del potere di auto-organizzazione della pubblica amministrazione, che, appunto, può realizzare *manu propria* cioè di cui ha bisogno.

Si conferma quindi l'opzione per l'amministrazione fra “rivolgersi all'esterno o autoprodurre attraverso una delegazione interorganica”²⁴⁵, con la connessa

²⁴² Cfr. VERA PARISIO, *Gestione dei servizi pubblici locali, tutela delle risorse pubbliche e contenimento della spesa*, in Foro Amm., TAR 2013, n. 1, p. 8.

²⁴³ Cfr. Corte di giustizia CE, sez. I, 11 gennaio 2005, n. 26, in Giur. comm. 2007, 1, II, 60.

²⁴⁴ Si veda GRECO, *Gli affidamenti in house di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio ed il principio della gara*, in Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 2000, 1399, che parla di *longa manus* dell'amministrazione.

²⁴⁵ Cfr. R. VILLATA, *Pubblici Servizi, discussioni e problemi*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 350.

L'ordinamento nazionale non indica un modello preferibile ossia non predilige né l'*in house*, né la piena espansione della concorrenza nel mercato e per il mercato e neppure il partenariato pubblico-privato ma rinvia alla scelta concreta del singolo ente affidante. Cfr. T.A.R. Brescia Lombardia, sez. II, 11 giugno 2013, n. 558, in Foro amm. TAR 2013, 6, 1843 (s.m.). B. MAMELI, *L'in house tra regola ed eccezione*, in Resp. civ. e previdenza 2010, n. 10.

implicazione che l'*in house providing* non integra un'ipotesi di deroga alla disciplina comunitaria "a tutela della concorrenza e del mercato e a presidio della garanzia di massima trasparenza in materia di affidamento e stipulazione di contratti pubblici", "poiché il limite del potere di organizzazione si afferma come definizione di ciò che non è mercato"²⁴⁶.

"I principi di non discriminazione secondo la nazionalità e di parità di trattamento, e le libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi devono essere garantiti quando si danno circostanze nelle quali l'amministrazione aggiudicatrice si trova nella condizione di compiere una scelta"²⁴⁷. In caso contrario, ossia qualora l'affidatario faccia parte dell'organizzazione (in senso ampio) della stessa amministrazione aggiudicatrice, "manca il presupposto perché trovino applicazione le norme che presidiano i diritti delle imprese, e l'indizione della gara cessa di essere necessaria"²⁴⁸.

In base a quanto evidenziato nella superiore espositiva, quindi, nulla dovrebbe vietare, per esempio ad un comune, di creare e gestire direttamente una struttura di produzione e di distribuzione di pasti presso le amministrazioni scolastiche presenti sul proprio territorio: ma ciò sino al limite in cui l'ente autoproduca tale servizio, senza privilegiare organismi, sì legati all'amministrazione, ma in una posizione di terzietà rispetto ad essa, così incidendo sul libero mercato della concorrenza.

Laddove l'amministrazione, ancorché direttamente, riesca a gestire efficacemente un servizio, incrementarne la qualità e ridurre i costi, ben difficilmente si potrebbe sindacare il suo operato, soprattutto alla luce degli ordinari canoni che dovrebbero ispirare la conduzione e la gestione della cosa pubblica.

Invero poiché l'autorità amministrativa non è mai un'entità impermeabile e avulsa rispetto al mercato, sorge la ragionevole preoccupazione di evitare che la gestione *in*

²⁴⁶ In tal senso si veda A. ILACQUA, *L'in house "puro" dopo la riforma della materia dei servizi pubblici locali*, in Foro amm. CDS 2012, 03, 747.

²⁴⁷ Così si esprime F. TRIMARCHI BANFI, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, in Riv. it. dir. pubbl. comunit. 2012, 05, 723; R. URSI, *Il gioco dei monopoli e dei servizi pubblici locali*, in Foro amm., CDS 2012, 02, 466.

²⁴⁸ F. TRIMARCHI BANFI, *ibidem*, 466.

house sia una mera apparenza che permetta di eludere la procedura concorrenziale per l'affidamento di un'opera pubblica²⁴⁹ o la legge di stabilità.

Ciò che, invero, è accaduto nel corso degli anni novanta con compromissione del nuovo modello di amministrazione di qualità. Da qui l'annosa *querelle*²⁵⁰ relativa alla legittimità di un modello organizzativo che, estendendo il predetto principio di autorganizzazione, escluda quello di concorrenza.

Ci si è interrogati, infatti, sulla concreta possibilità della pubblica amministrazione di affidare prestazioni a contenuto negoziale di cui la stessa necessita ad un soggetto diverso dall'ente pubblico affidante, che si configura giuridicamente come società distinta sul piano formale, ma non terza rispetto alla stessa amministrazione aggiudicatrice²⁵¹ in quanto funzionalmente, finanziariamente, economicamente connessa con essa. Ciò ha portato a configurare, prima in sede comunitaria, il fenomeno dell'*in house providing*.

L'istituto, infatti, ha origine pretoria, essendo stato elaborato attraverso le pronunce della giurisprudenza comunitaria successiva al 1998²⁵² al fine di coniugare il

²⁴⁹ È stato affermato che, in astratto, l'affidamento diretto viola il principio di concorrenza sotto un duplice profilo: non solo sottrae al libero mercato quote di contratti pubblici, nei confronti dei quali le imprese private vengono escluse da ogni possibile accesso, ma costituisce anche a favore dell'impresa affidataria una posizione di ingiusto privilegio, garantendole l'acquisizione di contratti. Il tutto si traduce nella creazione di posizioni di vantaggio economico che l'impresa *in house* può sfruttare anche all'interno del mercato, nel quale si presenta come "*particolarmente*" competitiva, con conseguente alterazione della *par condicio*. Relativamente all'analisi delle distorsioni economiche derivanti dall'affidamento diretto, e anche per la giurisprudenza comunitaria in materia, si veda Cons. giust. Amm. Reg. Sic., 4 settembre 2007, n. 719, in in Foro amm. CDS 2007, 9, 2602. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato si è pronunciata il 28 dicembre 2006 (dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nella sua segnalazione 28 dicembre 2006 n. AS375 In *Il foro italiano*, 2007, parte terza, col. 226 ss., con nota di R. URSI, *Autonomia di un ossimoro: "in house providing" e concorrenza nei servizi pubblici locali*, col. 227 ss) in ordine alle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali, con particolare riferimento al sistema dell'*in house providing*, ritenendo che tale modalità di affidamento deve essere sottoposta a stringenti requisiti di legittimità al fine di porre un opportuno argine alla distorsione di uno strumento operativo che originariamente era volto a consentire una gestione diretta del servizio in casi particolari e circoscritti, ma che nella prassi è stato spesso utilizzato per eludere il necessario confronto concorrenziale nell'affidamento dei servizi attraverso procedure di gara. A testimonianza del rilievo pratico e teorico del tema, i contributi dottrinali sono numerosi. A titolo esemplificativo si richiama R. VILLATA, *Pubblici Servizi: discussioni e problemi*, Giuffrè, Milano, 2008, 315 ss; R. CAVALLO PERIN-D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in Dir. Amm., 2006, p. 51 ss; D. CASALINI, *La scelta tra mercato e auto-produzione di beni e servizi (nota a Cons. Stato, sez. V, 30 novembre 2007, n. 6137, GO.SAF. s.p.a. c. Comune di Sant'Arpino)*, in Foro amministrativo – C.d.S., 2008, 1158-1180.

²⁵⁰ Le difficoltà sono sorte soprattutto a causa dell'assenza di un parametro normativo di riferimento ed hanno indotto ad attribuire un ruolo essenziale alle pronunce del giudice comunitario.

²⁵¹ L' Avv. Gen. Y. Bot nelle Conclus., 20 settembre 2007, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Muniplado de Correspondencia c. Administración del Estrado, p. 75 scrive a tal proposito "*facenti parte della "casa"*".

²⁵² La data di nascita dell'*in house*, viene in genere fatta coincidere con quella della sentenza Teckal. In verità, come evidenziato da Carla Acocella e Fiorenzo Liguori "*sembra più propriamente trattarsi di un battesimo - finalizzato alla definizione dell'ambito di applicazione della normativa comunitaria in tema di appalti - perché*

principio di concorrenza ex artt. 49, 56 e 106 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea con il principio di c.d. autorganizzazione. Così, ferma restando l'estraneità dell'ordinamento comunitario rispetto alle scelte gestorie e organizzatorie effettuate al livello nazionale, sono stati individuati dalla Corte di giustizia una serie di indici stringenti in presenza dei quali l'affidamento diretto di servizi e appalti pubblici può considerarsi legittimo²⁵³.

A tal riguardo, la Commissione Europea nella Comunicazione 200/C 121/02²⁵⁴, ha definito l'affidamento *in house* come “*un problema particolare che si pone [...] se tra concedente e concessionario esiste una forma di delega interorganica che non esula dalla sfera amministrativa dell'amministrazione aggiudicatrice. La questione dell'applicazione del diritto comunitario a simile relazione è stata affrontata dalla Corte. Tuttavia, le ulteriori cause attualmente pendenti davanti alla Corte potranno apportare elementi di novità a riguardo*”.

il fenomeno della gestione in casa - in economia o mediante organizzazioni apposite interamente pubbliche - è connotato alla nascita del servizio pubblico locale” : C. ACOCELLA, F. LIGUORI, Questioni (vere e false) in tema di società miste e in house dopo la pronuncia della Plenaria (Nota a Consiglio di Stato ad. plen., 3 Marzo 2008, n. 1, in Foro amm. CDS 2008, 3, 756.

²⁵³ La disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, nel momento d'implementazione sul piano nazionale, ha dovuto confrontarsi con differenti situazioni, certe volte, estranee al diritto europeo, per cui, in forza di un graduale processo di armonizzazione e ravvicinamento delle legislazioni, non si è potuta esimere dal prendere atto di fenomeni di origine domestica, prima preclusi al gioco della concorrenza, ma rilevanti per la realizzazione effettiva del mercato unico. In tal modo è nato un diritto amministrativo comunitario, il quale, a differenza del diritto amministrativo interno è distinto dalle altre branche del diritto europee, come evidenzia CASSESE, *I lineamenti essenziali del diritto amministrativo comunitario*, in Riv. it. Dir. Pubbl., 1991, p. 3-10; AIROLDI, *Lineamenti di diritto amministrativo comunitario*, Milano, 1990, p. 33, in cui l'A. definisce il diritto amministrativo comunitario “*come un ramo del diritto che si interessa di quella parte dell'organizzazione comunitaria che, ponendo un rapporto diretto fra i propri organi e le persone fisiche o giuridiche rientranti sia pure in senso lato nella sua organizzazione, è volta al perseguimento e al soddisfacimento concreto dei propri fini*”. Di conseguenza, sono emerse questioni in origine estranee al diritto comunitario, proprio in virtù dei meccanismi di liberalizzazione e privatizzazione di settori economici prima di rilevanza solo domestica. Cfr. Galli, *Privatizzazioni e riforma della regolamentazione in Italia*, in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 1998, p. 471; CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in Riv. it. Dir. Pubbl., 1996, p. 579. Da ultimo, sul tema della privatizzazione dell'impresa pubblica, come fenomeno diffuso in gran parte dei Paesi dell'UE e sull'aspetto dell'incidenza del diritto comunitario in tal senso, cfr. NICO, *Concordanze e dissonanze nei processi di privatizzazione nei Paesi dell'Unione europea: il caso spagnolo e italiano*, in Osservatorio di diritto comunitario e nazionale sugli appalti pubblici, 2000, p. 1281-1311.

²⁵⁴ Pubblicata sulla G.U.C.E del 29 aprile 2000 interpretativa sulle concessioni per il diritto comunitario.

3.1 *I contributi della giurisprudenza comunitaria.*

Nell'analisi della giurisprudenza della Corte di Giustizia si è ritenuto di prendere le mosse da due note pronunce che, per prime, hanno fatto applicazione del concetto di delegazione interorganica al fine di escludere l'applicabilità delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici e di affermare la legittimità dell'affidamento diretto nelle ipotesi oggetto di indagine.

La causa Arnhem e Rheden C. BFI holding BV concerne le modalità seguite da due Comuni olandesi, Arnhem e Rheden, nell'affidare direttamente ad una società appositamente costituita dagli stessi, ARA Holding BV, il servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti²⁵⁵.

Ebbene, il mancato esperimento della procedura di gara ad evidenza pubblica aveva provocato la reazione di un'impresa privata operante nel settore, BFI Holding BV, che “*contestava l'attribuzione ad ARA senza procedure ad evidenza pubblica*” – previste dalla direttiva 92/50 CEE – del servizio in questione.

La violazione della normativa comunitaria, lamentata dalla BFI Holding BV, veniva esclusa dai giudici lussemburghesi sulla base della natura di organismo di diritto pubblico della società affidataria.

Ai fini della nostra analisi l'attenzione si concentra specialmente sulle conclusioni dell'Avvocato Generale che, per stabilire se la fattispecie oggetto di scrutinio ricadesse nell'ambito di applicazione della citata direttiva²⁵⁶, aveva analizzato la natura del rapporto sussistente fra i due comuni e Ara, affermando che la mera esistenza di una relazione di dipendenza amministrativa e finanziaria fra il soggetto aggiudicatario e le amministrazioni aggiudicatrici olandesi fosse in grado di escludere la riconducibilità dello stesso alla fattispecie dell'appalto di servizi.

L'Avvocato Generale negava, in particolare, la sussistenza della terzietà tra i due soggetti sulla base della “*sostanziale distinzione dell'organismo Ara rispetto ai due comuni*”. Si riconosceva l'esistenza di una *forma* di delegazione interorganica interna alla sfera amministrativa dei comuni.

²⁵⁵ Cfr. Corte di giustizia, 10 novembre 1998, BFI Holding BV c. G. Arnhem e G Rheden, causa C-360/96, in Foro Amm. 1999, 1675.

²⁵⁶ La Direttiva 92/50 CEE era applicabile solo ai contratti di appalto.

Nel caso concreto, poi, l'assenza di dualità dei due soggetti era resa palese dalla circostanza che solo i comuni fossero soci di Ara.

Le su esposte conclusioni venivano confermate dall'Avvocato Generale Alber nella causa C-108/98, R.I.SAN s.r.l. c. Comune di Ischia e Ischia Ambiente s.p.a.²⁵⁷: “*la natura giuridica dell'ente affidatario – nel caso di specie, società per azioni, soggetto, quindi, formalmente di diritto privato – non è sufficiente per escludere che essa faccia parte della stessa amministrazione*”, risultando necessaria l'adozione di un criterio funzionale per “*accertare in che misura la pubblica amministrazione controlla la società di cui trattasi*” e, quindi, in che misura si possa parlare di rapporto di delegazione interorganica.

In entrambe le fattispecie l'attenzione si appuntava su due elementi sintomatici del vincolo di dipendenza: lo schema finanziario alla base del rapporto fra le amministrazioni aggiudicatrici e l'*in house provider* e la dipendenza amministrativa, in termini organizzativi e gestionali. L'intreccio finanziario, infatti, costituiva elemento necessario ma non sufficiente per affermare la sussistenza di un servizio *in house*, risultando irrilevante la circostanza che l'ente prestasse servizi di analoga natura in favore di terzi contro adeguata remunerazione. Quindi, si doveva accertare la presenza di un'attribuzione di compiti fra organi.

In entrambe le cause, la sussistenza dell'influenza esercitata dall'amministrazione comunale sul soggetto aggiudicatario del servizio confermava la presenza di un nesso interorganico, *conditio sine qua* non per escludere l'applicazione della direttiva servizi.

I giudici di Lussemburgo affermavano in termini più generali la non obbligatorietà del ricorso alla gara per l'affidamento di un servizio, potendo l'amministrazione aggiudicatrice decidere di svolgerlo direttamente o tramite il ricorso a un soggetto in rapporto di delega interorganica, quale ARA.

L'attenzione si appuntava sulla natura e sulle caratteristiche del controllo che l'amministrazione locale doveva esercitare sull'*in house provider* affinché potesse “*ritenersi sussistente fra i due soggetti un rapporto di delegazione interorganica*”,

²⁵⁷ Cfr. Corte di Giustizia, 9 settembre 1999, sez. V, causa C-108/98, in Cons. Stato 1999, II,1905, R.I.SAN s.r.l. c. Comune di Ischia e Ischia Ambiente s.p.a.: l'avvocato generale Siegbert Alber aveva prospettato la possibilità di ritenere compatibile con il Trattato l'affidamento della gestione del servizio di raccolta dei rifiuti solidi urbani disposto dal Comune di Ischia a favore di una società per azioni a capitale pubblico maggioritario costituita ai sensi dell'art. 22 comma 3 lett. e) legge n. 142/1990, sul presupposto che l'affidamento si palesasse alla stregua di una delegazione di compiti nell'ambito dell'amministrazione, come tale non soggetta all'applicazione della normativa comunitaria in materia di appalti.

controllo che si esprimeva nel “*collegamento – dipendenza*” finanziaria, ma anche amministrativa.

3.2 *I requisiti legittimanti nei primi interventi definitivi.*

Il *leading case* nell’ambito del tema che si sta affrontando è rappresentato, come noto, dalla sentenza Teckal²⁵⁸, assunta dalla dottrina quale punto di partenza per l’elaborazione della successiva giurisprudenza volta a precisare il significato dei requisiti legittimanti l’affidamento diretto dei servizi pubblici.

Nella predetta pronuncia, la Corte di Giustizia europea individuava i due requisiti indispensabili²⁵⁹ per affermare la sussistenza di un incontro di volontà tra figure giuridiche a soggettività distinta, *id est* un rapporto di delegazione interorganica.

I giudici di Lussemburgo affermavano che “*la direttiva 93/36 è applicabile ove un’amministrazione aggiudicatrice, quale un ente locale, decida di stipulare per iscritto, con un ente distinto da esso sul piano formale ed autonomo rispetto ad essa sul piano decisionale, un contratto a titolo oneroso avente ad oggetto la fornitura di prodotti, indipendentemente dal fatto che tale ultimo ente sia a sua volta un’amministrazione aggiudicatrice o meno*”²⁶⁰.

Nel *corpus* della motivazione si precisava che la deroga alle regole comunitarie in materia di concorrenza poteva ritenersi legittima unicamente nell’ipotesi in cui “*nel contempo*”, l’amministrazione locale esercitasse sull’ente “*un controllo analogo a quello*

²⁵⁸ Corte di Giustizia CE, 18 novembre 1999, in causa C-107/98 Teckal s.r.l. c. Comune di Viano e AGAC, in *Urbanistica e appalti* 2000, 1149.

²⁵⁹ Si tratta del “*controllo analogo*” che si ha quando l’ente esercita sul fornitore un potere di controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e, del “*soggetto dedicato*” presente quando il fornitore realizza la parte più importante della propria attività con l’ente o con gli enti che lo controllano. Si veda la sentenza “*Stadt Halle*” (in causa C-26/03) dell’11 gennaio 2005, in www.dejure.it.

²⁶⁰ Come affermato in Teckal, punto 50 delle conclusioni dell’Avv. generale G. Cosmas, il rapporto contrattuale tra un’autorità pubblica e un prestatore di servizi senza vincoli di subordinazione rientra nell’ambito di applicazione della direttiva, invece, qualora si dimostri la sussistenza di un forte controllo da parte dell’amministrazione aggiudicatrice nei confronti dell’ente aggiudicatario, analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi, che porti i due soggetti ad essere una sola e stessa persona, allora si esula dal campo di applicazione della direttiva. In senso analogo si veda la recentissima pronuncia della Corte giustizia UE, sez. V, 13 giugno 2013, n. 386, in www.dejure.it

esercitato sui propri servizi; la realizzazione da parte dell'affidatario della parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che lo controllano".

Se entrambi i requisiti sussistevano, non si aveva contratto d'appalto, ma delegazione interorganica o *in house providing*; in caso contrario, alterità o indipendenza dei due soggetti, presupposto di una relazione esterna intersoggettiva. La formula "*in house providing*", concepita per circoscrivere l'ambito di applicazione, veniva applicata sia agli appalti, caratterizzati dalla natura bilaterale del rapporto, che alle concessioni, in cui il rapporto è per definizione trilatero.

In relazione ai settori dei lavori, dei servizi e delle forniture, la Corte ammetteva la derogabilità alla regola della gara per la scelta del contraente solo se tra l'Ente pubblico e il soggetto contraente non fosse stato ravvisabile un vero e proprio rapporto di terzietà, a prescindere da espresse clausole di esclusione verticali.

Con l'affidamento *in house* dunque non vi è un contratto d'appalto, in quanto i due soggetti sono solo formalmente, ma non anche sostanzialmente distinti, mentre l'art. 6 della Direttiva 92/50/CEE²⁶¹, presuppone la duplicità formale e sostanziale dei soggetti.

La Corte, pur individuando nella sentenza Teckal i requisiti essenziali per la configurazione della fattispecie dell'*in house providing*, peraltro non chiariva cosa dovesse intendersi per "*controllo analogo*" e "*parte più importante della propria attività*", quando si verificassero e in che cosa si sostanziassero e solo la successiva giurisprudenza comunitaria ne ha specificato la portata.

Si evidenziò che la necessità di determinare i requisiti sulla cui base l'affidamento *in house* potesse considerarsi legittimo erano legati alla sua stessa esistenza come eccezione.

Peraltro, come già evidenziato nei paragrafi precedenti²⁶², l'"eccezione" all'applicazione del metodo dell'evidenza pubblica per l'affidamento degli appalti è solo apparente: in realtà si procede dal rilievo dell'assenza delle condizioni che giustificano la

²⁶¹ L'articolo 6 della Direttiva 92/50 CE che esclude l'applicazione delle procedure di evidenza pubblica "*agli appalti pubblici di servizi aggiudicati ad un ente che sia esso stesso un'amministrazione [...] in base ad un diritto esclusivo di cui beneficia in virtù delle disposizioni legislative regolamentari o amministrative pubblicate, purché tali disposizioni siano compatibili con il Trattato*". È questa la disposizione alla quale i giudici lussemburghesi si riferiscono nel caso Teckal, oggi sostituita dall'art. 18 della Direttiva 2004/18/CE, che consente appunto l'affidamento diretto a date condizioni, senza necessità di ricorso a procedure di gara. La predetta direttiva è stata recepita nell'ordinamento anglosassone con lo *Statutory Instrument* n. 3228 del 1993 (*The Public Service Contracts Regulations*) successivamente modificato da *The public Contracts (Works Services and supplies) and Utilities Contracts (Amendment) Regulations* n. 46/2003.

²⁶² Vedi infra, par. 1, cap. I.

gara. Il termine “eccezione” descrive il fenomeno nel suo aspetto esteriore: se si ha presente la ragione della procedura concorrenziale, *id est* l'esistenza di una scelta dell'amministrazione della quale deve essere assicurata l'imparzialità, si comprende che l'asserita eccezione risponde alla medesima *ratio* della regola. Non ci sono scelte da fare e conseguentemente non c'è materia di gara²⁶³.

In questa nuova prospettiva, in cui pubblico e privato appaiono, più che antagonisti, complementari, l'assunzione e la gestione di un servizio da parte dell'autorità locale non può pertanto giustificarsi esclusivamente con il perseguimento di finalità di interesse generale, ma deve piuttosto trovare la sua *ratio* in un giudizio di inidoneità del mercato e delle regole della libera concorrenza a fornire una data prestazione con le caratteristiche richieste dall'Amministrazione.

Nel rispetto del sopra enunciato assunto, si ha affidamento *in house* “quando una Pubblica Amministrazione non ricorre al mercato per procurarsi beni o servizi o per erogare alla collettività servizi pubblici, ma si rivolge ad un proprio soggetto, per lei strumentale”, con cui non vi è un rapporto di terzietà, “in buona sostanza realizzando l'ipotesi dell'esercizio diretto dell'attività o del servizio”²⁶⁴.

Si afferma, infatti, che l'affidamento diretto si giustifica unicamente se l'affidatario sia “una figura che rappresenta un modulo organizzativo della pubblica amministrazione, tipizzato e formalizzato dalla normativa in vista dell'attuazione della finalità di gestione dei servizi pubblici”²⁶⁵.

L'eccezionalità di tale fattispecie si rivela, *prima facie*, rispetto alle ipotesi di esternalizzazione improntate ai canoni della concorrenza per il mercato, ma anche considerando come tale “immedesimazione tuttavia è atipica rispetto alle usuali (organiche)”: l'ente strumentale, infatti, pur se “emanazione dello stesso soggetto-amministrazione”²⁶⁶ ha infatti un'autonoma personalità giuridica rispetto all'Amministrazione aggiudicatrice²⁶⁷.

²⁶³ Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, in Riv. it. dir. pubbl. comunit.2012, 05, 723.

²⁶⁴ Analoghe conclusioni vengono raggiunte nell'Regno Unito. Cfr. J. COPPEL e B. HOOPER, *Ec public procurement rules*, in www.11kbw.com.

²⁶⁵ Cfr. AA.VV. *Diritto amministrativo*, Monduzzi, Bologna, 2011, 172.

²⁶⁶ T.A.R. Toscana, sez. II, 28 luglio 2004, n. 2833, in Riv. amm. reg. Toscana 2003, 229.

²⁶⁷ Cfr. G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 241. V. OTTAVIANO, *Considerazione sugli enti pubblici strumentali*, Padova, 1959, p. 80.

La deroga alla normativa in tema di appalti, “può esser ammessa solo laddove il vincolo fra l’amministrazione e l’ente gestore” sia “qualificabile in termini di delega interorganica in relazione al controllo della prima sul secondo, che dev’essere analogo a quello esercitato sui propri servizi”.

3.3 Il controllo analogo.

Il profilo del controllo analogo è quello su cui si sono appuntati i maggiori dubbi interpretativi. Il punto centrale del dibattito si può riassumere nella sua possibile configurazione nei confronti di un soggetto, come quello societario, caratterizzato da una connaturale sfera di autonomia gestionale.

È importante fare riferimento al fatto che sull’esatta portata dell’espressione “controllo analogo” è intervenuta la stessa Commissione Europea²⁶⁸ affermando che, ai fini della sua sussistenza, “non è sufficiente il semplice esercizio degli strumenti di cui dispone il socio di maggioranza secondo le regole proprie del diritto societario”, ma è essenziale che in capo all’amministrazione controllante sussista “un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell’attività del soggetto partecipato, e che riguarda l’insieme dei più importanti atti di gestione del medesimo”.

Sulla scia delle prime pronunce della giurisprudenza comunitaria, la dottrina italiana²⁶⁹ ha lavorato sul criterio del “controllo analogo”, nel tentativo di spiegare in cosa consistesse. Così, il riferimento è stato ad un rapporto tra amministrazione aggiudicatrice e soggetto affidatario improntato sulla compresenza di una dipendenza formale, economica e amministrativa²⁷⁰; altri²⁷¹ hanno richiamato la nozione di “influenza dominante” di cui alla direttiva 2000/52/CE in materia di rapporti finanziari fra poteri pubblici e imprese pubbliche. Si inserisce in quest’ultimo orientamento

²⁶⁸ Con la comunicazione 26 giugno 2002 (diretta allo Stato italiano per sollecitare le modificazioni all’art. 113 del Testo Unico degli Enti Locali, come modificato dall’art. 35 L. n. 448 del 2001, nell’ambito della procedura di infrazione comunitaria aperta per contrasto della citata disposizione con la normativa ed i principi comunitari in materia di appalti e di concorrenza).

²⁶⁹ Per tutti si rinvia a F. LOGIUDICE, *Sul controllo analogo nel caso di affidamento in house*, in *altalex.com*; G. CHIANTERA, *In house providing: il requisito del controllo analogo*, in *www.filodiritto.com*.

²⁷⁰ M. GALESÌ, *In house providing: verso una concreta definizione del "controllo analogo"?*, in *Urb. e app.*, 2004, 935.

²⁷¹ P. ALBERTI, *L'affidamento in house dei servizi pubblici locali*, in *Ec. dir. terz.*, 2003, 593 ss.

Caringella²⁷² che ne ha sintetizzato i tratti salienti affermando che “*nel caso dell'affidamento diretto del servizio vi sarebbe una delegazione interorganica in favore di un soggetto che, pur se dotato di personalità giuridica, risulta, nella sostanza, sottoposto ad un penetrante controllo da parte dello stesso ente, alla stessa stregua di tutte le articolazioni interne classiche del soggetto pubblico. In tal modo, si profila un controllo assai stringente dal punto di vista gestionale e finanziario, tale da integrare un'influenza dominante così pregnante che l'affidatario risulta titolare di un'autonomia solo formale rispetto all'ente di riferimento. La sostanziale assenza di terzietà di tale soggetto rispetto all'ente affidante rende, dunque, non necessaria la procedura di gara per l'affidamento del servizio pubblico*”.

In una prima individuazione dei margini di applicazione della deroga al principio di concorrenza emerge come tratto caratterizzante la necessaria sussistenza cumulativa dei due criteri del controllo analogo e della destinazione dell'attività.

3.4 *L'attività prevalente finalizzata.*

In merito a quest'ultima, è evidente che imporre alla società *in house* di realizzare la parte più importante della sua attività a favore dell'ente pubblico che la controlla significa evitare la dualità e garantire che l'amministrazione aggiudicatrice e l'ente aggiudicatario risultino essere la stessa persona.

Ne discende che i motivi di tutela della concorrenza, che giustificano le norme comunitarie di aggiudicazione degli appalti pubblici, sono invece validi nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice che partecipa all'appalto sia distinta rispetto all'ente pubblico che lo bandisce, non potendosi ravvisare quel nesso strutturale, di controllo e di destinazione essenziale per configurare un appalto *in house*, dal momento che questo soggetto è terzo rispetto all'ente appaltante sullo stesso piano degli altri operatori²⁷³.

²⁷² Cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, 2012, 609 ss.; nello stesso senso anche V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2011, 148.

²⁷³ *Punto 75 Conclusioni dell'Avv. generale P. Léger –Corte di Giustizia CE, Causa C-196/04*, in www.dejure.it.

Con riguardo alla necessità di verificare il requisito della “*destinazione dell’attività*”, va ricordato che la Corte di Giustizia nella causa C-470/99 ha considerato “*irrilevante riferirsi al parametro dell’oggetto sociale per individuare la sussistenza del requisito [...], maggiormente condivisibile, nell’interpretazione dell’espressione [...] l’adozione di un criterio economico-quantitativo, quale il “fatturato dell’impresa incaricata”, come confermato dalla giurisprudenza amministrativa che esclude la prevalenza dell’attività svolta dalla società a favore dell’ente controllante quando l’attività esterna rappresenta oltre il 40% del fatturato*”²⁷⁴.

Inoltre, nelle conclusioni dell’Avvocato Generale Christine Stix Hackl nella causa n. C-340/04 del 12 gennaio 2006 si affermava che non costituisce un parametro per determinare la prevalenza dell’attività svolta la soglia dell’80% di cui all’art. 13 della Direttiva 93/38 CEE che fa riferimento al fatto che “*almeno l’80% della cifra d’affari media realizzata nella Comunità dall’impresa in questione negli ultimi tre anni in materia di servizi derivi dalla fornitura di detti servizi alle imprese alle quali è collegata*”²⁷⁵.

I criteri cui fare riferimento dovrebbero essere, dunque, non solo di natura quantitativa, ma anche di natura qualitativa, attinenti, in sostanza, al soggetto in favore del quale la società controllata svolge la propria attività.

3.5 I successivi interventi della giurisprudenza comunitaria.

Si deve agli stessi giudici di Lussemburgo la specificazione dell’ambito di configurabilità dell’*in house providing* e della portata dei requisiti legittimanti la fattispecie, soprattutto a seguito del progressivo incremento del fenomeno. Essi fornirono puntuali indicazioni ai fini dell’individuazione dell’ambito di applicazione della “*deroga al principio di concorrenza rappresentata dall’in house providing*”, da essi stessi introdotta, con un’inversione di tendenza significativa. Infatti, “*mentre in passato il giudice comunitario si era preoccupato di connotare in positivo i tratti caratterizzanti in*

²⁷⁴ Corte di Giustizia CE, C-470/99, in www.dejure.it.

²⁷⁵ Corte di Giustizia CE, C-340/04, in www.dejure.it.

*generale il modello, nelle ultime pronunce il medesimo giudice ha preferito individuare in negativo i limiti all'applicazione di tale modello legati alla mancata configurazione del requisito del controllo analogo*²⁷⁶.

I criteri Teckal vennero progressivamente articolati ed affinati da una congerie di decisioni sempre più incisive²⁷⁷. In particolare, è stato ribadito insistentemente che qualsiasi deroga a norme miranti a garantire l'efficacia di diritti conferiti dal Trattato nel settore degli appalti pubblici doveva essere valutata restrittivamente. Inoltre, l'onere della prova della sussistenza di circostanze eccezionali giustificatrici della deroga era a carico di chi invocava il beneficio. Tali presupposti fattuali dovevano, inoltre, essere valutati in concreto, tenendo conto di fonti legislative, regolamentari, convenzionali.

Il requisito del controllo analogo richiedeva, in specie, la verifica in termini strutturali della portata dell'ingerenza sugli organi e della capacità di indirizzo sui medesimi. Sul versante dell'attività, l'analisi, a posteriori, dell'assenza di capacità decisionale autonoma nella gestione, cioè di capacità negoziale separata. Il profilo finanziario veniva assunto come non autonomo o recessivo rispetto al rapporto organico.

Il requisito della destinazione prevalente doveva essere inteso sia in senso quantitativo sia in direzione funzionale, con riferimento al complesso di atti amministrativi o di diritto privato.

Alcune decisioni successive sembravano denotare, più che un approfondimento delle formule ormai familiari, una vera e propria inversione di rotta, che conduceva allo svuotamento almeno del primo requisito Teckal.

In questa prospettiva si colloca la sentenza Stadt Halle²⁷⁸ attraverso la quale la Corte di Giustizia si pronunciava in merito alla regolarità, rispetto alle norme comunitarie, dell'affidamento di un appalto di servizi relativo al trattamento dei rifiuti,

²⁷⁶ In tal senso v. G. PIPERATA, *Le società a partecipazione pubblica nella gestione dei servizi degli enti locali*, in M. CAMMELLI – M. DUGATO, *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Giappichelli editore, Torino, 2008, pag. 322. Fu proprio il requisito del controllo analogo a generare i maggiori dubbi interpretativi, riassumibili nella formula “è possibile configurare la sussistenza di un controllo analogo nei confronti di un soggetto come quello societario, caratterizzato da una connaturale autonomia gestionale?”

²⁷⁷ Cfr. sentenze University of Cambridge, 3 ottobre 2000, C-380/98, in Urb. e appalti, 2001, 45; Telaustria Verlags GmbH, 7 dicembre 2000, C-324/98, in Foro it. 2000, IV, 1; Universale-Bau AG e al., 12 dicembre 2002, C-470/99, in Foro amm. CDS 2002, 3099; Adolf Truley GmbH, 27 febbraio 2003, C-373/00, in Foro amm. CDS 2003, 424; Commissione c. Germania, 10 aprile 2003, C-20/01 e C-28/01, in Giur. it. 2003, 1925; Korhonen e al., 22 maggio 2003, C-18/01, in Foro amm. CDS 2003, 1498; Commissione c. Spagna, 13 gennaio 2005, C-84/03, in Foro amm. CDS 2005, 1, 1.

²⁷⁸ Corte di Giustizia CE, sez. I, 11 gennaio 2005, C-26/03, in Foro amm. CDS 2004, 3023. Per un commento cfr. A. CLARIZIA, *Il privato inquina: gli affidamenti in house solo a società a totale partecipazione pubblica*, in www.giutamm.it, 1/2005.

effettuato dalla Stadt Halle a favore della RPL Lochau, società il cui capitale era detenuto dalla Stadt Halle, socio di maggioranza, e da una società privata, titolare di una quota minoritaria.

La Corte precisava che *“l’appello alla concorrenza non è obbligatorio ancorché la controparte contrattuale sia un’entità giuridicamente distinta dall’amministrazione aggiudicatrice. Ciò si verifica nel caso in cui l’autorità pubblica, che sia un’amministrazione aggiudicatrice, eserciti sull’entità distinta in questione un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e tale entità realizzi la parte più importante della propria attività con l’autorità o le autorità che la controllano”*.

Individuati i presupposti in astratto per l’affidamento diretto anche ad un soggetto formalmente terzo rispetto all’Amministrazione aggiudicatrice, i giudici della Corte si soffermavano sulla nozione di controllo analogo statuendo che *“qualunque investimento di capitale privato in un’impresa obbedisce a considerazioni proprie di interessi privati e persegue obiettivi di natura differente”*.

In base a tale premessa *“l’attribuzione di un appalto pubblico ad una società mista pubblico-privata senza fare appello alla concorrenza pregiudicherebbe l’obiettivo di una concorrenza libera e non falsata ed il principio di parità di trattamento degli interessati contemplato dalla direttiva 92/50, in particolare nella misura in cui una procedura siffatta offrirebbe ad un’impresa privata presente nel capitale della detta società un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti”*²⁷⁹.

La natura dell’interesse perseguito assurgeva, pertanto, a *“elemento qualificante del rapporto fra l’amministrazione pubblica ed i suoi servizi”* e, affinché la società controllata perseguisse in via esclusiva l’interesse pubblico, era indispensabile che non avesse di mira nel contempo *“interessi di natura differente quali quelli propri di un socio privato”*, a nulla rilevando la quantità, qualità e natura della partecipazione del partner privato²⁸⁰. Ciò in quanto l’interesse del privato, a sfondo lucrativo, era incompatibile con l’interesse pubblico perseguito dall’ente locale.

²⁷⁹ Nello stesso senso si veda Corte giustizia UE, grande sezione, 19 dicembre 2012, n. 159, in Diritto & Giustizia 2012, 21 dicembre.

²⁸⁰ *“Al di là delle più o meno restrittive interpretazioni, la sentenza innegabilmente rivela un orientamento teso a ridimensionare gli ampi confini che l’eccezione dell’in house providing, delineata in laconiche pronunce della Corte, aveva assunto nella prassi applicativa, facendo sorgere l’esigenza non solo di una più precisa definizione dei caratteri dell’istituto ma anche dei suoi stessi presupposti di applicazione, mai chiariti nelle note sentenze che hanno dato ingresso a siffatta – discussa – deroga ai principi di concorrenza”*: così si esprime ELISA SCOTTI, *Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico privato: osservazioni*

Secondo una parte della dottrina l'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia con la sentenza in commento, avrebbe posto “*in crisi il ruolo stesso delle società miste, perché definendo anticomunitario l'affidamento diretto dei servizi pubblici alle società miste*” avrebbe comportato “*il venir meno della ragion d'essere essenziale di questi soggetti giuridici, che avevano già perduto altri elementi di differenziazione e di vantaggio competitivo*”²⁸¹.

Consolida l'interpretazione restrittiva del requisito del controllo analogo la decisione Parking Brixen²⁸², che ne specifica la portata al di là del controllo societario totalitario.

Nel caso di specie, il comune di Bressanone aveva affidato direttamente, senza applicare, quindi, la normativa europea in materia di appalti pubblici, la gestione di un parcheggio alla società per azioni ASM Bressanone, totalmente partecipata dallo stesso ente locale e risultante dalla trasformazione della precedente azienda speciale Servizi municipalizzati Bressanone, costituita nel 1999, dotata di personalità giuridica e autonomia gestionale. Peraltro, in sede di redazione del nuovo statuto, l'oggetto sociale era stato notevolmente ampliato, dal momento che la nuova società era stata dotata di strumenti utili al perseguimento di finalità commerciali.

La determinazione dell'affidamento diretto veniva impugnata dinnanzi al tribunale amministrativo regionale del Trentino Alto Adige dalla società Parking Brixen, impresa privata che lamentava la violazione delle norme in materia di concorrenza.

a margine di una recente pronuncia della Corte di Giustizia, in Foro amm., CDS 2005, 3,666. Nello stesso senso cfr. VINCENZO FERRARO, *La nuova ricostruzione dell'in house providing proposta dalla Corte di Giustizia nella sentenza Stadt Halle*, in Riv. it. dir. Pubbl. comunit., 205, 3-4, 1004. Certo altra cosa è ritenere che la presenza del soggetto privato sia ontologicamente incompatibile con il pieno e soddisfacente perseguimento dell'interesse pubblico: ciò significherebbe, “*nei fatti, bocciare tutte quelle formule organizzative in cui il potere pubblico e l'imprenditore privato, invece di porsi in una logica di pura (e tradizionale) contrapposizione, tendono a cooperare in una diversa logica che mira a comporre i relativi interessi per il perseguimento di un fine comune*”: così R. MANGANI, *Le problematiche operative dell'in house*, in www.osservatorioappalti.unitn.it.

²⁸¹ Cfr. M. P. CHITI, *Verso la fine del modello di gestione dei servizi pubblici locali tramite società miste*, in Foro amm. TAR 2006, 03, 1161; M.M. FRANCANZANI, ne *Le società degli enti pubblici: tra codice civile e servizio ai cittadini*, in www.giustizia-amministrativa.it, arriva addirittura ad affermare che i limiti dell'affidamento *in house* comportano la “*messa funebre*” del modello di gestione della società mista che “*era stato creato per avere un ruolo centrale nella gestione dei servizi pubblici locali*”; Secondo A. GRAZIANO, *Servizi pubblici locali: modalità di gestione dopo le riforme di cui alla l. 24 novembre 2003 n. 326 e alla l. 24 dicembre 2003 n. 350 e compatibilità con il modello dell'in house providing alla luce delle ultime pronunce della Corte di giustizia (Sentenze Stadt Halle del 11 gennaio 2005; Parking Brixen del 25 ottobre 2005 e Modling del 10 novembre 2005)*, in www.giustizia-amministrativa.it, il modello delineato nell'art. 113, comma 5, lett. b) determina una forma di concorsualità «impura o mediata», nella quale l'affidamento diretto del servizio non è del tutto avulso dall'obbligo di esperimento di una procedura di gara.

²⁸² Cfr. Corte giustizia CE, sez. I, 13 ottobre 2005, n. 458, in Foro amm. CDS 2005, 10, 2804.

La decisione assume particolare interesse perché i giudici lussemburghesi si pronunciavano sulla distinzione tra appalto pubblico di servizi ai sensi della direttiva 92/50 e concessione di pubblici servizi²⁸³, a cui tale direttiva non era, invece, applicabile.

Sebbene le concessioni di pubblici servizi fossero pacificamente escluse dall'ambito della Direttiva 92/50²⁸⁴, ciò nonostante, secondo la Corte, gli enti aggiudicatari che stipulavano contratti di concessione erano comunque tenuti a rispettare le norme fondamentali del Trattato in generale, e il principio di non discriminazione in base alla nazionalità²⁸⁵. In particolare venivano richiamate le disposizioni contenute negli artt. 12 Ce (sul divieto di discriminazione in base alla nazionalità), 43 CE (sul divieto di restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro), e nell'art. 49 CE (sul divieto alle restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno della Comunità). I principi della parità di trattamento e di non discriminazione in base alla nazionalità comportavano, in particolare, un obbligo di trasparenza che permetteva all'autorità pubblica concedente di assicurarsi che tali principi fossero rispettati.

L'obbligo di trasparenza che incombeva in capo all'autorità comportava a favore di ogni potenziale offerente la garanzia di un adeguato livello di pubblicità che consentiva l'apertura delle procedure di aggiudicazione.

Conseguentemente la Corte statuiva che la totale mancanza di gara nel caso di un'attribuzione di concessione di pubblici servizi come quella controversa nella causa principale non fosse conforme al disposto degli artt. 43 CE e 49 CE, né ai principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza.

La Repubblica italiana, la ASM Bressanone SpA e il Comune di Bressanone, a tal proposito, richiamando le statuizioni della sentenza Teckal, sostenevano che l'applicazione delle regole del Trattato e dei principi generali del diritto comunitario

²⁸³ La nozione di “*appalti pubblici di servizi*”, definiti ex art. 1, lett. a), della direttiva 92/50, come “*contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta tra un prestatore di servizi ed un'amministrazione aggiudicatrice*”, mette al centro del sinallagma il pagamento di un prezzo versato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi. Viceversa, come nel caso in esame, quando la remunerazione del prestatore di servizi proviene dagli importi versati dai terzi, “*il prestatore assume il rischio della gestione dei servizi in questione, delineando in tal modo una concessione di pubblici servizi*”. Cfr. Corte di Giustizia CE, 13 ottobre 2005 (in Causa C-458/03), in www.dejure.it.

²⁸⁴ Cfr. Ordinanza 30 maggio 2002, causa C-358/00, Buchhandler-Vereinigung, Racc. pag. I-4685, punto 28.

²⁸⁵ In questo senso, si veda Corte di giustizia CE, 7 dicembre 2000, causa C-324/98, Telaustria e Telefonadress, Racc. pag. I-10745, punto 60, in Foro it. 2000, IV, 1; sentenza 21 luglio 2005, causa C-231/03, Corame, Racc. pag. I-7287, punto 16, in in Foro amm. CDS, 2005, 2001 ss.

dovesse essere esclusa per il fatto che la ASM Bressanone SpA non fosse un ente autonomo e indipendente rispetto all'amministrazione comunale.

La Corte di Giustizia riteneva non meritevole di accoglimento tale argomentazione in quanto *“nel settore delle concessioni di pubblici servizi, l'applicazione delle regole enunciate agli artt. 12 CE, 43 CE e 49 CE nonché dei principi generali di cui esse costituiscono la specifica espressione è esclusa se, allo stesso tempo, il controllo esercitato sull'ente concessionario dall'autorità pubblica concedente è analogo a quello a quello che essa esercita sui propri servizi e se il detto ente realizza la maggior parte della sua attività con l'autorità detentrica”*²⁸⁶. Veniva precisato che le condizioni legittimanti l'affidamento diretto dovessero formare oggetto di un'interpretazione restrittiva, trattandosi di un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario.

A questo punto la Corte, nel decidere il caso sottoposto al suo scrutinio alla luce delle circostanze di fatto esposte dal giudice del rinvio, aggiungeva, rispetto alle precedenti sentenze, ulteriori criteri ermeneutici utili alla definizione della nozione del controllo analogo. In linea generale bisognava valutare se *“l'ente concessionario in questione è soggetto ad un controllo che consente all'autorità pubblica concedente di influenzarne le decisioni. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti”*.

Il giudizio sul controllo analogo veniva effettuato in rapporto alla trasformazione in Società per azioni dell'azienda speciale Servizi municipalizzati Bressanone, che costituiva un ente dell'amministrazione locale preposto specificamente all'esercizio unitario e integrato dei servizi pubblici comunali, in cui il Consiglio comunale determinava gli indirizzi generali, conferiva il capitale di dotazione, provvedeva alla copertura di eventuali costi sociali, controllava i risultati della gestione ed esercitava la vigilanza strategica.

Dal *corpus* della motivazione emerge come ai fini della verifica della sussistenza del controllo analogo, i giudici di Lussemburgo abbiano compiuto *“un sindacato in concreto sull'ambito dei poteri gestionali del Consiglio di Amministrazione della società”*, concentrandosi *“sulla verifica degli effettivi poteri dell'organo di amministrazione di una società a capitale totalmente pubblico, frutto di una mera*

²⁸⁶ Sentenza Parking Brixen cit., punto 62.

privatizzazione formale di un'azienda speciale". Si diceva²⁸⁷ che per configurare l'*in house* non fosse sufficiente "il controllo societario totalitario da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, se, nonostante la partecipazione totalitaria, [ricorrevano] altri indici di autonomia sostanziale della società dall'ente costituita" quali:

"a) la trasformazione della Servizi municipalizzati Bressanone – azienda speciale del Comune di Bressanone – in una società per azioni (ASM Bressanone SpA) e la natura di questo tipo di società;

b) l'ampliamento dell'oggetto sociale, giacchè la società [aveva] cominciato ad operare in nuovi importanti settori, in particolare quelli del trasporto di persone e merci, dell'informatica e delle telecomunicazioni. Si deve rilevare che la società ha conservato la vasta gamma di attività precedentemente esercitate dall'azienda speciale, tra cui quella di adduzione dell'acqua e di depurazione delle acque reflue, di fornitura di calore ed energia, di smaltimento dei rifiuti e di costruzione di strade;

c) l'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali;

d) l'espansione territoriale delle attività della società a tutta l'Italia e all'estero;

e) i considerevoli poteri conferiti al Consiglio di amministrazione, senza che in pratica [venisse] esercitato alcun controllo gestionale da parte del comune".

Il controllo esercitato dal comune sulla Società "[era] in pratica limitato a quei provvedimenti consentiti ai sensi del diritto societario alla maggioranza dei soci, riducendo così sensibilmente il rapporto di dipendenza che esisteva tra il comune e l'azienda speciale Servizi Municipalizzati Bressanone, soprattutto alla luce degli ampi poteri di cui dispone[va] il Consiglio di amministrazione della ASM Bressanone SpA".

Alla luce di tali circostanze, i giudici lussemburghesi negarono che nel caso esaminato sussistesse il requisito del controllo analogo.

Inoltre, l'ampliamento dell'oggetto sociale della società pubblica ad attività diverse da quelle tipiche del servizio pubblico locale e l'espansione dell'ambito

²⁸⁷ La circostanza che il consiglio di amministrazione della società non debba avere rilevanti poteri gestionali e che l'ente pubblico debba poter esercitare maggiori poteri rispetto a quelli che il diritto societario riconosce alla maggioranza sociale è causa di numerose perplessità sull'utilizzo della struttura societaria: infatti, a seguito della recente riforma del diritto societario i soci sono tendenzialmente estromessi dalla gestione dell'impresa. In tal senso si veda G. MOLINARI, *In house providing e profili di diritto societario*, in *Il nuovo diritto*, 2006, 183 ss.; I. DEMURO, *La compatibilità del diritto societario con il c.d. modello in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Giur. comm.*, 2006, 780 ss.

territoriale delle attività della società oltre i confini del territorio comunale configuravano non pochi problemi per il soddisfacimento anche del secondo requisito Teckal²⁸⁸.

Tra l'altro, la decisione in commento non consentiva ancora di stabilire se, ed in quali termini, le società miste potessero continuare ad essere utilizzate quale strumento di erogazione dei servizi pubblici²⁸⁹. Si trattava, tuttavia, di questioni che la certezza del diritto, funzionale alla effettiva apertura dei mercati, imponeva di risolvere celermente.

L'orientamento restrittivo della Corte, delineato nelle sentenze Stadt Halle, con riguardo alla necessaria partecipazione totalitaria pubblica²⁹⁰, e Parking Brixen, con riguardo al requisito del controllo analogo, veniva, poi, confermato in una successiva pronuncia del 10 novembre 2005²⁹¹ in cui si precisava che l'affidamento diretto di un servizio pubblico ad una società di cui l'amministrazione detenesse l'intero capitale, pur tendenzialmente conforme con l'ordinamento comunitario, rappresentava un'eccezione che doveva risultare giustificata da circostanze speciali, adeguatamente motivate, e il cui onere probatorio gravava su colui che intendeva avvalersene.

Non solo. Si specificava la necessità di procedere ad una verifica in concreto dei requisiti Teckal e nella loro sostanziale permanenza.

In sintesi, a fronte di un uso eccessivamente disinvolto dell'istituto in discorso, invalso in alcuni Stati membri, il primo requisito Teckal subiva tra il 2005 ed il 2008 una sorta di svuotamento dall'interno che rendeva molto più difficile la sua concretizzazione, con il risultato che, la soluzione della società mista come potenziale beneficiario dell'affidamento diretto veniva resa quasi impossibile.

I giudici europei finivano per escludere sempre, in tutti i casi sottoposti al loro esame, la sussistenza del controllo analogo ai fini del c.d. primo requisito Teckal in materia di *in house providing*.

²⁸⁸ F. MANISCALCO, *Alcune considerazioni sull'affidamento dei servizi sociali di rilevanza economica*, Nota a: Consiglio di Stato, 30/08/2006, n. 5072, sez. V, in Foro amm. CDS 2007, 3, 960.

²⁸⁹ Sul punto si rilevi che molto prima della sentenza Stadt Halle, autorevole dottrina aveva escluso che il "controllo analogo" potesse dirsi integrato in caso di società miste: MAZZAMUTO, *Brevi note su normativa comunitaria e in house providing*, cit.

²⁹⁰ Cfr. G. DI GASPARE, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, CEDAM, 2010, 120.

²⁹¹ Cfr. Corte Giustizia CE, I sez., 10 novembre 2005, C-29/04, in www.giustizia-amministrativa.it.

Proseguendo l'analisi della giurisprudenza comunitaria, viene in considerazione la sentenza Carbotermo, 11 maggio 2006²⁹², in cui è il secondo requisito Teckal – *“la realizzazione della parte più importante dell'attività con l'ente o gli enti controllanti”* – ad esser oggetto di approfondimento.

La domanda di pronuncia pregiudiziale veniva sollevata nell'ambito di una controversia che vedeva contrapporsi l'impresa Carbotermo SpA e il consorzio Alisei al comune di Busto Arsizio e all'impresa AGESP SpA in merito all'affidamento a quest'ultima di un appalto relativo alla fornitura di combustibili, alla manutenzione, all'adeguamento normativo e alla riqualificazione tecnologica degli impianti termici degli edifici del comune.

L'AGESP era una società per azioni costituita dalla AGESP Holding e il cui capitale sociale apparteneva per il 100% a quest'ultima.

La AGESP Holding SpA, invece, era una società per azioni nata dalla trasformazione dell'Azienda per la Gestione dei Servizi Pubblici, impresa speciale del comune di Busto Arsizio. Il capitale sociale della AGESP Holding apparteneva per il 99,98 % al comune di Buso Arsizio; mentre il restante 0,02 era nelle mani di altri enti locali.

Sebbene, in un primo momento, il Comune di Busto Arsizio avesse indetto una gara per la fornitura di combustibili, nonché per la manutenzione, l'adeguamento normativo e la riqualificazione tecnologica degli impianti termici degli edifici comunali, successivamente, alla luce della sentenza del Consiglio di Stato n. 5316/2003²⁹³, procedeva alla revoca della gara, affidando l'appalto in questione direttamente alla AGESP.

La decisione era motivata sulla base della circostanza che l'AGESP soddisfaceva i due requisiti stabiliti dalla giurisprudenza comunitaria²⁹⁴ e nazionale per concludere appalti pubblici senza gara, vale a dire che l'ente locale esercitasse sull'ente aggiudicatario un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e che il suddetto ente aggiudicatario realizzasse la parte più importante della propria attività con l'ente locale che lo controlla.

La Corte, attraverso l'esame degli atti di causa, giungeva a conclusioni opposte.

²⁹² Corte giustizia CE sez. I, 11 maggio 2006, n. 340, in Giust. civ. 2006, 9, I, 1663.

²⁹³ Cons. Stato, n. 5316 del 2003 in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁹⁴ Il riferimento è alla sentenza Teckal.

In particolare si legge *“risulta che gli statuti dell’AGESP Holding e della AGESP attribuiscono al consiglio di amministrazione di ciascuna delle società i più ampi poteri per la gestione ordinaria e straordinaria della società. Gli statuti di cui trattasi non riservano al comune di Busto Arsizio nessun potere di controllo o diritto di voto particolare per limitare la libertà di azione riconosciuta a detti consigli di amministrazione”*.

Il controllo esercitato dal predetto comune su queste due società si risolveva essenzialmente *“nei poteri che il diritto societario riconosce[va] alla maggioranza dei soci, la qual cosa limita[va] considerevolmente il suo potere di influire sulle decisioni della società di cui trattasi”*.

Ma non è tutto. L’eventuale influenza del comune sulle decisioni dell’AGESP veniva esercitata mediante una società *holding* che, a seconda delle circostanze del caso specifico, poteva *“indebolire il controllo eventualmente esercitato dall’amministrazione aggiudicatrice su una società per azioni in forza della mera partecipazione al suo capitale”*²⁹⁵.

Per la sussistenza del controllo analogo, quindi, non era di per sé sufficiente che l’amministrazione aggiudicatrice detenesse, da sola o insieme ad altri enti pubblici, l’intero capitale della società affidataria. Qualora non avesse goduto di particolari poteri eccedenti quelli ordinariamente detenuti da un socio di maggioranza ed inoltre avesse controllato l’impresa affidataria non direttamente bensì indirettamente tramite una *holding*, il controllo esercitato dall’ente pubblico nei confronti della società affidataria non avrebbe potuto essere qualificato come “analogo” a quello esercitato sui propri servizi.

In definitiva, gli strumenti del diritto privato, essendo basati su un sostanziale principio di autonomia gestionale, venivano ritenuti da soli insufficienti per assicurare quella rispondenza dell’operato del Consiglio d’amministrazione all’interesse del socio che è, invece, necessaria perché si possa ritenere che questa società non abbia nessuna autonomia sostanziale, restando soltanto una propaggine organizzativa non distinguibile dell’ente pubblico.

²⁹⁵ Cfr. Corte di Giustizia CE, sez. I, 10 novembre 2005, causa C-29/04, in www.deiure.it.

Il controllo analogo evocato dalla Corte di giustizia andava dunque parametrato a quello effettuato ex d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 e d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (TUEL) sugli organi delle pubbliche amministrazioni.

Così risolta la prima questione pregiudiziale, la Corte forniva anche un importante contributo interpretativo in merito all'altro requisito legittimante l'affidamento diretto - lo svolgimento, da parte dell'impresa alla quale era direttamente affidata la fornitura, della parte più importante dell'attività con l'ente pubblico che la detiene.

Il giudice del rinvio chiedeva se potesse ritenersi sussistente tale requisito nel caso in cui l'impresa avesse realizzato la prevalenza dei proventi con l'ente pubblico che la deteneva o nel territorio dello stesso ente. E affermava: *“si può ritenere che l'impresa in questione svolga la parte più importante della sua attività con l'ente locale che la detiene, ai sensi della menzionata sentenza Teckal, solo se l'attività di detta impresa è principalmente destinata all'ente in questione e ogni altra attività risulta avere solo un carattere marginale”*.

A tale fine il giudice competente deve considerare tutte le circostanze del caso di specie, sia qualitative, sia quantitative.

“Quanto all'accertare se occorra tener conto in tale contesto solo del fatturato realizzato con l'ente locale controllante o di quello realizzati nel territorio di detto ente, occorre considerare che il fatturato determinante è rappresentato da quello che l'impresa in questione realizza in virtù delle decisioni di affidamento adottate dall'ente locale controllante, compreso quello ottenuto con gli utenti in attuazione di tali decisioni”.

Nell'ipotesi in cui diversi enti locali detengano un'impresa, la condizione relativa alla parte più importante della propria attività è realizzata qualora l'impresa in questione svolga la parte più importante della propria attività non necessariamente con questo o quell'ente ma con tali enti complessivamente considerati.

Alla luce di tali considerazioni la Corte ha risolto *“la seconda parte della seconda questione nel senso che, nel valutare se un'impresa svolga la parte più importante della sua attività con l'ente pubblico che la detiene, al fine di decidere in merito all'applicabilità della direttiva 93/36, si deve tener conto di tutte le attività realizzate da tale impresa sulla base di un affidamento effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice”*, a prescindere dal soggetto che remunera tale attività, *“potendo trattarsi*

della stessa amministrazione aggiudicatrice o dell'utente delle prestazioni erogate, mentre non rileva il territorio in cui è svolta l'attività".

Le pronunce sopra enunciate evidenziano l'importante ruolo di mediatore svolto in materia dal giudice comunitario, chiamato, in assenza di un parametro normativo di riferimento, a bilanciare²⁹⁶ tra l'interesse pubblico e la tutela della concorrenza di cui, invero, avrebbe dovuto e dovrebbe farsi carico il legislatore comunitario.

Un diverso filone giurisprudenziale ha iniziato ad affacciarsi a partire dal 2008²⁹⁷, con alcune pronunce dedicate alla questione di una possibile partecipazione di privati, ipotesi, fino a quel momento, sostanzialmente esclusa.

Con la pronuncia *Sea c. Comune di Ponte di Noss*²⁹⁸ e la sentenza *Commissione c. Repubblica Italiana*²⁹⁹, la Corte affermava che l'esistenza effettiva di una partecipazione privata al capitale della società aggiudicataria dovesse essere verificata nel momento dell'affidamento dell'appalto; ma che, al tempo stesso, in via eccezionale, circostanze particolari potessero richiedere che fossero presi in considerazione avvenimenti intervenuti successivamente alla data di aggiudicazione dell'appalto in esame.

Di fatto, quindi, la Corte, con un parziale *revirement* rispetto al passato, conseguente, forse, anche ad un'accresciuta consapevolezza dei temi dell'*in house providing* da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, sembrava ammettere che la mera possibilità di ingresso di privati nel capitale sociale non escludesse di per sé la sussistenza del controllo analogo, chiedendo invece una valutazione caso per caso³⁰⁰.

²⁹⁶ Viene seguito un approccio concreto, basato sull'analisi delle singole fattispecie, attraverso l'individuazione di indici alla stregua dei quali valutare se si rientri o meno nell'ipotesi di appalti *in house*; criteri, peraltro, che devono poi essere applicati in via analogica, anche per rinvenire ipotesi di concessioni *in house*.

²⁹⁷ Il ripensamento del controllo analogo e dello stesso istituto dell'*in house* in un'ottica di maggiore apertura ha trovato conferma da parte del legislatore già con il Regolamento CE trasporti 1370/2007 che ha previsto espressamente che (art. 5, par. 2) "*conformemente al diritto comunitario la proprietà al 100% da parte dell'autorità pubblica, in particolare in caso di partenariato pubblico-privato, non è un requisito obbligatorio per stabilire il controllo analogo a condizione che vi sia un'influenza pubblica dominante e che il controllo possa essere stabilito in base ad altri criteri*".

²⁹⁸ Corte di giustizia CE, 10 settembre 2009, C-573/07, in *Publica* 2009.

²⁹⁹ Corte di Giustizia CE, sez. II, 17 luglio 2008, C-371/05, in *Giur. comm.* 2009, 1, II, 5.

³⁰⁰ A tal proposito si veda F. GOISIS, *Nuovi sviluppi comunitari e nazionali in tema di in house providing e suoi confini*, in *Dir. amm.*, 2008, 579 ss; D. PIAZZONI, *In house providing, partenariati pubblico-privati istituzionalizzati e partecipazione al capitale sociale a scopo di finanziamento*, in *Giur. comm.*, 2009, II, 8 ss.

Nella stessa ottica va letta un'altra decisione della Corte³⁰¹, per il tramite della quale i giudici comunitari prendevano esplicitamente posizione sull'ipotesi di controllo analogo congiunto, nel caso di società a capitale interamente pubblico partecipata da più enti locali, chiarendo che gli Enti partecipi di una società *in house* possono esercitare il controllo collettivamente e deliberare a maggioranza all'interno degli organi sociali nei quali siedono i loro rappresentanti³⁰². L'importante è che il controllo esercitato sull'ente concessionario sia effettivo, pur non risultando indispensabile che sia individuale.

Del resto, la pretesa di effettuare un controllo individuale comporterebbe l'obbligo di una gara di appalto nella maggior parte dei casi in cui una pubblica amministrazione intendesse associarsi ad un gruppo formato da altre autorità pubbliche, come una società cooperativa intercomunale.

“Un risultato del genere non sarebbe conforme al sistema di norme comunitarie in materia di appalti pubblici e concessioni. Si riconosce, infatti, che un'autorità pubblica ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa

³⁰¹ Corte giust. CE, sez. III, 13 novembre 2008, in C-324/07, *Coditel Brabant*, in Foro amm. CDS 2008, 11, 2899.

³⁰² Ad analoghe conclusioni la Corte è peraltro giunta in due successive pronunce. Dapprima, con la sentenza 9 giugno 2009, causa C-480/06, in Foro amm. CDS 2009, 6, 1402 in cui oltre a richiamare le considerazioni già espresse nella causa "Coditel", la Corte ha escluso che l'accordo tra la città-stato di Amburgo e quattro circondari amministrativi (Landkreise), finalizzato ad istituire una cooperazione intercomunale per lo smaltimento dei rifiuti presso l'inceneritore di Amburgo, desse luogo ad una violazione della direttiva 92/50 sugli appalti di servizi. *“Più di recente i giudici comunitari hanno ribadito la configurabilità del controllo analogo in forma congiunta nella sentenza della sez. III, 10 settembre 2009, causa C-573/07. Quest'ultima pronuncia consegue ad un rinvio pregiudiziale disposto dal TAR di Brescia, che nella propria ordinanza aveva messo in dubbio che il tipo legale della società per azioni potesse conciliarsi con l'esercizio del controllo analogo da parte di ciascun Comune socio, tenuto conto che l'art. 2380 bis c.c. riserva la gestione agli amministratori. Nel risolvere la questione sollevata dai giudici bresciani, la Corte ha reputato che i Comuni fossero in grado di esercitare un controllo analogo a quello sui propri servizi, in ragione delle prerogative loro riconosciute dallo statuto, sia con riguardo al potere interdittivo dell'assemblea dei soci, sia in relazione all'obbligo di anteporre alle decisioni più importanti la richiesta di un parere conforme, espresso da un comitato formato dagli stessi Comuni soci. Si tratta di una forma di controllo molto simile a quella posta in essere nel caso di specie per Val Cavallina Servizi. Invero, come dedotto dalla Comunità Montana, con precipuo riferimento a Val Cavallina Servizi, spetta all'Assemblea dei soci la formulazione degli indirizzi vincolanti sulla gestione, sia ordinaria che straordinaria, la cui attuazione è oggetto di un'apposita relazione infrannuale che il consiglio di amministrazione è tenuto a sottoporre alla stessa Assemblea (cfr. statuto, artt. 9 e 21). Parallelamente, in forza dell'art. 7 della convenzione intercomunale versata in atti, una commissione formata dai Sindaci dei Comuni convenzionati e dal Presidente della Comunità Montana è chiamata ad esprimere il parere obbligatorio sul bilancio preventivo e consuntivo della società, nonché su ogni altra spesa non preventiva attinenti i servizi oggetto della gestione associata”*. Cfr. Consiglio Stato, sez. V, 29 dicembre 2009, n. 8970. Si veda anche Corte giust. CE, Grande sez., 21 luglio 2005, in C-231/03, *Co.Na.Me.*, in Foro amm. CDS, 2005, 2001 ss., con nota di F. GAVERINI, *Nuove precisazioni in tema di in house providing e di «controllo» sulla partecipazione, non meramente simbolica, degli enti al capitale delle società che gestiscono pubblici servizi*, in cui la partecipazione minima al capitale sociale della società *in house* è stata considerata una circostanza che, di per sé, non legittima una differenza di trattamento rispetto alla normale disciplina in tema di appalti pubblici.

incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi”.

In altre parole, ogni amministrazione socia deve essere messa nella condizione di incidere sulle scelte di programmazione dell'attività societaria e di verificare i risultati, le modalità e condizioni di svolgimento dei servizi pubblici, nonché la composizione degli organi sociali, tutto ciò insieme agli altri enti titolari del capitale sociale³⁰³.

Da ultimo la Corte giustizia³⁰⁴ è tornata sul tema ribadendo che, nel caso in cui più autorità pubbliche costituiscano una società al fine dell'esercizio in comune di servizi pubblici, il c.d. controllo analogo può essere esercitato congiuntamente da tali autorità, senza che sia indispensabile che lo stesso venga esercitato individualmente da ciascuna di esse.

Secondo i giudici di Lussemburgo occorre, comunque, svolgere una valutazione in concreto, poiché il controllo esercitato non può fondarsi soltanto sul potere dell'autorità pubblica che detiene una partecipazione di maggioranza nel capitale della

³⁰³ A. LOLLI, *Servizi pubblici locali e società in house: ovvero la collaborazione degli enti locali per la realizzazione di interessi omogenei*, in Foro amm., Tar, 2005, 1942, secondo cui “*se la società operasse in base a condizioni determinate separatamente (e dunque in maniera episodica) da ciascuno degli enti pubblici soci, la fattispecie non sarebbe riconducibile al modello in house, ma dovrebbe venire iscritta alle concessioni di servizi pubblici. Con la conseguenza dell'illegittimità dell'affidamento del servizio pubblico alla società se non preceduto da sufficienti misure di pubblicità e trasparenza*”. Nello stesso senso si veda M.G. ROVERSI MONACO, *I caratteri delle gestioni in house*, in Giorn. dir. amm., 2006, 1378, che afferma che “*occorre, in particolare, una sede di coordinamento esterna alla società nella quale gli enti locali congiuntamente determinano, in maniera vincolante, gli obiettivi della società, ne controllano periodicamente lo stato di attuazione e ne indirizzano le azioni*”. Analogamente, è stato rilevato da TAR Campania, Napoli, sez. I, 13 settembre 2006, n. 8055 che “*in presenza di più enti proprietari di una società in house providing, ipotesi del resto espressamente contemplata dalla legge*”, è necessario “*ricercare un equilibrio che direttamente nella composizione e nel funzionamento degli organi societari possa consentire anche ai comuni di minoranza di poter efficacemente gestire il servizio e ciò attraverso un'attività di vero e proprio controllo - intesa come verifica periodica dell'andamento della gestione - sia mediante la previsione di efficaci poteri decisionali tesi ad assicurare il regolare svolgimento del servizio pubblico locale di cui i predetti enti restano sempre i titolari e come tali responsabili*”.

³⁰⁴ Corte di Giustizia CE, sez. III, 29 novembre 2012, n. 182, in Diritto & Giustizia 2012, 29 novembre, afferma che “*Quando più autorità pubbliche, nella loro veste di amministrazioni aggiudicatrici, istituiscono in comune un'entità incaricata di adempiere compiti di servizio pubblico ad esse spettanti, oppure quando un'autorità pubblica aderisce ad un'entità siffatta, la condizione enunciata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, secondo cui tali autorità, per essere dispensate dal loro obbligo di avviare una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico in conformità alle norme del diritto dell'Unione, debbono esercitare congiuntamente sull'entità in questione un controllo analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi, è soddisfatta qualora ciascuna delle autorità stesse partecipi sia al capitale sia agli organi direttivi dell'entità suddetta (la Corte si è così pronunciata nella controversia che vedeva opposti una società e tre comuni ed avente ad oggetto la regolarità dell'affidamento diretto di un appalto di servizi, relativo alla gestione del servizio di igiene urbana, senza l'organizzazione di una procedura di aggiudicazione di tale appalto in conformità alle norme del diritto dell'Unione; in particolare, uno dei tre comuni aveva costituito apposita società quale prestatore di servizi "in house", mentre gli altri due enti vi avevano aderito successivamente in qualità di azionisti pubblici, mediante la partecipazione al capitale sociale attuata attraverso l'acquisizione di un'azione ciascuno)*”.

società *in house*, e ciò perché, in caso contrario, verrebbe svuotata di significato la nozione stessa di controllo congiunto.

La sentenza chiarisce, inoltre, che spetta al giudice del rinvio verificare se la sottoscrizione di un patto parasociale che conferisce il diritto di nominare un membro del collegio sindacale e di designare un consigliere di amministrazione in accordo con gli altri enti interessati, sia idonea a consentire a tali amministrazioni locali di contribuire realmente al controllo della società *in house*, considerato che, in generale, il requisito del controllo analogo può ritenersi soddisfatto qualora ciascuna delle autorità stesse partecipi sia al capitale sia agli organi direttivi della predetta società.³⁰⁵

Giudice e legislatore europeo hanno dunque aperto nuove frontiere e assunto posizioni sintomatiche della necessità di disancorare l'ammissibilità del ricorso all'*in house* a condizioni monolitiche, preso atto della continua evoluzione dei sistemi gestori ed organizzativi, che richiedono valutazioni non esclusivamente aprioristiche.

Peraltro, al momento la sensazione generale³⁰⁶, anche alla luce del fatto che negli ultimi anni la Corte non ha più prodotto sentenze interessanti sul tema, è che l'*in house providing* costituisca un tema ormai saturo di massime giurisprudenziali, rispetto alla quale l'assillante riaffacciarsi di quesiti di approfondimento viene riguardata con sufficienza.

L'appiattimento del legislatore nazionale sulle formule giurisprudenziali europee, l'incapacità di trovare una propria e originale via in relazione alla scelta della formula organizzativa dei servizi pubblici più consona alle esigenze dell'economia e della politica nazionali, non diversamente da quanto accaduto per esempio, in Gran Bretagna, su versanti diversissimi, sembra avere chiuso definitivamente il cerchio. “*Ulteriori inasprimenti di regime normativo od applicativo per mano delle fonti europee non sono possibili*”³⁰⁷. Sulle modalità di configurazione dell'*in house providing* “*il dato ordinamentale multilivello è ormai definito, e non residuano spazi di affinamento, o peggio di forzatura, alla ricerca di un perfezionismo massimalistico di matrice europea*”.

³⁰⁵ Cfr. A. GIACALONE, *L'affidamento in house può essere legittimo anche con un'azione di 1 euro*, in *Diritto e Giustizia* 2012, 0, 1093.

³⁰⁶ G. F. FERRARI, *L'in house providing nella giurisprudenza della corte di giustizia dell'unione europea* Convegno Bocconi– 8 Giugno 2012 - in atti e convegni Bocconi by G. F. FERRARI.

³⁰⁷ G. F. FERRARI, *ibidem*.

3.6 La giurisprudenza nazionale.

Sebbene la prima giurisprudenza interna³⁰⁸ abbia concepito l'*in house providing* come “una vicenda alternativa all'appalto”, i giudici nazionali, nel corso degli anni, si sono uniformati alle statuizioni dei colleghi lussemburghesi che consideravano l'appalto *in house* una modalità con cui era organizzata la produzione o l'approvvigionamento di prestazioni di beni e servizi³⁰⁹.

In quest'ottica, quantunque la libertà di autoproduzione sia stata ritenuta “componente essenziale dell'autonomia organizzatoria dei singoli apparati istituzionali, non in contrasto con la disciplina comunitaria”, si richiamava la necessità dell'osservanza dei principi di derivazione comunitaria tesi all'apertura alla concorrenza del mercato dei servizi.

Così, la pronuncia del Consiglio di Stato³¹⁰ n. 477 del 1998 statuiva che l'*in house providing* era un modello diverso e alternativo rispetto al ricorso al mercato. Pertanto, non possono essere sindacate le scelte legislative o amministrative che consentono ai pubblici poteri, “nel produrre ed offrire servizi o beni, di optare per schemi di coordinamento e formule organizzative, teoricamente alternative rispetto all'acquisizione delle prestazioni destinate alla collettività per il tramite del mercato”. Conseguentemente, “se la costituzione di un soggetto dedicato è idonea a garantire economie di scala, riduzione dei costi e razionalizzazione del bacino di utenza, l'opzione dell'ente locale non potrebbe esporsi ad alcuna censura solo perché escludente il ricorso al confronto competitivo. Il ricorso alla produzione privata, disciplinato da regole di salvaguardia della concorrenza e l'esercizio del potere di organizzazione, sottratto ai vincoli concorsuali o concorrenziali validi per il ricorso al mercato costituiscono due schemi distinti che vanno preservati da ogni equivoca commistione”.

L'orientamento dei Tribunali amministrativi italiani pare, quindi, coerente con l'impostazione del giudice comunitario, più volte ribadita nelle diverse pronunce richiamate nei precedenti paragrafi³¹¹.

³⁰⁸ T.A.R. Lombardia, 11 gennaio 1995, n. 54, in Foro Amm. 1995, 1037.

³⁰⁹ Vedi da ultimo Consiglio di Stato, sez. V, 09 gennaio 2013, n. 66, in www.dejure.it.

³¹⁰ Consiglio Stato sez. V, 23 aprile 1998, n. 477, in Urbanistica e appalti 1998, 1328.

³¹¹ Vedi *infra* par. 3.5.

Peraltro la giurisprudenza interna si muoveva nel tentativo di delineare in modo più preciso l'istituto³¹² attraverso uno sforzo che condusse a sviluppare precisi orientamenti, che vanno letti nel quadro dell'intervento del legislatore nazionale, che non procedeva più avanti nella logica del metodo concorrenziale (che dava incondizionata accoglienza alla gestione *in house*) segnata dal diritto europeo, ma perseguiva lo scopo di imporre come regola generale l'*outsourcing*³¹³.

Invero l'*in house* disciplinato dal Legislatore italiano in occasione della riforma dei servizi pubblici locali del 2003 presentava, in aggiunta ai requisiti enucleati dalla Corte di Lussemburgo, un rilevante profilo differenziale, rappresentato dalla partecipazione totalitaria dell'ente pubblico al capitale della società affidataria del servizio³¹⁴, che costituiva *condicio sine qua non* per l'esercizio successivo del controllo analogo. Anzi, la rilevanza accordata a tale elemento aveva addirittura spinto la giurisprudenza amministrativa, in un primo momento, a ritenere che i requisiti costitutivi l'*in house providing* a livello comunitario potessero ritenersi impliciti nella proprietà

³¹² G. PIPERATA, *L'affidamento in house nella giurisprudenza del giudice comunitario, nota a Corte di Giustizia Ce, 13 ottobre 2005, causa C-458/03*, *Giorn. dir. amm.*, 2006, pag. 141.

³¹³ Come sottolinea anche G. GRECO, *Gli affidamenti "in house" di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2000, p. 1467.

La prima ipotesi di *outsourcing* è stata introdotta dall'ultima versione della legge n. 109/94, in cui all'art. 2 comma 5 *bis* si è previsto l'obbligo per tutti i soggetti tenuti all'applicazione della legge di eseguire i lavori ivi previsti "esclusivamente mediante contratti di appalto o concessione di lavori pubblici", fatti salvi i rari casi in cui erano ammessi i lavori "in economia" ex art. 24, comma 6. La crisi della finanza pubblica, in particolare delle risorse a disposizione degli enti locali per la gestione dei servizi pubblici, ha determinato, negli sviluppi legislativi più recenti, un deciso allontanamento dai modelli pubblicistici, ritenuti poco efficienti, e, al tempo stesso, ha portato anche verso una progressiva svalutazione dalle società miste e dalle società "in house". Lo stesso art. 23 *bis*, d.l. 25 giugno 2008, n. 118, ora abrogato, consentiva la gestione "*in house providing*" solo in presenza di situazioni del tutto eccezionali. Peraltro, negli anni recenti, spesso anche con l'obiettivo di sfuggire al patto di stabilità e ai vincoli di finanza pubblica in generale, ha trovato ampia diffusione nella pratica, il modello della società "*in house providing*" accanto a quello della società mista.

³¹⁴ Il legislatore nazionale, con la modifica apportata all'art. 113 del d.lgs. n. 267/2000 dall'art. 14 d.l. 30 settembre 2003, n.269 - convertito con modificazioni dalla legge 24 novembre 2003, n. 326 e dall'art. 4, c. 234, legge 24 dicembre 2003, n. 350, ricorre in diverse ipotesi al modello organizzativo dell'*in house providing*: per la gestione delle reti, prevedendo che, qualora questa sia separata dall'attività di erogazione del servizio, sia legittimo l'affidamento diretto a "soggetti allo scopo costituiti, nella forma di società di capitali con la partecipazione totalitaria di capitale pubblico, cui può esser affidata direttamente tale attività, a condizione che 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 gli enti pubblici che la controllano" (c. 4, lett. a), art. 113, d.lgs. 267/2000); per la gestione del servizio (comma 5, lett. c), che prevede l'affidamento diretto "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 gli enti pubblici che la controllano"), come alternativa rispetto ai due modelli dell'affidamento a società mista con socio privato scelto con gara e all'affidamento a società selezionata mediante procedura ad evidenza pubblica (rispettivamente, c. 5, lett. b e a); ai sensi dell'art. 113-*bis*, comma 1, lett. c, per la gestione dei servizi di rilevanza non economica - prima della dichiarazione di illegittimità costituzionale ad opera della Corte Costituzionale con sentenza 27 luglio 2004, n. 272.

pubblica totalitaria del capitale sociale, con una significativa estensione dell'ambito applicativo dell'istituto³¹⁵.

Ciò nondimeno, al fine di evitare un impiego sempre più assiduo dell'*in house*, tale orientamento venne ben presto confutato da un'ordinanza del Consiglio di Stato³¹⁶, che ammetteva il conferimento del servizio a società a capitale interamente pubblico a condizione che il controllo esercitato dall'ente o dagli enti pubblici titolari del capitale sociale avesse le caratteristiche volute dalla pronuncia Teckal, realizzando “*un rapporto che determina da parte dell'amministrazione controllante un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato e che riguarda l'insieme dei più importanti atti di gestione del medesimo*”³¹⁷.

In senso analogo si esprimevano un anno dopo altri tribunali amministrativi regionali³¹⁸, quando, in relazione all'interpretazione della formula “*controllo analogo*”, si riferivano ad “*una forma penetrante di controllo, che [investiva] non solo gli atti di gestione straordinaria, ma anche, in parte rilevante, la gestione ordinaria e gli organi stessi della società*”.

In altre parole, per il legittimo esercizio del controllo analogo si richiedeva la presenza di uno strumento di carattere sociale ovvero anche parasociale, differente dai normali poteri che un socio, anche totalitario, esercitava in assemblea, che in ogni momento potesse vincolare l'*in house provider* agli indirizzi dell'autorità pubblica affidante.

³¹⁵ Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 12 maggio 2003, n. 1685, in www.dejure.it; T.A.R. Lecce, sez. II, 21 aprile 2004, n. 2549, in www.giustizia-amministrativa.it e Consiglio di Stato, sez. V, 19 febbraio 2004, n. 679, in Foro amm. CDS 2004, 461,1160. Peraltro, nell'ambito di questa pronuncia i giudici di Palazzo Spada, sulla base della sanatoria contenuta al comma 15 bis dell'art. 113, d.lgs. n. 267/2000, affermavano che la fattispecie dell'*in house providing* dovesse essere presa in considerazione anche per la regolamentazione dei rapporti pregressi, disponendo in tal modo un'applicazione retroattiva della suddetta normativa. *Contra* Corte di Giustizia CE 13 ottobre 2005, C-458/03, in Foro amm. CdS 2006, 42, con nota di GILBERTI, *In house providing questioni vecchie e nuove; ivi 2006, 1669*, con nota di CALSOLARO, *S.p.a. in mano pubblica e in house providing. La Corte di giustizia CE torna sul controllo analogo: un'occasione perduta?*; in *Giur. comm.* 2006, II, 777, con nota di DEMURO, *La compatibilità del diritto societario con il c.d. modello in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali*; in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2006, 227 (s.m.), con nota di BALDINATO, *Nota alla sentenza Parking Brixen: la Corte di giustizia limita ulteriormente la nozione di in house providing*.

³¹⁶ Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 22 aprile 2004, n. 2316, in www.giustizia-amministrativa.it.

³¹⁷ Si diceva che si trattava di un fenomeno giuridico assimilabile a quello delle aziende municipalizzate di cui al R.D. 15 ottobre 1925, n. 2578, nel quale si istituiva un nuovo soggetto, con capacità giuridica propria e propri organi, sottoposto peraltro a penetranti poteri di vigilanza da parte dell'Amministrazione (art. 16 e ss R.D. n. 1578/1925). Si veda in tal senso T.A.R. sez. I Perugia, Umbria, 29/01/2014, n. 83, in www.dejure.it.

³¹⁸ TAR Friuli Venezia Giulia, 15 luglio 2005, n. 634, in Foro amm. TAR 2005, 6, 1934 e TAR Sardegna, sez. I, 2 agosto 2005, 1729, in www.giustizia-amministrativa.it; Consiglio di Stato sez. V, 23 dicembre 2013, n. 6191, in www.dejure.it.

Così il giudice amministrativo della Lombardia³¹⁹ aveva affermato che “*non sussistono i presupposti per un affidamento "in house" per la mancanza del requisito del controllo analogo a quello svolto sui propri servizi, nel caso in cui il Comune, titolare soltanto di una minima quota del capitale sociale di una società per azioni, non abbia la possibilità di influenzare in modo determinante gli obiettivi e le decisioni gestionali della società affidataria*”. Allo stesso modo, non è stato ritenuto ravvisabile il controllo analogo nell’ipotesi in cui lo statuto conferisse al consiglio di amministrazione poteri teoricamente illimitati, senza che l’ente affidante potesse influirvi ovvero quando l’oggetto sociale fosse del tutto estraneo a quello dell’ente affidante stesso.

Si è detto, inoltre, che il controllo analogo non sussiste neanche nel caso “*di compresenza, anche minoritaria accanto al capitale pubblico, di capitale privato, in quanto il socio privato da un lato persegue logiche di profitto incompatibili con quella del controllo pubblico, dall’altro si ritroverebbe indebitamente favorito rispetto alle imprese concorrenti*”³²⁰.

³¹⁹ T.A.R. Lombardia, Brescia, 02 maggio 2006, n. 433, in *Servizi pubbl. e appalti* 2006, 3, 528 e T.A.R. Lombardia, Brescia, 28 febbraio 2006, n. 238, in *Foro amm.* TAR 2006, 2, 490.

³²⁰ In materia, si è pronunciata anche l’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con decisione 3 marzo 2008, n. 1, la quale ha confermato che la sussistenza del controllo analogo deve escludersi in presenza di una compagine societaria composta anche da capitale privato, essendo necessaria la partecipazione pubblica totalitaria. La stessa Adunanza plenaria ha aggiunto che la partecipazione pubblica totalitaria è necessaria ma non sufficiente per la sussistenza del controllo analogo, servendo maggiori strumenti di controllo da parte dell’ente rispetto a quelli previsti dal diritto civile. In particolare: a) lo statuto della società non deve consentire che una quota del capitale sociale, anche minoritaria, possa essere alienata a soggetti privati; b) il consiglio di amministrazione della società non deve avere rilevanti poteri gestionali e all’ente pubblico controllante deve essere consentito esercitare poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale; c) l’impresa non deve avere acquisito una vocazione commerciale che renda precario il controllo dell’ente pubblico e che risulterebbe, tra l’altro: dall’ampliamento dell’oggetto sociale; dall’apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali; dall’espansione territoriale dell’attività della società a tutta l’Italia e all’estero; d) le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell’ente affidante.

Nello stesso senso Consiglio di Stato, sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072, in *Foro amm.* CDS 2006, 7-8, 2221, pronuncia confermativa della sentenza del Tar Sardegna, sez. I, 2 agosto 2005 n. 1279, in cui i giudici di Palazzo Spada, facendo esplicita applicazione dei principi stabiliti dalla Corte di giustizia nel caso *Parking Brixen*, ricordavano che il requisito del «controllo analogo» non sussiste allorché per espresa disposizione statutaria, una quota anche solo minoritaria del capitale sociale interamente detenuto al momento dell’affidamento diretto dal comune, può essere ceduta a soggetti privati, ed inoltre, il consiglio d’amministrazione detiene poteri di gestione che si sottraggono al diretto controllo comunale. Tale circostanza dimostra come il Consiglio di Stato abbia pienamente colto il principio espresso dalla Corte di giustizia, per il quale l’*in house providing* è ammissibile solo ove l’impresa affidataria sia effettivamente e stabilmente una mera articolazione dell’ente pubblico. A conferma della medesima linea interpretativa per ciò che attiene al “controllo analogo”, si veda TAR Lazio, Roma, sez. II *ter*, 9 gennaio 2007 n. 72, in *Foro amm.* TAR 2007, 1, 122; TAR Abruzzo, Pescara, 7 novembre 2006 n. 687, in *Foro amm.* TAR 2006, 11, 3595; TAR Abruzzo, L’Aquila, 14 maggio 2004 n. 619, in www.dejure.it; TAR Friuli Venezia Giulia 12 dicembre 2005 n. 986, in *Servizi pubbl. e appalti* 2006, 2, 329. In dottrina si veda per tutti S. GOBBATO, *Regole di concorrenza e gestione in house dei servizi socio-assistenziali, Nota a Consiglio di Stato, sezione V, 30 agosto 2006, n.*

L'affidamento diretto di un appalto pubblico ad una società mista pregiudicherebbe l'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata, nonché il principio di parità di trattamento degli interessati previsto dalla direttiva 92/50, specie nella misura in cui una procedura siffatta offrisse ad un'impresa privata presente nel capitale della detta società un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti.

Infatti, affinché la società controllata potesse perseguire in via esclusiva l'interesse pubblico è stato reputato indispensabile che non avesse di mira nel contempo *“interessi di natura differente quali quelli propri di un socio privato”*³²¹, a nulla rilevando la quantità, qualità e natura della partecipazione del socio privato.

*“Per poter configurare il controllo analogo [era] necessario uno strumento, di carattere sociale ovvero anche parasociale, ma diverso dai normali poteri che un socio, anche totalitario, esercita[va] in assemblea, che in ogni momento [potesse] vincolare l'affidataria agli indirizzi dell'affidante, ovvero la possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni più importanti”*³²².

Nella stessa ottica, il T.A.R. Campania³²³ ribadiva che la *“presenza nella compagine della società affidataria di soci privati [era] senz'altro incompatibile con l'affidamento diretto del servizio a un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice, in deroga ai principi di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione, giacché la partecipazione al capitale da parte di soggetti privati, anche in misura minoritaria, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla predetta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi”* e il Consiglio di Stato³²⁴, ha affermato che elementi identificativi dei soggetti in house

5072, in Foro amm. CDS 2007, 2, 575; Consiglio di Stato, sez. V, 13 marzo 2014, n. 1181, in www.dejure.it.

³²¹ Corte di Giustizia CE, sentenza Stadt Halle, in Riv. it. dir. Pubbl. comunit., 205, 3-4, 1004.

³²² Corte di Giustizia CE, sentenza Stadt Halle, cit.

³²³ Cfr. T.A.R. Napoli Campania sez. I, 23 marzo 2006, n. 3135, in Foro amm. TAR 2006, 3, 1060 (s.m.).

³²⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 20 dicembre 2012, n. 6565, in www.dejure.it. Nello stesso senso Consiglio Stato, sez. V, 13 luglio 2006, n. 4440, in Foro amm. CDS 2006, 7-8, 2187 *“riafferma l'obbligo della gara per la scelta del contraente di una fornitura all'ente pubblico “a meno che l'ente locale eserciti sul soggetto affidatario del servizio un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e quest'ultimo realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali detentori”, specificando che “la partecipazione, anche minoritaria, di una impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi. In altri termini, solo il possesso dell'intero capitale da parte della mano pubblica, consente di ravvisare un assetto idoneo all'esercizio del controllo analogo, tale da consentire l'affidamento diretto del servizio senza gara”*. I giudizi di Palazzo Spada, quindi, non si fermano al profilo quantitativo della proprietà pubblica, ma guardano anche al profilo quantitativo delle concrete modalità di esercizio del controllo richiedendo che il consiglio di amministrazione non debba esercitare rilevanti poteri di gestione, e che l'ente pubblico debba poter esercitare poteri più incisivi

providing, alla luce della normativa e degli orientamenti giurisprudenziali europei e nazionali, erano l'“attività dedicata” e il “controllo analogo”, il quale ultimo “presupponendo che l'ente o gli enti pubblici [effettuassero] sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri uffici e servizi, impone[va] non solo che i soci pubblici [detenessero] la totalità delle azioni, ma anche che [fossero] dotati di poteri decisionali (direttivi, ispettivi e di nomina) idonei a determinare una influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti della società”.

Nello stesso senso si sono espressi recentemente il T.A.R. Bologna Emilia Romagna³²⁵ e il T.A.R. Milano Lombardia³²⁶, il quale ultimo statuisce che il requisito del

rispetto a quelli riconosciuti dal diritto societario alla maggioranza sociale, o che le decisioni più importanti debbano essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante.

In dottrina si veda Massimiliano Alesio, Comuni e servizi: difficile evitare le gare quel controllo strutturale sugli affidatari, Nota a Consiglio di Stato, 13/07/2006, in D&G 2006, 34, 84 e VERA PARISIO, *Gestione dei servizi pubblici locali, tutela delle risorse pubbliche e contenimento della spesa*, in Foro Amm., TAR 2013, n. 1, 385.

³²⁵ T.A.R. Bologna, Emilia Romagna, sez. II, 31 maggio 2012 n. 380, in www.giustizia-amministrativa.it, dichiara la legittimità dell'affidamento diretto a favore della società G.E.A.T. da parte dell'amministrazione comunale. Nel corpus della motivazione si legge “Il Collegio ritiene che dette argomentazioni non possano essere condivise, soprattutto in relazione al fatto che dalla lettura dello Statuto GEAT emerge con nettezza la sussistenza, in capo ai Comuni soci, di effettivi poteri in grado di limitare in modo determinante i poteri degli organi di gestione e amministrazione della società. Nel dettaglio, si rileva che l'art. 4 dello Statuto, nel prevedere che l'esclusivo oggetto sociale di GEAT sia unicamente la gestione di servizi strumentali a favore degli enti locali soci, soddisfa l'esigenza che la società strumentale non abbia e/o acquisisca una vocazione commerciale che ne renderebbe più difficoltoso il controllo da parte dell'ente pubblico socio; analoghe finalità risultano assolte anche dall'art. 18, ove è attribuita agli enti locali soci la nomina dei membri del Consiglio di Amministrazione. L'art. 6, a sua volta, nell'esigere che la totalità del capitale sia pubblica, garantisce, sotto diverso profilo, il mantenimento delle finalità pubblicistiche per le quali è stata costituita la società strumentale. Al fine di garantire la sussistenza di un "controllo analogo" da parte degli enti territoriali soci, l'art. 19 dello Statuto prevede che il Consiglio di Amministrazione debba relazionare trimestralmente l'assemblea dei soci "...sullo stato di attuazione degli obiettivi strategici nonché sull'andamento della gestione ordinaria e straordinaria della Società.". Infine, ulteriore disposizione che prevede forme incisive di controllo dei soci sul Consiglio di amministrazione è quella contenuta nell'art. 23 bis, ove l'istituzione del "Coordinamento dei soci", conferisce a tale organo diversi incisivi poteri in merito alla definizione delle strategie sociali, allo stato di attuazione degli obiettivi e allo stato della qualità del servizio, nonché di controllo, anche ispettivo, sulla gestione aziendale e sul bilancio. Il Collegio ritiene, pertanto, sulla base degli elementi evidenziati e delle considerazioni sopra svolte, che lo statuto di GEAT s.p.a. contenga norme che prevedono, da parte degli enti territoriali soci rispetto al consiglio di amministrazione della stessa società, forme di "controllo analogo" a quelle esercitate nelle attività di servizi espletate direttamente, con conseguente infondatezza del relativo mezzo d'impugnazione”. Anche il Consiglio di giust. Amm. della Reg. Sic., con la sentenza 4 settembre 2007 n. 719, ha ritenuto indispensabile il concorso di vari fattori, tutti idonei a concretizzare una forma di controllo che sia effettiva, e non semplicemente apparente. Tra questi la spettanza di poteri ispettivi diretti e concreti, la vigilanza sul bilancio, il controllo sulla qualità dell'amministrazione e la completa dipendenza dell'affidatario diretto in tema di strategie e politiche aziendali. Peraltro come evidenziato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nella sua segnalazione 28 dicembre 2006 n. AS375 In Il foro italiano, 2007, parte terza, col. 226 ss., con nota di R. URSI, *Autonomia di un ossimoro: “in house providing” e concorrenza nei servizi pubblici locali*, col. 227 ss. l'autonomia di impresa rende difficilmente sostenibile il controllo effettivo degli enti locali presenti nel capitale sociale.

³²⁶ T.A.R. Milano Lombardia, sez. I, 22 marzo 2012, n. 892, in Foro amm. TAR 2012, 3, 693. Nello stesso senso si veda T.A.R. Napoli Campania sez. I, 11 aprile 2013, n. 1925, in www.dejure.it

controllo analogo nel caso di *in house providing* deve ritenersi sussistente solo “*in presenza di un potere assoluto di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato da parte dell'ente controllante-affidante, che consenta cioè a quest'ultimo di dettare le linee strategiche e di influire in modo effettivo ed immediato sulle decisioni dell'affidatario*”.

Il controllo analogo postula un rapporto tra gli organi societari della società affidataria e l'ente pubblico affidante, che consenta a quest'ultimo, con strumenti pubblicistici o con mezzi societari di derivazione privatistica, “*di indirizzare “tutta” l'attività sociale attraverso gli strumenti previsti dall'ordinamento*”. “*Deve trattarsi di una relazione equivalente, ai fini degli effetti pratici - pur se non identica in ragione della diversità del modulo organizzatorio - ad una relazione di subordinazione gerarchica, che si verifica quando sussiste un controllo gestionale e finanziario stringente dell'ente pubblico sul soggetto societario*”³²⁷. Inoltre, è necessario che “*il consiglio di amministrazione della S.p.A. affidataria in house non abbia rilevanti poteri gestionali e che l'ente pubblico affidante, eserciti, pur se con moduli societari su base statutaria, poteri di ingerenza e di condizionamento superiori a quelli tipici del diritto societario, caratterizzati da un margine di rilevante autonomia della governance rispetto alla maggioranza azionaria*”³²⁸.

Così, a parte qualche isolata voce³²⁹, l'orientamento restrittivo della Corte di Giustizia, delineato nella sentenza Stadt Halle³³⁰, riguardo alla necessaria partecipazione

³²⁷ Nello stesso senso di veda più recentemente Corte Costituzionale, 28 marzo 2013, n. 50, in *Diritto & Giustizia* 2013, 29 marzo che nel dichiarare costituzionalmente illegittimo l'intero secondo periodo del comma 16 dell'art. 1 della legge reg. Abruzzo n. 9 del 2011 per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., afferma che la “*possibilità di influenza determinante*” è incompatibile con il rispetto dell'autonomia gestionale dell'in house provider, senza distinguere - in coerenza con la giurisprudenza comunitaria - tra decisioni importanti e ordinaria amministrazione.

³²⁸ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, sentenza 3 aprile 2007, n. 1514, in www.dejure.it.

³²⁹ In questo senso si vedano le pronunce dei giudici di Palazzo Spada di cui alle sentenze, n. 272 e n. 7345 del 2005, la quale ultima, ha cercato di fornire un'interpretazione più elastica del requisito del “controllo analogo”, precisandone la sussistenza anche nell'ipotesi in cui il capitale della società affidataria sia pubblico in «percentuale superiore al 99%», mentre la quota in possesso dei privati sia di entità simbolica. Nel corpus della motivazione di legge “non si spiegherebbe in quale momento la partecipazione del privato stesso da simbolica possa divenire di rilievo, dovendosi tenere presente che per determinare l'importanza di una partecipazione si deve considerare, accanto al peso percentuale, anche il valore assoluto, dato che una quota in percentuale ridotta di una società di ingente capitale potrebbe, in concreto, assicurare al titolare vantaggi economici di entità oggettivamente non trascurabile”. In tale occasione si disse che problema della sussistenza del controllo analogo si risolve in senso affermativo se la mano pubblica possiede la totalità del pacchetto azionario della società affidataria” presupposto ravvisabile anche nel caso in cui “*il capitale dell'aggiudicatario è pubblico in percentuale superiore al 99%, mentre la quota in possesso del soggetto privato, di entità simbolica, non realizzerebbe un illecito vantaggio ad una società concorrente*”. “*Si rivela improponibile l'impostazione [...] nella quale si fa riferimento, addirittura, alla "subordinazione gerarchica". Pertanto, l'ente pubblico, o gli enti*

totalitaria pubblica³³¹, e Parking Brixen, in relazione al contenuto del controllo analogo, trova pieno accoglimento nelle pronunce dei tribunali nazionali dello stesso periodo. L'investimento privato risponde, invero, a logiche privatistiche in permanente e potenziale conflitto di interessi con le ragioni pubblicistiche sottese alla società *in house* e, inoltre, ai fini del primo requisito Teckal, è indispensabile il concorso di vari fattori, tutti idonei a concretizzare una forma di controllo che sia effettiva e non semplicemente apparente.

Tra l'altro, l'interpretazione restrittiva dei giudici lussemburghesi in relazione ai criteri di legittimazione dell'*in house providing*, trova riscontro nelle posizioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato³³² e nelle circolari amministrative³³³.

Inoltre, l'influenza dei giudici lussemburghesi ha costituito un punto di riferimento anche in relazione all'*in house providing* c.d. "frazionato"³³⁴, come si può rilevare dalla recente sentenza da ultimo citata del T.A.R. Emilia Romagna³³⁵.

pubblici, proprietari dell'intero pacchetto delle azioni, sia mediante la nomina degli organi, sia mediante l'approvazione di opportune deliberazioni, sono in condizioni di imporre, o meglio, di svolgere, ogni tipo di verifica e di rendiconto, in modo che sia operante la sostanziale identificazione riscontrabile tra il soggetto societario agente con la mano pubblica che le affida il servizio.

Ed è, appunto, tale identificazione che rende compatibile con le regole comunitarie che tutelano la concorrenza l'affidamento di un servizio pubblico ad una società privata senza l'adozione delle procedure ad evidenza pubblica. I giudici di Palazzo Spada, a sostegno del nuovo orientamento, richiamavano la sentenza 11 gennaio 2005, n. 2603 in C-26 della Corte di Giustizia, la quale afferma che il possesso dell'intero pacchetto azionario della società da parte della mano pubblica garantisce lo svolgimento del servizio secondo "esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico". Si potrebbero richiamare le pronunce della Corte di giustizia CE, 10 settembre 2009, C-573/07, in Publica 2009 e Corte di Giustizia CE, sez. II, 17 luglio 2008, C-371/05, in Giur. comm. 2009, I, II, 5.

³³⁰ Corte di Giustizia CE, 11 gennaio 2005, C-26/03 cit.

³³¹ Tra le tante pronunce del giudice amministrativo in cui si richiede la partecipazione pubblica totalitaria come requisito del "controllo analogo" si ricorda la sentenza del Cons. St., sez. V, 8 gennaio 2007, n. 5, in Giust. civ., 2007, 7-8, 1796 ss., la decisione dell'Adunanza Plenaria, 3 marzo 2008, n. 1 (la pronuncia è commentata da CARANTA, *Le società pubbliche al vaglio dell'Adunanza Plenaria. Ancora in salita la strada per le società miste*, in Giorn. dir. amm., 2008, 11, 1120 ss.; PIPERATA, *Le società pubbliche al vaglio dell'Adunanza Plenaria*, in Giorn. dir. amm., 2008, 11, 1126 ss.).

³³² Cfr. il parere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 13 settembre 2005, AS311 - *Modalità di affidamento della gestione di servizi pubblici locali*, in Boll., 2005, n. 35 e alla segnalazione 28 dicembre 2006 n. AS375 In *Il foro italiano*, 2007, parte terza, col. 226 ss., con nota di R. URSI, *Autonomia di un ossimoro: "in house providing" e concorrenza nei servizi pubblici locali*, col. 227 ss.

³³³ Si vedano le circolari del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio, in data 6 dicembre 2004, entrambe in *Urb. app.*, 2005, 637 ss., con commento di BERCELLI, *Sulle società miste e le società in house degli enti locali*.

³³⁴ Nell'*in house providing* c.d. "frazionato" la società *in house* costituisce *longa manus* ed organo di gestione del servizio per tante e diverse amministrazioni ed è strumentale ad una gestione associata ed economica della attività dalle medesime prestata. Cfr. C. IANONE, *op. cit.*, pag. 52. L'idea che l'ente locale partecipante debba esercitare singolarmente o assieme agli altri enti il controllo analogo sembra fondarsi sulla "omogeneità di o eterogeneità degli interessi pubblici di cui si fanno portatori". Si veda anche R. MORZENTI PELLEGRINI,

Più in particolare, viene sostenuta la legittimità della modalità organizzativa dell'*in house providing* “frazionato”, a condizione dell’accertata presenza di norme statutarie tali da mettere gli enti azionisti in grado di esercitare un’influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti della società. Si afferma che “è legittimo l’affidamento diretto del servizio a società strumentale da parte di un Comune socio di minoranza della società, qualora il necessario controllo analogo sulla stessa sia esercitato congiuntamente da parte delle amministrazioni locali socie per la totalità del capitale sociale”.

In particolare, quanto alla possibilità di concepire il requisito del “controllo analogo” come risultato dell’intermediazione delle regole civilistiche sulla *governance* societaria, il supremo organo di giustizia amministrativa ha evidenziato che in una società partecipata da più enti pubblici, “che sia anche diretta affidataria di un servizio pubblico locale, il “controllo analogo”, inteso nei sensi della “dottrina Teckal””, non presuppone necessariamente anche il “controllo”, da parte del socio pubblico, sulla società e, “in via consequenziale, su tutta l’attività, sia straordinaria sia ordinaria, da essa posta in essere, assimilabile a quello, individuale, delineato dai primi due commi dell’art. 2359 c.c., essendo, invece, sufficiente che il controllo della mano pubblica sull’ente affidatario sia effettivo, ancorché esercitato congiuntamente e, deliberando a maggioranza, dai singoli enti pubblici associati”.

Società affidatarie dirette di servizi pubblici locali e controllo “analogo” esercitato in maniera congiunta e differenziata attraverso strutture decisionali “extra-codicistiche”, Nota a: Corte giustizia CE, 10/09/2009, n. 573, sez. III, in Foro CDS 2009, 10, 2246; G. MANGIALARDI, Affidamento di servizio pubblico a società mista, in Urb. e app., 2002, 1188 ss.; Cons. St., sez. V, 19 aprile 2004 n. 679, in Foro amm. CDS 2004, 461,1160; Cons. St., sez. V, 23 marzo 2004 n. 1547, in Foro amm. CDS 2004, 843; Cons. St., sez. V, 23 marzo 2004 n. 1543, in Foro amm. CDS 2004, 839; Cons. St., sez. V, 19 febbraio 2004 n. 679, in Foro amm. CDS 2004, 461,1160; Cons. St., sez. V, 6 maggio 2002 n. 2418, in Foro amm. CDS 2002, 1231.

³³⁵ T.A.R. Bologna, Emilia Romagna, sez. II, 31 maggio 2012 n. 380, in www.dejure.it, che fa propri i principi della sentenza della Corte di Giustizia 13 novembre 2008, causa C-324/07 (Coditel), con la quale i giudici comunitari avevano finalmente preso posizione sull’ipotesi di controllo analogo congiunto.

Nello stesso senso cfr. Cons. St., sez. V, 19 aprile 2004 n. 679, cit.; Cons. St., sez. V, 23 marzo 2004 n. 1547, cit.; Cons. St., sez. V, 23 marzo 2004 n. 1543, cit.; T.A.R. Palermo Sicilia, sez. I, 13 gennaio 2012, n. 44, in www.dejure.it; L.R. PERFETTI, *L’affidamento diretto di servizi pubblici locali a società partecipate dai comuni, tra amministrazione indiretta e privilegi extra legem*, nota a Cons. St., sez. V, 19 febbraio 2004 n. 679, in Foro amm. Cons. Stato, 2004, p. 1161 ss.; G. CAIA, *La società a prevalente capitale pubblico locale come formula organizzativa di cooperazione tra comuni*, nota a Cons. St., sez. V, 6 maggio 2002 n. 2418, in Foro amm. CDS, 2002, 1231; G. MANGIALARDI, *Affidamento di servizio pubblico a società mista*, in Urb. e app., 2002, 1188 ss.; V. GIOMI, *La gestione dei servizi pubblici locali mediante forme associate: l’affidamento diretto a società per azioni multicomunali maggioritarie, fra diritto interno e diritto comunitario*, nota a TAR Toscana, sez. II, 4 ottobre 2002 n. 2366, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2004, 1061.

Si è pervenuti, dunque, all'argomentazione giuridica per cui il controllo analogo non implica una logica *dominicale*, rivelando, piuttosto, una dimensione "funzionale"³³⁶. Per la sua sussistenza anche nell'ipotesi di pluralità di autorità pubbliche partecipanti al capitale della società affidataria, quindi, non è necessario che esso coincida in modo simmetrico con un controllo della *governance* societaria.

La giurisprudenza³³⁷ ha anche chiarito che è astrattamente configurabile un "controllo analogo" anche nel caso in cui il pacchetto azionario sia indirettamente detenuto dall'ente pubblico mediante una società per azioni capogruppo (cd. *holding*) posseduta al 100% dall'ente medesimo. Tuttavia, una tale forma di partecipazione "*può, a seconda delle circostanze del caso specifico, indebolire il controllo eventualmente esercitato dall'amministrazione aggiudicatrice su una società per azioni in forza della mera partecipazione al suo capitale*"³³⁸, onde una partecipazione pubblica indiretta, anche se totalitaria, sarebbe comunque in astratto compatibile, pur determinando un affievolimento del controllo³³⁹.

Merita, infine, un cenno il terzo requisito di cui all'art. 113, 5° comma, lett. c), del d.lgs. 267/2000, che postula la necessità della "*realizzazione della parte più importante dell'attività con l'ente o gli enti pubblici controllanti*". Nonostante la sua applicazione non abbia sollevato particolari questioni a livello comunitario e nazionale, il requisito implica che la società partecipata non operi sul mercato in regime di concorrenza con altri soggetti economici, ma rivolga in via esclusiva le sue prestazioni all'ente partecipante. Le attività diverse da quella principale devono essere di carattere marginale. In caso contrario, le regole della concorrenza risulterebbero violate, dato che la società verrebbe favorita rispetto alle altre imprese concorrenti. Non è così, invece, quando si

³³⁶ Cfr. in questo senso T.A.R. Bologna, Emilia Romagna, sez. II, 31 maggio 2012 n. 380, in www.dejure.it e T.A.R. Genova, Liguria, sez. II, 1 febbraio 2012, n. 225, in www.dejure.it.

³³⁷ Cons. St., sez. V, 9 marzo 2009, n. 1365, in Foro amm. CDS 2009, 3, 730; Cons. Stato, sez. V, 26 agosto 2009, n. 5082, in Foro amm. CDS 2009, 7-8, 1739; T.A.R. Firenze Toscana sez. I, 20 dicembre 2012, n. 2090, in Foro amm. TAR 2012, 12, 3843. In dottrina si veda R. MORZENTI PELLEGRINI, Società affidatarie dirette di servizi pubblici locali e controllo "*analogo*" esercitato in maniera congiunta e differenziata attraverso strutture decisionali "*extracodicistiche*", Nota a Corte giustizia CE, 10/09/2009, n. 573, sez. III, in Foro amm. CDS, 2009, 10, 2246, che mette in evidenza la necessità che il controllo sia esercitato attraverso strumenti di matrice pubblicistica, aggiuntivi e più incisivi rispetto al semplice esercizio dei diritti spettanti ai soci, i quali consentano a ciascun titolare di una partecipazione sociale di influire sulle vicende societarie a prescindere dall'entità della medesima.

³³⁸ Si veda Corte di Giustizia CE., 11 maggio 2006, causa C-340/04, Carbotermo.

³³⁹ L. PERFETTI, *L'affidamento diretto di servizi pubblici locali a società partecipate dai Comuni, tra amministrazione indiretta e privilegi extra legem*, in Foro amm. – Cons. Stato, 2004, p. 1161 ss.

tratta di organismi che non stanno sul mercato o che vi operano in posizione del tutto marginale, quali quelli che operano esclusivamente a favore degli enti pubblici che li controllano.

In proposito, la giurisprudenza amministrativa afferma la legittimità dell'affidamento *in house* di un servizio a condizione che il gestore “svolga la parte essenziale della propria attività insieme con l'Ente e gli enti territoriali che lo controllano”³⁴⁰. In sostanza, il gestore deve essere configurato “come una sorta di *longa manus* dell'affidante, pur conservando natura distinta ed autonoma rispetto all'apparato organizzativo di questo”. La gestione rimane nelle mani dell'Ente concedente, “attraverso un controllo assoluto sull'attività della società affidataria la quale, a sua volta, è istituzionalmente destinata in modo assorbente ad operare in favore di questo. Lo svolgimento dell'attività economica oggetto del servizio pubblico deve essere ad un livello dimensionale tale da risultare, in via di fatto, di prevalente e circoscritto beneficio dell'autorità controllante”³⁴¹.

Il requisito è stato valutato, inizialmente, sotto il profilo quantitativo ossia in termini economici, facendo riferimento al fatturato della società. Con la conseguente valutazione che, nella misura in cui l'attività economica è nella maggior parte svolta a vantaggio dell'autorità controllante, si sarebbe in presenza di un servizio affidato *in house*, in cui l'ente territoriale utilizza le prestazioni a suo vantaggio e per fini pubblici, come se si trattasse di un servizio interno che agisce per la sua istituzione. Solo in tale caso potrebbe parlarsi, secondo i giudici amministrativi, di una proiezione amministrativa dell'ente pubblico che lo esonera dall'osservare le regole di concorrenza.

Secondo quanto già evidenziato in dottrina³⁴², il T.A.R. Milano³⁴³, dopo un accurato confronto tra l'espressione italiana utilizzata nelle sentenze Teckal e Carbotermo (11

³⁴⁰ Tribunale Amministrativo Regionale Puglia, Bari, sez.I 12/4/2006 n. 1318, in www.giustizia-amministrativa.it; nello stesso senso si veda Consiglio di Stato, sez. VI, 17 gennaio 2014, n. 221, in www.dejure.it.

³⁴¹ Tribunale Amministrativo Regionale Puglia, Bari, sez.I 12/4/2006 n. 1318, cit; nello stesso senso si veda Consiglio di Stato, sez. VI, 17 gennaio 2014, n. 221, cit.

³⁴² P. ALBERTI, *L'affidamento in house dei servizi pubblici locali*, in *Economia e diritto del Terziario*, 2003, 3, 597; CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, cit.; S. COLOMBARI, *Organismo di diritto pubblico e delegazione interorganica tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Urb. e app.*, 2003, 1144 ss.; L.M. CARUSO, *L'in house providing nell'evoluzione giurisprudenziale comunitaria e nazionale*, nota a T.A.R. Napoli Campania, 05/12/2008, n. 21241, sez. VII, *Giur. merito* 2009, 5, 1388; A. PALLOTTA, *Servizi pubblici locali: affidamenti in house e società miste nella più recente giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 2008, 01, 191.

³⁴³ Cfr. T.A.R. Milano Lombardia sez. I, 26 ottobre 2012, n. 2620, in *Foro amm. TAR* 2012, 10, 3045.

maggio 2006, causa C-340/04), l'equivalente tedesca utilizzata nelle sentenze Stadt Halle e Parking Brixen, nonché le relative traduzioni in inglese e francese, ha recentemente affermato la rilevanza del profilo qualitativo, piuttosto che quantitativo, del concetto di “*parte più importante dell'attività*”, come peraltro aveva già affermato la Corte costituzionale nella sentenza del 23 dicembre 2008, n. 439, dopo aver operato un espresso richiamo alla giurisprudenza comunitaria (in particolare alla sentenza Carbotermo dell'11 maggio 2006)³⁴⁴.

³⁴⁴ Nello stesso senso si veda CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in www.giustizia-amministrativa.it; GRECO, *Gli affidamenti "in house" di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Foro amm.*, 2001, 1461 ss.

CAPITOLO II

DAL NEW PUBLIC MANAGEMENT ALLA PUBLIC GOVERNANCE. INNOVAZIONI NORMATIVE IN MATERIA DI SERVIZI PUBBLICI LOCALI DI RILEVANZA ECONOMICA.

SOMMARIO: 1. *Dal New Public Management alla Public Governance: premessa* – 2. *Local Government Act* del 1999 e D. Lgs. 18 agosto 2000, n. 267: due normative a confronto – 3. *L'intervento della legge finanziaria per il 2002* - 4. *La Legge 24 novembre 2003, n. 326* – 5. *D. L. 25 agosto 2008, n. 112* - 6. *D. L. 25 settembre 2009, n. 135* - 7. *Le innovazioni degli ultimi anni* – 8. *Conclusioni.*

1. *Dal New Public Management alla Public Governance: premessa.*

Nel ventennio a cavallo tra il secolo precedente e quello attuale, l'esigenza di soddisfare il continuo mutamento della domanda di servizi pubblici da parte del cittadino e delle imprese ha richiesto Amministrazioni competitive e competenti, capaci di ripensare la loro struttura organizzativa e gestionale, il loro ruolo all'interno della società, creando le condizioni di sviluppo del Paese.

L'avanzamento della crisi è stato un segno di come fosse giunto il momento di intraprendere un percorso di riforma che portasse a ridisegnare i confini complessivi dell'intervento pubblico e a ripensare i modelli gestionali di riferimento.

*“Al fine di superare l'arretratezza culturale - le “inerzie mentali” delle pubbliche amministrazioni”, è diventato indispensabile “modificare radicalmente le logiche comportamentali degli apparati burocratici, [...] verso una logica di congruenza tra risultati ed obiettivi”*³⁴⁵.

³⁴⁵ G. LADU, *Processi decisionali e controlli di gestione nel settore pubblico*, in Riv. dir. fin., fasc.3, 2000, pag. 462.

La necessità “di colmare il senso di distacco tra apparati pubblici e cives, di superare una sorta di autolegittimazione, autoreferenzialità che gli enti pubblici dimostravano di coltivare nell’ambito dei rapporti con l’utenza ha dato impulso ad una nuova prospettiva”³⁴⁶, volta ad introdurre nell’attività degli enti pubblici la c.d. “cultura del risultato”, misurabile attraverso i servizi effettivamente resi ai cittadini.

Tale obiettivo, riconducibile alla teoria del *New Public Management*³⁴⁷, ha animato la fase iniziale del cambiamento nei primi anni ottanta del novecento in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti e Nuova Zelanda³⁴⁸.

Il nuovo paradigma ha inteso primariamente recuperare l’efficienza e l’efficacia della macchina pubblica, creando le condizioni di avvicinamento delle singole pubbliche amministrazioni al territorio, sulla base di “una concezione del principio di legalità non più inficiata da una distorta percezione del garantismo, da un sistema attento alle procedure più che ai fini”³⁴⁹.

In questa direzione, i principali interventi normativi hanno riguardato il ridimensionamento delle strutture amministrative, il ripensamento dei processi organizzativi, l’adozione di metodologie e logiche proprie della gestione di impresa³⁵⁰, l’orientamento alla *performance* e al controllo di gestione, l’utilizzo del *contracting out*

³⁴⁶ F. ROTONDO, *Principi di public governance nei sistemi integrati di offerta turistica*, Giappichelli, Torino, 2011, 5.

³⁴⁷ Cfr. FERLIE E., *New Public Management. Current trends and future prospects*, New York, Routledge, 2002, pagg. 78 ss.; LEWIS N., *Reviewing Change in Government: New Public Management and Next Steps*, in *Public Law*, 1994, pag. 105 e ss.; FREEDLAND M., *Government by Contract and Public Law*, in *Public Law*, 1994, pagg. 86 ss.; DREWRY G., *The New Public Management*, in *The changing constitution*, ed. by Jowell J. e Oliver D., Oxford, 2000, pagg. 167 ss.

³⁴⁸ Cfr. GRUENING G., *Origin and theoretical basis of NPM*, *International Public Management Journal* 1/2001, pag. 1 e ss.; GUTHRIE J., *Australian Public Sector Accounting: Transformations and Managerialism*, *Accounting Research Journal* 2/1993, pag. 15 e ss.

³⁴⁹ G. LADU, *Processi decisionali e controlli di gestione nel settore pubblico*, in *Riv. dir. fin.*, fasc. 3, 2000, pag. 462.

³⁵⁰ La crisi definitiva del *Welfare State*, iniziata sul finire degli anni Settanta del secolo scorso, aveva evidenziato l’utilità di introdurre le logiche manageriali nel governo delle unità pubbliche per garantirne la funzionalità durevole, e condotto contestualmente al superamento della concezione unitaria di pubblica amministrazione. Sul punto si veda MUSSARI R., *Il management delle aziende pubbliche*, Cedam, Padova, 1994, 78. È in questa fase che una serie di categorie concettuali elaborate nell’ambito degli studi aziendali entrano di diritto a far parte delle problematiche e delle condizioni che connotano l’attività delle amministrazioni pubbliche, le quali non possono più prescindere da un’accurata selezione delle aree di intervento economico e da una gestione responsabile delle risorse pubbliche. I successivi stadi dello “Stato Regolatore” e quindi dello “Stato Relazionale” si caratterizzano pertanto per la graduale politica di ridimensionamento dell’intervento diretto dello Stato in campo economico a favore delle funzioni di regolamentazione e di gestione delle relazioni tra gli attori pubblici e privati, al fine di contemperarne gli interessi e salvaguardare la coesione sociale. Per maggiori approfondimenti sull’evoluzione del ruolo dello Stato si rinvia a GIOVANELLI L., *Modelli contabili e di bilancio in uno Stato che cambia*, Giuffrè, Milano, 2000, pag. 3.

e del *public private partnership*, oltre che dell'*Information and communication technology*.

Fin da subito, infatti, è stato chiaro che i percorsi di riforma del settore pubblico non potessero coinvolgere solo i profili organizzativi, dovendosi estendere anche al momento della gestione, “*della rilevazione e della cultura presente all’interno ed all’esterno dell’amministrazione*”³⁵¹.

Complice di questo processo di riforma le spinte europeiste in materia di competitività dei mercati. A partire dalla metà degli anni ottanta, infatti, l’Unione Europea, con l’obiettivo di rendere più efficiente il sistema economico nel suo complesso³⁵², e il settore dei servizi pubblici in particolare, ha emanato molteplici direttive al fine di realizzare un mercato di tipo concorrenziale in cui il cittadino assumesse il ruolo di “*cliente*” “*da soddisfare [...] attraverso l’erogazione, diretta o indiretta, di una pluralità di servizi secondo i canoni dell’efficienza, dell’efficacia*”³⁵³ e dell’economicità, canoni essenziali alla base dell’agire pubblicistico.

Le leggi di recepimento dei singoli Stati membri hanno inciso in modo profondo sul settore delle *public utilities* attraverso l’introduzione di moduli organizzativi che hanno permesso la privatizzazione degli enti di gestione e delle infrastrutture e l’apertura del mercato a forme di concorrenza.

Le spinte verso forme di liberalizzazione, ferma la responsabilità politica del Comune per le condizioni di erogazione delle prestazioni³⁵⁴, hanno condotto verso strategie di espansione territoriale, sia all’interno che all’esterno degli Stati di appartenenza. In tal modo è emersa la necessità di sviluppare nuovi modelli di intervento pubblico, di potenziare la funzione di regolamentazione in ambito economico, di dare vita a nuove collaborazioni e gestire la rete relazionale con gli *stakeholder*.

³⁵¹ E. DI FILIPPO (a cura di), *I processi di cambiamento nella pubblica amministrazione italiana. Le tendenze in atto*, in www.unich.it.

³⁵² Con l’approvazione del Trattato di Amsterdam è stato introdotto l’art. 16 che riconosce il carattere fondamentale dei servizi di interesse economico generale in relazione ai valori comuni dell’Unione Europea e all’obiettivo della coesione sociale e territoriale, determinando una diversa connotazione del modello economico e sociale europeo rispetto a quello statunitense, derivante dall’esigenza che gli Stati assicurino ai loro cittadini servizi pubblici di elevata qualità e a prezzi accessibili.

³⁵³ F. ROTONDO, *Principi di public governance nei sistemi integrati di offerta turistica*, Giappichelli, Torino, 2011, 12.

³⁵⁴ Il Comune restava l’organismo istituzionalmente preposto a rappresentare i bisogni fondamentali della comunità di riferimento e a garantire che tali bisogni venissero soddisfatti.

Si è affermato un nuovo rapporto tra pubblica amministrazione e *cives*, “*non più segnato dall'endiadi dovere-soggezione, ma da quella funzione sociale-diritti*”³⁵⁵: ciò che rilevava era, infatti, come venivano svolte concretamente le funzioni, a prescindere dalla veste pubblica o privata del gestore.

Questa nuova prospettiva ha forgiato l'azione del nuovo Stato regolatore che, al fine di assicurare la migliore offerta di servizi pubblici ai cittadini, ha ridotto i propri confini e snellito il peso esercitato in ambito economico, attraverso la distribuzione dei propri compiti ad altre unità pubbliche e private, mantenendone comunque il monitoraggio.

Il principio di sussidiarietà³⁵⁶, elemento fondante del nuovo modello, è stato la condizione per attribuire un nuovo ruolo alla Pubblica Amministrazione all'interno della società e nei rapporti con i cittadini, attraverso un nuovo sistema di equilibri tra i diversi livelli di amministrazioni pubbliche e tra questi e le istituzioni sociali ed economiche.

I principali interventi normativi in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica³⁵⁷, italiani e inglesi, hanno operato una trasformazione del ruolo del Comune³⁵⁸, sancendo il passaggio da un'impostazione orientata alla produzione ad una orientata alla concorrenza³⁵⁹.

In Italia il punto di partenza di tale processo di riforma è stato tradizionalmente ricondotto alla Legge n. 142 del 1990, normativa emanata in un contesto “*in cui alle stringenti esigenze di risanamento della finanza pubblica imposte dal rispetto dei parametri fissati nel Trattato di Maastricht, [ha fatto] da contraltare un diffuso senso di sfiducia della collettività verso le istituzioni in conseguenza delle note vicende di mal governo passate alla storia sotto l'etichetta di “tangentopoli”*”³⁶⁰.

³⁵⁵ G. LADU, *Processi decisionali e controlli di gestione nel settore pubblico*, in Riv. dir. fin., fasc.3, 2000, pag. 462.

³⁵⁶ Tramite il principio di sussidiarietà lo Stato opera una distribuzione di compiti ad altre unità, pubbliche e private, e monitora per assicurare ai *cives* la migliore offerta di servizi pubblici. In particolare, il principio di sussidiarietà verticale, in un'ottica federalista e di decentramento amministrativo, implica l'azione residuale degli organi sovraordinati, che intervengono soltanto nel momento in cui gli organi più vicini alla cittadinanza non appaiano idonei a soddisfarne le necessità. In senso orizzontale, invece, la sussidiarietà, fondandosi sul concetto di autonomia della sfera privata, va ad investire la rete di rapporti tra la comunità, gli enti pubblici di pari livello, e tra la sfera pubblica e quella privata.

³⁵⁷ Vedi infra par. 2 di questo capitolo.

³⁵⁸ Il Comune è divenuto garante di un'erogazione più efficace ed efficiente specie da un punto di vista del miglioramento della qualità.

³⁵⁹ G. LENTINI, *Lo sviluppo qualitativo della pubblica amministrazione*, 27/11/2008, in www.diritto.it.

³⁶⁰ E. DI FILIPPO (a cura di), *I processi di cambiamento nella pubblica amministrazione italiana. Le tendenze in atto*, in www.unich.it.

Come messo in luce da attenta dottrina³⁶¹, *“l’ipertrofia legislativa, [...] le resistenze culturali e le inerzie mentali di una burocrazia consolidatasi in tali condizioni”* erano le cause principali del *“disordine economico e finanziario italiano, nonché degli arbitrii, delle inefficienze, della corruzione del sistema, di uno “Stato criminogeno”*”.

E’ seguita una lunga stagione di riforme trasversali a tutta la pubblica amministrazione, caratterizzate da una crescente attenzione ai contenuti dell’azione amministrativa in termini di economicità, efficienza ed efficacia. Le principali innovazioni³⁶² hanno riguardato la semplificazione, la razionalizzazione e la trasparenza amministrativa, anche attraverso l’introduzione dell’*e-governement*, in funzione del miglioramento del rapporto con il cittadino, *oltre che* la privatizzazione del patrimonio statale e la riduzione della spesa pubblica.

In relazione a quest’ultimo profilo, fondamentale rilievo è stato attribuito al *“potenziamento degli strumenti di monitoraggio e di valutazione dei costi, rendimenti e risultati, in un quadro di certificazione delle compatibilità con gli strumenti di programmazione e bilancio e di efficienza gestionale, mirata alla riduzione dei costi, nonché di determinazione dei criteri guida della gestione finanziaria pubblica, ad ogni livello”*³⁶³.

Infatti, con riferimento al conclamarsi della crisi finanziaria, è stato detto che i *“default degli enti locali non derivano da situazioni eccezionali, ma sono piuttosto il risultato di una gestione finanziaria [...] scorretta che, spesso, ha radici lontane, rintracciabili in amministrazioni passate”*³⁶⁴.

Le innovazioni introdotte sono state orientate primariamente alla dimensione interna delle pubbliche amministrazioni, in termini di accrescimento dell’efficacia e dell’efficienza della propria azione, secondo una visione dello Stato quale unico gestore dei processi sociali, depositario di una sorta di monopolio decisionale.

³⁶¹ G. LADU, *Processi decisionali e controlli di gestione nel settore pubblico*, in Riv. dir. fin., fasc.3, 2000, pag. 462.

³⁶² Solo per citarne alcuni si pensi alla Legge n. 241 del 1990 in materia di procedimento amministrativo, nonché le Leggi nn. 59 e 127 del 1997 le cui logiche sono ispirate ai principi del decentramento e del *downsizing* delle strutture burocratiche, ossia lo smembramento delle grandi organizzazioni burocratiche pubbliche.

³⁶³ G. LADU, *Processi decisionali e controlli di gestione nel settore pubblico*, in Riv. dir. fin., fasc.3, 2000, pag. 462.

³⁶⁴ S. FISSI, E. GORI, A. ROMOLINI, *Il rischio finanziario dei comuni italiani: un’indagine empirica*, in Riv. dottori comm., fasc.3, 2013, pag. 501.

Per questa ragione, nel corso degli anni Novanta, l'affacciarsi di un numero sempre maggiore di altre amministrazioni, imprese, finanziatori, cittadini, specie nel settore dei servizi pubblici locali, ha intensificato i dubbi in merito alla capacità del New Public Management “di sostenere il coordinamento delle relazioni tra gli organismi politico-istituzionali, gli attori sociali ed economici e le organizzazioni sovranazionali”³⁶⁵.

Negli Stati dell'Europa continentale l'influenza del processo di integrazione europea, e fenomeni quali la globalizzazione e l'informatizzazione dei mercati, hanno favorito l'espandersi della *Public Governance*³⁶⁶, una teoria considerata sviluppo naturale delle traiettorie del NPM³⁶⁷, volta a colmarne “le apparenti lacune”³⁶⁸.

In tal senso non era venuta meno la necessità che la macchina pubblica operasse secondo i criteri di efficienza, efficacia ed economicità e, nello stesso tempo, erano stati confermati i concetti di “autonomia, responsabilizzazione, pianificazione degli obiettivi e controllo dei risultati”, considerate le “pietre miliari del NPM”³⁶⁹. Tali concetti erano stati semplicemente reinterpretati in una logica allargata, che investiva anche i rapporti con i cittadini³⁷⁰.

Secondo il nuovo paradigma, la pubblica amministrazione, per soddisfare bisogni multiformi e realizzare obiettivi condivisi, non poteva essere più considerata l'unica

³⁶⁵ Cfr. F. ROTONDO, *Principi di public governance nei sistemi integrati di offerta turistica*, Giappichelli, Torino, 2011, 10.

³⁶⁶ Per una disamina delle differenze tra concetto di *Governance* e *Government* si veda D.U. GALETTA, *Trasparenza e governance amministrativa nel diritto europeo*, in Riv. it. dir. pubbl. comunit., fasc.2, 2006, pag. 265. L'A. afferma che nell'ambito della scienza politica, “il termine “Governance” viene spesso utilizzato in contrapposizione al concetto di “Government”, che evidenzia la centralità e/o la centralizzazione delle azioni poste in essere dalle istituzioni responsabili di una politica. Mentre la Governance rimanda all'idea della presenza di una pluralità di attori coinvolti nell'attuazione della politica stessa”. In pratica, “il concetto di “Governance” implica l'idea che il raggiungimento di un obiettivo sia il frutto dell'azione autonoma, ma non isolata, dei diversi attori che debbono o possono dare un contributo al processo di attuazione delle politiche”. La Governance, quindi, sottende ad un sistema articolato che associa istituzioni, attori sociali, organizzazioni private in un processo di elaborazione e di attuazione delle scelte collettive, capaci di suscitare un'adesione attiva dei cittadini”.

³⁶⁷ Cfr. KOOIMAN J., VAN VLIET M., *Governance and Public Management*, in ELIASSEN K.A.M., KOOIMAN J., *Managing Public Organizations: Lessons from Contemporary European Experience*, Sage, London, 1993.

³⁶⁸ In tal senso si veda MINOGUE M., POLIDANO C., HULME D., *Introduction: the analysis of public management and governance*, in MINOGUE M., POLIDANO C., HULME D. (a cura di), *Beyond The New Public Management*, Edward Elgar, UK-USA, 1998, pagg. 4-7.

³⁶⁹ C. GIANFELICI, *I servizi pubblici locali in outsourcing. Le funzioni di indirizzo e controllo dei Comuni*, Franco Angeli, Milano, 2008, p. 46.

³⁷⁰ C. GIANFELICI, *I servizi pubblici locali in outsourcing. Le funzioni di indirizzo e controllo dei Comuni*, Franco Angeli, Milano, 2008, p. 46.

depositaria del potere decisionale e di controllo, nonché soggetto sovraordinato rispetto agli altri attori coinvolti nell'erogazione delle *utilities*³⁷¹.

L'esigenza di salvaguardia dell'ambiente, lo sviluppo della tecnologia e l'internazionalizzazione richiedevano l'abbandono delle logiche di *government* tradizionalmente usate dai Comuni³⁷² in favore della *governance*, ossia della capacità di attivare e amministrare forme di cooperazione e partenariato con soggetti privati e *no profit*, attraverso la comunicazione, la negoziazione e l'interattività informativa tra gli attori coinvolti ai vari livelli³⁷³.

La *governance*, infatti, è stata definita come la capacità di fare i conti con un'amplificazione dei partecipanti ai processi decisionali e, in questo senso, tramite l'erogazione di servizi di qualità per gli stakeholder, l'ente locale ha trovato una nuova legittimazione del proprio operato³⁷⁴.

Questa nuova modalità di governo, “*a metà strada tra il libero mercato e la relazione gerarchica*”³⁷⁵, si basa sul consenso e sulla partecipazione dei soggetti pubblici e privati³⁷⁶, che collaborano e decidono insieme su questioni di interesse comune³⁷⁷.

³⁷¹ Cfr. A. GARLATTI A., *Scelte gestionali per i servizi pubblici locali*, Cedam, Padova, 2005, pag. 113.

³⁷² Il modello di *government* implicava che la legittimità dell'autorità deriva dal sistema istituzionale formale e veniva esercitato prevalentemente attraverso poteri sovraordinati. Per contro, la *governance* teneva in considerazione “*la diversità degli interessi per poter adottare politiche, indirizzi e scelte capaci di far convergere gli interessi verso soluzioni reciprocamente accettabili*”. Cfr. BORGONOV E., *Principi e sistemi aziendali per le amministrazioni pubbliche*, EGEA, Milano, 2002, 195.

³⁷³ Cfr. KICKERT W.J.M., *Public governance in the Netherlands: an alternative to anglo-american “managerialism”*, in *Public Administration*, vol. 75, Winter 1997, pag. 735. “*Public “governance” is the directed influencing of societal processes in a public policy network of many other co-directing actors. These actors have different and sometimes conflicting objectives and interests. Government is not the single dominating actor which can unilaterally impose its will*”. Si evidenzia, peraltro, come le teorie del New Public Management abbiano avuto il merito di focalizzare l'attenzione degli enti sull'opportunità di una corretta programmazione e controllo della propria attività, nonché sulla necessità di dialogare con i propri stakeholder.

³⁷⁴ DEIDDA GAGLIARDO E., *La creazione del valore nell'ente locale: I nuovo modello di governo economico*, Giuffrè, Milano, 2002, pagg. 149 e ss. Il citato A. con il termine “*governance locale*” fa riferimento al “*governo delle interazioni tra soggetti locali rilevanti e delle condizioni per influenzare le prime*”. Cfr. DEIDDA GAGLIARDO E., *Il sistema multidimensionale di programmazione a supporto della governance locale*, Giuffrè, Milano, 2007, pag. 132. Come l'impresa, anche l'amministrazione nel nuovo clima impara a “fare sistema”, ad operare in modo condiviso in contesti di incertezza e scarsità di risorse, a relazionarsi – piuttosto che ad imporsi – e a far fare – piuttosto che a fare”. Cfr. ATELLI M., D'ARIES C., *La public governance nei servizi pubblici locali. La gestione e il controllo delle partecipate*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2006, pagg. 11-12.

³⁷⁵ Cfr. F. ROTONDO, *Principi di public governance nei sistemi integrati di offerta turistica*, Giappichelli, Torino, 2011, 11.

³⁷⁶ Si rinvia al riguardo a DEIDDA GAGLIARDO E., *Il sistema multidimensionale di programmazione a supporto della governance locale*, op. cit., pag. 133-134. In relazione alla *governance* europea si veda L. CALIFANO, *La costituzione europea e la carta dei diritti fondamentali*, in *Verso la Costituzione europea. Atti dell'incontro di studio* (Urbino, 17 giugno 2002), Milano, 2003, p. 17 ss.; M.P. CHITI, *La Carta europea dei diritti fondamentali: una carta di carattere funzionale?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002/1, p. 1 ss.; U. DE SIERVO, *I diritti fondamentali europei e i diritti costituzionali italiani (a proposito della Carta dei diritti*

In questa direzione sono stati intrapresi processi di modernizzazione dell'apparato pubblico tesi a eliminare la concezione di una Pubblica Amministrazione altamente gerarchica nella sua organizzazione e poco flessibile nei processi decisionali, informativi e di comunicazione.

Operare secondo logiche di più ampio coinvolgimento delle diverse componenti l'attività dell'amministrazione conduce ad una sorta di riorganizzazione interna tesa ad identificare le modalità, i tempi, i compiti e le responsabilità dei soggetti preposti alle diverse fasi del processo produttivo e/o d'erogazione del servizio³⁷⁸.

Nel mutato contesto l'ente locale è chiamato a svolgere un ruolo particolarmente complesso, direttamente correlato all'interpretazione e rilevazione dei bisogni pubblici, all'individuazione dei servizi più idonei a soddisfarli e, per ciascun servizio, alla definizione delle modalità di organizzazione e finanziamento più appropriate. In particolare deve delineare un disegno strategico di sviluppo locale sulla base del quale definire le scelte circa le modalità di gestione dei servizi pubblici e le modalità per assicurare che i gestori si uniformino a tale disegno³⁷⁹.

A tale proposito è stato rilevato³⁸⁰ lo stretto collegamento tra una gestione operativa efficiente ed efficace e l'accessibilità, la chiarezza e l'adeguatezza degli obiettivi fissati a livello strategico.

Peraltro, l'analisi dell'evoluzione della disciplina in materia di servizi pubblici di rilevanza economica dimostra come le azioni dirette alla modernizzazione del sistema,

fondamentali), in L. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Bari, 2003, p. 258 ss.; M. FALLON, *Les droits fondamentaux liés à la citoyenneté de l'Union européenne sous les regards croisés du traité CE et de la Charte*, in CARLIER/DE SCHUTTER (a cura di), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, 2002, p. 179 ss.; M. MAHLMANN, *Die Grundrechtscharta der Europäischen Union*, in *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, 2000, p. 419 ss.; P. TETTINGER, *Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2001, p. 1010 ss.; A. WEBER, *Die Europäische Grundrechtscharta – auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2000, p. 537 ss.

³⁷⁷ Cfr. BEKKE A.G.M., KICKERT W.J.M., KOOIMAN J., *Public management and governance*, in KICKERT W.J.M., VUGHT F.A. (eds.), *Public Policy & Administration in The Netherlands*, London, Prentice-Hall, 1995; RHODES R.A.W., *The new governance: governing without government*, in *Political studies*, XLIV, 1996; JACKSON P.M., STAINSBY L., *Managing public sector networked organizations*, in *Public money & management*, vol. 20, 2000.

³⁷⁸ C. CATTANEO (a cura di), *Le politiche per la qualità dei servizi pubblici, Analisi e strumenti per l'innovazione, I rapporti*, Rubbettino, 2007, 43.

³⁷⁹ Cfr. L. MARINÒ, *Strategie di riforma del settore pubblico in una prospettiva economico-aziendale: privatizzazione e gestione contrattuale delle public utilities*, Giappichelli, Torino, 2005.

³⁸⁰ G. LADU, *Processi decisionali e controlli di gestione nel settore pubblico*, in *Riv. dir. fin.*, fasc.3, 2000, pag. 462.

pur essendo effettivamente in linea con i principi ispiratori dei citati paradigmi, evidenziano delle lacune.

In Italia, infatti, come rilevato da attenta dottrina³⁸¹, il propulsore della modernizzazione amministrativa è stato il legislatore.

In tal modo è accaduto che, una volta predisposta la legge, sono mancate in capo all'ente locale quelle competenze manageriali che gli avrebbero consentito di gestire in modo adeguato gli strumenti che regolano le relazioni tra i diversi attori che concorrono alla soddisfazione di bisogni pubblici, nonché per indirizzare il comportamento dei privati delle società miste³⁸².

Le amministrazioni locali, infatti, pur avendo abdicato alla tradizionale funzione di provvista diretta dei servizi alle comunità di riferimento, non hanno saputo trasformare la loro *governance* e adattare le loro competenze al nuovo ruolo di indirizzo e controllo sull'operato e sulle attività delle aziende erogatrici delle *public utilities*³⁸³.

Ma non è tutto. Il legislatore, infatti, ha fallito lo scopo cui dovrebbe essere indirizzata l'azione e l'organizzazione di ogni servizio pubblico³⁸⁴ perché ha prestato maggior attenzione ai rapporti con le società erogatrici dei servizi e alla gestione delle *public utilities* e meno alla tutela dell'utente, soggetto centrale del processo di trasformazione in atto.

E il discorso non sembra essere diverso nei Paesi Anglosassoni, dove attenta dottrina³⁸⁵ auspica, infatti, una maggior attenzione alle esigenze degli utenti in vista del

³⁸¹ E. DI FILIPPO (a cura di), *I processi di cambiamento nella pubblica amministrazione italiana. Le tendenze in atto*, in www.unich.it.

³⁸² Si veda al riguardo Corte Dei Conti, *Relazione sulla gestione finanziaria degli enti locali, Esercizi 2007 – 2008*, www.cortedeiconti.it, 2 Ottobre 2009, pag. 8. La Corte, ai fini della *governance* delle aziende terze, evidenzia l'importanza della “*creazione di una corretta e complessiva governance che investa l'aspetto programmatico, organizzativo, gestionale e contabile del fenomeno*”.

³⁸³ Basti pensare all'utilizzo delle Carte dei Servizi, strumenti attraverso i quali gli erogatori di servizi di pubblica utilità assumono verso gli utenti impegni idonei a garantire predeterminati livelli di qualità delle prestazioni. L'adozione delle Carte di servizi costituisce “*un fattore che può contribuire a salvaguardare livelli adeguati di trasparenza nella gestione dei servizi pubblici. Per raggiungere le finalità che giustificano l'istituzione delle Carte, gli enti locali dovrebbero garantire l'esistenza di un adeguato grado di conoscenza tra i cittadini sulla presenza e sull'utilizzo di tali strumenti*”. Cfr. F. MIGNELLA CALVOSA (a cura di), *La governance degli enti locali nella gestione dei servizi pubblici*, Rubbettino, marzo 2007. Per contro, al livello nazionale vengono utilizzate solo dal sessanta per cento dei Comuni con scarsi risultati sulla qualità dei servizi dal momento che non viene effettuata alcun monitoraggio sul grado di diffusione e conoscenza della Carta presso i *cives*.

³⁸⁴ F. MIGNELLA CALVOSA, *La governance degli enti locali nella gestione dei servizi pubblici, Analisi e strumenti per l'innovazione, I rapporti*, Rubbettino, 1997, 15.

³⁸⁵ I.HARDEN, op. ult. cit., p. 12 dove dice “*The “demand “ for a service – what is to be provided, how much of it and to whom – is established by burocratic decision , for which government is accountable through the electoral sistem. There is no reasonwhy information concerning individual preferences about public*

perseguimento di risultati di qualità ed efficienza nell'erogazione dei servizi pubblici.

Invero, nel corso degli ultimi anni, in Inghilterra come in Italia, il dibattito e lo studio sugli strumenti di gestione dei servizi pubblici locali sono stati progressivamente circoscritti intorno al tema della riduzione della presenza pubblica, nell'erroneo assunto, da un lato, che le gestioni pubbliche fossero bandite dall'Unione Europea a favore dell'*outsourcing* e, dall'altro, che l'esternalizzazione dei servizi pubblici coincidesse per principio con una gestione più snella ed efficiente, implicante, sempre e comunque, un contenimento di costi rispetto a quelli che avrebbero altrimenti sostenuto gli Enti locali mediante la gestione diretta³⁸⁶.

La convinzione che la gestione pubblica fosse “*il nemico*”³⁸⁷ da osteggiare in favore di una gestione orientata al mercato e, quindi, all'imprenditoria privata, non ha tenuto in considerazione che dove le privatizzazioni hanno dato vita allo smembramento del vecchio monopolio statale, si è assistito alla creazione di nuovi monopoli privati³⁸⁸ in sostituzione di quelli pubblici, con effetti devastanti per i fruitori dei servizi locali in termini di costi e di qualità delle prestazioni. In particolare, mentre nel breve periodo si è avuto il fenomeno del crollo delle tariffe, a lungo termine, con la costituzione di monopoli privati, si è assistito al rialzo dei prezzi a spese degli utenti.

La molla del profitto, fisiologica alla competizione e all'efficienza nel mercato concorrenziale, determina, infatti, in una situazione di monopolio, un comportamento predatorio volto ad aumentare i margini di profitto a scapito della qualità della prestazione.

services should not also be obtained through other mechanisms. [...] On the other hand, individual legal rights can undoubtedly have a direct impact on the supply of public services. Competing suppliers of private services have an economic incentive to provide what is wanted as effectively and efficiently as possible. This is not true of traditional bureaucratic ways of administering public services”.

³⁸⁶ Si consideri, inoltre, che il ricorso all'esternalizzazione comporta problemi di monitoraggio e di controllo da parte delle amministrazioni affidatarie, in quanto esse restano responsabili nei confronti della collettività della quantità e qualità dei servizi erogati che sono sempre di competenza pubblica.

³⁸⁷ L'espressione è usata da H. Bonura, H. BONURA e M. CASSANO (a cura di), op. ult. cit, p. 22.

³⁸⁸ Le privatizzazioni hanno consentito ai gruppi oligopolisti di impossessarsi a prezzi di svendita, delle imprese controllate o di proprietà dello stato. Hanno consentito, grazie alla compiacente opera legislativa dello stesso stato, la ristrutturazione del rapporto tra capitale e forza lavoro in termini di licenziamenti, flessibilità, contratti a termine e salari più bassi. Ma non hanno risolto le contraddizioni del sistema economico che hanno continuato a incancrenirsi. Cfr. P. LEYLAND, *UK Utility Regulation in an Age of Governance*, in N. Bamforth and P. Leyland, *Public Law in a Multy-Layered constitution*, Hart publishing, 2003, 195. L'a. afferma “*The problem was that regulation of privatised utilities confronted many of the same problems as those encountered under public ownership. They were turned into large companies, often exercising monopolistic power, which meant that the performance of the utilities continued to have a vital impact on the nation's economic infrastructure and the broader competitiveness of the national economy*”.

D'altra parte, l'esperienza dell'Inghilterra³⁸⁹ è stata l'esempio più rilevante di quanto sia stata disastrosa la politica di Mrs. Thatcher: le modalità di "finanziarizzazione"³⁹⁰ dell'economia da lei adottate e le privatizzazioni dei servizi pubblici locali hanno quasi condotto l'Inghilterra alle soglie di una nuova recessione internazionale e allo smantellamento dello stato sociale.

E così, nell'affannoso tentativo di inseguire e risolvere problemi contingenti, è stato ignorato che la dimensione localistica del servizio pubblico costituisce un limite insormontabile rispetto alla possibilità di introdurre una disciplina volta alla creazione di un mercato concorrenziale. Infatti, come rilevato da autorevole dottrina³⁹¹, "non è configurabile un mercato rilevante" poiché, tranne qualche eccezione, "i comuni non hanno dimensione di mercato".

In questo modo, a distanza di circa un ventennio, infatti, i risultati ottenuti dalla prima fase della stagione di modernizzazione delle amministrazioni pubbliche non sono apparsi sempre in linea con le aspettative³⁹² e ciò per un modo di governare poco propenso al soddisfacimento degli interessi dei cittadini³⁹³.

E' necessario infatti un profondo cambiamento culturale che investa tutti i soggetti a tutti i livelli e che i principi ispiratori del cambiamento siano concretamente applicati e non solo condivisi in maniera formale.

E' stata evidenziata, inoltre, la mancanza di una disciplina regolamentare in grado di creare le condizioni affinché gli attori coinvolti possano apportare ciascuno il proprio un

³⁸⁹ Come già detto, la Gran Bretagna è stata il primo paese europeo ad aver avviato un consistente programma di dismissioni pubbliche.

La privatizzazione, presentata come il fiore all'occhiello del programma di governo di M. Thatcher, già nel 1989 portò all'integrale trasferimento al settore privato del sistema fognario e di quello di distribuzione dell'acqua. In altri paesi in cui il servizio idrico era stato privatizzato, la pubblica amministrazione aveva rilasciato concessioni o licenze di gestione in cui l'appaltatore privato assumeva tutti i ricavi derivanti dal servizio idrico, remunerava il costo del funzionamento e della manutenzione di esso e conservava l'ecedenza tra ricavi e costi come profitto.

³⁹⁰ In relazione a tale specifica questione, Jonathan Hopkin afferma che "Thatcher ha promosso in due modi la "finanziarizzazione" dell'economia: in primo luogo, e forse involontariamente, seguendo una rigida politica antinflazionistica nei primi anni Ottanta che ha decimato l'industria manifatturiera, lasciando il settore finanziario come motore centrale dell'economia. In secondo luogo, liberalizzando il settore finanziario con delle misure normative e fiscali decise nel corso degli anni Ottanta, che hanno eliminato tutta una serie di restrizioni all'attività finanziaria e favorito la modernizzazione e la rapida espansione del settore". Cfr. J. HOPKIN, *Dalla crescita alla crisi: la recessione in Gran Bretagna*, in il Mulino, 6/2009, pp. 950-959,

³⁹¹ F. MERUSI, *Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, Bologna, 2002, p. 75 s.

³⁹² Cfr. BORGONOVÌ E., *op. cit.*, EGEA, Milano, 2002, pag. 12.

³⁹³ GLYNN, J.J. AND MURPHY, M.P. (1996) *Public Management. Failing accountabilities and failing performance review*, in International Journal of Public Sector Management, Vol. 9, No. 5/6, pp. 125-137.

contributo, secondo un approccio partecipativo sia dell'erogatore che dell'utente del servizio³⁹⁴.

L'esame del complesso quadro in materia di servizi pubblici locali dimostra che *“coniugare il principio di legalità con quello di efficienza è [...], ancora oggi, il dilemma paradossale del nostro Paese, dato che l'eccesso di formalismo, l'exasperata proceduralizzazione dell'attività amministrativa si sono accompagnati ed hanno determinato un sostanziale disinteresse per i risultati della gestione”*³⁹⁵.

Il buon andamento della pubblica amministrazione deve misurarsi nella sua capacità di mantenere un equilibrio economico duraturo, ovvero, nella sua capacità di conseguire una gestione orientata alla creazione di valore economico-sociale, alla realizzazione di un equilibrio fra risorse consumate e utilità prodotte oltre che al soddisfacimento delle esigenze della collettività.

Inoltre i criteri guida dell'efficienza e dell'efficacia nella gestione della cosa pubblica riuscirebbero a scongiurare la prevaricazione degli interessi di alcuni a scapito di altri e la formazione di clientele, garantendo in tal modo la piena attuazione al principio di imparzialità a tutela degli interessi collettivi.

2. *Local Government Act* del 1999 e D. Lgs. 18 agosto 2000, n. 267: due normative a confronto.

Nel 1997, in Inghilterra, l'ascesa al potere del partito laburista ha determinato un forte impulso alle prerogative degli enti locali³⁹⁶ in quanto gli è stato attribuito il compito di *“adottare le opportune iniziative per garantire continui progressi nell'esercizio delle loro funzioni, avendo riguardo a criteri di economicità, efficienza ed efficacia”*³⁹⁷.

³⁹⁴ Vedi infra cap. III, par. 2 e 3.

³⁹⁵ G. LADU, *Processi decisionali e controlli di gestione nel settore pubblico*, in Riv. dir. fin., fasc.3, 2000, pag. 462.

³⁹⁶ In data 2 gennaio 2002 si procedeva all'abolizione del CCT (*Compulsive Competitive Tendering*), ossia, dell'obbligo giuridico di *“sottomettere un gruppo definito di attività a un processo di licitazione concorrenziale”* aprendo così al settore privato ampi spazi di intervento nell'ambito dei servizi sociali. Cfr. G. GOSETTI DI STURMECK, op. ult. cit.

Il Governo di Tony Blair, infatti, ha cercato di restituire agli enti locali il ruolo di *leadership* nel governo delle comunità territoriali.

³⁹⁷ *Local Government Act* del 1999, art. 3.1, in www.legislation.gov.uk.

Cfr. P. LEYLAND, *The Modernisation of Local and Regional Government in the United Kingdom: Towards A*

Gli effetti pregiudizievoli del *Compulsory Competitive Tendering*³⁹⁸ sulle condizioni di lavoro e sull'occupazione, unitamente all'incapacità del predetto sistema di produrre effetti positivi nella qualità ed efficienza dei servizi pubblici locali hanno spinto Tony Blair, primo ministro del Regno Unito dal 2 maggio 1997 al 27 giugno 2007, ad introdurre il *Best Value*³⁹⁹, un regime che, nelle intenzioni del partito laburista, avrebbe dovuto restituire “agli enti locali un maggior grado di flessibilità e autonomia nella determinazione degli strumenti per migliorare i propri servizi”⁴⁰⁰.

In particolare, il programma di “modernizzazione” degli enti locali presentato nel 1997 e, in seguito, recepito nel *White Paper “Modern Local Government: in Touch with People”*⁴⁰¹, ha posto tra i suoi principali obiettivi la trasformazione degli enti locali in *leaders* delle rispettive comunità, attori della prosperità economica, ambientale e sociale dei *cives*, garanti dell'erogazione di servizi pubblici di valore eccellente⁴⁰². A tal fine⁴⁰³ è

New Democratic State?, in C. Bologna, Bonomo Editrice, 2003, 200.

³⁹⁸ La più dura critica, condivisa dai contraenti privati oltre che dai consigli locali, ha avuto ad oggetto “l'alto grado di limiti e controlli imposti “dall'alto” che il CCT prevedeva”. Cfr. G. GOSETTI DI STURMECK, *Il nuovo welfare locale: dal Compulsory Competitive Tendering al Best Value Regime*, in *Le Regioni* 2/2007, 221.

“By the mid-1990s, however, there was widespread dissatisfaction with CCT. Many local authorities, hostile to the regime from the outset, opposed both the principle of privatization and the coercive instruments designed to deliver it. Research suggested that the regime was proving costly to implement and often failed to deliver genuine competition” Cfr. ENTWISTLE AND S. MARTIN, *From competition to collaboration in public service delivery: a new agenda for research*, in *Public Administration*, Blackwell Publishing, Oxford, Vol. 83 No. 1, 2005, 233.

³⁹⁹ Come è descritto da T. ENTWISTLE, M. LAFFIN, *A Prehistory of the Best Value Regime*, in *Local Government Studies*, 2005, vol. 31, n. 2, 213, l'origine della determinazione del Partito Laburista per la rimozione del CCT e l'introduzione di un programma di modernizzazione degli enti locali cominciò alla fine degli anni '80, dopo la sconfitta elettorale alle elezioni nazionali del 1987. Nel 1995, la parola chiave *best value* emerse durante un *workshop* della Associazione dei *District Councils* (ADC) dedicato agli aspetti fondamentali del programma laburista in materia di enti locali, in vista delle successive elezioni legislative. Il gruppo che elaborò la strategia per il superamento del CCT giunse quindi a reclamare “un dovere giuridico che vincolasse gli enti locali a perseguire il miglior valore del denaro”, spostando l'attenzione di qualsiasi futuro regime competitivo dai limiti imposti dal centro, alla responsabilizzazione verso il pubblico.

⁴⁰⁰ Cfr. G. GOSETTI DI STURMECK, *Il nuovo welfare locale: dal Compulsory Competitive Tendering al Best Value Regime*, in *Le Regioni* 2/2007, 221. “The Best Value regime requires local authorities to ‘make arrangements to secure continuous improvement in the way functions are exercised, having regard to a combination of economy, efficiency and effectiveness’”. AA. VV., *Evaluation of the long-term impact of the Best Value regime: Baseline report*, Centre for Local & Regional Government Research, Cardiff University, May 2003.

⁴⁰¹ ODPM, *Modern Local Government: in Touch with People*, London, ODPM, 1998. Vedi J. STEWART, *Modernising British Local Government. An assesment of Labour's Reform Programme*, Houndmills, Palgrave, 2003, 1.

⁴⁰² Best Value became a statutory responsibility for English local government in April 2000. Cfr. TONY BOVAIRD, ARIE HALACHMI, *Performance Measurement and Best Value: An International Perspective*, in www.enap.gov.br.

Gli obiettivi enunciati nel programma di governo hanno trovato il plauso del *Congress of Local and Regional Authorities* del Consiglio d'Europa nella *Recommendation 49 (1998) on the situation of local and regional democracy in the United Kingdom*, cit., successiva alla ratifica della *European Charter of Local Self-*

stato attribuito rilievo pregnante alla qualità complessiva dei servizi⁴⁰⁴, spostando l'attenzione sul rapporto costi-benefici e adottando un metodo collaborativo e partecipativo⁴⁰⁵ con i fruitori dei servizi teso a “consentire una maggiore flessibilità nelle relazioni con i terzi e nella negoziazione di nuovi strumenti contrattuali con essi”⁴⁰⁶.

Government da parte del Regno Unito, avvenuta il 24 aprile 1998, e al *Report* cit., dello stesso anno. Si veda in particolare l'allegato della Raccomandazione 49, contenente *Proposte in vista della promozione di riforme in materia di amministrazione locale e regionale nel Regno Unito*, in cui si auspicava, tra l'altro: una futura legge sull'autonomia locale del Regno Unito che dia “riconoscenza giuridica e quasi costituzionale” al principio di *local self-government*; l'attribuzione alle amministrazioni locali del potere generale di “guida della collettività” e non solo del ruolo di erogatori di pubblici servizi; la sostituzione dei *quangos* con autorità locali elette democraticamente. Particolare interesse destano inoltre i punti 42 e ss. dell'Allegato, riguardanti il tema dei controlli sugli enti locali da parte della Corte dei Conti e del Governo centrale, in merito ai quali il Congresso espresse notevoli dubbi circa la loro compatibilità con l'art. 8 della *European Charter of Local Self-Government* e, tuttavia, apparve fiducioso che le riforme proposte dal Governo neo-eletto avrebbero ricondotto il Regno Unito sui principi della Carta.

⁴⁰³ Tale impostazione è recepita nel capitolo VII del Libro Bianco del 1998 - “*Improving local services through best value*”. Qui si dice che un ente di governo moderno che voglia mettere al primo posto i cittadini, deve cercare di offrire servizi che reggono il confronto con il meglio. Non solo il meglio rispetto a quanto offerto dagli altri enti pubblici, ma anche rispetto a quanto offerto dal settore privato. Perciò, incrementi continui nella qualità e nei costi dei servizi, saranno la caratteristica di un moderno ente pubblico e il test su cui misurare l'obiettivo del *Best Value*.

⁴⁰⁴ Vedi A.C.L. DAVIES, *Beyond New Public Management: Problems of Accountability in the Modern Administrative State*, in N. BAMFORTH and P. LEYLAND, *Accountability in the Contemporary Constitution*, Oxford, 2013, 338. In tal senso anche G. GOSETTI DI STURMECK, *Il nuovo welfare locale: dal Compulsory Competitive Tendering al Best Value Regime*, in *Le Regioni* 2/2007, 230.

⁴⁰⁵ “*As early as 1998 the Prime Minister outlined a vision of collaboration rather than competition, explaining that: ‘It is in partnership with others – public agencies, private companies, community groups and voluntary organisations – that local government’s future lies’*”. Cfr. T. ENTWISTLE AND S. MARTIN, *From competition to collaboration in public service delivery: a new agenda for research*, in *Public Administration*, Blackwell Publishing, Oxford, Vol. 83 No. 1, 2005, 233. Tony Blair in *The guardian*, 3/11/97 ha affermato: “*Non ci può essere alcun monopolio nell'erogazione dei pubblici servizi da parte degli enti locali; gli anni '70 non saranno rivisitati. Offrire servizi di qualità implica che gli enti locali devono instaurare partnerships con le comunità, con le agenzie esistenti, e con il settore privato*”. Questo orientamento è stato definito dallo stesso Blair una “terza via” (*third way*), tesa a combinare l'impegno per l'efficienza economica e per la giustizia sociale. Peraltro, la critica ha ritenuto che tale impostazione fosse sintomatica dell'assenza di una filosofia distintiva e di principi coerenti nei *New Labours*, ovvero, un camuffamento per l'adozione della predisposizione ideologica verso il mercato che caratterizzava il programma neo-liberal della Thatcher. Cfr. C. PAITER, *Public Service Reform From Thatcher To Blair: A Third Way*, in *Parliamentary Affairs* 1999, vol. 52, 94; L. FREY, *La riforma dello “stato del benessere”, secondo il programma del Governo Blair*, in *Quaderni di Economia del Lavoro* 2001, vol. 70; M. DI MEGLIO, *Sociologia della Terza Via*, in *Economia & Lavoro* 2002, n. 2, 39 ss. Cfr. P. MARTINO, *Il risveglio della local option nel Regno Unito*, in A. TORRE, L. VOLPE (a cura di), *La Costituzione britannica, The British constitution*, Giappichelli, Torino, 2005, 1155 ss. Secondo l'A. “*l'enfasi posta sull'estensione e l'importanza strategica della consultazione popolare è indice di un sostanziale ottimismo del Governo Laburista in relazione agli esiti di questo progetto a livello locale, esiti auspicati che si possono riassumere in questo modo: un legame regolare tra councils e comunità locali; coinvolgimento della popolazione locale nel processo di decision-making; rafforzamento della responsabilità dei decision-makers nei confronti della popolazione locale in modo da radicare la percezione da parte della popolazione dell'efficacia politica del suo intervento; infine, un miglioramento della ricettività da parte del governo locale nei confronti delle richieste ed esigenze del cittadino-user al fine di migliorare la qualità dei servizi*”.

⁴⁰⁶ P. LEYLAND, *The Modernisation of Local and Regional Government in the United Kingdom: Towards A New Democratic State?*, in C. Bologna et al., *Europa, Regioni ed enti locali in Italia, in Spagna e nel Regno Unito*, Bologna, Libreria Bonomo Editrice, 2003, 200.

Il *Local Government Act* del 1999 ha costituito il primo strumento di attuazione di questo programma. Tra le sue previsioni l'abolizione, in Inghilterra e Galles, a decorrere dal 2 gennaio 2000⁴⁰⁷, del CCT e l'imposizione, a carico degli enti locali, del dovere generale di consultare i rappresentanti di tutti i soggetti che avessero un interesse in qualsiasi ambito dei servizi offerti dall'ente⁴⁰⁸.

Sebbene fosse stato respinto il dogma che prestazioni di qualità fossero necessariamente connesse alla privatizzazione delle *utilities*⁴⁰⁹, nel complesso, la concorrenza con il settore privato è stata considerata ancora un elemento centrale⁴¹⁰: sulla base di “una presunzione di libera concorrenza in presenza di una pluralità di possibili erogatori”⁴¹¹, le procedure concorrenziali, infatti, sono state qualificate come lo

⁴⁰⁷ Il nuovo regime fu adottato su base volontaria anche in Scozia e Irlanda del Nord, anche se con caratteri parzialmente differenti. Ad esempio, in Scozia non si è avuta alcuna legislazione attuativa fino al 2003. Prima di allora, il regime di *Best Value* era stato implementato sulla base di atti non legislativi, attraverso la collaborazione realizzata da una *Task Force* di cui facevano parte: rappresentanti dell'esecutivo scozzese, degli enti locali e della Corte dei Conti (*Account Committee*) responsabile della funzione di revisione, in Scozia. Cfr. SCOTTISH EXECUTIVE, *Best Value. Making choice, Vol. I, (A Manager's guide to the Strategic Framework for Best Value, Procurement and Competitiveness)*, in <http://www.scotland.gov.uk/Publications> 2001 e, per quanto avvenuto in Irlanda del Nord, R. MCADAM, T. WALKER, *An inquiry into Balanced Scorecards within Best Value Implementation in UK Local Government*, in *Public Administration* 2003, vol. 81, n. 4, 875.

⁴⁰⁸ Precisamente, il testo dell'art. 3 prescrive: “*The general duty. 3. – 1) A best value authority must make arrangements to secure continuous improvement in the way in which its functions are exercised, having regard to a combination of economy, efficiency and effectiveness. 2) For the purpose of deciding how to fulfil the duty arising under subsection 1) an authority must consult –*

a) representatives of persons liable to pay any tax, precept or levy to or in respect of the authority,

b) representatives of persons liable to pay non-domestic rates in respect of any area within which the authority carries out functions,

c) representatives of persons who use or are likely to use services provided by the authority, and

d) representatives of persons appearing to the authority to have an interest in any area within which the authority carries out functions.

3) For the purposes of subsection 2) “representatives” in relation to a group of persons means persons who appear to the authority to be representative of that group. 4) In deciding on – a) the persons to be consulted, and b) the form, content and timing of consultations, an authority must have regard to any guidance issued by the Secretary of State”.

⁴⁰⁹ Allo stesso tempo, è stato affermato e che l'erogazione diretta non fosse necessariamente la via preferibile in presenza di alternative più efficienti.

⁴¹⁰ Cfr. A.C.L. DAVIES, *Beyond New Public Management: Problems of Accountability in the Modern Administrative State*, in N. BAMFORTH and P. LEYLAND, *Accountability in the Contemporary Constitution*, Oxford, 2013, 338. L'A. afferma: “*It might have been expected that a Labour government would oppose NPM on ideological grounds, but an important part of Labour's 'reinvention' as New Labour involved abandoning the party's traditional preference for public over private service provision, and adopting instead the 'third way' approach to politics as described by Giddens. The 'third way' sought to draw on the strengths of both the public and the private sectors and was neatly captured in Tony Blair's mantra 'what counts is what works'. Thus, the government continued to advocate the use of contracts and pseudo-contracts in the delivery of public services, and extended the approach into new sectors [...]*”.

⁴¹¹ M. COLE, *Local Government Reform in Britain 1997-2001: National Forces and International Trends*, in *Government and Opposition Ltd* 2003, 187. Ciò risulta ancora più evidente se consideriamo i sei esempi che il *White Paper* del 1998 fornisce come “test di competitività” a cui gli enti locali possono sottoporsi, quattro dei quali implicano una certa apertura al libero mercato: *a) erogare il servizio in house e consentire il finanziamento da parte dei privati; b) affidare l'erogazione del servizio ai privati dopo una libera gara tra essi*

strumento più idoneo⁴¹² a determinare un incremento qualitativo nei servizi offerti.

Il passo successivo è stato quello di imporre alle pubbliche amministrazioni “*una serie di prescrizioni, controlli e sanzioni simili, in effetti, ai requisiti formali che vigevano sotto il CCT*”⁴¹³ che hanno favorito il ricorso a strumenti di mercato⁴¹⁴.

E’ quindi evidente come, nonostante gli auspicati propositi di autonomia e differenziazione degli enti locali⁴¹⁵, la citata legge abbia fatto ben poco “*per sovvertire il lungo trend che ha caratterizzato il secolo scorso verso l’accentramento dei poteri di governo, e che ha determinato lo spostamento di molte funzioni dalle autorità locali verso agenzie autonome e dipartimenti del Governo centrale*”⁴¹⁶. Parte della dottrina ha sostenuto, infatti, che “*il Best Value, più che spazzar via il CCT, sarebbe sorto sulle sue*

soltanto; c) istituire una *joint venture* o una collaborazione tra soggetti privati dopo averli messi in concorrenza; d) fare una gara tra privati a cui partecipa anche l’ente pubblico e poi scegliere se erogare direttamente il servizio o esternalizzarlo. (I due casi che non comportano pratiche concorrenziali sono: erogazione diretta *in toto* ed erogazione diretta con valutazione comparativa dei risultati – *benchmarking* –). Si veda anche la Circolare 10/99 del DETR, in cui sono date sette opzioni agli enti locali, solo due delle quali comportano l’erogazione diretta del servizio. “Per cui, a parte il caso in cui si decida di interrompere del tutto l’erogazione diretta del servizio (opzione 1) tutte le alternative comportano in qualche misura il coinvolgimento di contraenti esterni” (così P. HIGGINS *et al.*, *The Role of Competition* cit., 225).

⁴¹² “*Il favore per la concorrenza da parte dell’amministrazione conservatrice, nel corso degli anni ’80 e ’90, trovava fondamento nella constatazione che i dirigenti pubblici sono normalmente inefficienti nel perseguire l’interesse pubblico, andando spesso a privilegiare il loro interesse privato*”. Cfr. G. GOSETTI DI STURMECK, *Il nuovo welfare locale: dal Compulsory Competitive Tendering al Best Value Regime*, in *Le Regioni* 2/2007, 232.

⁴¹³ P. VINCENT-JONES, *Competition and Contracting in the Transition from CCT to Best Value: Towards a more reflexive Regulation?*, in *Public Administration* 1999, vol. 77, n. 2, 274. Nello stesso senso v. J. STEWART, *Modernising British Local Government. An assesment of Labour’s Reform Programme*, Houndmills, Palgrave, 2003, 131, secondo il quale “*sono sorti problemi sia con il Best Value Regime di per sé, sia con le procedure di ispezione e revisione. In sintesi, questi problemi consistono nella tendenza che il Best Value diventi un procedimento burocratico che occupa il tempo dei dirigenti senza produrre corrispondenti benefici. In altri termini, il Best Value Regime non ha prodotto best value*”.

⁴¹⁴ Cfr. G. BOYNE *et al.*, *Competitive Tendering and Best Value in Local Government*, in *Public Money & Management* 1999, 23, in cui l’Autore chiarisce la distinzione tra i termini: *competitiveness* (competitività) e *competition* (concorrenza). “*Un servizio o prodotto può dirsi competitivo (competitivo) se il suo costo e la sua qualità sono simili a quelli che si possono ottenere dai leaders del mercato, in quel settore. In questo senso, competitiveness indica un risultato: il termine descrive la prestazione di un’organizzazione rispetto ai suoi rivali. Il termine competition, al contrario, si riferisce alla struttura del servizio e al comportamento dei soggetti che lo forniscono nel mercato. Se è presente la competition, allora il mercato contiene una pluralità di attori, nessuno dei quali controlla il mercato*”. Si veda anche G. BOYNE, *External Regulation and Best Value in Local Government*, in *Public Money & Management* 2000, 7.

⁴¹⁵ G. GOSETTI DI STURMECK, *Il nuovo welfare locale: dal Compulsory Competitive Tendering al Best Value Regime*, in *Le Regioni* 2/2007, 232.

⁴¹⁶ P. VINCENT-JONES, *Central-Local Relations under the Local Government Act 1999: A New Consensus?*, in *The Modern Law Review Limited* 2000, vol. 63, 98; T. ENTWISTLE AND S. MARTIN, *From competition to collaboration in public service delivery: a new agenda for research*, in *Public Administration*, Blackwell Publishing, Oxford, Vol. 83 No. 1, 2005, 233. In particolare, Entwistle and Martin hanno affermato che “*The new Labour Government, elected in 1997, has emphasized the benefits of collaborative rather than competitive forms of procurement (Parker and Hartley 1997). While some commentators imply that the change in language is a cover for the continuation of the same policy by other means (Teisman and Klijn 2002), we argue that the turn to partnership marks an important departure in service delivery*”.

*fondamenta*⁴¹⁷.

A livello interno, per contro, l'art. 3 del D. Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, c.d. Testo Unico delle Leggi sull'ordinamento degli Enti Locali, ha ribadito l'impostazione di cui alla Legge n. 142, affermando che Comuni e Province hanno “*autonomia statutaria, normativa, organizzativa e amministrativa, nonché autonomia impositiva e finanziaria nell'ambito dei propri statuti e regolamenti e delle leggi di coordinamento della finanza pubblica*”. Tale previsione è stata cristallizzata nel 2001 dalla legge costituzionale n. 3 che, riformando il titolo V della Costituzione⁴¹⁸, ha ribaltato i precedenti criteri di riparto delle competenze in materia normativa e amministrativa, riconoscendo le autonomie locali come enti esponenziali preesistenti alla formazione della Repubblica e rimodulando l'intervento statale in ossequio ai principi di sussidiarietà verticale, differenziazione, adeguatezza e responsabilità⁴¹⁹.

La disciplina delle disposizioni precedentemente richiamate della Legge n. 142 del 1990 è stata interamente trasfusa nel T.U.E.L.

⁴¹⁷ S. MARTIN, *Visions of Best Value: Modernizing or Just Muddling Through?*, in *Public Money & Management* 1999, 57. Nello stesso senso v. M. GEDDES, S. MARTIN, *The Policy and Politics of Best Value: Current, Crosscurrent and Undercurrent in the New Regime*, in *Policy & Politics* 2000, vol. 28, n. 3; M. LOUGHLIN, *Central Local Government Relations*, in J. JOWELL, D. OLIVER, *The Changing Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 160.

⁴¹⁸ Tra i contributi sugli esiti di tale riforma nel rapporto di competenze tra Stato e Regioni si veda G. F. FERRARI, *Servizi pubblici locali e forme miste di gestione pubblico – privati*, in *L'attuazione del Titolo V della Costituzione, Atti del Convegno di studi amministrativi – Varenna 16 – 18 settembre 2004*, Milano, 2005.

⁴¹⁹ In questa direzione, in relazione alle funzioni amministrative, ai Comuni - quali enti più prossimi ai bisogni dei cittadini - è stato attribuito il compito di provvedere alla realizzazione dei diritti fondamentali e dei bisogni essenziali delle comunità di riferimento, fatte salve le funzioni riservate al livello di governo sovraordinato. A livello legislativo, invece, alle Regioni è stata riconosciuta potestà normativa generale. Si veda al riguardo l'art. 117 Cost. Con specifico riferimento ai servizi pubblici, il nuovo Titolo V ha reso concorrente la potestà normativa in materia di ordinamento delle fonti di energia, delle comunicazioni, dei trasporti, ma soprattutto in materia di governo del territorio, in cui il ruolo di pianificazione affidato a Stato e Regioni ha inciso sulla competenza regolamentare degli Enti locali in materia di organizzazione e gestione dei servizi, con rilevanti conseguenze in termini di efficienza ed efficacia dei servizi resi all'utenza. In questi termini M. DUGATO, *Problematiche giuridiche del rapporto tra governo del territorio e servizi pubblici locali*, in *Osservatorio del diritto del governo del territorio*, IUAV (<http://www.iuav.it/Facolta/facolt--di/OSSERVATOR/>), secondo cui il governo del territorio non può limitarsi alla mera riconducibilità alla materia dell'urbanistica, ma coinvolge la pianificazione di tutte le attività rivolte a favorire lo sviluppo delle comunità locali, tra cui i servizi pubblici, sotto il profilo - in particolare - dei servizi a rete, favorendo la realizzazione dei principi di sussidiarietà verticale e orizzontale. Per quanto poi concerne la potestà regolamentare degli enti locali, secondo l'A. “*Si tratta di funzioni attribuite agli enti locali in ragione del principio di sussidiarietà, che impongono adeguati interventi organizzativi interni*”.

Cfr. A. PAJNO, *Gli enti locali e gli strumenti di diritto privato*, in *Dir. Amm.*, 2009, 45. Secondo l'A. “*la necessità di realizzare l'unificazione del paese impone, così, una sorta di torsione dell'autonomia degli enti locali: essa viene riconosciuta come originaria, anche se la sua organizzazione su base rappresentativa e democratica viene letta come una derivazione dell'organizzazione statale; è idonea ad evitare la riduzione dell'ente locale ad un ufficio “statale”, ma non fa di esso un soggetto del tutto diverso rispetto allo Stato; non si risolve nel riconoscimento di attribuzioni e funzioni amministrative originarie dell'ente locale, ma nella possibilità di attribuire funzioni pubbliche sostanzialmente decentrate dallo Stato nella sede locale*”.

Peraltro, con particolare riferimento all'*azienda speciale*, modello preferenziale di gestione dei servizi pubblici economici, è stata rilevata⁴²⁰ la strutturale inidoneità - al pari dell'antecedente storico - a fornire prestazioni di rilevanza imprenditoriale. In particolare, il perpetrarsi di un modello di gestione soggetto all'influenza delle decisioni di natura politica dell'autorità pubblica faceva emergere le stesse criticità presenti nelle municipalizzate⁴²¹. In pratica, l'efficienza e l'economicità rischiavano di essere compromesse a vantaggio di indirizzi di natura non imprenditoriale o di affidamenti fiduciari, con dirette conseguenze sulla qualità dei servizi e sulle tariffe a carico dell'utenza⁴²².

Questo stato di cose ha favorito l'affermarsi della società di capitali per la gestione dei servizi pubblici. La crescita smisurata di società di capitali pubblico-private, comprese quelle per la gestione di servizi pubblici locali, era tesa principalmente a sanare il debito pubblico più che a promuovere la concorrenza e la competizione tra operatori privati. Infatti, sovente, le dismissioni venivano disposte a favore di altri soggetti pubblici mentre, nelle restanti ipotesi, la presenza del socio privato rafforzava regimi di monopolio esistenti, con i conseguenti vantaggi connessi alla possibilità di operare senza concorrenza⁴²³.

⁴²⁰ Cfr. A. PERICU, *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, Milano, 2001, p. 433. Tra le criticità l'A. cita il mantenimento dell'affidamento diretto della gestione del servizio ad un soggetto formalmente distinto dalla Pubblica Amministrazione locale, ma sostanzialmente consistente in una sorta di commistione tra ente deputato alla programmazione e ente deputato alla gestione; la persistenza in capo al Comune del potere di determinare gli indirizzi e le direttive dello svolgimento dell'attività, di controllare direttamente gli atti organizzativi interni dell'azienda e di influire sulle modalità di erogazione del servizio e sulla determinazione delle tariffe; il mantenimento di caratteristiche proprie delle aziende municipalizzate come il pareggio di bilancio e l'impossibilità dell'azienda di operare in contesti extraterritoriali, che ne frenavano l'imprenditorialità e le capacità di sviluppo attraverso l'apertura a nuovi ambiti di attività. Si veda anche S. MARCHI, *L'azienda speciale nella gestione dei servizi locali: acquisto della personalità giuridica e problemi giurisdizionali in tema di controversie riguardanti le gare di appalto*, in Riv. Trim. app., 1997, pp. 729 ss.

⁴²¹ Secondo A. VIGNERI, *La liberalizzazione dei servizi pubblici locali*, in Le Regioni, 5/02., p. 1091: "l'ente locale soffriva di asimmetria informativa sia nei confronti del concessionario privato, sia anche nei confronti della propria azienda o società, come risulta evidente dal fatto che il contenuto dei contratti di servizio è ordinariamente formulato negli uffici del soggetto gestore". Evidenziano le inefficienze derivanti dalla persistente commistione di ruoli in capo all'Ente locale, anche successivamente all'emanazione della legge 142/90 anche S. CASSESE, *I modelli di gestione dei Servizi pubblici*, in AziendaItalia, 5/1995, pp. 565 ss; G. ROSSI, *I servizi pubblici*, in Riv. Giur. Quadr. Pubbl. serv., 1998, pp. 11 ss.

⁴²² A. VIGNERI, *La liberalizzazione dei servizi pubblici locali*, cit., p. 1092.

⁴²³ Tale rafforzamento era dovuto anche dalla possibilità, espressamente riconosciuta, di affidare direttamente alle società privatizzate anche la realizzazione delle opere necessarie al corretto funzionamento del servizio e la realizzazione di infrastrutture ed altre opere di interesse pubblico. M. DUGATO, G. PIPERATA, *I servizi pubblici locali nel governo del territorio*, cit., p. 7.

In sostanza, in netta controtendenza con lo spirito della riforma, nonché con il graduale affermarsi dei principi comunitari di libero mercato e di concorrenza⁴²⁴, è stato riproposto un rapporto con l'utenza sostanzialmente assimilabile allo schema tradizionale della potestà – soggezione tipico dell'ideologia statalista che aveva animato la legge del 1903.

3. *L'intervento della legge finanziaria per il 2002.*

Nel 2001, con l'obiettivo di dare attuazione alle regole di concorrenza, intese come liberalizzazione dei mercati e superamento degli assetti monopolistici, nella convinzione dell'esistenza di un nesso di proporzionalità diretta tra la crescita dell'iniziativa economica privata e gli effetti favorevoli per i *cives*, l'art. 35 della Legge n. 448⁴²⁵ ha innovato integralmente la disciplina dei servizi pubblici sostituendo l'intero *corpus* dell'art. 113 T.U.E.L.

In attuazione dell'art. 118, 4° comma, Cost., in relazione al modello della società a prevalente capitale pubblico locale⁴²⁶, il legislatore ha statuito che, in presenza di un mercato concorrenziale, l'ente locale non fosse “*più il soggetto titolare della gestione del servizio*”⁴²⁷ e, pertanto, dovesse fare ricorso alla pubblica gara per l'affidamento delle gestione delle *public utilities*⁴²⁸.

⁴²⁴ Cfr. A. PERICU, *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, Milano, 2001, p. 433.

⁴²⁵ G. SEVERINI, *L'affidamento dei servizi pubblici locali: caratteri e procedure*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2003, II, pag. 173 e ss.: l'art. 35 segna una svolta sul piano dei modelli organizzativi, “*verso l'applicazione congiunta dei principi di privatizzazione ed esternalizzazione*”, e realizza ciò generalizzando per tutti i settori a rilevanza industriale – il cui ambito dovrà esser definito in via regolamentare, ai sensi del 16° comma – il principio della gara, optando per un modello di “*privatizzazione formale*” delle attività “*compensato dalla demanializzazione di reti, impianti e altre dotazioni*” e imponendo, ai sensi dell'8° comma, la trasformazione delle aziende speciali e dei consorzi in società di capitali, “*condannando all'estinzione la gestione in economia*”. Ad opera del suo intervento, il testo del 5° comma dell'art. 113 d.lgs. 267/2000 disporrà: “*l'erogazione del servizio, da svolgere in regime di concorrenza, avviene secondo le discipline di settore, con conferimento della titolarità del servizio a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica*”.

⁴²⁶ In relazione a tale aspetto di veda L. PERFETTI, *I servizi pubblici locali. La riforma del settore operata dall'art. 35 della l. n. 448/2001 ed i possibili profili evolutivi*, in *Dir. Amm.*, 2002, 587.

⁴²⁷ Così C. VOLPE, op. cit.

⁴²⁸ Parte della dottrina ritiene che il legislatore avesse, con l'innovazione in discorso, individuato il modello più idoneo alla migliore gestione del servizio ed alla valorizzazione del patrimonio, senza peraltro considerare le difficoltà dello svolgimento di un servizio pubblico da parte di un organismo prettamente privatistico. In tal senso V. DOMINICHELLI, *I servizi pubblici locali tra diritto amministrativo e diritto privato (a proposito del*

Contro la predominanza delle forme pubblicistiche di gestione, similmente a quanto già previsto in Inghilterra con il *Local Government Act* del 1999, è stata conferita al complessivo assetto dei servizi pubblici locali una connotazione marcatamente privatistica, privilegiando il modello organizzativo societario per la gestione del servizio e la raccolta di capitali privati per la realizzazione di investimenti anche infrastrutturali.

Peraltro, è opportuno evidenziare che la linea scelta dalla Legge n. 448 è andata ben oltre i *dicta* comunitari, indifferenti rispetto alle scelte gestorie e organizzative nazionali⁴²⁹, incentrati prevalentemente sul rispetto dei principi di parità di trattamento e di concorrenza in caso di affidamento della gestione a terzi⁴³⁰.

Tra l'altro, l'obiettivo dell'universalità, consistente nel garantire la fruizione di prestazioni essenziali a tutti i *cives*, non implicava uno specifico regime, né specifiche forme organizzative del servizio pubblico locale.

In attuazione dei principi comunitari del libero mercato, la novella legislativa ha introdotto, inoltre, la distinzione tra servizi pubblici di rilevanza industriale e servizi

“nuovo” art. 113 del T.U.E.L.) in Dir. Amm., 2002, 311.

Il comma 7 dell'art. 113 nonché l'art. 113-bis sono stati dichiarati incostituzionali con sentenza 27 luglio 2004, n. 272. La Consulta ha escluso che la materia dei servizi pubblici locali sia riconducibile alle funzioni fondamentali degli enti locali, in quanto “la gestione di detti servizi non può certo considerarsi esplicazione di una funzione propria ed indefettibile dell'ente locale”, o alla determinazione dei livelli minimi inerenti le prestazioni essenziali a tutela dei diritti civili e sociali, ritenendo che la stessa attenga piuttosto alla materia “trasversale” della tutela della concorrenza di cui all'art. 117, comma 2, lett. e, Cost. Pertanto, la Consulta ha ritenuto illegittimo il comma 7 dell'art. 113 del d. lgs. 267/2000 nella parte in cui, in modo puntuale e con tecnica autoapplicativa, indica i criteri di svolgimento della gara per l'affidamento dei servizi pubblici locali, ritenendo l'intervento statale invasivo della sfera delle Regioni. Ha pure considerato illegittimo l'art. 113-bis nella sua interezza in virtù della mancata afferenza della materia dei servizi privi di rilevanza economica, di cui tale articolo si occupa, alla concorrenza.

⁴²⁹ L'ordinamento comunitario, infatti, consapevole delle peculiarità correlate alla gestione dei servizi di interesse economico generale e alla necessità che gli stessi vengano trattati in modo differenziato, consente ai singoli Stati di valutare, in modo non arbitrario, l'eventualità di derogare alle regole concorrenziali. Il Paragrafo 79 del Trattato prevede, infatti, che “per quanto riguarda l'organizzazione della fornitura di un servizio di interesse economico generale, gli Stati membri sono liberi di stabilire le modalità di gestione, sempre nel rispetto delle norme comunitarie. In ogni caso, il grado di apertura del mercato e la concorrenza in un determinato servizio di interesse economico generale è deciso dalle pertinenti norme comunitarie sul mercato interno e sulla concorrenza. Per quanto riguarda la partecipazione dello Stato nella fornitura di servizi di interesse economico generale, spetta alle autorità pubbliche decidere se fornire questi servizi direttamente tramite la propria amministrazione oppure se affidarli a terzi (soggetti pubblici o privati)”.

Cfr. VERA PARISIO, *Gestione dei servizi pubblici locali, tutela delle risorse pubbliche e contenimento della spesa*, in Foro Amm., TAR 2013, n. 1, p. 8. L'art. 295 del Trattato CE, infatti, è teso a garantire, specificamente, la neutralità del diritto comunitario nei confronti della proprietà delle imprese. In tal senso A. GARDELLA, *Art. 295 TCE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, cit., p. 1312; L. BERTONAZZI- R. VILLATA *Servizi di interesse economico generale*, in Chiti - Greco (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo* (coordinato da Cartei e Galetta), Milano, 2^a ed., 2007, parte speciale, IV, 1814.

⁴³⁰ Si veda la sentenza della Corte di Giustizia CE, sez. I, 6 aprile 2006, n. 410, in Dir. e giust. 2006, 29, 115 (s.m.).

pubblici privi di tale rilevanza⁴³¹. Per i primi, è stata prevista la ripartizione tra la proprietà delle reti⁴³² e degli impianti, attribuita in via esclusiva agli enti locali, e la gestione delle medesime con l'affidamento del servizio, per il quale l'art. 113 del D. Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 ha sancito la necessità dell'espletamento di procedure ad evidenza pubblica⁴³³. Oltre al caso classico della gestione separata, mediante società di capitali con partecipazione pubblica maggioritaria costituite *ad hoc* o con imprese private selezionate con gara, la stessa norma, al comma 5, ha previsto la possibilità di assegnare, insieme alla gestione del servizio, anche la gestione della rete. Ovviamente, anche in questo caso, si sarebbe dovuto procedere con gara pubblica⁴³⁴.

⁴³¹ Erano considerati a rilevanza industriale i servizi che si inserivano in un mercato concorrenziale e competitivo, *id est* "quelli destinati ad operare nel mercato in quanto si avvicinano molto alle imprese private ma hanno un regime particolare di obblighi e diritti; in particolare, l'obbligo di fornitura delle prestazioni a condizioni uguali su tutto il territorio e quello di perequazione delle tariffe", mentre erano privi di rilevanza industriale quei servizi per i quali, per loro natura o per i vincoli cui era sottoposta la gestione, era indifferente la tutela del principio della concorrenza.

⁴³² L'art. 35 stabiliva che la proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali restasse in capo agli enti (art. 113, comma 2), salva la facoltà per questi ultimi di trasferirla a società di capitali delle quali detenessero la maggioranza assoluta dichiarata dalla legge incedibile (art. 113, comma 13), eliminando la regola dell'affidamento diretto della gestione del servizio e introducendo quella, opposta, dell'obbligo generale di una procedura di evidenza pubblica.

⁴³³ M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Parte speciale, vol. II, Milano, 2003, pag. 259 e ss, osserva: "la nuova disciplina, con la separazione fra la proprietà di reti ed impianti e la gestione del servizio e con la sostanziale rinuncia alla tipicità delle forme di gestione, rende ancora più evidente la separazione concettuale e giuridica tra la titolarità del servizio e la sua gestione. A parte i rari servizi contraddistinti dalla privativa dell'ente locale, gli altri servizi ammettono tanto l'assunzione da parte pubblica quanto l'iniziativa del privato". Opera così una nozione di servizio pubblico locale come di attività la cui titolarità, per iniziativa pubblica e, quindi, per riconoscimento della finalizzazione dell'attività alla soddisfazione di un bisogno primario della collettività, è pubblica – il che non si traduce nella necessaria gestione pubblica del servizio, "bensì nella facoltà, nel caso dei servizi non industriali, e nell'obbligo, nel caso dei servizi industriali, di attribuire ad altri soggetti la conduzione dell'attività". Ancora "il nuovo testo dell'art. 113, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 ha considerato che solo la separazione fra la proprietà delle reti e la gestione del servizio consente che vi sia un'effettiva concorrenza fra più gestori o nella gara per l'individuazione dell'unico gestore. [...] Con l'entrata in vigore del nuovo testo dell'art. 113, la tipicità perde qualsiasi ragion d'essere in virtù del completamente superamento delle forme pubbliche di gestione e della riconduzione dell'erogazione del servizio nell'ambito dell'organizzazione privata dell'impresa. Ciò che rimane nella sfera pubblica è la definizione delle condizioni del servizio, accedente alla funzione di regolazione, e la gestione della procedura di evidenza pubblica unicamente volta ad individuare il gestore del servizio. In virtù dell'art. 113, 5° c., l'erogazione del servizio (nel caso dei servizi industriali), da svolgere in regime di concorrenza e secondo le discipline di settore, è affidata a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedura ad evidenza pubblica". In particolare non sarà più possibile provvedere allo svolgimento in economia, alla costituzione di aziende speciali o consorzi, indipendentemente dalla dimensione del servizio. La giurisprudenza amministrativa era pressoché unanime nel ritenere necessaria la selezione secondo le procedure dell'evidenza pubblica in ragione di esigenze di imparzialità, funzionalità e tutela della concorrenza che impongono all'ente locale di esperire gare per la selezione del privato che intenda svolgere attività per conto e nell'interesse della pubblica amministrazione. Cfr. V. Cons. Stato, sez. V, 19 febbraio 1998, n. 192, in *Foro amm.*, 1998, 432; 3 settembre 2001, n. 4586, in *Cons. Stato*, 2001, I, 1949.

⁴³⁴ F. G. SCOCCA evidenzia come con la riforma in parola, che aveva imposto la procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio, un imprenditore privato non avrebbe più avuto interesse a partecipare ad un'operazione di PPP con un ente locale non più affidatario diretto del servizio. D'altra parte, non vi

Adeguandosi ai principi comunitari esplicitati nella circolare 10 marzo 2002 della Presidenza del Consiglio - Dipartimento per le politiche comunitarie⁴³⁵, secondo cui l'affidamento della gestione di un servizio pubblico, pur se non regolato dalle direttive in tema di appalti, soggiace a principi di confronto competitivo ricavabili direttamente dal Trattato, l'art. 113, comma 5, ha rappresentato “*l'ingresso della tutela della concorrenza tra i principi fondamentali della materia*”⁴³⁶, superando il sistema dell'affidamento diretto⁴³⁷ previsto, prima di allora, a favore delle società miste a partecipazione pubblica locale.

A dimostrazione della centralità del *civis* quale utente del servizio, il nuovo criterio di aggiudicazione della gara non era più quello del prezzo più conveniente ma, secondo quanto prescritto dal comma 7 dell'art. 35, quello dell'*offerta economicamente più vantaggiosa*, che doveva tener conto anche degli aspetti qualitativi del servizio offerto da ciascun partecipante alla gara.

Peraltro, come rilevato da Vera Parisio, “*le vicende normative che si sono susseguite, ma non solo, hanno dimostrato che il modello societario misto tanto*

sarebbe alcuna ragione di carattere economico o organizzativo che possa giustificare la circostanza che un risparmiatore o un amministratore privato metta i suoi soldi a disposizione di una società che, in realtà, poi finisce per essere gestita con metodi che potrebbero anche non essere del tutto consoni alle esigenze imprenditoriali. Così F.G. SCOCCA, *La collaborazione tra pubblico e privato*, in ALJS VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto*, Torino, 2006, 193 e ss. Nello stesso senso si veda R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2004, 274-275. Si sarebbe ingenerata un'inutile duplicazione di procedure ad evidenza pubblica. Duplicazione che non avrebbe trovato giustificazione nemmeno nella imprescindibile necessità di garantire il principio di concorrenza, poiché tale assioma sarebbe stato, comunque, tutelato ove l'evidenza pubblica fosse stata espletata, in alternativa, o nella fase di scelta del partner o in quella, successiva, dell'affidamento o viceversa.

⁴³⁵ Vd. G.U. n. 102 del 3 maggio 2002.

⁴³⁶ L'espressione è di M. DUGATO, *La disciplina dei servizi pubblici locali*, *Giornale di dir. amm.*, 2004, I, pag. 121 ss., che riconosce tratti essenziali dell'intervento legislativo nella “separazione fra la proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali, la loro gestione e l'erogazione del servizio”. M. CAMMELLI, *Concorrenza, mercato e servizi pubblici: le due riforme*, *Riv. trim. app.*, 2003, pag. 513 ss., osserva “*l'applicazione del principio di libera concorrenza al sistema dei servizi pubblici nasce come risposta a due differenti esigenze: una più proficua allocazione delle risorse e un riequilibrio nelle relazioni fra amministrazioni e imprese pubbliche, da un lato, e i consumatori – utenti – cittadini dall'altra*”. Dall'affermazione di simile principio derivò ex art. 35 che “l'affidamento dell'erogazione del servizio potesse aver luogo solo per mezzo di una procedura di evidenza pubblica tra gli aspiranti gestori (organizzati in forma di società di capitali), dalla quale erano escluse le società a partecipazione pubblica affidatarie in via diretta di servizi pubblici locali”. In senso più critico, G. SEVERINI, *op. loc. cit.*, pag. 177, osserva che “la neutralità delle forme organizzative, derivante dal riferimento alla mera società di capitali, e l'indifferenza dell'assetto proprietario del soggetto erogatore del servizio” sono, certo, condizioni essenziali per la liberalizzazione, ma “*non significano senz'altro liberalizzazione del settore*”. Il legislatore sembra essersi mosso nel senso della privatizzazione, non verso una vera e propria liberalizzazione, essendosi sostanzialmente limitato alla “*depubblicizzazione delle attività di erogazione dei servizi*”.

⁴³⁷ In relazione ai servizi pubblici locali privi di rilevanza industriale veniva mantenuto il modello gestionale dell'affidamento diretto.

*propugnato negli anni '90, [ha portato] ad un aumento della spesa pubblica [...] e spesso [ha costituito] da parte degli enti locali un tentativo di aggiramento del patto di stabilità, senza produrre un significativo incremento della qualità del servizio erogato*⁴³⁸.

Infatti, in assenza di un quadro giuridico di riferimento, e quindi difettando meccanismi di gara dettagliati e predeterminati, le amministrazioni spesso hanno utilizzato lo strumento delle società miste unicamente per eludere la disciplina comunitaria in tema di tutela della concorrenza in settori (quale l'approvvigionamento di risorse strumentali) che, invece, sarebbero dovuti rimanere nel mercato⁴³⁹.

Conseguentemente, con un'inversione dell'orientamento precedente, nel tentativo di reagire a forti tassi di indebitamento pubblico, lo strumento delle società miste ha subito un ridimensionamento sostanziale a favore del meccanismo della concessione a terzi con gara.

In sostanza, dietro l'affermazione che "*il nemico*"⁴⁴⁰ fosse la gestione pubblica, l'esternalizzazione è diventata il modello unico di gestione dei servizi pubblici locali, mentre la gestione in economia è stata relegata a ipotesi residuali che dovevano essere specificamente motivate.

In tal modo l'ente locale ha dovuto ritirarsi dal mercato per assumere il ruolo di soggetto regolatore della concorrenza tra imprenditori privati, nonché di garante della soddisfazione dell'interesse pubblico coinvolto nello svolgimento dei servizi.

4. *La Legge 24 novembre 2003, n. 326.*

L'architettura normativa della legge finanziaria per il 2002, ancor prima di entrare a regime, è stata però riscritta dall'art. 14 della legge 24 novembre 2003, n. 326⁴⁴¹.

⁴³⁸ V. PARISIO, *Gestione dei servizi pubblici locali, tutela delle risorse pubbliche e contenimento della spesa*, in Foro Amministrativo T.A.R., n. 1 Gennaio 2013.

⁴³⁹ In tal senso si esprime I. DEL GIUDICE, *Perduranti profili di incertezza sul ricorso all'in-house providing ed alle società miste anche alla luce della più recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in Foro Amm. Tar, 2008, n. 5; nello stesso senso A. MUSSA, *Le società miste nell'ordinamento italiano, Nota a Consiglio di Stato, 16/03/2009, n. 1555, sez. VI*, in Foro amm. CDS 2009, 4, 1081.

⁴⁴⁰ L'espressione è usata da H. Bonura, in H. BONURA e M. CASSANO (a cura di), op. ult. cit., p. 54.

⁴⁴¹ Osserva L. AMMANNATI, *op. loc. cit.*: una delle ragioni che avevano condotto alla riforma del 2003 era rappresentata "*dai ricorsi alla Corte costituzionale presentati dalle regioni riguardo la presunta incostituzionalità di una disciplina dei servizi pubblici locali decisa dal centro dopo la revisione del titolo V*

Le illuminanti considerazioni di R. Ursi⁴⁴² chiariscono come “*in un settore come questo in cui gli interessi delle collettività locali si intrecciano con gli interessi di strutture economiche ed in cui la prestazione fornita dal pubblico si coniuga a volte anche con la volatilità del mercato azionario, non deve stupire se le pressioni lobbistiche, da una parte, e il sinusoidale andamento delle istituzioni comunitarie dall’altro, partoriscono testi normativi che durano lo spazio di un mattino*”.

L’asse portante della riforma era costituito dal superamento della suddivisione - ingiustificatamente restrittiva - tra servizi di rilevanza industriale e servizi privi di tale rilevanza e dall’introduzione, in sua vece, della distinzione della rilevanza economica⁴⁴³ o meno dell’attività erogata⁴⁴⁴.

della Costituzione”. Se quella di servizio pubblico è essenzialmente una qualificazione giuridica contingente, “*ciò che rileva dal punto di vista legislativo non è la connotazione di servizio pubblico, ma l’attività cui questa stessa inerisce e quindi la materia che la ricomprende*”. Tale fu indicata dal 1° c. del riformato art. 113 nella “*tutela della concorrenza*” e la stessa Corte Costituzionale, nella celebre sentenza 13 gennaio 2004, n. 14, ha sostenuto che “*la riserva allo Stato della competenza trasversale relativa alla tutela della concorrenza esprime l’esigenza del legislatore di unificare in capo allo stato strumenti di politica economica che attengono allo sviluppo dell’intero paese*”.

⁴⁴² R. URSI, *Il gioco dei monopoli e i servizi pubblici locali*, in Foro amm. CDS 1010, 02, 466.

⁴⁴³ Si veda in tal senso L. AMMANNATI, *op. loc. cit.*: “*il passaggio dalla distinzione introdotta dall’art. 35 tra servizi a o privi di rilevanza industriale alla distinzione fra servizi a o privi di rilevanza economica fa riferimento ad un criterio generale tra servizi che sono erogati in cambio di un corrispettivo/prezzo e i servizi il cui oggetto è costituito da prestazioni per le quali difficilmente si può formare un prezzo di mercato o, in termini più generali, che sono da considerare, in tutto o in parte, a carico della fiscalità generale*”.

⁴⁴⁴ La Corte di Giustizia CE, 23 aprile 1991, Hofner, Causa C-41/90, in Raccolta, 1991, 1979, ha individuato nello svolgimento di attività economica il presupposto essenziale per delineare la fattispecie dell’impresa rilevante ai fini dell’applicazione dei principi comunitari in materia di concorrenza. In altre parole, la qualifica di impresa spetta a qualsiasi entità che eserciti attività economica, a prescindere dalla sua forma giuridica e dalla sue modalità di finanziamento, ricomprendendovi qualsiasi attività di produzione di beni o di servizi in astratto suscettibile di essere collocata sul mercato, senza che rilevi la circostanza che essa sia svolta direttamente da una P.A.

In ambito nazionale sul tema è intervenuto il Consiglio di Stato, con la pronuncia del 10 settembre 2010, n. 6529, con la quale sono state tracciate le linee guida da seguire per distinguere i Servizi Pubblici Locali di rilevanza economica da quelli privi di tale carattere. A tal fine, è stato precisato che non può ritenersi confacente il ricorso all’astratto criterio sostanzialistico del carattere remunerativo, o non, della loro erogazione tramite attività d’impresa svolta nel mercato, che garantisca la remunerazione efficace del capitale (*id est*, la capacità di produrre utili) mediante un’organizzazione imprenditoriale capace di assicurare non solo la copertura dei costi sostenuti, ma anche un margine di profitto. Il supremo giudice amministrativo ha affermato che qualsiasi attività, anche quella istituzionalmente esercitata da enti pubblici e comunemente considerata priva di rilevanza economica, può essere svolta in forma di impresa, purché vi sia un soggetto disposto a ricorrere alle imprese per procurarsi le relative prestazioni. Si tratta di distinzione incerta e di differenze di regime non ontologicamente necessarie come dimostrato dall’esistenza, per un verso, di servizi corrispondenti alla prima definizione, erogati da pubbliche amministrazioni in forma non remunerativa (si pensi all’istruzione o alla sanità) e, per altro verso, di servizi analoghi a quelli del secondo gruppo, erogati da imprese (si pensi agli istituti di patronato o ai centri di assistenza fiscale). La scelta delle modalità di erogazione e del regime giuridico, alle quali le varie attività sono sottoposte, dipende in definitiva più da valutazioni politiche che dai caratteri intrinseci dei servizi. In conclusione, ad avviso del Consiglio di Stato, a fronte della rilevata inidoneità dei criteri distintivi di natura astratta, sostanzialistica e/o ontologica a discernere la natura delle due categorie di servizi in esame, occorre far ricorso ad un criterio relativistico, che tenga conto delle peculiarità del caso

In tal senso il legislatore italiano ha distinto i “*servizi a rilevanza economica*” da quelli privi di tale natura⁴⁴⁵, lasciando solo per quest’ultimi un vuoto normativo.

Nella prospettiva di dare piena attuazione al principio della concorrenza “*per il mercato*”, la novella *de qua*⁴⁴⁶, pur confermando il principio della proprietà pubblica delle reti⁴⁴⁷, nonché quello della separazione tra gestione delle reti⁴⁴⁸ ed erogazione del

concreto, quali la concreta struttura del servizio, la sua disciplina, le concrete modalità del suo espletamento, i suoi specifici connotati economico-organizzativi, la natura del soggetto chiamato ad esperirlo.

Cfr. G. CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo Caia il carattere economico del servizio è individuabile per il tramite della volontà organizzativa dell’ente locale e delle peculiarità ontologiche del servizio.

⁴⁴⁵ La nozione di rilevanza economica viene delineata dalla giurisprudenza comunitaria, che ha individuato nello svolgimento dell’attività economica il presupposto essenziale per individuare quell’impresa rilevante ai fini dell’applicazione del principio comunitario della concorrenza. Recentemente tale assunto è stato chiarito facendo rientrare nel concetto di “economico” qualsiasi attività di produzione di beni o servizi suscettibili di essere collocati sul mercato, inglobando così in tale concetto anche quelle attività non svolte direttamente da una Pubblica Amministrazione bensì da soggetti privati con fini di lucro. In tal senso non sono compresi nel concetto di “economico” quelle attività che costituiscono una prerogativa dello Stato e i regimi di previdenza obbligatoria incentrati sul principio di solidarietà che non perseguono scopi lucrativi. Cfr. Corte di Giustizia, 17 febbraio 1993, cause riunite C-159/61 e C-160/91, *Poucet*, in *Foro it.*, 1994, punti 18 e 19). In sostanza i servizi a rilevanza economica sono quei servizi in grado di generare un profitto per chi li gestisce, di contro a quelli privi di rilevanza economica che non risultano essere appetibili per i soggetti privati. La stessa Commissione Europea ha comunque voluto sottolineare che la distinzione tra attività economiche e non economiche ha carattere dinamico ed evolutivo, in quanto soggetto ad evoluzione tecnologica, economica e sociale, così da non rendere possibile la determinazione di un elenco definitivo dei servizi che non hanno natura economica.

⁴⁴⁶ Erano comunque salve le “*disposizioni previste per i singoli settori e quelle nazionali di attuazione delle normative comunitarie*”.

⁴⁴⁷ Più in particolare, riguardo alle infrastrutture, il d. lgs. n. 267 del 2000, come modificato dall’art. 35 L. 448/2001 e dal d.l. 269/2003 (convertito dalla L. 326/2003), afferma l’incredibilità della proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinate all’esercizio dei servizi pubblici, salvi i casi particolari di conferimento della proprietà delle sopraindicate infrastrutture a società a capitale interamente pubblico. Il conferimento è a sua volta incredibile a terzi. Si veda l’art. 113, comma 13 e comma 3 d.lgs. 267/2000. C. GALLUCCI, *op. ult. cit.*, ricorda come l’art. 14, a fronte del principio generale dell’incredibilità della proprietà delle reti da parte dell’ente locale, se non a società a capitale interamente pubblico *ex art. 113, comma 13*, veniva a richiedere per la gestione delle reti, nell’ipotesi di affidamento diretto a società di capitali a partecipazione totalitaria del capitale pubblico, il requisito della partecipazione totalitaria pubblica accanto a quello del “controllo analogo” a quello esercitato sui propri servizi, e quello della “*realizzazione della parte più importante dell’attività con l’ente o gli enti pubblici controllanti*” – due requisiti propri della fattispecie dell’affidamento *in house*, come si vedrà. Va, però, già, compreso che la sussistenza di questi tre requisiti trova la sua giustificazione nel fatto che, mentre la proprietà non si configura come attività d’impresa, la società di gestione “*ha ad oggetto un’attività economica in senso proprio, così che l’affidamento diretto della gestione, potenzialmente lesivo delle aspirazione degli imprenditori che vi ambiscono, può dirsi legittimo solo se tra l’ente affidante e la società affidataria non vi sia sostanziale terzietà*”. In tal senso, M. DUGATO, *op. ult. cit.*, 121 ss.

⁴⁴⁸ Riguardo alla gestione delle infrastrutture, la cui proprietà abbiamo visto è incredibile, il TUEL stabilisce che, oltre che a imprese scelte con gare, la stessa può essere direttamente affidata a società di capitali con la partecipazione totalitaria di capitale pubblico, secondo il modello dell’*in house providing* (art. 113, comma 4, TUEL): poiché nei servizi a rete la gestione dell’impianto “*assorbe*” quasi tutta l’attività, sembra riproporsi anche sotto questo profilo il meccanismo degli affidamenti diretti.

Le discipline di settore dovranno comunque stabilire i casi nei quali l’attività di gestione della rete può essere separata da quella di erogazione del servizio (in questa ipotesi, la gestione della rete, come appena detto, è affidata ad una società a partecipazione totalitaria di capitale pubblico, ovvero ad imprese individuate con una

servizio, ha sottoposto a radicale revisione il principio della concorsualità per l'aggiudicazione dell'attività di erogazione.

In relazione ai servizi di rilevanza economica, la riforma ha disegnato tre distinti moduli di affidamento delle *utilities*, tra le quali l'ente locale poteva scegliere in considerazione delle peculiari caratteristiche del servizio e della collettività cui doveva essere erogato:

a) società di capitali, individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica;

b) società a capitale misto pubblico e privato, nelle quali il socio privato doveva essere scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che dessero garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche, alla quale veniva poi affidato in via diretta il servizio pubblico locale⁴⁴⁹;

c) società a capitale interamente pubblico, a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitassero sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzasse la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllavano⁴⁵⁰.

procedura competitiva). La legge consente poi l'affidamento contestuale di una pluralità di servizi locali (diversi da duelli di trasporto collettivo), quando "sia economicamente più vantaggioso".

⁴⁴⁹ Non può non rilevarsi come, secondo una parte della dottrina, l'orientamento espresso dalla Corte di giustizia, a partire dalla sentenza Stadt Halle, sarebbe stato quello di imporre in ogni caso lo svolgimento di procedure concorsuali non solo per scegliere il contraente privato con cui costituire la società mista (soluzione, questa, pienamente condivisibile), ma anche nella successiva fase di affidamento del servizio. Secondo A. GRAZIANO, *Servizi pubblici locali: modalità di gestione dopo le riforme di cui alla l. 24 novembre 2003 n. 326 e alla l. 24 dicembre 2003 n. 350 e compatibilità con il modello dell'in house providing alla luce delle ultime pronunce della Corte di giustizia (Sentenze Stadt Halle del 11 gennaio 2005; Parking Brixen del 25 ottobre 2005 e Modling del 10 novembre 2005)*, in www.giustizia-amministrativa.it, il modello delineato nell'art. 113, comma 5, lett. b) determina una forma di concorsualità "impura o mediata", nella quale l'affidamento diretto del servizio non è del tutto avulso dall'obbligo di esperimento di una procedura di gara. Se tale interpretazione avesse prevalso, come già chiarito nella superiore espositiva l'interesse di imprenditori privati a partecipare a società miste sarebbe scemato irrimediabilmente. In tal senso si veda F. DEgni, *Servizi pubblici locali e tutela della concorrenza: alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *Foro amm. TAR* 2005, 11, 3507. M.M. FRANCANZANI, ne *Le società degli enti pubblici: tra codice civile e servizio ai cittadini*, in www.giustizia-amministrativa.it, 17, arriva addirittura ad affermare che l'attuale configurazione, o, meglio, i limiti dell'affidamento *in house* comportano la "messa funebre" del modello di gestione della società mista che "era stato creato per avere un ruolo centrale nella gestione dei servizi pubblici locali".

⁴⁵⁰ Osserva M. DUGATO, *op. ult. cit.*: "l'art. 35 della l. n.448/2001 aveva profondamente modificato le regole per l'affidamento della gestione dei servizi aventi rilevanza industriale, stabilendo il principio della selezione concorsuale del gestore e di fatto abolendo ogni ipotesi di attribuzione diretta". Le stesse regole, introdotte dall'art. 14 d.l. n. 269/2003, poi, in parte, integrate dall'art. 4, c. 234, l. 24 dicembre 2003, n. 350, "rappresentano una decisa inversione di tendenza e, in sostanza, un ritorno al passato". "La gara non

L'ultimo modello organizzativo era volto a garantire una gestione interamente pubblica dell'iniziativa economica, anche se realizzata attraverso moduli societari; il primo era teso a consentire un intervento indiretto degli operatori privati attraverso la loro partecipazione al capitale della società; il partenariato pubblico privato rendeva contendibile per le imprese interessate il mercato di riferimento per consentire una parziale liberalizzazione del settore.

E' quindi evidente che il modello societario sia diventato "unica alternativa all'affidamento con gara all'esterno dell'attività di prestazione del servizio"⁴⁵¹.

Tuttavia, l'ampia facoltà di scelta⁴⁵² riconosciuta all'ente locale, secondo taluni⁴⁵³ avrebbe potuto vanificare l'obiettivo di realizzare il progetto di liberalizzazione⁴⁵⁴ portato

rappresenta più l'unica regola, ma solo una delle possibili vie per l'assegnazione e son reintrodotte due forme di gestione diretta: la prima, nell'ipotesi di società a capitale misto pubblico privato tale soltanto in apparenza in quanto la procedura selettiva è anticipata al momento della selezione del socio privato; la seconda, nell'ipotesi di società a capitale interamente pubblico, si caratterizza invece come affidamento diretto in senso sostanziale. Il modello di riferimento è quello del gestore in house providing, in cui la società assume gli stessi caratteri della società di gestione delle reti" ("controllo analogo" e "realizzazione dell'attività con l'ente controllante"), con partecipazione totalitaria pubblica – sempre introdotta dall'art. 14 del d.l. 269/2003 e mantenendo accanto all'affidamento diretto la possibilità di individuare con gara il gestore delle reti (art. 113, 4° c.).

⁴⁵¹ G. PIPERATA, *Le società a partecipazione pubblica nella gestione dei servizi degli enti locali*, pag. 292 ss., in M. CAMELLI – M. DUGATO, *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Giappichelli editore, Torino, 2008. Certo ai sensi dell'art. 113, d.lgs. 267/2000, quantomeno per i servizi di rilevanza industriale.

⁴⁵² Osserva M. DUGATO, *op. ult. cit.*: "alla luce del comma 5 bis – introdotto dall'art. 4, comma 234, della l. n. 350/2003 – sono le normative di settore che, al fine di superare assetti monopolistici, possono introdurre regole che assicurino concorrenzialità nella gestione dei servizi da esse disciplinate". E ancora: "la scelta fra le modalità di gestione può esser orientata dalle discipline di settore in modo tale che il ricorso all'affidamento per gara risulti preferenziale rispetto ai due modelli di affidamento diretto". Ancora L. AMMANNATI, *op. loc. cit.*: "una previsione di questo tipo – ex comma 5 bis – sembra confermare l'ipotesi di una riforma che affida agli enti locali la scelta se operare su un mercato concorrenziale, regolato o riservato". Sulla discrezionalità dell'ente locale nella scelta della forma di gestione, vedi anche T. NICOLAZZI, *Servizi pubblici locali: funzioni fondamentali degli enti locali o prodotti del mercato?*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2005, III, pag. 581.

⁴⁵³ A. GAMBINO, *Dal monopolio alla liberalizzazione: regolamentazione normativa delle asimmetrie nel mercato delle telecomunicazioni*, in *Giur. comm.*, 1996, I, p. 5 ss.

⁴⁵⁴ La liberalizzazione deve essere intesa quale progressiva liberazione dai legami amministrativi e normativi nazionali con apertura alla concorrenza, da distinguere rispetto al processo di azione degli enti di gestione dei servizi pubblici, dove si consideri che nel diritto europeo vige il principio di neutralità rispetto al regime proprietario dell'impresa: in tal senso si veda: S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, p. 583; P. LAZZARO, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2002, p. 3, osserva come in vista dell'integrazione comunitaria "viene posta in dubbio la compatibilità delle regole comunitarie di liberalizzazione con alcuni condizionamenti pubblicistici dell'iniziativa economica privata, realizzati questi ultimi, attraverso la regolazione amministrativa tradizionale: in particolare la scomparsa di una riserva pubblica imporrebbe la sostituzione del regime concessorio con un sistema di autorizzazioni non discrezionali". In giurisprudenza sui rapporti fra liberalizzazione e privatizzazione, Cons. Stato, 27 maggio 2002, n. 2922, in *Foro it.*, 2003, III, p. 463, statuisce che "la liberalizzazione di un settore dell'economia, intesa come apertura al mercato concorrenziale, è obiettivo che, pur potendo combinarsi con l'azione imprenditoriale di un soggetto pubblico, è intimamente collegato a quello della privatizzazione effettiva degli operatori; se è corretto sul piano logico e giuridico tenere distinti i due obiettivi (liberalizzazione e privatizzazioni, l'uno riferito all'attività sul mercato e l'altro

avanti dalle istituzioni europee.

Ma non è tutto. Parte della dottrina⁴⁵⁵, contraria a quei moduli che vedevano ancora protagonista l'ente locale, affermava che tali soluzioni organizzative fossero contrarie ai principi comunitari perché, come veniva sempre più spesso rilevato dai giudici dell'Unione Europea, avrebbero comportato una sostanziale chiusura alla concorrenza in un mercato di grande rilevanza economica come quello delle *public utilities*. Inoltre, dal punto di vista finanziario, “*il c.d. capitalismo municipale tendeva a moltiplicare i centri di spesa*”⁴⁵⁶ con la formazione di strutture che operavano al di fuori della sfera di controllo pubblico. Bersaglio principale di tali critiche è stato, principalmente, l'*in house contract* che, infatti, la giurisprudenza della Corte di Giustizia si stava sforzando di definire entro limiti sempre più stringenti⁴⁵⁷.

Oltre ai più restrittivi requisiti enucleati dalla Corte di Lussemburgo per il ricorso all'*in house*⁴⁵⁸, con la Legge 24 dicembre 2003, n. 350 il legislatore italiano ha cercato di aprire il settore dei servizi pubblici locali alla concorrenza e al mercato limitando la possibilità di ricorrere a quel modello solo alle società partecipate in modo totalitario dall'ente pubblico locale⁴⁵⁹.

alla struttura organizzativa e finanziaria dei soggetti che vi operano, nondimeno è innegabile che essi interferiscono reciprocamente”.

⁴⁵⁵ Cfr. P. LAZZARO, *op. ult. cit.*, p. 3; S. CASSESE, *op. ult. cit.*, p. 583.

⁴⁵⁶ A. ROMANO-TASSONE, *I servizi pubblici locali: aspetti problematici*, in *Dir. e processo amm.* 2 e 3/2013, p. 864.

⁴⁵⁷ In realtà la preoccupazione che aveva spinto i giudici di Lussemburgo ad enucleare i suddetti indici stringenti era connesso al fine di evitare che la gestione *in house* fosse una mera apparenza tesa ad eludere la procedura concorrenziale per l'affidamento di un'opera pubblica. Si rinvia per l'analisi delle pronunce giurisprudenziali più rilevanti in materia al capitolo I, paragrafi 3.5 e 3.6.

⁴⁵⁸ Il riferimento è al controllo analogo a quello esercitato sui propri organi e all’*attività prevalente finalizzata”.*

⁴⁵⁹ Il legislatore nazionale, con la modifica apportata all'art. 113 del d.lgs. 267/2000 dall'art. 14 d.l. 30 settembre 2003, n.269 - convertito con modificazioni dalla legge 24 novembre 2003, n.326 e dall'art. 4, c. 234, legge 24 dicembre 2003, n. 350, ricorre in diverse ipotesi al modello organizzativo dell'*in house providing*: per la gestione delle reti, prevedendo che, qualora questa sia separata dall'attività di erogazione del servizio, sia legittimo l'affidamento diretto a “*soggetti allo scopo costituiti, nella forma di società di capitali con la partecipazione totalitaria di capitale pubblico, cui può esser affidata direttamente tale attività, a condizione che 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 gli enti pubblici che la controllano*” (c. 4, lett. a), art. 113, d.lgs. 267/2000); per la gestione del servizio (comma 5, lett. c), che prevede l'affidamento diretto “*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 gli enti pubblici che la controllano*”), come alternativa rispetto ai due modelli dell'affidamento a società mista con socio privato scelto con gara e all'affidamento a società selezionata mediante procedura ad evidenza pubblica (rispettivamente, c. 5, lett. b e a); ai sensi dell'art. 113-bis, comma 1, lett. c, per la gestione dei servizi di rilevanza non economica – prima della dichiarazione di illegittimità costituzionale ad opera della Corte Costituzionale con sentenza 27 luglio 2004, n. 272.

La citata legge, inoltre, ha inserito due nuovi commi nel *corpus* dell'art. 113⁴⁶⁰. Il comma 5 *bis* ha previsto espressamente che le normative di settore, al fine di superare assetti monopolistici, potessero introdurre regole volte ad assicurare concorrenzialità nella gestione dei servizi da esse disciplinati fissando, nel rispetto delle disposizioni di cui al comma 5, criteri di gradualità nella scelta della modalità di conferimento del servizio. Il comma 5 *ter*, invece, ha stabilito che, nel caso in cui la gestione della rete, separata o integrata con l'erogazione dei servizi, non fosse affidata con gara ad evidenza pubblica, i soggetti gestori dovessero provvedere all'esecuzione dei lavori connessi alla gestione della rete soltanto mediante contratti di appalto o di concessione di lavori pubblici aggiudicati con procedura di evidenza pubblica, ovvero in economia⁴⁶¹. Qualora la gestione della rete, separata o integrata con la gestione dei servizi, fosse stata affidata con procedure di gara, il soggetto gestore avrebbe potuto realizzare direttamente i lavori connessi alla sua gestione, purché “*qualificato*” ai sensi della normativa vigente e, purché la gara espletata avesse avuto ad oggetto anche l'esecuzione dei lavori connessi alla rete. Nell'ipotesi, invece, in cui la gara avesse avuto ad oggetto esclusivamente la gestione del servizio relativo alla rete, il gestore avrebbe dovuto appaltare i lavori a terzi con le procedure ad evidenza pubblica.

5. *D. L. 25 agosto 2008, n. 112.*

L'art. 14 della Legge n. 326 del 2003 ha costituito la disposizione di riferimento per l'affidamento dei servizi pubblici locali fino al 2008, anno in cui è stato promulgato, in apertura della XVI legislatura, il decreto legge n. 112⁴⁶² il cui art. 23 *bis*, comma 11, ha previsto che un successivo regolamento di delegificazione (d.P.R. 7 settembre 2010, n.

⁴⁶⁰ Il Parlamento con l'art. 4, comma 234, lettera a), della Legge 24 dicembre 2003, n. 350 inseriva nel *corpus* dell'art. 113 i commi 5 *bis* e 5 *ter* che, per il tramite del rinvio alle normative di settore, introducevano limiti normativi all'esercizio della scelta del modulo gestionale da utilizzare.

⁴⁶¹ Nei limiti di cui all' articolo 24 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 , e all' articolo 143 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554

⁴⁶² D. L. 25 agosto 2008, n. 112. La norma di riferimento è l'art. 23 *bis* - Servizi pubblici locali di rilevanza economica.

168⁴⁶³), oltre a chiarire una serie di aspetti relativi alla procedura ad evidenza pubblica, avrebbe determinato l'abrogazione della normativa incompatibile con i principi del predetto D.L. n. 112.

L'introduzione dell'art. 23 *bis* in sede di conversione del D.L. n. 112, a giudizio della recentissima giurisprudenza amministrativa, ha permesso di porre le basi della nuova riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, *“per far compiere un ulteriore passo verso la piena conformità ai principi comunitari; riforma, da un lato, finalizzata a favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale, [...], dall'altro, volta a garantire il diritto di tutti gli utenti all'universalità e accessibilità dei servizi pubblici locali ad assicurare un adeguato livello di tutela degli utenti”*⁴⁶⁴.

Il comma 2, infatti, ha stabilito che, nel rispetto dei principi del Trattato e dei principi generali sui contratti pubblici, in particolare quello di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali dovesse avvenire, in via ordinaria, a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite, mediante procedure ad evidenza pubblica.

La *ratio* di tale modifica è stata quella di sancire il principio dell'evidenza pubblica nell'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, così limitando le ipotesi di *in house contract*.

In relazione a quest'ultimo modello organizzativo, è stato detto, infatti, che il *“mancato distacco effettivo dell'ente affidante rispetto a quello affidatario”* facesse venir meno *“quel carattere di terzietà, essenziale nel momento in cui l'ente locale si attribuisce il potere di regolazione necessario a creare la cornice entro il quale si sviluppano i rapporti paritari tra gestori e utenti”*⁴⁶⁵.

⁴⁶³ Si ricorda che il Regolamento attuativo dell'art. 23 *bis*, recependo quanto già elaborato dalla giurisprudenza amministrativa (cfr., ad esempio, Cons. Stato, sez. III, 11 aprile 2000, n. 588, in Foro it., 2002, III, 427 ss.; Cons. Stato, sez. V, 13 dicembre 2006, n. 7369, in Urb. e Appalti, 2007, 587 ss.), ha consacrato il principio secondo cui le società in house, pur avendo la forma di società privatistiche, sono, in sostanza, enti pubblici e, pertanto, soggetti alla relativa disciplina sia in relazione al “Patto di stabilità interno” (art. 5 del Regolamento) sia con riferimento al necessario esperimento di procedure “ad evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi (art. 6 del Regolamento), e per l'assunzione del personale dipendente (art. 7 del Regolamento).

⁴⁶⁴ In tal modo si esprime il TAR Latina Lazio, sez. I, 1 febbraio 2013, n. 207, in Foro amm. TAR 2013, 2, 566.

⁴⁶⁵ Cfr. F. GIGLIONI, *Le garanzie degli utenti nei servizi pubblici locali*, in Dir. amm. 2005, 02, 354.

In questo senso il 3° comma ha previsto l'*in house providing* solo in presenza di situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non avessero permesso un efficace e utile ricorso al mercato. In queste ipotesi l'amministrazione affidante doveva dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato e, contestualmente, doveva trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato e alle autorità di regolazione del settore, ove costituite, per l'espressione di un parere da rendere entro sessanta giorni.

Quanto all'ambito di operatività della riforma, ai sensi del comma 1 del predetto art. 23 *bis*, le relative disposizioni hanno trovato applicazione per tutti i servizi pubblici locali, in tal modo superando le discipline di settore eventualmente incompatibili⁴⁶⁶.

Il legislatore, palesando un'evidente propensione per forme di economia mista ovvero per modelli pro-concorrenziali di selezione del gestore, pur con effetti fortemente lesivi dell'autonomia organizzativa degli enti locali, ha stabilito, *ex art. 23 bis*, comma 10, lett. g), che il Governo emanasse uno o più regolamenti per "*limitare, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale e razionalità economica, i casi di gestione in regime d'esclusiva dei servizi pubblici, liberalizzando le altre attività economiche di prestazione di servizi di interesse generale in ambito locale compatibili con le garanzie di universalità ed accessibilità del servizio pubblico locale*".

Con il nuovo Regolamento sono state introdotte diverse innovazioni rilevanti.

In primo luogo, oltre all'istituzione dell'Autorità per la regolazione delle tariffe, è stato sancito il divieto per le amministrazioni locali di ricorrere all'*in house providing* in relazione all'acqua, il trasporto pubblico e la gestione dei rifiuti.

L'art. 7 ha previsto non solo che le società *in house* e le società miste affidatarie di servizi pubblici locali dovessero ricorrere, per l'acquisto di beni e servizi, alle procedure concorrenziali di cui al Codice dei Contratti, ma anche che l'Autorità verificasse periodicamente che gli enti locali rispettassero tale obbligo. Inoltre, per rendere più chiare e trasparenti le gare e i rapporti tra ente affidante e soggetto gestore, il regolamento ha introdotto, tra l'altro, nuove situazioni di incompatibilità per coloro che

⁴⁶⁶ La portata dell'ambito applicativo è stata, peraltro, presto ridimensionata. Sono state espressamente fatte salve le norme già vigenti in tali settori, che hanno così finito per atteggiarsi come disciplina specialistica, prevalente su quella generale dettata dall'art. 23-bis cit., in base al tradizionale criterio di risoluzione delle antinomie giuridiche secondo il quale *lex specialis derogat generali*). Cfr. A. BONANNI; *La disciplina dei servizi pubblici locali dell'art. 23 bis D.L. 112/2008*, 2011, in www.contratti-pubblici.it.

intendessero assumere la gestione dei servizi.

L'art. 5 ha previsto che gli affidatari di servizi pubblici locali tramite *in house* venissero assoggettati al patto di stabilità interno, con obbligo dell'ente affidante di vigilare sull'osservanza dei relativi vincoli.

Inoltre, alle stesse società affidatarie della gestione di servizi pubblici locali è stato imposto l'obbligo di adottare criteri per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi rispettosi dei principi dettati dall'art. 35, comma 3, del D. Lgs. n. 165 del 2001 per il pubblico impiego.

Per quanto afferiva alla distinzione tra proprietà e gestione delle reti⁴⁶⁷, l'art. 1, comma 2, del regolamento ha ribadito la proprietà pubblica delle risorse, prevedendo, infatti, che *"con riguardo alla gestione del servizio idrico integrato [restassero] ferme l'autonomia gestionale del soggetto gestore, la piena ed esclusiva proprietà pubblica delle risorse idriche, nonché la spettanza esclusiva alle istituzioni pubbliche del governo delle risorse stesse"*.

Autorevole dottrina⁴⁶⁸, in relazione alle innovazioni di cui alla legge in commento e al relativo regolamento di attuazione, ha affermato che, se anche sino a quel momento la concorrenza nei servizi pubblici locali *"si [era] esaurita nella tutela della contendibilità dei mercati, supponendo che la loro strutturazione monopolistica fosse un attributo naturale del settore, [per il futuro] la concorrenza [...] però [avrebbe dovuto essere] intesa anche nel diverso e più radicale senso di liberalizzazione, cioè di rottura del monopolio e di introduzione della concorrenza nel mercato"*.

In sostanza, poiché la rimozione dei vincoli legali alla distribuzione e alla produzione poteva, comunque, essere pregiudicata dalle condizioni di monopolio naturale che spesso caratterizzavano i mercati dei servizi pubblici, era indispensabile che il soggetto pubblico titolare del diritto di proprietà sui servizi si impegnasse, in modo non discriminatorio, ad assicurare l'accesso di tutti gli erogatori. In relazione ai profili gestionali, invece, era indispensabile rimuovere gli impedimenti alla concorrenza nel mercato, fra gli operatori che si contendevano le preferenze dei clienti. Qualora tale

⁴⁶⁷ Si trattava di una tematica al centro di notevoli polemiche soprattutto per quanto concerneva la c.d. privatizzazione dell'acqua.

⁴⁶⁸ H. BONURA e M. CASSANO (a cura di), *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, Giappichelli, Torino, 2011, 40. A. ROMANO-TASSONE, op. ult. cit., 864 afferma: *"Dal punto di vista della tutela della concorrenza, ci si adopera quindi per introdurre la c.d. concorrenza nel mercato, nella quale gli imprenditori competano tra loro per ottenere l'ingresso nel mercato riservato costituito dalle attività facenti capo al servizio pubblico"*.

forma competitiva non fosse stata realizzabile, si diceva⁴⁶⁹ che occorresse procedere alla promozione di meccanismi di competizione per il mercato, fra aspiranti gestori che, in regime di esclusiva, si contendevano l'espletamento di un determinato servizio, con riferimento a un predeterminato periodo di tempo e ad un circoscritto ambito territoriale⁴⁷⁰.

Peraltro, la previsione di ridurre a monte il ricorso all'autoproduzione (cioè all'*in house*), relegandola alle ipotesi in cui non fosse possibile una gara pubblica tra operatori nel mercato, risultava assolutamente estranea alla logica e ai principi comunitari in materia, che, infatti, non hanno mai fissato tali preclusioni, lasciando ampia libertà agli ordinamenti interni in ordine alle modalità di gestione delle *public utilities*⁴⁷¹.

Infatti, la necessità che il giudice lussemburghese dovesse fare indagini assai meticolose per verificare i presupposti e le condizioni alla base di un affidamento *in house* non era indice di sfavore nei suoi confronti⁴⁷², bensì un accertamento teso ad evitare che questa figura organizzativa non fosse un mero schermo per nascondere affidamenti diretti ad operatori privati in violazione di tutte le regole sulla concorrenza e sul principio dell'affidamento con gara pubblica⁴⁷³.

⁴⁶⁹ H. BONURA e M. CASSANO (a cura di), *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, Giappichelli, Torino, 2011, 40; A. ROMANO-TASSONE, op. ult. cit., 864, afferma: "Dal punto di vista della tutela della concorrenza, ci si adopera quindi per introdurre la c.d. concorrenza nel mercato, nella quale gli imprenditori competano tra loro per ottenere l'ingresso nel mercato riservato costituito dalle attività facenti capo al servizio pubblico".

⁴⁷⁰ GIANFELICI C., *I servizi pubblici locali in outsourcing. Le funzioni di indirizzo e di controllo dei comuni*, Milano, 2008, P. 56.

⁴⁷¹ Cfr. R. VILLATA, *Pubblici Servizi, discussioni e problemi*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 350. Tra l'altro la valorizzazione dell'autonomia degli enti locali trova oggi esplicito riconoscimento nel protocollo al Trattato sull'Unione europea sui servizi di interesse generale che riconosce "l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissariare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti".

Si dice, in sostanza, che la concorrenza dovrebbe incontrare il limite dell'organizzazione dell'amministrazione pubblica, libera, appunto, di "rivolgersi all'esterno o autoprodurre attraverso una delegazione interorganica".

⁴⁷² Al contrario, la volontà della Corte di Lussemburgo di non scoraggiare l'*in house contract* è chiara nella sentenza pronunciata nella causa C-324/07 - Corte giustizia CE, sez. III, 13 novembre 2008, n. 324, in Foro amm. CDS 2008, 11, 2899 (s.m.) - quando, dovendo stabilire se il requisito del "controllo analogo" dovesse sussistere nella relazione tra l'*in house provider* e ogni amministrazione, oppure potesse essere soddisfatto anche attraverso l'esercizio collettivo, ha statuito che il controllo collettivo può essere considerato sufficiente: "richiedere che il controllo esercitato da un'autorità pubblica in un caso del genere sia individuale avrebbe la conseguenza d'imporre una gara d'appalto nella maggior parte dei casi in cui un'autorità pubblica intendesse associarsi ad un gruppo formato da altre autorità pubbliche. [...] Orbene, un risultato del genere non sarebbe conforme alle norme comunitarie in materia di appalti pubblici e concessioni. Si riconosce, infatti, che un'autorità pubblica ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti [...] senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi" (punti 47-48).

⁴⁷³ Cfr. T.A.R. Trieste Friuli-Venezia Giulia, sez. I, 9 dicembre 2013, n. 634, in Foro amm. TAR 2013, 12, 3689 (s.m.).

Dalle innovazioni illustrate emerge che, se anche era stata ormai acquisita la consapevolezza del nuovo ruolo che il comune doveva esercitare in relazione alla gestione delle *public utilities*, peraltro l'orientamento al prodotto prevaleva ancora rispetto a quello all'utenza dato che non si ravvisavano strumenti obiettivi di controllo e monitoraggio del livello dei servizi. Inoltre, non erano stati ancora ideati adeguati strumenti sanzionatori delle inadempienze delle società rispetto ai comuni, specie per le ipotesi in cui “*la censura alle società stesse [finiva] per riverberarsi, in ultima istanza, in un danno alle casse degli enti concessionari; la comunicazione e l'equilibrio negoziale nel rapporto con le società fornitrici non [erano] sempre soddisfacenti*”⁴⁷⁴.

6. D. L. 25 settembre 2009, n. 135.

Un'altra fase del tortuoso percorso evolutivo compiuto dalla legislazione italiana in materia è rappresentato dall'art. 15 del D.L. 25 settembre 2009, n. 135, c.d. decreto Ronchi, che ha definito la gestione dei servizi pubblici di rilevanza economica con due modelli ordinari (gara europea per l'affidamento del servizio; costituzione di una società mista con gara a doppio oggetto e partecipazione del socio privato almeno al 40%) e un modello eccezionale (*in house providing*), utilizzabile solo in presenza di condizioni specifiche⁴⁷⁵, motivate in modo circostanziato.

In particolare, il comma 2° della citata disposizione ha previsto che il conferimento della gestione avvenisse in via ordinaria a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite⁴⁷⁶; a società a partecipazione mista pubblica e

⁴⁷⁴ F. MIGNELLA CALVOSA (a cura di), *La governance degli enti locali nella gestione dei servizi pubblici. Analisi e strumenti per l'innovazione - I rapporti*, Rubbettino, 2007, 9.

⁴⁷⁵ Nella stessa direzione il Consiglio di Stato, sez. V, 23 ottobre 2012, n. 5409, in *Diritto & Giustizia*, 2012, 26 novembre (s.m.) dichiara che “l'art. 23 bis, d.l. n. 112 del 2008, ha rinforzato il principio per cui l'amministrazione locale ha l'obbligo di immettere sul mercato mediante le procedure competitive i servizi pubblici a rilevanza economica; di detti servizi, quindi, non ne è consentita la gestione tramite *in house providing*, salvo che non ricorrano le ipotesi eccezionali che, in deroga alle modalità di affidamento ordinario, consentono l'affidamento a favore di società a capitale interamente pubblico: invero, ciò può accadere soltanto quando, “*le peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento [...] non permettono un efficace e utile ricorso al mercato*”.

⁴⁷⁶ individuate mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato istitutivo della Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei

privata, a condizione che la procedura ad evidenza pubblica volta alla selezione del socio privato⁴⁷⁷, avesse ad oggetto anche gli specifici compiti operativi di sua competenza connessi alla gestione del servizio.

L'imposizione di una soglia minima di partecipazione del socio privato⁴⁷⁸ era volta ad assicurare una gestione secondo istanze imprenditoriali piuttosto che *latu sensu* politiche nella *governance* della società e, secondo una parte della dottrina⁴⁷⁹, contemperava “*le inevitabili tendenze dell'ente pubblico a mantenere il controllo della società e l'esigenza di uno svolgimento del servizio improntato prioritariamente a logiche imprenditoriali, e solo in seconda battuta politiche*”.

Tuttavia, dietro l'apparente applicazione del diritto comunitario, veniva perpetuata una gestione prettamente pubblicistica dei servizi, in quanto, nel fissare i compiti che sarebbero stati riservati al socio privato, di fatto gli si lasciavano soltanto ruoli marginali rispetto a quanto rimaneva nelle mani dell'ente pubblico.

Al fondo di tali tendenze a mantenere in mano pubblica il nucleo del servizio, si leggeva la convinzione che soltanto una gestione pubblica avrebbe potuto garantire al cittadino un servizio di qualità e a prezzi contenuti.

A ciò si aggiunga che la società mista cessava definitivamente di essere una forma di approvvigionamento *in house* per diventare modulo ordinario di ricorso al mercato in quanto strumento organizzativo basato su procedure competitive ad evidenza pubblica.

Si determinava, in tal modo, la contrapposizione tra la spinta alla contendibilità del mercato, propria di quanti sostenevano che la rimozione delle barriere d'ingresso e la competizione tra gli imprenditori privati attivassero un efficace meccanismo produttivo di vantaggi direttamente nella sfera consumatori (in termini di riduzione dei costi e di buoni *standard* qualitativi), e le resistenze delle amministrazioni locali che, rimarcando l'inconciliabilità ontologica⁴⁸⁰ tra dinamiche concorrenziali e benefici all'utenza, enfatizzavano l'inevitabilità di una gestione integralmente pubblicistica.

principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità

⁴⁷⁷ In un primo momento si stabilì che le disposizioni contenute in tali norme trovassero applicazione per tutti i servizi pubblici locali, prevalendo sulle relative discipline di settore con esse incompatibili, successivamente vennero fatte salve le norme vigenti nel settore della distribuzione del gas naturale, distribuzione dell'energia elettrica, trasporto ferroviario regionale e gestione delle farmacie comunali.

⁴⁷⁸ Il socio privato avrebbe dovuto avere una partecipazione non inferiore al 40 per cento.

⁴⁷⁹ A. ROMANO-TASSONE, op.cit., p. 75.

⁴⁸⁰ Specialmente nel settore dei servizi cd essenziali.

Il servizio pubblico, inteso come risorsa economica, assume infatti *“un diverso significato a seconda che lo si guardi dalla prospettiva del privato o del pubblico: per i privati operatori si tratta di una risorsa economica da contendere ai mercati pubblici e affidare definitivamente alle logiche della concorrenza e del profitto, sia pur temperate dal rispetto di obblighi di servizio e della regolazione amministrativa dettata dagli enti preposti al governo del settore; per i pubblici poteri è una risorsa ancora da trattenere sotto l’influenza ed il dominio istituzionale e, soprattutto, da sfruttare più che possibile per la realizzazione di economie da reinvestire nelle altre politiche pubbliche”*⁴⁸¹.

Come argutamente rilevato dai primi esegeti, *“secondo un’interpretazione liberale”* del nuovo testo del comma 2, lett. b), si poteva sostenere che *“la società mista [si configurasse] diversamente a seconda dell’oggetto della gara: se [era] messa a gara la gestione di quello specifico servizio, il privato [era] il gestore e il socio pubblico svolge[va] dall’interno della società una funzione di controllo. Se [era] messa a gara una parte soltanto, scorporabile, dell’attività, la gestione [era] ripartita tra il soggetto pubblico e il privato”*⁴⁸².

*“Pertanto, la gestione [era] sostanzialmente pubblica, vale a dire che si [era] in presenza di una forma di in house sostanziale senza che occorresse, però, giustificare alcunché”*⁴⁸³.

Un’altra critica che veniva avanzata nei confronti della disposizione in commento era legata alla sua rigidità, in quanto impediva di selezionare un soggetto privato che potesse svolgere tutti i compiti operativi.

Le sopra citate considerazioni portarono a ritenere che la norma, così come formulata, non configurasse alcuna forma di esternalizzazione del servizio e che, pertanto, non risultasse in alcun modo appetibile per un privato che intendesse partecipare alla compagine che avrebbe dovuto gestirlo. Tra l’altro, la sottoscrizione di almeno il 40% del capitale, ma non della maggioranza, avrebbe esposto il *partner* privato alle perdite aziendali senza però dargli la possibilità di incidere in maniera rilevante nella gestione.

⁴⁸¹ G. PIPERATA, *I servizi pubblici nel sistema locale: una risorsa economica contesa*, 2009, 2, in www.infoleges.it.

⁴⁸² Cfr. A. VIGNERI, *I servizi pubblici locali e l’articolo 15 del decreto salva-infrazioni: gli effetti del passaggio parlamentare*, in www.astridonline.it, la quale pone in rilievo come si potrebbe mettere a gara soltanto la fatturazione o la bollettazione, e giustificare il 40% che la norma richiede come quota minima di associazione finanziaria.

⁴⁸³ R.URSI, *ul. op. cit.*

Per contro, l'affidamento diretto a società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, veniva subordinato a talune condizioni, volte a salvaguardare la finalità pro-concorrenziale e liberalizzatrice della nuova normativa.

In particolare, l'*in house* era ammissibile solo in situazioni eccezionali che dovevano essere adeguatamente pubblicizzate dall'amministrazione locale, configurabili in presenza di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento che non consentissero un efficace e utile ricorso al mercato.

Inoltre, l'affidamento doveva avvenire solo in favore di società caratterizzate dalla prevalenza dell'attività svolta a favore dell'ente partecipato, e nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società affidataria.

La stabilizzazione del sistema normativo *de quo* sembrava confermata dalla pronuncia n. 325⁴⁸⁴ del 17 novembre 2010 con cui la Corte Costituzionale ha dichiarato la legittimità costituzionale della citata norma: la disposizione oggetto di scrutinio della Corte, laddove si discostava dall'ordinamento dell'Unione Europea e dalla Carta Europea dell'autonomia locale, prevedendo la gestione *in house providing* come modello eccezionale e, laddove imponeva una partecipazione minima dei privati al capitale della s.p.a. mista, dava vita a un quadro organizzativo della gestione delle *public utilities* che interpretava i principi europei in modo più favorevole al principio del libero mercato, senza violarli.

In relazione all'affidamento della gestione del servizio alle società miste, la c.d. gara ad evidenza pubblica a doppio oggetto - *id est* l'espletamento di procedure ad evidenza pubblica per la scelta del socio privato e l'attribuzione allo stesso di "*specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio*" ex art. 23 bis - era pienamente rispondente ai principi comunitari in materia di partenariato pubblico-privato⁴⁸⁵. Se ne

⁴⁸⁴ Per un commento della citata pronuncia cfr. A. LUCARELLI, *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia*, Nota a: Corte Costituzionale, 17/11/2010, n. 325, in Giur. cost. 2010, 6, 4645; F. CASTOLDI, *La riforma dei servizi pubblici locali a rilevanza economica al vaglio della Corte Costituzionale: i riflessi di alcune delle questioni trattate dalla sentenza sul servizio idrico integrato nazionale*, Nota a: Corte Costituzionale, 17/11/2010, n. 325, in Riv. giur. ambiente 2011, 2, 260; P. SABBIONI, *La Corte equipara SPL di rilevanza economica e SIEG, ma ammette soltanto tutele più rigorose della concorrenza*, Nota a: Corte Costituzionale, 17/11/2010, n. 325, in Giur. cost. 2010, 6, 4654.

⁴⁸⁵ La normativa comunitaria consente l'affidamento diretto del servizio alle società miste nelle quali si sia svolta una gara ad evidenza pubblica per la scelta del socio privato e richiede sostanzialmente che tale socio sia

allontanava laddove, al fine del suddetto affidamento diretto, poneva l'ulteriore condizione che all'imprenditore privato fosse attribuita una partecipazione non inferiore al 40%.

Tale misura minima di partecipazione (non richiesta ma, nello stesso tempo, neanche vietata dal diritto europeo) realizzava un'ulteriore restrizione delle ipotesi di partecipazione del privato alle società miste che lo Stato membro poteva legittimamente prevedere, nell'esercizio della sua discrezionalità.

7. Le innovazioni degli ultimi anni.

Nell'anno 2010 è stato promulgato il Decreto Legge n. 78⁴⁸⁶ – c.d. decreto Tremonti – convertito con legge 30 luglio 2010, n. 122.

*“Secondo quanto dichiarato dal Presidente del Consiglio dei Ministri, non si [sarebbe trattato] della solita manovra finanziaria di aggiustamento dei conti pubblici, bensì di un intervento finalizzato al superamento della crisi dell'euro, provocata dalla speculazione”*⁴⁸⁷.

Il Governo, infatti, per ricondurre il rapporto tra indebitamento e PIL al di sotto del 3%, come previsto dal Trattato di Maastricht, si è prefisso l'obiettivo di ridurre il peso dello Stato nell'economia e nella società⁴⁸⁸.

In questa direzione l'art. 14, comma 32, ha sancito il divieto per i comuni con una popolazione inferiore ai 30 mila abitanti di costituire società, oltre che di detenere partecipazioni societarie, in quanto troppo gravose sotto il profilo finanziario⁴⁸⁹.

un socio “industriale” e non meramente “finanziario” (dispone in tal senso, in particolare, il Libro verde della Commissione del 30 aprile 2004), senza espressamente richiedere alcun limite, minimo o massimo, della partecipazione del socio privato.

⁴⁸⁶ D.L. 31 maggio 2010, n. 78.

⁴⁸⁷ E. SALEMI, *Manovra correttiva: misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria. Decreto Legge, testo coordinato 31.05.2010 n° 78*, G.U. 30.07.2010, in www.altalex.com.

⁴⁸⁸ “Sembrirebbe infatti che le norme si inseriscano in un più complesso processo di progressiva limitazione della sfera d'azione, finanche alla riduzione del numero stesso, delle autonomie locali”. Cfr. G. CARULLO, *Obbligo di esercizio “associato” delle funzioni e modelli di cooperazione a livello comunale*, in *Foro amm. CDS*, fasc.10, 2013, pag. 35.

⁴⁸⁹ E' sorto un dibattito tra giudice ordinario e giudice contabile in merito all'applicazione di tale disposizione alle società che forniscono servizi pubblici locali. Ebbene, a fronte dell'orientamento della Cassazione che ritiene la norma citata riferibile solo alle società strumentali, la Corte dei Conti estende il divieto citato anche

La citata disposizione è stata diretta espressione di quel *trend* legislativo limitativo della possibilità di utilizzare, mantenere e/o costituire società di capitali da parte degli enti locali già percorso con l'art. 23 commi 27⁴⁹⁰ e seguenti della Legge Finanziaria per il 2008 e con l'art. 13 del D.L. n. 223 del 2006 – decreto Bersani⁴⁹¹.

La tormentata evoluzione della disciplina in tema di servizi pubblici locali ha registrato una nuova battuta d'arresto a seguito della consultazione referendaria del 12 e 13 giugno 2011 (recepita con d.P.R. 18 luglio 2011, n. 113)⁴⁹² con la quale i cittadini italiani hanno scelto l'abrogazione dell'articolo 23 *bis* del Decreto Legge n. 112⁴⁹³ del 2008, nonché dell'art. 154, comma 1, del D. Lgs. n. 152 del 2006 nella parte concernente

alle società che gestiscono pubblici servizi. Cfr. Parere della sezione regionale di controllo della Corte dei Conti per la regione Basilicata n. 20 del 2012, in www.corteconti.it

⁴⁹⁰ Si ricorda che l'art. 23 comma 27 della legge finanziaria pone un divieto alle P.A. di detenere partecipazioni in società di capitali e testualmente recita: “*non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. È sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni [...] nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza*”. “*Il tenore letterale della norma richiamata porterebbe ad affermare che permane la possibilità di costituire (anche ex novo) società per la produzione di servizi di interesse generale quale regola assoluta ed immanente. Diversamente, per le società strumentali la doppia negazione utilizzata dal legislatore, sembrerebbe rendere meno certa, alla luce della nuova normativa, la possibilità di continuare a detenere tali partecipazioni in quanto l'interpretazione letterale della norma non è chiara come la disposizione relativa alle società che erogano servizi di interesse generale*”: così R. CAMPORESI, *Teoremi interpretativi dell'art. 14 comma 32 del D.l. 78/2010 sui limiti imposti agli enti locali a detenere società*, 9 maggio 2012, in www.dirittoediserviziipubblici.it

⁴⁹¹ Cfr. R. CAMPORESI, *ibidem*.

⁴⁹² Con la sentenza della Corte costituzionale 26 gennaio 2011 n. 24 la richiesta di referendum popolare era dichiarata ammissibile — con ordinanza n. 1 pronunciata in data 6 dicembre 2010 per l'abrogazione dell'art. 23 *bis* d.l. n. 112 del 2008.

Con la citata pronuncia, la Corte statuiva che “*l'oggetto del quesito referendario — che riguarda la disciplina generale delle modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica — è rappresentato da disposizioni legislative che non rientrano nelle categorie per le quali l'art. 75 Cost. preclude il ricorso al referendum, atteso che l'intero art. 23 *bis* risponde soltanto alla ratio di favorire la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica da parte di soggetti scelti a seguito di gara ad evidenza pubblica e, a tal fine, limita i casi di affidamento diretto della gestione, consentendo la gestione “in house providing” solo in presenza di situazioni del tutto eccezionali*”.

⁴⁹³ Il quesito referendario era così formulato: “*Volete voi che sia abrogato l'art. 23-bis (Servizi pubblici locali di rilevanza economica) del decreto legge 25 giugno 2008 n. 112 ‘Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria’ convertito, con modificazioni, in legge 6 agosto 2008, n. 133, come modificato dall'art. 30, comma 26, della legge 23 luglio 2009, n. 99 recante ‘Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia’ e dall'art. 15 del decreto legge 25 settembre 2009, n. 135, recante ‘Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della corte di giustizia della Comunità europea’ convertito, con modificazioni, in legge 20 novembre 2009, n. 166, nel testo risultante a seguito della sentenza n. 325 del 2010 della Corte costituzionale?’*”.

La caducazione dell'articolo 23-*bis* ha determinato anche l'inapplicabilità per il futuro del D.P.R. 7 settembre 2010, n. 168 che traeva, dalla predetta disposizione, il proprio fondamento normativo.

la remunerazione del capitale investito.

Tale manifestazione di volontà popolare ha inaugurato un nuovo *iter* nella disciplina dell'affidamento dei servizi pubblici locali.

A decorrere dal 21 luglio 2011, ovvero dal giorno seguente alla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale n. 167 del testo del citato Decreto del Presidente della Repubblica n. 113 del 2011, infatti, si è posta per l'interprete l'esigenza di ricostruire il nuovo assetto della disciplina, individuando le disposizioni deputate a regolare per il futuro il settore⁴⁹⁴.

In tale prospettiva, un ausilio decisivo alla soluzione del problema è stata ricavata dal testo della sentenza della Corte Costituzionale n. 24 del 2011 che, nell'esprimere le argomentazioni a favore dell'ammissibilità del quesito referendario ha affermato che “[...] *all'abrogazione dell'art. 23-bis, da un lato, non [sarebbe conseguita] alcuna reviviscenza delle norme abrogate da tale articolo (reviviscenza, del resto, costantemente esclusa in simili ipotesi sia dalla giurisprudenza di questa Corte - sentenze n. 31 del 2000 e n. 40 del 1997 - sia da quella della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato); dall'altro, conseguirebbe l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria (come si è visto, meno restrittiva rispetto a quella oggetto di referendum) relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica*”⁴⁹⁵.

Ne è disceso che gli enti locali, dopo il *referendum*, sono rimasti sostanzialmente

⁴⁹⁴ Si riporta quanto statuito dalla Corte Cost. 28 aprile 1970, n. 63: “*l'abrogazione limitando ai fatti verificatisi fino ad un certo momento la sfera di operatività della legge abrogata, incide su questa nel senso che, originariamente fonte di una norma riferibile ad una serie indefinita di fatti futuri, essa è ormai fonte di una norma riferibile solo ad una serie definita di fatti passati*”.

⁴⁹⁵ Con la precisazione che nell'ambito delle diverse tipologie di Servizi Pubblici Locali troveranno immediata applicazione le disposizioni di settore previste per il loro affidamento e la loro gestione, ad eccezione di quelle espressamente abrogate. L'art. 23 bis disponeva infatti che “*le disposizioni contenute nel presente articolo si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esso incompatibili*”. Nello stesso senso, più recentemente, si veda T.A.R. Latina (Lazio) sez. I, 28 febbraio 2013, n. 207, in Foro Amministrativo - T.A.R. (II) 2013, 2, 566.

Si ricorda che l'art. 106 c. 2 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (T.F.U.E.), al c. 2, stabilisce che “*le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale 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. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione*”. Si veda anche F. MERUSI, *Nuove avventure e disavventure della legalità amministrativa*, in Dir. amm., fasc.4, 2011, pag. 741. Si veda in tal senso T.A.R. Latina (Lazio) sez. I, 28 febbraio 2013, n. 207, in Foro Amm. - T.A.R. (II) 2013, 2, 566; T.A.R. Brescia, Lombardia, sez. II, 23 settembre 2013, n. 780, in Foro Amministrativo - T.A.R. (II) 2013, 9, 2695.

liberi di scegliere la forma di gestione ritenuta più opportuna⁴⁹⁶, con il solo limite, in caso di affidamento a imprese private esterne, della necessaria adozione di modalità competitive per l'individuazione dell'affidatario del servizio.

In caso di ricorso al partenariato pubblico-privato istituzionale, la codificazione della *gara a doppio oggetto* esprimeva l'orientamento consolidato delle pronunce giurisprudenziali⁴⁹⁷, che avevano evidenziato la necessità di espletare una procedura concorsuale che avesse ad oggetto sia la scelta del socio che il servizio, “*a fronte dell'indizione di una procedura ad evidenza pubblica per la scelta del socio prima, e di successive gare per l'affidamento dei servizi*”⁴⁹⁸.

Anche a seguito della soppressione dell'articolo 23 *bis*, quindi, è rimasta la possibilità, per gli enti locali di affidare la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica a società miste, ancorché senza il limite minimo del 40% del capitale privato da porre a base della gara a doppio oggetto, in virtù dell'assenza a livello comunitario di una previsione analoga⁴⁹⁹.

Permaneva invariato il vincolo di detenzione per il socio pubblico di almeno un quinto del capitale sociale, così come previsto dal D.P.R. 16 settembre 1996, n. 533, richiamato dall'art. 116 del TUEL.

Peraltro, a pochi mesi dall'approvazione del *referendum* del giugno 2011, l'*horror vacui* ha spinto il Governo ad intervenire nuovamente in materia⁵⁰⁰, di fatto ignorando la volontà popolare che aveva sancito l'abrogazione dell'intero art. 23 *bis*, con il conseguente venir meno dell'intera disciplina dei servizi pubblici locali.

A soli due mesi dal *referendum*, è stato così promulgato il Decreto Legge 13

⁴⁹⁶ Nell'ipotesi di ricorso all'"*in house providing*" devono essere rispettate le condizioni poste dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea, e, nel caso di società miste, il socio privato deve essere individuato con gara a doppio oggetto, senza altri obblighi circa la partecipazione minima o massima al capitale da parte dei privati.

⁴⁹⁷ Cons. St., Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1, cit; Cons. St., sez. VI, 23 settembre 2008, n. 4603, in Foro amm. CDS 2008, 9, 2506 (s.m.); Cons. St., sez. V, 23 ottobre 2007, n. 5587, in Guida al diritto 2007, 47, 86; Consiglio Stato sez. II, 18 aprile 2007, n. 456, cit. e T.A.R. Brescia, Lombardia sez. II, 11 giugno 2013, n. 558, in Foro amm. TAR 2013, 6, 1843 (s.m.).

⁴⁹⁸ M. CALARESU, *Effetti del referendum sulla disciplina dei servizi pubblici locali*, in Foro amm. TAR 2011, 06, 215.

⁴⁹⁹ Tuttavia, riemergono numerosi profili di criticità già segnalati in passato. Sul punto era intervenuta l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici che, con segnalazione al Governo e al parlamento in data 26 novembre 2008 aveva rilevato come la mancata collocazione normativa delle società miste di matrice comunitaria fosse una grave criticità delle riforme.

⁵⁰⁰ Con l'esclusione del servizio idrico, del servizio di distribuzione di gas naturale, di cui al decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, del servizio di distribuzione di energia elettrica, di cui al decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 e alla legge 23 agosto 2004, n. 239, della gestione delle farmacie comunali, disciplinate alla legge 2 aprile 1968, n. 475.

agosto 2011, n. 138⁵⁰¹, il cui art. 4 ha sostanzialmente riprodotto il contenuto dell'art. 23 *bis*, comma 9 del D.L. 25 giugno 2008, n. 112.

Tale norma ha previsto che ciascun ente locale, nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, verificasse la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, liberalizzando tutte le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità e accessibilità. L'attribuzione di diritti di esclusiva è stata limitata alle ipotesi in cui, in base ad un'analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non fosse stata idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità⁵⁰². In sostanza, la regola era la prestazione di tali servizi in regime di concorrenza nel mercato, mentre l'eccezione era l'attribuzione, mediante gara, ad un solo soggetto dell'esclusiva di svolgere un determinato servizio (concorrenza per il mercato)⁵⁰³.

E' stato sancito, in tal modo, l'obbligo in capo all'ente locale di effettuare *“a monte una valutazione sulla presenza o meno delle condizioni per la liberalizzazione di un servizio, scegliendo se optare per l'attuazione di una concorrenza “nel mercato” o “per il mercato”, vale a dire se attribuire un servizio pubblico in esclusiva ad un solo operatore (indifferentemente scelto in base a gara pubblica, tramite ricorso a società mista o mediante in house providing) oppure consentire a più operatori economici di concorrere nella gestione del servizio nel medesimo ambito territoriale”*⁵⁰⁴.

⁵⁰¹ Decreto convertito, con modificazioni, dalla Legge 14 settembre 2011, n. 148. Si veda sotto la ricostruzione di C. VIVANI e R. SECONDO, *La nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: la concorrenza tra liberalizzazione e diritto di esclusiva*, in Urb. app., n. 1/2012, p. 40, ove si legge: “Questo nuovo intervento normativo presenta un duplice volto, ricalca e, per certi aspetti, riproduce la disciplina che la volontà popolare aveva inteso abrogare, con ciò sollevando non poche perplessità sulla sua piena conformità alla Costituzione [...]”. Nella nota n. 2 gli Autori si richiamano alle perplessità condivise dalla dottrina sulla portata del divieto di formale o sostanziale ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare. Sul punto si rinvia alle sentenze della Corte costituzionale del 22 ottobre 1990, n. 468, nonché alla sentenza del 4 febbraio 1993, n. 32 in www.giustcost.org.

⁵⁰² Si veda D. FLORENZANO, *La normativa applicabile agli appalti pubblici di servizi al di sotto della soglia di rilievo comunitario*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Appalti pubblici di servizi e concessioni di pubblico servizio*, Cedam, Padova, 1998, p. 145: “*In sintesi, si prescrive[va] agli enti locali di effettuare una sorta di “censimento” delle attività erogate a titolo di servizio pubblico, e di verificare se detti servizi pubblici [potessero] essere svolti nel mercato, limitando il riconoscimento di diritti di esclusiva (il che non si riferisce alle sole ipotesi di gestione pubblica), per quelle sole attività, per le quali la libera iniziativa economica non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della collettività*”.

⁵⁰³ Consiglio di Stato atti norm., 11 giugno 2012, n. 4717, in Foro amm. CDS 2012, 6, 1658 (s.m.).

⁵⁰⁴ T.A.R. Bari (Puglia) sez. I, 11 ottobre 2012, n. 1756, in Foro Amministrativo - T.A.R. (II) 2012, 10, 3297 e parere A.G.C.O.M. del 4 aprile 2012

All'esito della verifica l'amministrazione doveva adottare una delibera quadro⁵⁰⁵ che illustrasse l'istruttoria compiuta e che evidenziasse, per i settori in cui non si era proceduto alla liberalizzazione, i fallimenti e le carenze del sistema concorrenziale, e che spiegasse, invece, i benefici derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio per l'intera comunità.

Come evidenziato da V. Cerulli Irelli, il predetto adempimento *di carattere programmatico* trovava “*la sua fonte nel principio che il mantenimento dell'esclusiva pubblica del servizio [costituiva] eccezione rispetto alla regola, che [era] quella della gestione concorrenziale del servizio stesso attraverso una pluralità di operatori che competono sul mercato*”⁵⁰⁶.

Pertanto, il Consiglio di Stato⁵⁰⁷ ha rilevato che la concorrenza nel mercato consentiva alle imprese del settore di operare contestualmente nel mercato ad armi pari, soddisfacendo le esigenze dei *cives*. “*In un regime completamente liberalizzato e, quindi, di piena concorrenza, l'accesso al mercato dovrebbe essere libero o, al più, caratterizzato dal previo rilascio di autorizzazioni (vincolate) all'esercizio della relativa attività economica – qualora sia necessario che gli operatori presentino determinati requisiti – in base a criteri oggettivi, trasparenti e non discriminatori*”⁵⁰⁸.

Il meccanismo delle gare ad evidenza pubblica⁵⁰⁹ era stato individuato come quello che avrebbe dovuto comportare un risparmio dei costi ed una migliore efficienza nella gestione, ma non era certo un meccanismo per garantire la concorrenza nel mercato.

Conseguentemente, se anche le forme organizzative gestionali rimanevano quelle tradizionali, venivano apportati rilevanti correttivi in materia di *in house providing* e *partenariato pubblico-privato*.

In relazione a quest'ultimo modulo organizzativo, l'art. 4, comma 12, D.L. n. 138 del 2011, consentiva l'affidamento diretto laddove il *partner* privato fosse stato scelto

⁵⁰⁵ Che doveva essere trasmessa all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, al fine di esprimere un parere “*in merito all'esistenza di ragioni idonee e sufficienti all'attribuzione di diritti di esclusiva*”.

⁵⁰⁶ V. CERULLI IRELLI, *Servizi pubblici locali: un settore a disciplina generale di fonte europea*, Nota a: *Corte Costituzionale*, 20 luglio 2012, n.199, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc.4, 2012, pag. 2900.

⁵⁰⁷ Consiglio di Stato atti norm., 11 giugno 2012, n. 4717, in *Foro amm.* CDS 2012, 6, 1658 (s.m.).

⁵⁰⁸ Consiglio di Stato atti norm., 11 giugno 2012, n. 4717, cit.

⁵⁰⁹ E' previsto infatti che, a decorrere dal 2013, l'applicazione delle procedure di affidamento ad evidenza pubblica da parte di Regioni, Province e Comuni o degli enti di governo locali o del bacino costituisca elemento di valutazione della “*virtuosità*” degli stessi enti, ai sensi dell'art. 20, comma 2, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98 (Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 15 luglio 2011, n. 111.

secondo una procedura ad evidenza pubblica a c.d. doppio oggetto. Peraltro il bando di gara o la lettera di invito avrebbe dovuto assicurare non solo che i criteri di valutazione delle offerte sarebbero stati basati sulla qualità e sul corrispettivo chiesto per il servizio, ma anche che il socio privato selezionato avrebbe svolto i compiti operativi connessi alla gestione del servizio per l'intera durata del servizio stesso. In pratica, il socio privato sarebbe stato un “*vero imprenditore del settore e un vero gestore del servizio*”⁵¹⁰.

L'art. 4, comma 13, D.L. n. 138, invece, ha reso ancora più remota l'ipotesi dell'affidamento diretto⁵¹¹, ormai limitato ai casi un cui “*il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento [fosse] pari o inferiore alla somma complessiva di 200 mila euro annui*”.

La norma, tra l'altro, in un'ottica di graduale liberalizzazione del settore, al fine di ridurre al massimo le gestioni pubbliche e di introdurre nell'ambito del settore di riferimento processi di competizione tra imprese, fossero esse pubbliche o private, ha previsto che gli affidamenti diretti a società *in house* di servizi dal valore economico superiore alla somma indicata, sarebbero dovuti cessare improrogabilmente alla data del 31 dicembre 2012, mentre gli affidamenti a società miste sarebbero dovuti cessare improrogabilmente alla data 31 marzo 2013 se il socio privato non fosse stato prescelto attraverso la procedura selettiva con doppio oggetto prevista dalla norma.

Dal tenore letterale della norma sembrerebbe che sia stato inaugurato un indirizzo diverso e più radicale rispetto al passato. Infatti, in luogo della concorrenza per il mercato, si è avuta una spinta verso una più incisiva e piena concorrenza nel mercato privilegiando una logica di liberalizzazione⁵¹², piuttosto che una logica di esternalizzazione, con l'obiettivo di produrre effetti positivi sia per le imprese di settore, ma anche per gli stessi cittadini fruitori di quei servizi.

In realtà, posto che a livello comunitario nessuna disposizione obbliga gli Stati membri a “*liberalizzare i servizi di interesse economico generale, a privatizzare gli enti*”

⁵¹⁰ L'espressione è di V. CERULLI IRELLI, ult. op. cit.

⁵¹¹ V. LEPORE, *La normativa sui servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 199 del 2012*, in www.amministrazioneincammino.it

L'in house era confinato ai servizi di minore impatto economico e ai servizi caratterizzati da un elevato grado di frammentazione. Cfr. A. NAPPI, *Il decreto liberalizzazioni e i servizi pubblici locali di rilevanza economica: verso la risoluzione di un'antinomia?* in *Il nuovo diritto amministrativo* 1/2012, 101.

⁵¹² Si evidenzia che l'art. 8 della Direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi del mercato interno non obbliga gli Stati membri a “*liberalizzare i servizi di interesse economico generale, a privatizzare gli enti pubblici che forniscono tali servizi o ad abolire i monopoli esistenti*”.

*pubblici che forniscono tali servizi o ad abolire i monopoli esistenti*⁵¹³, viene spontaneo interrogarsi sulla bontà del percorso intrapreso dal legislatore, che ha preferito tali opzioni piuttosto che prevedere forme di regolazione e controllo più stringenti per verificare la rispondenza del servizio ai fondamentali principi di universalità, continuità, uguaglianza, accessibilità e secondo programmi di offerta predeterminati.

Infatti, poiché il servizio pubblico locale è fondamentalmente una “*missione*” a favore della collettività, sarebbe inutile preoccuparsi di disciplinare le varie forme di società e le altre modalità di erogazione del servizio se, poi, non si imponesse anche di verificare che il servizio sia realmente fruibile dalla generalità dei cittadini, sia attraverso regole che ne consentano un’effettiva fruizione, sia con tariffe accessibili⁵¹⁴.

Ma il legislatore ha continuato a muoversi nella strada della liberalizzazione.

E’ sufficiente considerare che l’art. 9 della Legge n. 183 del 12 novembre 2011, c.d. legge di stabilità 2012, ha modificato il citato art. 4 del Decreto Legge 13 agosto 2011, n. 138⁵¹⁵ con il dichiarato fine “*di realizzare un sistema liberalizzato dei servizi pubblici locali di rilevanza economica attraverso la piena concorrenza nel mercato e di perseguire gli obiettivi di liberalizzazione e privatizzazione dei medesimi*”.

Per il tramite della suddetta novella, il legislatore, se da un lato ha introdotto ulteriori novità nel settore, dall’altro ha voluto superare alcune criticità già evidenziate all’indomani dell’entrata in vigore dell’art. 4 del D.L. n. 138 del 2011⁵¹⁶, in particolare sottraendo le società miste all’applicazione delle misure limitative imposte ai soggetti

⁵¹³ Sul punto si veda S.M. CARBONE, *Brevi note in tema di privatizzazioni e diritto comunitario*, in *Dir. commercio internaz.*, 1999, p. 231 ss.; A. VERHOEVEN, *Privatisation and EC law: is the European Commission "neutral" with respect to public versus private ownership of companies?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1996, p. 861 ss.; W. DEVROE, *Privatisation and Community law: neutrality versus policy*, in *Common Market Law Review*, 1997, p. 267 ss.

⁵¹⁴ In senso analogo, in relazione all’Inghilterra, si veda RODNEY BROOKE (2009): *New development: The future of public service regulation—the professional’s perspective*, *Public Money & Management*, 29:5, 268-272 che afferma “*Regulatory failures have shifted the debate from the burden of regulation to its effectiveness. In response, regulators will be more sceptical of self-assessments, more responsive to consumers, provide better information, investigate inputs as well as outcomes and work more collaboratively*”.

⁵¹⁵ Le modifiche erano tese a limitare ulteriormente il ricorso al modello dell’*in house providing*, comprimendo ulteriormente la sfera di autonomia regionale.

Infine si riaffermava la possibilità di affidare il servizio ad una società mista, nella quale il socio privato fosse stato scelto previo esperimento di gara a doppio oggetto riguardante la qualità di socio (al quale doveva essere conferita una partecipazione non inferiore al 40%) e l’attribuzione di compiti ben specificati strettamente connessi alla gestione del servizio. Peraltro, si riaffermava la possibilità di affidare il servizio ad una società mista, nella quale il socio privato fosse stato scelto previo esperimento di gara a doppio oggetto riguardante la qualità di socio (al quale doveva essere conferita una partecipazione non inferiore al 40%) e l’attribuzione di compiti ben specificati strettamente connessi alla gestione del servizio.

⁵¹⁶ C. VOLPE, *Servizi pubblici locali e legge di stabilità 2012. il dinamismo normativo continua*, in *Foro amm. CDS* 2011, 11, 3549.

affidatari diretti di servizi pubblici locali⁵¹⁷.

L'art. 9, comma 2, lett. a) della L. n. 183, ha aggiunto un nuovo periodo al comma 2 dell'art. 4 del D.L. n. 138 del 2011 per imporre all'amministrazione locale, al momento dell'adozione della delibera quadro di cui al comma 2 del citato art. 4, di valutare anche *“l'opportunità di procedere all'affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi pubblici locali nei casi in cui possa essere dimostrato che tale scelta sia economicamente vantaggiosa”*.

La lett. c) del citato art. 9, comma 2, ha inserito al comma 4 dell'art. 4 del D.L. n. 138 del 2011 un ulteriore periodo, con il quale è stato previsto che, nel caso in cui l'ente locale non proceda alla verifica di cui al comma 1 del medesimo art. 4, o comunque non adotti la delibera quadro volta a verificare la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali, il medesimo ente non possa procedere all'attribuzione di diritti di esclusiva ai sensi del medesimo art. 4.

La lett. d) del citato art. 9, comma 2, aggiungendo un periodo al comma 13 dell'art. 4 del D.L. n. 138/2011, convertito con modificazioni dalla l. n. 148/2011, ha inteso evitare che gli enti locali che non procedono agli affidamenti tramite gara ricorrendo, invece, alla gestione *in house*, frazionino il servizio e il relativo affidamento eludendo, in tal modo, la soglia di 900.000 euro annui prevista al comma 13 del medesimo art. 4.

Per scongiurare il rischio che troppe limitazioni nella partecipazione alle procedure a evidenza pubblica potesse avere effetti distorsivi della concorrenza a vantaggio del precedente affidatario⁵¹⁸, è stata modificata la lett. l) del citato art. 9, comma 2, prevedendosi che gli affidatari diretti di servizi pubblici locali possano, *“comunque, concorrere su tutto il territorio nazionale a gare indette nell'ultimo anno di affidamento dei servizi da essi gestiti, a condizione che sia stata indetta la procedura*

⁵¹⁷ La norma, come modificata, recita: *“Le società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, anche non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea, che, in Italia o all'estero, gestiscono di fatto o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica ovvero non ai sensi del comma 12, [...] non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare. Il divieto di cui al primo periodo opera per tutta la durata della gestione e non si applica [...] al socio selezionato ai sensi del comma 12 e alle società a partecipazione mista pubblica e privata costituite ai sensi del medesimo comma”*.

⁵¹⁸ C. VOLPE, *Servizi pubblici locali e legge di stabilità 2012. il dinamismo normativo continua*, in Foro amm. CDS 2011, 11, 3549.

competitiva ad evidenza pubblica per il nuovo affidamento del servizio o, almeno, sia stata adottata la decisione di procedere al nuovo affidamento attraverso la predetta procedura ovvero, purché in favore di soggetto diverso”, attraverso l’affidamento in house.

Peraltro, la norma in commento non si è occupata solo degli aspetti gestionali dei servizi pubblici.

La finalità *di assicurare, mediante un sistema di benchmarking, il progressivo miglioramento della qualità ed efficienza di gestione dei medesimi servizi* è stata alla base dell’introduzione del comma 33 *bis* dell’art. 4 del decreto legge n. 138 del 2011⁵¹⁹, che ha sancito l’obbligo per gli enti affidatari di rendere pubblici i dati concernenti il livello di qualità del servizio reso, il prezzo medio per utente, il livello degli investimenti effettuati e ogni ulteriore informazione necessaria alle predette finalità.

In verità, la disposizione citata, che ha assunto carattere di centralità nella politica di liberalizzazione dei servizi pubblici locali, è stata introdotta, come evidenziato da attenta dottrina⁵²⁰, *“in adesione a un’osservazione contenuta nella segnalazione dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato del 26 agosto 2011”*⁵²¹, che aveva evidenziato la mancanza di *““misure di garanzia dell’efficienza e della qualità della gestione del servizio” sotto forma di valutazioni di “benchmarking” che, a prescindere dalla natura (pubblica o privata) del gestore, accompagnino il processo di riforma dei servizi pubblici locali”*.

Peraltro, la crisi profonda che ha colpito l’Italia, la straordinarietà e l’urgenza di emanare disposizioni *“per favorire la crescita economica e la competitività del Paese, al fine di allinearla a quella dei maggiori partners europei ed internazionali, anche attraverso l’introduzione di misure volte alla modernizzazione ed allo sviluppo delle infrastrutture nazionali, all’implementazione della concorrenza dei mercati, nonché alla facilitazione dell’accesso dei giovani nel mondo dell’impresa”*⁵²² ha spinto il Governo all’emanazione del decreto legge n. 1 del 24 gennaio 2012, convertito nella Legge 24

⁵¹⁹ convertito, con modificazioni, dalla l. n. 148/2011.

⁵²⁰ Cfr. C. VOLPE, *op. ult. cit.*

⁵²¹ Si tratta di una nota del presidente dell’Autorità indirizzata ai presidenti di Senato e Camera e al presidente del Consiglio dei ministri, nell’esercizio dei poteri di cui all’art. 22 della l. n. 287/1990, ad oggetto “AS864 Disegno di legge AS n. 2887 di conversione del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, recante “Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e lo sviluppo””.

⁵²² Così si esprime il Preambolo del decreto legge n. 1 del 24 gennaio 2012.

marzo 2012 n. 27, c.d. “Cresci Italia”.

Nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento, di libera prestazione dei servizi e del principio di buona amministrazione, al fine di operare un contenimento della spesa pubblica, il citato decreto legge ha apportato una nuova serie di modifiche all'articolo 4 del Decreto Legge 13 agosto 2011, n. 138.

Primariamente ha posto agli enti locali l'obiettivo di liberalizzare tutte le attività economiche⁵²³ compatibilmente con le caratteristiche di matrice europea di universalità e accessibilità del servizio.

Per contro, l'attribuzione di diritti di esclusiva, la quale doveva trovare puntuale giustificazione in interessi di rango costituzionale⁵²⁴, era stata limitata alle ipotesi in cui la libera iniziativa economica privata, in base ad un'analisi di mercato, non avesse garantito un servizio rispondente ai bisogni degli utenti⁵²⁵.

L'art. 25 del citato decreto legge ha inserito l'art. 3 *bis* al D. L. n. 138 del 2011 che ha testualmente previsto che entro il 30 giugno 2012, a tutela della concorrenza e dell'ambiente, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano organizzassero lo svolgimento dei servizi pubblici locali in ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei

⁵²³ Va ricordato, comunque, che l'art. 4, per effetto dell'art. 9, c. 2, lett. n) l. n. 183/2011 (cd. Legge di stabilità 2012) e dell'art. 25 d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito dalla legge 24 marzo 2012, n. 27, nonché dell'art. 53, c. 1, lett. b) d.l. n. 83/2012, ha subito numerose modifiche, tutte tese a limitare ulteriormente il ricorso al modello dell'*in house providing*, comprimendo ulteriormente la sfera di autonomia regionale.

Infine si riaffermava la possibilità di affidare il servizio ad una società mista, nella quale il socio privato fosse stato scelto previo esperimento di gara a doppio oggetto riguardante la qualità di socio (al quale doveva essere conferita una partecipazione non inferiore al 40%) e l'attribuzione di compiti ben specificati strettamente connessi alla gestione del servizio.

In particolare, l'art. 25 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, dalla l. 24 marzo 2012, n. 27 c.d. “Cresci Italia”, nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento, di libera prestazione dei servizi e altresì del principio di buona amministrazione, pone agli enti locali l'obiettivo di liberalizzare tutte le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche anche di matrice europea di universalità e accessibilità del servizio. Rispetto all'art. 23 *bis*, dunque, si punta decisamente verso la liberalizzazione dei servizi, ritenendo la privatizzazione (mediante cessione di quote azionarie a privati) non più sufficiente.

⁵²⁴ Cfr. Corte cost. 20 luglio 2012, n. 200, in Foro amm. CDS 2012, 12, 3118, in cui si afferma che “*Tale intervento normativo, conformemente ai principi espressi dalla giurisprudenza costituzionale, «prelude a una razionalizzazione della regolazione, che elimini, da un lato, gli ostacoli al libero esercizio dell'attività economica che si rivelino inutili o sproporzionati e, dall'altro, mantenga le normative necessarie a garantire che le dinamiche economiche non si svolgano in contrasto con l'utilità sociale e con gli altri principi costituzionali»*”

⁵²⁵ In tale ultima ipotesi era prevista una delibera quadro che, se riferita a enti con più di 10.000 abitanti e a servizi di valore superiore ai 200.000 euro, doveva essere trasmessa per un parere obbligatorio all'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

L'attribuzione di diritti di esclusiva poteva avvenire solo a favore di imprenditori o società individuati mediante procedure a evidenza pubblica nella piena osservanza dei principi dell'UE. Era ammissibile anche l'affidamento a società “*in house providing*” a condizione che tale società, rigorosamente a totale capitale pubblico, svolgesse la parte prevalente (qualitativamente e quantitativamente) della sua attività con l'ente che la costituisce e che quest'ultimo mantenesse sulla società il controllo analogo di cui alla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

individuati in riferimento a dimensioni comunque non inferiori alla dimensione del territorio provinciale, e tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio. Decorso inutilmente il termine indicato, il Consiglio dei Ministri, a tutela dell'unità giuridica ed economica, avrebbe esercitato i poteri sostitutivi previsti dall'art. 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131, per organizzare lo svolgimento dei servizi pubblici locali in ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei, comunque di dimensioni non inferiori a quelle del territorio provinciale, tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio.

L'art. 25, inoltre, ha sostituito il 3° comma dell'art. 114 del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, prevedendo che *“per gli enti territoriali con popolazione superiore a 10.000 abitanti, la delibera di cui al comma precedente [sia] adottata previo parere obbligatorio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che si pronuncia entro sessanta giorni, sulla base dell'istruttoria svolta dall'ente di governo locale dell'ambito o del bacino o in sua assenza dall'ente locale, in merito all'esistenza di ragioni idonee e sufficienti all'attribuzione di diritti di esclusiva e alla correttezza della scelta eventuale di procedere all'affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi pubblici locali. La delibera e il parere sono resi pubblici sul sito internet, ove presente, e con ulteriori modalità idonee”*.

E' stata pertanto introdotta, analogamente alla disciplina in vigore in altri Stati membri dell'Unione europea e negli ordinamenti anglosassoni, una tendenziale forma di liberalizzazione dei servizi pubblici locali in aggiunta ad altre liberalizzazioni già introdotte con norme di settore.

Il Consiglio di Stato⁵²⁶, chiamato a pronunciarsi in merito alla liberalizzazione del settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, ha affermato che il nuovo percorso inaugurato dal Governo era *“un passaggio fondamentale nell'ambito delle misure per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività”*. Pertanto, era importante che fossero chiariti tutti i passaggi che gli enti locali dovevano attuare per garantire il conseguimento degli obiettivi della riforma, ordinando in senso logico le varie fasi della procedura e separando in modo netto la ricognizione del dato storico dalla programmazione, che riguardava le esigenze della comunità, i servizi minimi e gli oneri di servizio pubblico.

⁵²⁶ Consiglio di Stato atti norm., 11 giugno 2012, n. 4717, in Foro amm. CDS 2012, 6, 1658 (s.m.).

Peraltro, il disegno riformatore in parola ha lasciato, in concreto, spazi esigui alle autonome scelte degli enti locali, *“tendenzialmente costretti ad adottare un unico modello gestionale, ovvero a costruire a tale scopo una struttura predefinita fin nei dettagli”*⁵²⁷. Ma non è tutto. In realtà, la novella legislativa non ha puntato affatto sulla liberalizzazione di questi settori, ma su forme di privatizzazione della gestione, o su forme di accesso competitive di imprese private a mercati sottratti alla libera concorrenza. Tuttavia, riproducendo il contenuto dell'art. 23 *bis* (e successivo regolamento attuativo adottato con d.P.R. 7 settembre 2010 n. 168), la novella si è scontrata con le precedenti decisioni della Corte costituzionale la quale, per voler usare le parole di autorevole dottrina⁵²⁸, *“ha avuto buon gioco nel ritenere incostituzionale una norma che a distanza di pochi mesi dal referendum sostanzialmente ripristinava quella abrogata”*.

La sentenza 20 luglio 2012 n. 199⁵²⁹ ha posto la parola fine a un processo riformatore del settore dei servizi pubblici locali la cui apparente *ratio* sembrava quella di spezzare i monopoli pubblici presenti nel Paese, *“introducendo, in una prospettiva non lunga, fattori di concorrenza nel mercato e fattori di concorrenza per il mercato nella gestione dei servizi di interesse generale a rilevanza economica (secondo la terminologia comunitaria) nella loro dimensione locale (che da noi, in termini pratici, è la più rilevante). Settore come forse nessun altro importante nella nostra amministrazione perché quello più vicino agli interessi e ai bisogni dei cittadini, quello nel quale l'esigenza di assicurare a tutti le prestazioni, a prescindere dalle differenze territoriali, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. m), Cost., si evidenzia con maggiore incisività”*⁵³⁰.

Le Regioni sostenevano che a seguito dell'eliminazione, mediante *referendum*, dell'art. 23 *bis*, comma 9, del d.l. 25 giugno 2008 n. 112, le loro competenze si erano ripesse quale effetto della sopravvenuta applicabilità della normativa comunitaria.

⁵²⁷ A. ROMANO-TASSONE, op.cit., p. 72.

⁵²⁸ V. CERULLI IRELLI, Servizi pubblici locali: un settore a disciplina generale di fonte europea, Nota a Corte Costituzionale, 20/07/2012, n. 199, in Giur. cost. 2012, 4, 2900.

⁵²⁹ Pubblicata nella Gazz. Uff. 25 luglio 2012, n. 30 - Prima serie speciale. Si veda al riguardo T. BONETTI, Servizi pubblici locali di rilevanza economica dalla instabilità nazionale alla deriva europea, in Munus, n. 2, 2012, p. 422. Rileva l'Autore che la sentenza deve essere segnalata per la coerenza intrinseca delle argomentazioni del Giudice costituzionale, rispetto a quanto determinato nell'atto di ammissione della richiesta del referendum popolare.

⁵³⁰ V. CERULLI IRELLI, Servizi pubblici locali: un settore a disciplina generale di fonte europea, Nota a Corte Costituzionale, 20/07/2012, n. 199, in Giur. cost. 2012, 4, 2900.

Peraltro, la reintroduzione da parte del legislatore statale di disciplina analoga a quella abrogata aveva determinato non soltanto una violazione della volontà espressa con il voto popolare, ma anche una lesione di una sfera di competenza che la Costituzione assegna, in via residuale, alle regioni.

La Consulta ha confermato che la disciplina di cui all'art. 4 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138⁵³¹ era “*contraddistinta dalla medesima ratio di quella abrogata*”, ed era “*anche letteralmente riproduttiva, in buona parte*”, della stessa, nonché “*di molte disposizioni del regolamento attuativo del medesimo art. 23-bis contenute nel d.P.R. n. 168 del 2010*”. E’ stato detto, infatti, che, “*a parte “l'esclusione dall'ambito di applicazione della nuova disciplina del servizio idrico integrato” le “poche novità introdotte dall'art. 4 accentuavano la drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti diretti dei servizi pubblici locali che la consultazione referendaria”, al contrario, “aveva inteso escludere”*”.

Nel pronunciamento di incostituzionalità, la Corte, ribadendo le conclusioni della sua precedente giurisprudenza, ha affermato che l'esito del *referendum* vincolava il legislatore a non sostituirsi alla volontà popolare⁵³² riproponendo la disciplina di disposizioni abrogate⁵³³.

Ma non è tutto. La Consulta ha anche ricostruito i motivi della consultazione referendaria e, per certi versi, la volontà popolare che in essa si era manifestata, censurando misure che, in contraddizione con l'esito referendario del giugno 2011, limitavano la facoltà di scelta delle amministrazioni locali impedendo loro di ricorrere a gestioni pubbliche.

La caducazione — per dichiarata incostituzionalità dell'art. 4 del D.L. n. 138/2011 — della disposizione di cui al comma 33 ha fatto venire meno il divieto di partecipazione alle gare per gli affidatari diretti di servizi pubblici locali⁵³⁴, salve le

⁵³¹ convertito, con modificazioni, dalla Legge 14 settembre 2011, n. 148.

⁵³² La Corte dunque riconosceva un vero e proprio vincolo per il Parlamento derivante dall'esito referendario, anche perché il referendum abrogativo si qualifica come vero e proprio atto-fonte dell'ordinamento di rango primario.

⁵³³ R. PINARDI, *Volontà referendaria e legislazione successiva tra regime formale e forza politica della pronuncia popolare abrogativa*, Nota a: Corte Costituzionale, 20 luglio 2012, n.199, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc.4, 2012, pag. 2892B.

⁵³⁴ TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 21 dicembre 2012, n. 2004/2012, in www.giustizia-amministrativa.it, ove si afferma, con riferimento alla dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 4 in questione, che “*la soppressione delle previsioni contemplate nell'articolo si propaga a quelle che introducono le fattispecie ostative alla partecipazione alle gare*”.

ipotesi in cui tale divieto fosse previsto da norme di settore.

L'art. 34, commi 13 e ss del D.L. 18 ottobre 2012, n. 179 (convertito con modifiche in L. 17 dicembre 2012, n. 221⁵³⁵), infatti, dettava alcune disposizioni generali in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica ma non stabiliva misure limitative, a carico degli affidatari diretti, analoghe a quelle che erano contenute nel comma 33 dell'art. 4 del D.L. n. 138/2011.

Pertanto, nel momento attuale, l'amministrazione che indice una gara per l'affidamento di un servizio pubblico locale di rilevanza economica non può aprioristicamente escludere dalla procedura di aggiudicazione una società per il semplice fatto che tale impresa sia titolare di affidamenti diretti.

In esito alla predetta sentenza del giudice delle leggi⁵³⁶, ci si trova oggi in una situazione identica a quella già verificatasi con l'abrogazione dell'art. 23 *bis*. In assenza di

⁵³⁵ Vedi V. VECCHIETTI, *Novità sul pacchetto europeo in materia di SIGE e impatti sull'ordinamento nazionale*, in www.osservatorioappaltiunitn.it. Per un quadro generale del tema si rinvia a R. CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno e ordinamento europeo*, in *Dir. amm.*, 2000, p. 106; D. MINIUSSI, *La nozione di servizio pubblico locale tra diritto europeo e ordinamento nazionale*, in *Il diritto dell'economia*, vol. 26, n. 80, pp. 120 ss.

⁵³⁶ In ordine al regime delle società *in house* si è posto il problema se dopo la citata sentenza del supremo giudice delle leggi n. 199 del 2012, esse restino soggette al patto di stabilità interno, come previsto dall'art. 4, comma 14, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. l. n. 148 del 2011 cit. Ebbene, una parte della dottrina ha affermato che la dichiarazione di illegittimità di tutto l'art. 4 produrrebbe anche l'effetto di sottrarre la società *in house* alla soggezione al patto di stabilità interno, mentre il successivo art. 25 d.l. n. 1 del 2012 conv. l. n. 27 del 2012 cit. - che tale vincolo prevede - sarebbe ritenuto incostituzionale per invalidità derivata. Cfr. A. VIGNERI, *Servizi pubblici, che fare? Un primo quadro dopo la sentenza 199/2012 della Corte costituzionale*, in www.astrid.eu.

In realtà la legittimità della previsione di vincoli in capo ai soggetti affidatari *in house* non pare possa essere messa in dubbio dall'intervento della sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012, seguendo logiche diverse che conducono alla sostanziale assimilazione delle società *in house* alla pubblica amministrazione. A. LUCARELLI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 e la questione dell'inapplicabilità del patto di stabilità interno alle S.p.a. in house e alle aziende speciali*, in www.federalismi.it.

La soggezione delle società *in house*, come di altre società a partecipazione pubblica, al patto di stabilità già prevista dall'art. 18 d.l. n. 112 del 2008 conv. l. n. 133 del 2008 cit., confermato dall'art. 25, d.l. n. 1 del 2012 conv. l. n. 27 del 2012 cit., è elemento che attiene alla struttura soggettiva della società, che non contrasta con l'intento perseguito dal *referendum* e interpretato dalla Corte, di non sopprimere o rendere estremamente difficile le gestioni pubbliche dei servizi pubblici locali.

È da ritenere invero non precluso al legislatore statale di assoggettare con norma di legge primaria, queste società, come altre a partecipazione pubblica, al patto di stabilità interno. Al contrario, il legislatore nazionale, proprio in virtù della sua competenza in ordine al "coordinamento della finanza pubblica" che si riempie di contenuto per effetto dei vincoli europei in ordine all'equilibrio dei conti pubblici *ex artt.* 121 e 126 TFUE, deve stabilire regole rigide in ordine all'ordinamento delle spese, alle quali non possono essere sottratte le società *in house* (che più incisivamente di altre società a partecipazione pubblica si caratterizzano per la loro «sostanza pubblica»). E infatti, le società a partecipazione pubblica (con l'esclusione di quelle quotate in borsa) sono sottoposte al patto di stabilità interno (art. 18, comma 2-*bis* e comma 3, d.l. n. 112 del 2008 conv. l. n. 133 del 2008 cit.; art. 25, comma 2, d.l. n. 1 del 2012 conv. l. n. 27 del 2012; art. 1, comma 2, l. n. 196 del 2009), come ad altri vincoli di carattere organizzativo e finanziario del tutto ascrivibili a quelli propri dell'organizzazione pubblica in senso stretto.

Anche su questo punto, perciò, in virtù di altri e più generali vincoli europei, la disciplina abrogata viene

una normativa nazionale *ad hoc*⁵³⁷, la disciplina applicabile deve essere individuata nei principi ricavabili dalla normativa europea e dalle pronunce della Corte di Giustizia CE, nonché in qualche norma rimasta in vita o successivamente introdotta a livello nazionale⁵³⁸.

Quanto alle società miste, questo stato di cose ha portato ad affermare l'ammissibilità del modello della cosiddetta gara a doppio oggetto, in cui la società viene costituita per una specifica missione in base a una procedura selettiva che ha a oggetto la scelta del socio, ma anche l'affidamento della specifica missione (ipotesi che fa da contraltare a quella, diversa e non consentita, in cui si intende affidare direttamente ulteriori appalti a una società mista già costituita). Tale modello era stato già previsto dal Parlamento italiano con l'art. 15 del c.d. decreto "salva-infrazioni" che, infatti, aveva nel frattempo ottenuto l'avallo della Corte di Lussemburgo⁵³⁹ che, a sua volta, aveva aderito alla Comunicazione interpretativa della Commissione europea 5 febbraio 2008 "sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai

confermata nel suo contenuto normativo.

⁵³⁷ Ad eccezione di alcune discipline di settore: d.lgs. n. 152 del 2006 per il servizio idrico; d.lgs. n. 79 del 1999 e l. n. 239 del 2004 per la distribuzione dell'energia elettrica; d.lgs. n. 164 del 2000 per la distribuzione del gas naturale; l. n. 475 del 1968 per la gestione delle farmacie comunali; d.lgs. n. 422 del 1997 per il trasporto ferroviario regionale e locale.

⁵³⁸ Si veda per esempio l'art. 34 del d.l. n. 179 del 2012, convertito in l. n. 221 del 2012.

Cfr. T.A.R. Brescia (Lombardia) sez. II, 23 settembre 2013, n. 780, in Foro Amministrativo - T.A.R. (II) 2013, 9, 2695: "Con l'espunzione dall'ordinamento nazionale dell'art. 23-bis, d.l. n. 112 del 2008 per effetto del referendum abrogativo del 12-13 giugno 2011, e poi con la cancellazione dell'art. 4, d.l. n. 138 del 2011 per intervento della Corte costituzionale, è venuta meno la possibilità di imporre agli enti locali un percorso ordinato (e scandito da tempi certi) verso la liberalizzazione dei servizi pubblici. Il vuoto normativo provocato dal referendum e dalla sentenza n. 199 del 2012 non è stato colmato dalla reviviscenza di norme anteriori ma dall'estensione dei principi comunitari".

La dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 4 d.l. n. 138 del 2011 conv. l. n. 148 del 2011 cit., ha privato invece di operatività la disciplina transitoria sulla quale invero nessun aggancio si può rinvenire nel diritto europeo.

Sul punto, è intervenuto il d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 conv. l. 17 dicembre 2012 n. 221, art. 34, comma 20 ss. prevedendo che gli enti locali adottino entro il 31 dicembre 2013 una relazione che dia conto "delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta" (quindi per la forma di affidamento in essere) anche con riferimento ai "contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste". Laddove le gestioni in essere non prevedano una data di scadenza, gli enti provvedano "contestualmente ad inserire nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto un termine di scadenza dell'affidamento, pena la cessazione dell'affidamento medesimo alla data del 31 dicembre 2013".

Quindi, viene inserito il principio che tutti gli affidamenti abbiano una scadenza, e viene attribuito agli enti il compito di stabilirla pena una scadenza imposta nel caso gli enti non provvedano a tale adempimento.

Mentre gli affidamenti diretti a società a partecipazione pubblica quotate in borsa, assentiti alla medesima data di cui alla normativa abrogata (1° ottobre 2003), ove non abbiano una scadenza prevista nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto, cessano, secondo la nuova norma, "improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, il 31 dicembre 2020".

⁵³⁹ Corte di Giustizia CE, 15 ottobre 2009, C-196/08, Acoset s.p.a.

partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)”. Quindi è stata sancita l’ammissibilità dell’affidamento ad una società mista previa gara a doppio oggetto, ma senza riferimento alla percentuale del capitale privato da porre a base della gara.

Inoltre, con l’abrogazione referendaria dell’art. 23 *bis*, D.L. n. 112/2008 e la declaratoria di incostituzionalità dell’art. 4, D.L. n. 138/2011, “è venuto meno il principio, con tali disposizioni perseguito, della eccezionalità del modello *in house* per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica”⁵⁴⁰. Trova, invece, applicazione la disciplina comunitaria sui presupposti e condizioni per l’utilizzo della società *in house*, con la conseguenza che le gestioni pubbliche dei servizi attraverso società *in house* con diritti di esclusiva, sono consentite senza limitazioni di durata o di oggetto per il tramite di affidamenti diretti da parte dell’amministrazione locale nel rispetto dell’art. 106 del Trattato ossia “nei limiti in cui l’applicazione di tali norme non osti all’adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione” affidata all’ente⁵⁴¹.

In altri termini, se anche l’intera normativa in materia è finalizzata alla disciplina della concorrenza⁵⁴², è necessario evidenziare che essa non sortisce alcun effetto nel caso

⁵⁴⁰ Così Consiglio di Stato, sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 762, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Napoli Campania, sez. I, 11 aprile 2013, n. 1925, in www.giustizia-amministrativa.it. Si veda T.A.R. Brescia (Lombardia) sez. II, 11 giugno 2013, n. 558, in Foro amm. TAR 2013, 6, 1843 (s.m) che afferma che “la pronuncia di incostituzionalità dell’art. 4, d.l. 13 agosto 2011 n. 138 determina il venir meno della sua efficacia fin dall’origine, sicché il regime applicabile ai servizi pubblici locali — fino all’entrata in vigore dell’art. 34, d.l. 18 ottobre 2012 n. 179 — è rimasto quello che discende dalla diretta applicazione delle disposizioni costituzionali e comunitarie rilevanti: la mancanza di una disciplina organica di settore ha rimesso all’interprete il compito di individuare le regole rilevanti. Nel nuovo contesto, le amministrazioni possono certamente adempiere alle funzioni di interesse pubblico delle quali sono istituzionalmente attributarie, affidandone la gestione a terzi tramite procedure ad evidenza pubblica: nel caso di appalti pubblici sono tenute a rispettare le direttive 2004/18 e 2004/17 e gli artt. 49 e 56 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea, mentre nel caso di concessioni assumono rilievo i principi di pubblicità, concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e di trasparenza. Il diritto comunitario, tuttavia, consente alle amministrazioni pubbliche di espletare le medesime funzioni mediante propri strumenti amministrativi, tecnici o di altro tipo, senza necessariamente far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi, e in tali casi non sussistono i presupposti per applicare le norme comunitarie a tutela della concorrenza. L’ordinamento nazionale, non indica un modello preferibile — ossia non predilige né l’*in house*, né la piena espansione della concorrenza nel mercato e per il mercato e neppure il partenariato pubblico-privato — ma rinvia alla scelta concreta del singolo Ente affidante”.

⁵⁴¹ Tuttavia è necessario evidenziare che l’affidamento del servizio mediante gara pubblica, viene considerato dall’art. 3 *bis*, 3° comma, d.l. n. 138 del 2011 conv. l. n. 148 del 2011 come elemento di valutazione della virtuosità degli enti, ai sensi dell’art. 20, comma 2, d.l. n. 98 del 2011, conv. l. n. 111 del 2011, ciò che comporta conseguenze di favore a carattere finanziario per gli enti stessi.

⁵⁴² In dottrina, v. per tutti D. ILEO, *Gli affidamenti interni negli enti locali*, in *Amministrare*, 2006, pag. 382 e ss. ricorda che il principio di concorrenza, messo in discussione dalla pratica degli affidamenti diretti, ha assunto progressivamente diverse accezioni: si parla così di concorrenza nel mercato, che corrisponde al concetto di “liberalizzazione”, di concorrenza “del mercato”, intesa come “fenomeno economico in quanto tale, indipendentemente dai rapporti fra l’impresa e i pubblici poteri”, di concorrenza “per il mercato”, come

in cui l'ente pubblico decida, a monte e nei limiti in cui detta discrezionalità è riconosciuta dall'ordinamento, di gestire *manu propria* il servizio pubblico⁵⁴³. Il principio di libera prestazione dei servizi, cui è ispirata la disciplina testé citata, non può prevalere sui principi di efficienza ed economicità e buon andamento dell'attività amministrativa, laddove una ragionevole valutazione induca a ritenere preferibili diverse soluzioni da parte dell'amministrazione interessata⁵⁴⁴.

A seguito della sentenza della Corte è acclarato che l'affermazione di questi principi non può essere imposta dall'esterno agli enti locali, cui solo compete la facoltà di scelta circa le modalità di organizzazione e gestione dei propri servizi.

Peraltro, la scelta dell'ente locale in merito alle modalità di organizzazione dei servizi pubblici locali, e in particolare l'opzione tra *in house contract* e ricorso al mercato, deve basarsi sui consueti parametri di esercizio delle scelte discrezionali, *id est*:

- “- valutazione comparativa di tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti;
- individuazione del modello più efficiente ed economico;
- adeguata istruttoria e motivazione”⁵⁴⁵.

Occorre a questo punto individuare le disposizioni di legge che riconoscono all'amministrazione questa possibilità, posto che, come visto, le disposizioni richiamate nella superiore espositiva non contengono un divieto alla gestione in economia dei servizi pubblici locali a rilevanza economica⁵⁴⁶.

L'art. 6 *bis*, comma 1, D. Lgs. 165/2001, sotto la rubrica “*Misure in materia di*

riassume la “regola in base a cui, in tutti i casi in cui non è possibile una piena concorrenzialità, l'intervento pubblico può attuarsi attraverso l'assunzione del servizio da parte dell'ente pubblico e la successiva assegnazione ai privati, attraverso procedure competitive, del diritto di erogare il servizio”, la cui area sarebbe ridotta, “nell'evoluzione legislativa della disciplina generale dei servizi a rilevanza economica, dalla permanenza degli affidamenti diretti e dall'introduzione della gestione *in house*”, su quest'ultima considerazione vedi L. AMMANNATI, *op. cit.*, pag. 906.

⁵⁴³ Cfr. G. MARCHIAMO, *Occorre cambiare tutto perché nulla cambi: la tormentata vicenda dei sieg*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.5-6, 2013, pag. 1021.

⁵⁴⁴ F. GUALTIERI, *Servizi pubblici locali: private e liberalizzazioni; vincoli di legge e autonomie*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2005, IV, pag. 845. L'A. evidenzia come la stessa Corte di Giustizia CE (a titolo esemplificativo si rinvia alla sentenza *Corbeau*, Corte di Giustizia, 19 maggio 1993, causa C-320/1991) abbia più volte ribadito che “*l'intervento pubblico teso a sottrarre alle dinamiche concorrenziali l'intera gestione di una certa attività economica che soddisfi bisogni della collettività è legittimo solo se e nella misura in cui rappresenti una scelta indispensabile al fine di assicurare l'adempimento della missione di interesse generale*”. In tal modo l'intervento pubblico in economia che si potrà esplicitare anche nella scelta di “privativa”, ma questa scelta dovrà esser retta dai principi di proporzionalità e ragionevolezza, impliciti nell'art. 86, par. II, Tr. Ce. “*L'intervento pubblico in economia non appare in toto censurabile neanche alla luce del diritto comunitario*”.

⁵⁴⁵ Consiglio di Stato, sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 762, cit.

⁵⁴⁶ Cfr. T.A.R. Latina Lazio, sez. I, 28 febbraio 2013, n. 207, cit.

organizzazione e razionalizzazione della spesa per il funzionamento delle pubbliche amministrazioni” stabilisce che “Le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, nonché gli enti finanziati direttamente o indirettamente a carico del bilancio dello Stato sono autorizzati, nel rispetto dei principi di concorrenza e di trasparenza, ad acquistare sul mercato i servizi, originariamente prodotti al proprio interno, a condizione di ottenere conseguenti economie di gestione e di adottare le necessarie misure in materia di personale e di dotazione organica”.

L'art. 125 D. Lgs. 163/2006 (codice dei contratti pubblici) sotto la rubrica “Lavori, servizi e forniture in economia” stabilisce che “Le acquisizioni in economia di beni, servizi, lavori, possono essere effettuate: a) mediante amministrazione diretta; b) mediante procedura di cottimo fiduciario [...]. Nell'amministrazione diretta le acquisizioni sono effettuate con materiali e mezzi propri o appositamente acquistati o noleggiati e con personale proprio delle stazioni appaltanti, o eventualmente assunto per l'occasione, sotto la direzione del responsabile del procedimento. [...] Il cottimo fiduciario è una procedura negoziata in cui le acquisizioni avvengono mediante affidamento a terzi. I lavori in economia sono ammessi per importi non superiori a 200.000. I lavori assunti in amministrazione diretta non possono comportare una spesa complessiva superiore a 50.000 euro”.

Inoltre, come previsto dall'art. 34 del D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni dalla L. 17 dicembre 2012, n. 221, le amministrazioni locali dovrebbero comunque esplicitare e rendere trasparenti, in una loro relazione, le ragioni delle soluzioni adottate. In particolare, nelle circostanze in cui gli enti locali decidessero di procedere ad affidamento diretto, non ritenendo percorribili le forme della concorrenza “nel” o “per” il mercato, occorrerebbe comunque adottare misure di *yardstick competition* mediante una comparazione di *performance*⁵⁴⁷.

L'articolo 34, comma 20, del suddetto decreto stabilisce al riguardo che “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 un'apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente

⁵⁴⁷ Le suddette motivazioni, peraltro, non dovrebbero essere sottoposte al vaglio di autorità terze, ma divenire elementi di trasparenza e di responsabilità amministrativa e politica.

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 di servizio pubblico e servizio universale indicando le compensazioni economiche se previste”.

Autorevole dottrina rileva che *“un'applicazione correttamente rigida della norma europea darebbe luogo a un risultato non molto differente rispetto a quello previsto dall'abrogata disciplina nazionale, laddove prevedeva che gli enti dovessero previamente deliberare circa la scelta di dare in gestione esclusiva determinati servizi motivando sulle ragioni secondo le quali una gestione concorrenziale sarebbe stata un ostacolo alla corretta gestione del servizio stesso. E inoltre, queste decisioni dell'ente locale circa la gestione in esclusiva dei singoli servizi possono essere sottoposte al vaglio dell'Autorità garante della concorrenza, che a prescindere dalla norma abrogata è competente ad intervenire (v. part., art. 21-bis, l. n. 287 del 1990, introdotto dall'art. 35, d.l. n. 201 del 2011, conv. l. n. 214 del 2011, che legittima l'Autorità ad agire in giudizio contro “i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato ”)”*⁵⁴⁸.

La logica pro-concorrenza e l'orientamento di politica industriale del più recente disegno riformatore del legislatore traspare in modo evidente dal testo dell'articolo 3 *bis* della legge 14 settembre 2011, n. 148, sopravvissuto alla sentenza n. 199/2012 della Corte costituzionale. Tale norma, concernente gli *“Ambiti territoriali e criteri di organizzazione dello svolgimento dei servizi pubblici locali”*, introduce disposizioni volte a promuovere e incentivare politiche di aggregazione e di liberalizzazione⁵⁴⁹, anche se è

⁵⁴⁸ V. CERULLI IRELLI, op. cit.

⁵⁴⁹ Il comma 1 dell'articolo in questione prevede che, al fine di realizzare economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza, le Regioni, istituendo o designando enti di governo degli stessi e prevedendo, in caso di inerzia, poteri sostitutivi da parte del Consiglio dei Ministri, devono organizzare lo svolgimento dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica in ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei. Nel suddetto comma si specifica poi che tali ambiti devono avere una dimensione *“di norma”* non inferiore al territorio provinciale salvo scelte diverse da parte delle Regioni, opportunamente motivate, anche in base a proposte e condivise da parte dei Comuni interessati. L'organizzazione in ambiti contribuisce a rafforzare le capacità di programmazione delle amministrazioni pubbliche regionali e locali e a sterilizzare il possibile conflitto di interessi tra enti locali e gestori. Inoltre sono state salvaguardate le scelte adottate in relazione a norme di settore vigenti, in particolare nella distribuzione del gas naturale, nell'idrico e nei rifiuti, anche se, in assenza di prescrizioni diverse, avrebbero comunque prevalso le leggi di settore.

“Questo nuovo assetto normativo si presenta, dunque, ad un tempo, rigoroso e duttile: rigoroso in quanto

importante mettere in rilievo che non necessariamente, e non sempre, l'ottimizzazione della dimensione organizzativa coincide con quella gestionale. È possibile, infatti, che l'efficienza produttiva venga conseguita a livelli dimensionali diversi, anche inferiori. In tal caso l'unitarietà gestionale può essere realizzata, anche in presenza di più lotti di affidamento all'interno di uno stesso ATO, con il ricorso a Contratti di servizio facenti capo all'organo di governo dell'ATO che ne garantiscono l'organicità e la coerenza sul terreno regolatorio⁵⁵⁰.

Il rilancio del settore dei servizi pubblici locali deve essere sostenuto da un assetto istituzionale e regolatorio a livello centrale e territoriale congruo e in grado di dare certezza agli operatori e agli investitori, ma, nello stesso tempo, capace di tutelare gli interessi dei *cives*⁵⁵¹. In tal senso l'attribuzione di funzioni di regolazione nel settore

impone, nei servizi in cui è opportuno e necessario, il superamento della frammentazione gestionale che costituisce uno dei principali ostacoli alla crescita imprenditoriale e industriale di questi settori; duttile in quanto evita impostazioni astratte e uniformi consentendo di adottare soluzioni diverse a seconda delle specificità e di non irrigidirsi in scelte dimensionali predeterminate". Così B. SPADONI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici locali - I riflessi sulla concorrenza e sulla politica industriale*, in www.dirittodeiservizipubblici.it

I soggetti di governo degli ambiti si pongono, pertanto, in una posizione intermedia tra la sede di programmazione regionale e quella dell'affidamento. In particolare, essi si configurano come unità minime di organizzazione dei servizi per la realizzazione di obiettivi di efficienza, economicità, efficacia, trasparenza e sostenibilità sociale e ambientale, sulla base degli indirizzi della programmazione regionale. Per il conseguimento dei predetti obiettivi, al fine di mantenersi aderenti ai principi europei e allo stesso *incipit* dell'articolo 3-bis, l'organizzazione e il governo degli ATO dovrebbero promuovere la concorrenza, declinata, a seconda delle condizioni e dei vincoli ambientali, sociali, produttivi e di mercato nelle forme della concorrenza "nel" mercato, "per" il mercato o comparativa nel caso di ricorso ad affidamenti diretti e perseguire una logica di politica industriale volta all'aggregazione della domanda e dell'offerta dei servizi secondo logiche imprenditoriali e nella prospettiva di favorire una ripresa degli investimenti. La Dimensione delle imprese deve essere adeguata a rispondere agli impegni finanziari da assumere, la realizzazione degli investimenti e il perseguimento dell'innovazione.

⁵⁵⁰ Al riguardo il comma 1-bis dell'articolo in questione nel quale si esplicita che "le funzioni di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, compresi quelli appartenenti al settore dei rifiuti urbani, di scelta della forma di gestione, di determinazione delle tariffe all'utenza per quanto di competenza, di affidamento della gestione e relativo controllo sono esercitate unicamente dagli enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei". Le competenze in materia, quindi, vengono assegnate agli enti di governo degli ambiti senza tuttavia imporre che esse vengano esercitate esclusivamente su scala di ATO. Si aggiunga che ciò vale anche per i servizi la cui organizzazione e gestione vengono annoverate nell'articolo 19 della *spending review* tra le funzioni fondamentali dei Comuni (es. i rifiuti, v. Titolo I, sezione I). I Comuni, dunque, anche quando titolari di tali funzioni, sono tenuti ad esercitarle in forma associata.

⁵⁵¹ Tali criticità sono state messe in rilievo anche da P. LAYLAND in relazione alla situazione inglese. "*Most obviously this has included the introduction of utility regulators for each industry who 'now play a critical role in national economic management, exercise a power to make decisions worth literally billions of pounds to the stock market value of companies, and are second only to the Chancellor of the Exchequer in the influence they wield over the family budget.*

In seeking to regulate in this sector, regulatory authorities very often intervene in what would otherwise be an economic arena. The problem then becomes deciding upon the degree to which socio-political considerations will be allowed to interfere with the more technical questions that are likely to be involved with economic regulation. In fact throughout this discussion it will be evident that there are distinct and often conflicting objectives for regulators which are usually recognised by and incorporated in the legislation itself, and

idrico all'AEEG e l'istituzione dell'Autorità dei trasporti, che operano come Autorità indipendenti a livello nazionale, contribuisce a rafforzare l'assetto di regolazione costituito dai soggetti che operano a livello territoriale e a garantire maggiore certezza e stabilità alle regole, una maggiore indipendenza dal potere politico e dalle pressioni locali e a definire regole tariffarie stabili e coerenti. La presenza di Autorità di settore indipendenti è essenziale al fine di conferire credibilità al sistema di regolazione e incentivare gli investimenti indispensabili per soddisfare il crescente fabbisogno di infrastrutture. Nello stesso tempo, penetranti poteri di regolazione accompagnati da adeguati strumenti sanzionatori sono necessari per la tutela degli interessi pubblici e dei diritti di cittadinanza, anche in presenza di operatori privati.

La produzione normativa interna degli ultimi anni continua a muovere le politiche pubbliche verso atteggiamenti filo-concorrenziali, ma con rilevanti spunti verso la semplificazione e la razionalizzazione della spesa pubblica, con intenti repressivi dell'uso distorto e clientelare del servizio pubblico, ma con scarsa considerazione per i fruitori dei servizi e per le autonomie locali⁵⁵².

Il dubbio è che, in qualche modo, possano essere mortificate le fondamenta dello Stato democratico. Come affermato da una parte della dottrina⁵⁵³, infatti, con il processo di riduzione e revisione della spesa, c.d. *spending review*⁵⁵⁴, si è avuta una

although the competing weights given to these considerations are of vital importance, no clear formula for resolution is provided by the statutory framework under which they operate. For instance, on the one hand, should the task of regulation be predominantly concerned with promoting competition, controlling prices, safeguarding profitability, promoting one industry in preference to another? Or, on the other hand, should it be concerned with protecting consumer interests and safeguarding the environment? This problem presents itself because social and economic priorities cannot be resolved at an entirely technical level and this may set limits on what any form of statutory regulation can achieve on its own. Indeed, the intention behind exposing these industries to market forces was to place aspects of their operation beyond the domain of public law, while at the same time exercising a substantial degree of control over other aspects of their operation in the public interest. In demonstrating how utility regulation features on a map of public and private power it will be evident that the privatised utilities continue to be contested territory between the public and the private and that this is an area that illustrates a shift in the role of the state from when it exercised a more active 'rowing' function towards it having a rather less intrusive 'steering' function".

Cfr. P. LEYLAND, *UK Utility Regulation in an Age of Governance*, in N. BAMFORTH and P. LEYLAND, *Public Law in a Multi-Layered constitution*, Hart publishing, 2003, 190.

⁵⁵² S. LUCCIARDELLO, *Amministrazione e cittadino*, in *Diritto e processo amministrativo* 2 e 3 del 2013 p. 671.

⁵⁵³ S. LUCCIARDELLO, *ibidem*, p. 671.

⁵⁵⁴ D.L. 6 luglio 2012, n. 95, convertito in Legge 7 agosto 2012, n. 135. La *spending review*, oggi diffusa in Europa, ha origine britannica e trova fondamento nell'idea che offrire servizi pubblici migliori non dipenda dalla quantità di denaro speso dall'amministrazione, ma dalla modalità in cui quel denaro viene investito. Nella sua prima applicazione, a partire dal 1998, in quel Paese l'esito comunque è stato un aumento degli investimenti nel settore pubblico.

conseguenziale riduzione dell'intervento pubblico in alcuni settori tradizionalmente riservati allo Stato ed agli altri enti locali che metterebbe addirittura in dubbio la stessa democraticità del processo. Nonostante intenti sempre lodevoli, alla fine hanno sempre avuto il sopravvento tagli *orizzontali* alla spesa, con conseguenti riduzione dei servizi ma nessuna eliminazione degli sprechi.

In tale contesto di *“restrizioni alla operatività (e ammissibilità) di società, in quanto considerate elemento di potenziale disturbo dello sviluppo di una piena ed effettiva concorrenza sul mercato”*⁵⁵⁵, si inserisce l'art. 4 del decreto legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito nella legge 7 agosto 2012, n. 135.

Con l'intenzione di operare la revisione delle spese pubbliche a fronte di un abuso non più tollerabile nella costituzione di enti che, per definizione, *“sottraggono l'agire amministrativo ai canoni della trasparenza e del controllo da parte degli enti pubblici”*, la suddetta disposizione è intervenuta a disciplinare la messa in liquidazione e la privatizzazione di società pubbliche, in quanto considerate apparati eccessivamente costosi, ad esclusione delle società eroganti servizi di interesse generale, anche aventi rilevanza economica, nonché delle società esercenti prevalentemente compiti di centrali di committenza, delle società finanziarie partecipate dalle regioni e delle società di cui all'art. 23 *quinquies*, commi 7 e 8, del decreto legge n. 95/2012.

In particolare, i commi 6 e 7 della citata norma stabiliscono che *“A decorrere dal 1° gennaio 2013 le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001 possono acquisire a titolo oneroso servizi di qualsiasi tipo, anche in base a convenzioni, da enti di diritto privato di cui agli articoli da 13 a 42 del codice civile esclusivamente in base a procedure previste dalla normativa nazionale in conformità con la disciplina comunitaria.*

Al fine di evitare distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale, a decorrere dal 1° gennaio 2014 le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, le stazioni appaltanti, gli enti aggiudicatori e i soggetti aggiudicatori di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nel rispetto dell'articolo 2, comma 1 del citato decreto acquisiscono sul mercato i beni e servizi strumentali alla propria attività

⁵⁵⁵ Vd. In tal senso F. LOGIUDICE, *Le società strumentali tra il d.l. Bersani e il d.l. Spending Review, Corte dei Conti, sez. Lombardia, deliberazione 07.10.2013 n° 411*, in www.altalex.com.

mediante le procedure concorrenziali previste dal citato decreto legislativo. È ammessa l'acquisizione in via diretta di beni e servizi tramite convenzioni realizzate ai sensi dell'articolo 30 della legge 7 dicembre 2000, n. 383, dell'articolo 7 della legge 11 agosto 1991, n. 266, dell'articolo 90 della legge 27 dicembre 2002, n. 289, e dell'articolo 5 della legge 8 novembre 1991, n. 381”.

Entro il 31 dicembre 2013 dovranno essere sciolte le società controllate direttamente o indirettamente dalle p.a. di cui all'art. 1, c. 2 del d.lgs. n. 165/2001, che abbiano conseguito per il 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore delle amministrazioni pari al 90% dell'intero fatturato. A partire dal 1° gennaio 2014, e dunque per il periodo successivo alla cessazione delle società strumentali, gli enti locali dovranno acquistare beni e servizi strumentali alla loro attività sul mercato, nel rispetto delle regole del Codice dei contratti pubblici. Alternativamente, occorre pensare all'alienazione entro il 30 giugno 2013, con procedure ad evidenza pubblica, dell'intera partecipazione della p.a. controllante ed alla contestuale assegnazione del servizio, per 5 anni non rinnovabili, a partire dal 1° gennaio 2004. Lo scioglimento è *conditio sine qua non* per ottenere affidamenti diretti.

Tra l'altro, a decorrere dalla stessa data, l'affidamento diretto potrà avvenire solo a favore di società a capitale interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti europei per la gestione *in house*, (art. 4 c. 8). Tale disposizione assume natura derogatoria rispetto al principio introdotto dal comma 7 e pertanto non potrà che riferirsi alle società strumentali.

8. Conclusioni.

La concisa analisi della tormentata evoluzione normativa dei servizi pubblici locali suscita dubbi e perplessità sull'operato del Parlamento italiano.

L'impressione è che l'interesse generale alla cui soddisfazione dovrebbe essere indirizzata l'azione e l'organizzazione di ogni servizio pubblico abbia costituito un aspetto del tutto marginale nelle intenzioni del nostro legislatore, schiavo della contingenza degli eventi e del dibattito politico originato dallo scontro tra fautori dei

monopoli naturali, della pubblicità delle reti e sostenitori della supremazia del mercato e della libera prestazione di servizio; tra strumenti e istituti del diritto pubblico e quelli del diritto privato; tra mercati globali e tradizioni municipali.

In questa direzione il legislatore, piuttosto che preoccuparsi di imporre agli enti locali adeguate forme di controllo e di intervento per garantire il mantenimento dei necessari *standards* qualitativi dei servizi pubblici locali, è rimasto schiacciato da un dibattito, per certi versi sterile, che ha avuto ad oggetto quasi esclusivamente la disciplina delle modalità del loro affidamento o l'opportunità di mantenere la gestione in ambito pubblicistico.

Senza considerare che i servizi pubblici locali, in ragione della dimensione ristretta, sono più esposti agli indirizzi organizzativi e gestionali dell'ente politico, legato alla comunità territoriale e all'elettorato da vincoli più stretti rispetto a quelli erogati a livello nazionale.

Alla luce dei principi generali, infatti, *“la materia dei servizi pubblici (anche quelli locali) trova la propria finalità specifica non solo (e non tanto) nella tutela (e nella promozione) della concorrenza, quanto piuttosto nell'assunzione e nel successivo espletamento di un'attività consistente nell'erogazione di un certo tipo di prestazioni a favore di una determinata collettività”*⁵⁵⁶. La sua funzione dovrebbe essere quella di assicurare anzi tutto, continuità, obbligatorietà e qualità del servizio, a prescindere dalla natura (pubblica, privata o mista) del gestore e del tipo di prestazione, in funzione di un giudizio di doverosità dello svolgimento del servizio sin dal momento istitutivo/organizzativo nel quale l'amministrazione ha assunto la titolarità del servizio all'interno dei propri fini istituzionali.

La generale crisi di efficienza che, oggi più che mai, sta investendo il settore dei servizi pubblici e la gestione della pubblica amministrazione, la diffusa inadeguatezza delle infrastrutture, il *“mito della concorrenza”*, hanno obnubilato la stretta connessione⁵⁵⁷ tra servizi pubblici e interessi fondamentali⁵⁵⁸, tra ente locale e *cives*, tra

⁵⁵⁶ F. DEGNI, Servizi pubblici locali e tutela della concorrenza: alla ricerca di un punto di equilibrio, nota a T.A.R. Parma Emilia Romagna, 25/05/2005, n. 288, T.A.R. Salerno Campania, 19/07/2005, n. 1290, sez. I, T.A.R. Salerno Campania, 19/07/2005, n. 1290, sez. I, T.A.R. Salerno Campania, 19/07/2005, n. 1290, sez. I, in Foro amm. TAR 2005, 11, 3507

⁵⁵⁷ In proposito si veda E. PICARD, *Citizenship, Fundamental Rights, and Public Services*, in M. FREEDLAND, S. SCIARRA (a cura di), *Public services and citizenship in European Law*, Oxford, 1998, p. 83 ss.

⁵⁵⁸ E' necessario evidenziare che l'inserimento dell'art. 16 nel Trattato CE e la sua collocazione nella parte I

organizzazione pubblica e benessere collettivo⁵⁵⁹, dando vita ad una confusa ed a volte contraddittoria stratificazione di norme, priva di una mirata azione di coordinamento⁵⁶⁰.

Infatti, se l'Amministrazione nasce per esercitare funzioni di interesse pubblico⁵⁶¹ e per soddisfare i bisogni essenziali dei cittadini⁵⁶², il vero processo di cambiamento volto a ritrovare la connessione tra servizi pubblici e interessi fondamentali, tra ente locale e *cives*, tra organizzazione statale e benessere collettivo, deve partire dalla ricollocazione dei bisogni del cittadino al centro della "macchina" da cui originano e attraverso cui vengono erogati i servizi pubblici

In questo settore, la soddisfazione del cittadino dovrebbe essere la stella polare per una buona amministrazione, strumento per il miglioramento del servizio pubblico attraverso la sua collaborazione in funzione di supporto nell'organizzazione ed erogazione dei servizi affidati alla pubblica amministrazione.

Un valido ausilio in materia può probabilmente provenire dall'informatizzazione, che offre l'occasione per un cambio di prospettiva nell'organizzazione pubblica.

L'E-governement che, com'è noto, rappresenta il variegato fenomeno dell'applicazione delle dell'*Information and Communication Technologies* - c.d. ICTs - ai processi di cambiamento del Governo⁵⁶³, consentendone una trasparente digitalizzazione,

dedicata ai principi, ha avuto lo scopo di rafforzare la rilevanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni. Rilevanza che è stata peraltro confermata dall'art. 36 della Carta di Nizza, che include fra i diritti fondamentali l'accesso ai servizi di interesse economico generale.

⁵⁵⁹ "Il Welfare State è la forma che l'ordinamento assume laddove i bisogni essenziali sono pienamente soddisfatti, a prescindere dalla condizione economica e sociale di ciascuno, divenendo così la base e la molla potente dell'uguaglianza. E questa soddisfazione non ha solo un risvolto materiale, ma determina la qualità dell'intero ordinamento, data l'evidente strumentalità dell'effettività dell'uguaglianza in senso sostanziale. La rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale, di cui la Costituzione fa carico alla Repubblica, nient'altro è se non la creazione, tramite i servizi, dei presupposti per l'esercizio dei diritti di partecipazione. La capacità non solo di essere titolari di diritti, ma di esercitarli. Ecco perché i servizi e la loro effettività concorrono in modo decisivo a connotare i caratteri della forma di Stato" così A. PUBUSA, I servizi pubblici tra effettività e miti della concorrenza, in *Dir. e proc. Amm.* 2-3/2013, p 848.

⁵⁶⁰ Si consideri che la convulsa evoluzione normativa, fonte di ritardi nell'adozione di scelte societarie di carattere strategico da parte degli Enti Locali, ha portato, a seguito del Protocollo di Intesa, in data 16 gennaio 2013, tra il Ministero dello Sviluppo Economico, la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Dipartimento Affari regionali, turismo e sport, il Dipartimento per le politiche europee e Invitalia, alla recente elaborazione di una raccolta ricognitiva della normativa e della giurisprudenza nazionali e comunitarie applicabili ai servizi pubblici locali di rilevanza economica.

⁵⁶¹ Cfr. sul punto F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa* in *Scritti giuridici*, Vita e pensiero, Milano, 2006, 126 ss. V. anche A. ANDREANI, *Funzione amministrativa, procedimento partecipazione nella L. n. 241/90 (quaranta anni dopo la prolusione di F. Benvenuti)*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 4, 684.

⁵⁶² P. PIRAS, *Itinerari dall'idea di semplificazione al percorso di innovazione tecnologica. L'equivoco di una fusione concettuale*, in *Dir. informatica* 2006, 4-5, 537

⁵⁶³ In relazione al ruolo dell'innovazione tecnologica si veda P. PIRAS, *Itinerari dall'idea di semplificazione al percorso di innovazione tecnologica. L'equivoco di una fusione concettuale*, in *Dir. informatica* 2006, 4-5, 537, dove si afferma che "L'individuazione della semplificazione come "motore" del cambiamento se, da un lato, ha

“non è solo né tanto una questione tecnologica, ma una questione di servizio: un modo nuovo di erogare vecchi servizi e un’opportunità per fornirne di assolutamente nuovi”⁵⁶⁴, per una maggiore efficienza della pubblica amministrazione attraverso l’incremento della qualità delle prestazioni⁵⁶⁵.

Infatti, le nuove tecnologie rappresentano una risorsa essenziale ed efficace per coadiuvare le Pubbliche Amministrazioni nel processo di modernizzazione, non solo perché permettono di ottenere vantaggi economici ed operativi, ma perché sono strumenti capaci di modificare i preesistenti meccanismi di funzionamento delle organizzazioni, grazie alla maggiore possibilità di monitorare eventuali problemi del servizio e grado di soddisfazione dell’utente⁵⁶⁶.

Si tratta, quindi, di uno strumento per la riforma del settore pubblico, volto a conferire alla Pubblica Amministrazione un ruolo nuovo, diverso da quello tradizionale forgiato su una struttura verticistica che l’aveva vista collocata in una posizione di sovraordinazione e separatezza rispetto alle comunità locali.

Grazie all’utilizzo dell’ICTs diventa possibile avvicinare l’amministrazione al cittadino, così favorendo l’abbattimento dei tradizionali confini che per decenni si sono frapposti alla concreta attualizzazione dei principi di trasparenza, economicità, efficacia, efficienza e semplicità, nonché alla realizzazione di programmi davvero in grado di fornire servizi pubblici ispirati alla logica del risultato. Inoltre, la digitalizzazione, se da un lato è la strada per eliminare corrottele e sprechi liberando le risorse e tagliando le tasse, dall’altro rappresenta l’essenza di un nuovo costituzionalismo, la leva per la modernizzazione di tutti i paesi, la nuova frontiera dei diritti fondamentali.

inciso profondamente sulla cultura organizzativa, dall’altro ha finito per catalizzare nel suo ambito altri processi, quali appunto, quello di innovazione tecnologica che, al contrario, ritengo debba essere valutato nella sua essenza di "altro" da sé. Non, invece, quale punto d’arrivo dell’idea di semplificazione”.

⁵⁶⁴ Vedi AA.VV., *E-Government e organizzazione nelle amministrazioni pubbliche, Analisi di caso sulle leve e condizioni organizzative per l’efficacia dell’e-government*, Rubbettino, 2007, 2.

⁵⁶⁵ A. BATTAGLIA, *La politica europea sull’e-government*, in G. VESPERINI, (a cura di), *L’e-Government*, Milano, 2004, p. 63.

⁵⁶⁶ G. LENTINI, *Lo sviluppo qualitativo della pubblica amministrazione*, 27/11/2008, in www.diritto.it.

CAPITOLO III

L'INNOVAZIONE TECNOLOGICA E IL NUOVO VOLTO DELL'AMMINISTRAZIONE PUBBLICA

SOMMARIO: 1. *Origini e prospettive dell'ICT: uno sguardo d'insieme* – 2. *Servizi e innovazione* – 3. *ICT e trasporto pubblico locale* - 4. *Servizi on line: nozione e caratteristiche* – 5. *Servizi pubblici e ICT* - 6. *La disciplina dell'accesso (art. 64)* - 7. *La disciplina delle istanze dei cittadini (art. 65)* – 7. *Conclusioni.*

1. *Origini e prospettive dell'ICT: uno sguardo d'insieme.*

I processi di ammodernamento e innovazione della macchina pubblica messi in atto nell'ultimo ventennio in molti Stati, europei e non, hanno innescato un processo di trasformazione profonda volto a conferire alla Pubblica Amministrazione un ruolo nuovo e diverso da quello tradizionale forgiato su una struttura verticistica di derivazione ottocentesca che l'aveva vista collocata in una posizione di sovraordinazione e separatezza rispetto ai cittadini, legittimata esclusivamente dal rispetto delle disposizioni normative. Il nuovo modello di riferimento sarebbe dovuto essere quello di un'amministrazione orizzontale, caratterizzata da un maggior coinvolgimento di cittadini e imprese ai processi decisionali pubblici, un'amministrazione orientata al servizio e alla soddisfazione degli interessi degli amministrati, in grado di offrire servizi di qualità a costi più ridotti e in tempi più snelli.

Il punto di rottura rispetto al passato è riconducibile ad un nuovo modo di intendere la qualità: in tale fase, il concetto di qualità ha assunto un significato sempre più ampio, coincidente con un nuovo modo di governare un'organizzazione (indipendentemente dalla sua natura pubblica o privata). In questa direzione è stato attribuito un ruolo essenziale alla totalità delle funzioni strettamente legate

all'amministrazione e, nel contempo, alla struttura organizzativa nel suo complesso. E' stato detto⁵⁶⁷, infatti, che *“la qualità del prodotto è il risultato del corretto agire lungo tutto il processo d'erogazione-produzione e, conseguentemente, non può limitarsi al solo controllo, tramite ispezioni e collaudi, delle sole fasi finali”*.

Questa nuova prospettiva determina il passaggio *“da un approccio che privilegia il controllo a posteriori dei processi produttivi e che assimila la qualità alla verifica della conformità del prodotto-servizio a prefissati standard tecnici, [...] ad un approccio che vede coinvolto l'ente nel suo complesso e che giunge a definire la qualità come l'attitudine di un prodotto o di un servizio a soddisfare i bisogni e le aspettative dell'utente”*⁵⁶⁸.

Tale mutamento di rotta, però, ha imposto anche un mutamento degli strumenti utilizzati per la cura dell'interesse pubblico, adeguati all'evoluzione tecnologica dell'epoca.

Così, al livello europeo⁵⁶⁹, la folta produzione normativa in materia di società dell'informazione⁵⁷⁰, sul presupposto che la tecnica fosse *“destinata a diventare il principio ordinatore di ogni materia, la volontà che regola ogni altra volontà”*⁵⁷¹, ha individuato nell'utilizzazione dell'*Information and Communication Technologies*, c.d.

⁵⁶⁷ C. CATTANEO (a cura di), *Le politiche per la qualità dei servizi pubblici, Analisi e strumenti per l'innovazione, I rapporti*, Rubbettino, 2007, 43.

⁵⁶⁸ C. CATTANEO (a cura di), *Ibidem*, 43.

⁵⁶⁹ Tra le iniziative promosse dall'Unione Europea per rilanciare le economie degli Stati membri occupa un posto centrale l'Agenda digitale che mira, appunto, a stabilire il ruolo delle ICT per favorire l'innovazione, la crescita economica e il progresso degli Stati dell'unione. L'agenda digitale europea individua le azioni fondamentali basate sulla necessità di affrontare in modo sistematico alcuni dei problemi più pressanti per la comunità, come ad esempio i cambiamenti climatici e le altre pressioni sull'ambiente, l'invecchiamento demografico e i costi sanitari crescenti, lo sviluppo di servizi pubblici più efficienti e l'integrazione delle persone con disabilità e la digitalizzazione del patrimonio culturale europeo per metterlo a disposizione della generazione attuale e di quelle future. Il fenomeno non è limitato all'Unione Europea. Per un approfondimento in materia di ICT in Giappone si veda H. KUDO, *E-Governance as strategy of public sector reform: peculiarity of Japanese IT policy and its institutional origin*.

⁵⁷⁰ In generale sul concetto e sul fenomeno di *“società dell'informazione”* si veda: A. MATTELART, *Storia della società dell'informazione*, Torino, 2002; J.R. BENIGER, *Le origini della società dell'informazione. La rivoluzione del controllo*, Torino, 1995; D. LYON, *La società dell'informazione*, Bologna, 1991; G. SIAS, *Società dell'informazione: un futuro ineguale?* Milano, 2002; W. J. MARTIN, *The global information society*, Aldershot, Aslib Gover, 1997; S. LUCARELLI, *La società dell'informazione: problemi e prospettive*, in *Informatica e documentazione*, 1998, 1, p. 53 ss; V. SARCONI, *La società dell'informazione come strumento di “integrazione” e “amministrazione” nell'Unione Europea*, in www.amministrazioneincammino.it.

⁵⁷¹ Cfr. N. IRTI e E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Laterza, Roma-Bari, 2001, p. 27; J. CLIMENT BARBERÀ, *Derecho y nuevas tecnologías*, Universidad Cardenal Herrera-CEU, Valencia, 2001; G. ACOCELLA, *Etica, diritto, democrazia. La grande trasformazione*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 76 e ss. Nello stesso senso si veda P. GROSSI, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento epistemologico*, in *Quad. fior.*, 2003, 267.

ICTs⁵⁷², un fattore decisivo nel processo di modernizzazione e d'innovazione atto a favorire la democrazia a tutti i livelli⁵⁷³, lo sviluppo economico, il buon governo. In pratica, per voler usare le parole di Alfonso Masucci, “*si è proceduto ad avviare il disegno di un’amministrazione pubblica le cui strutture di comunicazione fra le stesse amministrazioni e fra queste e i privati fossero “Internetbasiert”, fossero basate su Internet*”⁵⁷⁴.

Solo con la telematica, per espresso riconoscimento dell’unanime dottrina, “*si è passati da un mondo composto di architetture statiche e parcellizzate all’interno delle quali l’elemento centrale era rappresentato dal singolo elaboratore ad un mondo caratterizzato da sistemi dinamici ed interconnessi dove predomina la figura della rete*”⁵⁷⁵.

Peraltro, l’uso dell’ICT non è stato ridotto alla semplice applicazione delle nuove tecnologie ai modi di operare tradizionali delle Pubbliche Amministrazioni⁵⁷⁶.

Sulla scia di una tendenza internazionale⁵⁷⁷ in forza della quale “*l’innovazione tecnologica rappresenta l’aspetto primario della misura del tasso di democrazia indispensabile per una Nazione moderna*”⁵⁷⁸, in Italia, come in Inghilterra, è stato detto che l’ICT “*non è solo né tanto una questione tecnologica, ma una questione di servizio: un modo nuovo di erogare vecchi servizi e un’opportunità per fornirne di assolutamente nuovi*”⁵⁷⁹, attraverso una riforma amministrativa organizzativa, gestionale, culturale e

⁵⁷² “Per ICT (*Information Communication Technologies*) si devono intendere tutte le soluzioni tecnologiche, infrastrutturali, *hardware e software*, che consentono la raccolta, la conservazione, il trattamento e la trasmissione di informazioni (testuali, visive o sonore)”. Vedi F. MERLONI, *Introduzione all’eGovernment: Pubbliche amministrazioni e società dell’informazione*, Giappichelli, Torino 2005, p. 5.

⁵⁷³ Cfr. A. BATTAGLIA, *La politica europea sull’e-government*, in G. VESPERINI (a cura di), *L’e-Government*, Milano, 2004, p. 55 ss.

⁵⁷⁴ A. MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie*, Giappichelli, Torino, 2011, 3.

⁵⁷⁵ Per tutti si veda A. MASUCCI, *Erogazione on line dei servizi pubblici e teleprocedure amministrative. Disciplina giuridica e riflessi sull’azione amministrativa*, in *Diritto pubblico* 3/2003, pp. 991. Si veda anche M. RAVERA, *Computer e “bestand”*. Alla ricerca di un dialogo tra ermeneutica e cibernetica, in *Aut Aut*, 1987, 103.

⁵⁷⁶ NAO, *Better public services through E-government: academic article in support of better public services through e-government*, London, 4 april 2002, in cui si dice: *‘Information and Communication Technology (ICT) is not a supporting technology, but coincides with the primary process and touches government at its core’*.

⁵⁷⁷ C. SILVESTRO, *E-government, e-governance, e-democracy*, in G. CASSANO (a cura di), *Diritto delle nuove tecnologie informatiche e dell’internet*, Ipsoa, 2002, p. 1250-1256

⁵⁷⁸ M. PERIN, *Il processo di digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche*, su [www.giust.it/articoli/perin_egovernment.](http://www.giust.it/articoli/perin_egovernment), 2003, p. 3.

⁵⁷⁹ Vedi AA.VV., *E-Government e organizzazione nelle amministrazioni pubbliche, Analisi di caso sulle leve e condizioni organizzative per l’efficacia dell’e-government*, Rubbettino, 2007, 2; si veda anche G. MARTINOTTI, *Le tecnologie dell’informazione* [1984], in *Amministrare*, Aprile 2013, 14.

relazionale⁵⁸⁰ che si ripercuote direttamente sull'organizzazione della vita e delle abitudini dei cittadini utenti⁵⁸¹, “sotto forma di un'assistenza sanitaria migliore, trasporti più sicuri e più efficienti, un ambiente più pulito, nuove possibilità di comunicazione e un accesso più agevole ai servizi pubblici e ai contenuti culturali”⁵⁸².

Come ha affermato De Finetti, già nel lontano 1965, infatti, “gioverebbe ben poco dotare di mezzi migliori il servizio anagrafico se esso continuasse ad essere concepito come fine a sé stesso, capace di comunicare con altri soltanto in base alla fabbricazione di tonnellate di certificati”⁵⁸³.

Alla base di quest'ambizioso progetto vi è la ricerca di una maggior efficienza operativa interna all'apparato pubblico tramite l'accesso telematico generalizzato alle informazioni e ai servizi, nonché l'erogazione di servizi integrati e non più frammentati sulla base delle competenze dei singoli enti di governo, che vengano incontro alle nuove esigenze espresse da una società profondamente mutata negli ultimi anni.

Peraltro, “viene negato che la tecnologia migliori solo l'aspetto dell'efficienza dell'amministrazione”⁵⁸⁴ dal momento che i benefici connessi all'uso della tecnologia si ripercuotono su tutti i principi regolatori dell'agere amministrativo.

A tal fine, è necessario che le Amministrazioni pubbliche passino dal procedimento amministrativo cartolare a quello informatico; procedano alla

⁵⁸⁰ In relazione alla portata dell'ICT in Inghilterra si veda MORISON, *Modernising Government and the E-Government Revolution: Technologies of Government and Technologies of Democracy*, in N. BAMFORTH AND P. LEYLAND, *Public Law in a Multy-Layered constitution*, Hart publishing, 2003, 169 in cui si dice “*In the United Kingdom this is a complex, constantly changing and somewhat indistinct phenomenon. It encompasses much of what is more or less straightforward reform, such as the modernisation of Parliament and reforms to political party funding. It also provides a 'brand' to describe general processes of change in the health service, education and, particularly, local government. It also, however, involves a more general orientation in the organisation of government. This involves a new approach or style in government operations. This is oriented essentially around reinvigorating public services by bringing in different concepts of efficiency, including elements of private sector efficiency, but without ceding control to the same extent as with earlier versions of privatisation*”. NAO, *Better public services through E-government: academic article in support of better public services through e-government*, London, 4 april 2002 si afferma che “*E-government is about making the full range of government activities - internal processes, the development of policy and services to citizens - available electronically. Despite the bursting of the over-inflated dot com bubble, electronic interactions have rapidly shown astonishing potential for transforming the internal activities of all kinds of organisations and dramatically altering the relationships between organisations and those who use them - in particular, firms and their customers*”.

⁵⁸¹ PIZZETTI, *Nell'era della rete*, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 4 ss.

⁵⁸² Comunicazione della commissione al parlamento europeo, al consiglio, al comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni Un'agenda digitale europea. COM/2010/0245 f/2/ in [www. http://eur-lex.europa.eu](http://eur-lex.europa.eu).

⁵⁸³ B. DE FINETTI – C. D'AGATA – B. CESARE, *Problemi di rilevazione e classificazione di dati demografici* (Istituto di Demografia, Facoltà di Scienze Statistiche Demografiche e Attuariali), Roma, 1965.

⁵⁸⁴ Vd. F. COSTANTINO, *Autonomia dell'amministrazione e innovazione digitale*, Jovene, Napoli, 2012, 14.

dematerializzare degli archivi e documenti; superino l'attuale concezione proprietaria delle banche dati⁵⁸⁵, per transitare a banche dati comuni; utilizzino sistemi informativi governati in termini di “*standard dei dati, di progettualità sistemica e di pianificazione nazionale*”⁵⁸⁶, riuniscano i propri servizi al pubblico in portali unitari⁵⁸⁷, più facilmente accessibili e fruibili⁵⁸⁸.

La trasparenza diviene il baricentro della pubblica amministrazione “*per la quale l’apertura non si esaurisce però con la conoscibilità, ma rimanda all’idea della capacità dei soggetti pubblici di articolare nuove modalità di approccio e relazione con i cittadini, attraverso dinamiche comunicative che coinvolgono i processi decisionali pubblici, ovvero rapporti di interazione fondati su bidirezionalità, condivisione e partecipazione. Si tratta di trasformazioni [...] attuabili mediante i nuovi strumenti digitali*”⁵⁸⁹.

Se è vero, infatti, che “*la democrazia richiede che si dia conto delle azioni poste in essere al “popolo sovrano”*”⁵⁹⁰, il principio alla base delle informazioni pubbliche⁵⁹¹ è che, sebbene detenute dal soggetto pubblico, costituiscono un bene comune⁵⁹² che deve

⁵⁸⁵ La proprietà del bene fisico, che ha rappresentato uno degli assi portanti della società industriale sembra ridimensionata dalla nuova visione prospettica della smaterializzazione economica.

⁵⁸⁶ A. OSNAGHI, *Pubblica amministrazione che si trasforma: “Cloud computing”, federalismo, interoperabilità*, in *Amministrare*, aprile 2013, p. 63.

⁵⁸⁷ Si veda al riguardo www.lineaamica.gov.it.

⁵⁸⁸ C. ALBERTI, *E-society e riutilizzo dell’informazione nel settore pubblico. disciplina comunitaria e riflessi nazionali*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 2005, 05, 1237

⁵⁸⁹ E. CARLONI, *op. ult. cit.*, 34.

⁵⁹⁰ E. CARLONI, *Lezioni di Open Government*, Maggioli, 2013, 11.

Cfr. STEPHANIE PALMER, *Freedom of Information: A New Constitutional Landscape?*, in N. BAMFORTH AND P. LEYLAND, *Public Law in a Multy-Layered constitution*, Hart publishing, 2003, 221. L’a. afferma “*Knowledge is a fundamental prerequisite to democracy*”.

⁵⁹¹ Cfr. STEPHANIE PALMER, *Freedom of Information: A New Constitutional Landscape?*, in N. BAMFORTH AND P. LEYLAND, *Public Law in a Multy- Layered constitution*, Hart publishing, 2003, 221 che afferma “*The Freedom of Information Act (FOIA) 2000 was introduced as one aspect of the Labour Party’s commitment to modernise British government through constitutional change.*

The Lord Chancellor has promised that the government ‘will govern with a new spirit of openness ... [in] partnership with the people. [...] Access to information about governmental decision-making is couched in terms of a democratic right: a right to know in which all citizens share. In this sense, freedom of information is a constitutional right, perhaps ‘the most fundamental of our civic and political rights. These provisions are justified as enhancing democratic participation in government but they are also linked to accountability through increased oversight. In breathing new life into our traditional accountability mechanisms, freedom of information can be regarded as an important measure available for the control of power in the contemporary constitution. It can also play an instrumental role: a mechanism for improving public authority decision-making’.

⁵⁹² Cfr. *Memorandum di Barak Obama on Trasparenza and Open government directive and Digital Governmet Strategy del 2012*, in www.whitehouse.gov.

essere messo a disposizione di tutti⁵⁹³, al fine di consentire il controllo sui processi decisionali e ridurre conseguentemente lo spazio per opache intercapedini fonte di illeciti⁵⁹⁴.

Infatti, la dematerializzazione del rapporto fra Stato e utente funge da *driver*, non solo per la migliore soddisfazione dei bisogni dei *cives*, ma per la crescita dell'intera economia⁵⁹⁵ attraverso l'eliminazione di sprechi, corrottele, clientele, mentre fino ad oggi, nonostante intenti sempre lodevoli, la c.d. *spending review* ha effettuato tagli orizzontali della spesa pubblica con conseguente riduzione dei servizi, ma con una scarsa eliminazione degli sprechi.

Il modello preso di mira, come messo in luce da E. Carloni⁵⁹⁶, presenta delle linee comuni all'idea di “*“big society” promossa, nell'esperienza inglese, dal governo Cameron (un modello nel quale tra pubblico e privato c'è continuità e permeabilità, nonché evidentemente collaborazione [...])*”⁵⁹⁷.

Al fine di realizzare una completa interoperabilità e interconnessione tra i sistemi

⁵⁹³ Nonostante il mutato contesto orientato alla trasparenza, non può sottacersi che non sia venuta meno quell'area di segreto che trovi giustificazione nella salvaguardia di un diverso interesse pubblico o privato, meritevole di tutela, individuato legislativamente. Si veda in proposito l'art. 24 della Legge n. 241 del 1990 e l'art. 10, d. lgs. 267 del 2000.

⁵⁹⁴ Il white paper al punto n. 8 White para 1.1. dice: “*Unnecessary secrecy in government leads to arrogance in governance and defective decision-making. The perception of excessive secrecy has become a corrosive influence in the decline of public confidence in government. Moreover, the climate of public opinion has changed: people expect greater openness and accountability from government than they used to*”.

⁵⁹⁵ Cfr. CHIARA ALBERTI, *E-society e riutilizzo dell'informazione nel settore pubblico. Disciplina comunitaria e riflessi nazionali*, in Riv. it. dir. pubbl. comunit. 2005, 05, 1237. L'a. rileva che “*Gli studi più aggiornati confermano che la tecnologia ICT è un fattore di progresso tecnico potenzialmente molto rilevante per la produttività dell'economia, dati i suoi spillovers nel sistema delle imprese*”. D. PIAGGESI – K.J. SUND – W. CASTELNOVO, *Global Strategy and Practice of E-Governance: Examples from around the World*, New York, 2011, XVIII.

⁵⁹⁶ E. CARLONI, *Lezioni di Open Government*, Maggioli, 2013, 19.

⁵⁹⁷ In realtà tale idea era già presente in epoca precedente. Significativo al riguardo il riferimento a J. Morison che afferma: “*Most constitutional theorists now accept in general terms that there has been a movement from government to governance, and that the role of the state has changed from being a guarantor and provider of security, wealth and law towards being more of a partner or facilitator for a variety of other bodies and agencies as they concern themselves with such issues. Nevertheless, constitutionalists remain focused too exclusively on models of power that fail to capture how government now works*”. “*Civil society, local government, the private sector, the individual consumer, citizen, voter, expert or whatever are all 'active subjects' who not only collaborate in the exercise of government but also shape and inform it. Government is thus a domain of strategies, techniques and procedures (or “technologies”) through which different forces and groups (including the formal state but reaching far beyond it too) attempt to render their own various programmes operable. The governmentality approach also locates the activity of government generally within the micro level and, in particular, within specific ways of thinking (or 'rationalities') which structure how we see and understand problems, their solutions, as well as the framework within which they exist*”. Cfr. J. MORISON, *Modernising Government and the E-Government Revolution: Technologies of Government and Technologies of Democracy*, in N. BAMFORTH AND P. LEYLAND, *Public Law in a Multy-Layered constitution*, Hart publishing, 2003, 159 ss.

informatici delle amministrazioni centrali e locali, assicurando la coerenza e la sinergia dei progetti delle amministrazioni statali con l'attuazione delle misure previste per le regioni, le province e i comuni, ha un ruolo cruciale la diffusione delle reti a banda larga e a banda ultra larga a copertura nazionale.

In particolare, tali strumenti costituiscono il presupposto per *“la realizzazione di portali che consentano la formulazione interattiva di richieste di servizi e l'esecuzione di transazioni”*, *“un fondamentale passo verso la piena attuazione della multicanalità”*⁵⁹⁸, *condicio sine qua non* per la costituzione di un apparato pubblico effettivamente trasparente, aperto al principio di partecipazione, decentrato, oltre che più efficace ed efficiente.

Internet rivoluziona pressoché ogni settore: in ambito commerciale, modifica il concetto di distanza e di mercato locale, favorendo la trasparenza dei prezzi e la libera comparazione dei prodotti e, dunque, stimolando l'efficienza della catena distributiva e la concorrenza a vantaggio dei consumatori⁵⁹⁹.

E' stato detto che, *“sfruttando appieno il potenziale delle TIC, l'Europa potrebbe affrontare in maniera molto più efficace alcuni dei problemi più pressanti per la comunità, come ad esempio i cambiamenti climatici e le altre pressioni sull'ambiente, l'invecchiamento demografico e i costi sanitari crescenti, lo sviluppo di servizi pubblici più efficienti e l'integrazione delle persone con disabilità e la digitalizzazione del patrimonio culturale europeo per metterlo a disposizione della generazione attuale e di quelle future.*

L'agenda digitale europea individua le azioni fondamentali basate sulla necessità di affrontare in modo sistematico queste sette aree problematiche, ed essendo un'iniziativa orizzontale copre le tre dimensioni di crescita definite nella strategia

⁵⁹⁸ G. CAMMAROTA e M. MORCIANO, *Servizi pubblici on line e multicanalità*, in www.amministrazioneincammino.it. Gli autori analizzano, tra l'altro, il termine “Multicanalità”, da pochi anni entrato nel linguaggio politico-normativo e giuridico, rilevando la correlazione del significato della locuzione in parola con i molteplici canali utilizzabili nell'attività amministrativa e, in particolare, relativamente all'erogazione dei servizi pubblici.

⁵⁹⁹ *“A further justification for increased openness in government and freedom of information legislation focuses on the public's needs as consumers. Public authorities hold a very wide range and quantity of information. This includes important economic information about the market, public services, and information supplied by individual companies. The Government has specifically recognised the role of people as citizens and consumers in their White Paper, Modernising Government”*. In tal senso Cfr. STEPHANIE PALMER, *Freedom of Information: A New Constitutional Landscape?*, in N. BAMFORTH AND P. LEYLAND, *Public Law in a Multy-Layered constitution*, Hart publishing, 2003, 229.

*Europa 2020*⁶⁰⁰.

L'Agenda digitale mira anche a creare un primo insieme di servizi pubblici transfrontalieri. Gli Stati membri, coadiuvati dalla Commissione, dovrebbero, entro il 2015, rendere operativi una serie di servizi pubblici *on-line* per tutti i cittadini comunitari.

Secondo il Piano d'azione per l'*e-government*, gli Stati membri, in funzione dello sviluppo di servizi *on line* rispondenti alle esigenze di fruibilità ed inclusività degli utenti, devono accordarsi su comuni obiettivi e criteri di valutazione da attuare a livello nazionale e, inoltre, scambiare le competenze acquisite con le rispettive amministrazioni subnazionali. Il punto di arrivo dovrebbe essere quello di garantire, entro il 2013, dei siti e dei servizi pubblici *on-line* personalizzati, comprensivi di funzioni interattive, come il controllo dello stato del procedimento in corso da parte dell'utente interessato, a tutti i livelli di governo.

Non si vede come l'auspicato risultato potrebbe essere raggiunto se l'introduzione dell'informatica nelle pubbliche amministrazioni avesse il semplice significato di un'applicazione supina delle nuove tecnologie ad un'organizzazione burocratica invariata rispetto al passato.

L'obiettivo alla base dell'ICT è correlato, infatti, alla trasformazione radicale del funzionamento delle Pubbliche Amministrazioni⁶⁰¹ attraverso un ripensamento dei ruoli e dei processi di funzionamento degli organismi dello Stato, delle Regioni, delle Province e dei Comuni sulla base di dinamiche di ottimizzazione dei risultati delle politiche pubbliche, di un maggior coinvolgimento degli amministrati, di attività amministrative più trasparenti, con ripercussioni rilevanti in termini di lotta alla corruzione e di accrescimento della qualità dei servizi erogati, fruibili senza vincoli spaziali e temporali⁶⁰².

⁶⁰⁰ Comunicazione della commissione al parlamento europeo, al consiglio, al comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni Un'agenda digitale europea. COM/2010/0245 f/2/ in www.eur-lex.europa.eu.

⁶⁰¹ Cfr. Cons. Stato, sez. Atti normativi, 30 gennaio 2006, n. 31, punto 3,1.

⁶⁰² V. FERRARI, *Diritto e società. Elementi di sociologia del diritto*, cit., p. 192, secondo cui le innovazioni tecnologiche hanno prodotto "l'annullamento o la riduzione al minimo delle dimensioni spazio-temporali". Si v. anche L. TOMASSINI, *Competere in rete*, Franco Angeli, Milano, 2002, p. 38, il quale osserva che "l'economia digitale è per molti aspetti una autentica rivoluzione che modifica i nostri concetti di tempo e di spazio, il nostro modo di lavorare e di vivere".

In Inghilterra⁶⁰³ si è parlato al riguardo di un nuovo modo di governare che trascende lo spazio e la legge⁶⁰⁴ e, in effetti, se si guarda la produzione normativa di matrice comunitaria in materia e i piani d'azione detti *E-Europe*⁶⁰⁵, emerge in modo decisivo l'immagine di un'amministrazione unitaria, intesa come un insieme di pubbliche amministrazioni che cooperano e interagiscono tra loro in rete senza limiti di spazio e di tempo.

A tal fine è necessaria una reazione coordinata, la cui iniziativa spetta agli Stati membri, all'Unione Europea e alle altre parti interessate.

Tutti i paesi coinvolti puntano sull'ICT, sulla realizzazione di un mercato unico nel settore delle telecomunicazioni per superare la crisi in atto nell'ultimo decennio.

L'utilizzo dell'ICT all'interno della pubblica amministrazione, tra l'altro, libera il singolo amministrato dalla preoccupazione di indirizzare le proprie richieste all'ufficio di stretta competenza e solo all'interno degli orari prestabiliti di apertura al pubblico⁶⁰⁶.

Il sito *web* istituzionale⁶⁰⁷ diventa la “*porta virtuale*”⁶⁰⁸ per instaurare un nuovo rapporto tra privati e amministrazioni, dove il cittadino ha la possibilità di conoscere condizioni e presupposti “*per esercitare con certezza il suo diritto*”⁶⁰⁹, per partecipare alle scelte di governo, per controllare i costi dei servizi e l'operato pubblico.

Si può dire, infatti, che i servizi vengono erogati telematicamente proprio a partire

⁶⁰³ Si ricorda che l'Inghilterra fu tra i primi paesi a sperimentare la diffusione delle informazioni pubbliche elettronicamente.

⁶⁰⁴ J. MORISON, *Modernising Government and the E-Government Revolution: Technologies of Government and Technologies of Democracy*, in N. BAMFORTH and P. Leyland, *Public Law in a Multi-Layered constitution*, Hart publishing, 2003, 157 [...] *looks critically at the conceptualisation of the practice of government within much public law scholarship, where the emphasis remains on very particular ideas of power that are associated with territory, sovereignty and law. It suggests instead that attention be afforded to insights from the governmentality approach that emphasise the creation and deployment of a whole range of technologies connecting multiple centres of power within an exercise of government that is wider and more complex than that which is contained within traditional understandings of the role of government and the nature of the state.*

⁶⁰⁵ L'8 dicembre 1999 la commissione Europea ha avviato l'iniziativa *e-Europe, Una società dell'informazione per tutti*.

⁶⁰⁶ La rete, infatti, diventa il luogo virtuale dal quale il privato può acquisire informazioni, presentare istanze, partecipare al procedimento amministrativo, procedere a pagamenti, etc.

⁶⁰⁷ Si vedano al riguardo gli artt. 53 e 54 CAD.

L'art. 53, in particolare, precisa che le Amministrazioni centrali realizzino siti istituzionali su reti telematiche, siti da considerarsi strumento per eccellenza per garantire accesso ai dati e fruizione dei servizi in rete offerti dalle Amministrazioni.

La realizzazione dei siti deve rispettare i principi di accessibilità, elevata usabilità e reperibilità, anche da parte delle persone disabili secondo le prescrizioni della legge 9 gennaio 2004, n. 4, “*Disposizioni per favorire l'accesso dei soggetti disabili agli strumenti informatici*”.

⁶⁰⁸ L'espressione è di A. MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie*, Giappichelli, Torino, 2011, 15.

⁶⁰⁹ A. MASUCCI, *op. ult. cit.*, 15.

dai siti delle pubbliche amministrazioni.

Nel 2000, il Governo inglese ha posto l'obiettivo di rendere disponibili *on line*⁶¹⁰, a decorrere dall'anno 2005, tutti i servizi pubblici suscettibili di essere erogati telematicamente. Da allora, notevoli progressi sono stati realizzati in questa direzione.

Peraltro, l'agenda digitale può essere efficace solo se le sue applicazioni sono interoperabili e si basano su *standard* comuni e piattaforme aperte.

Avere un'unica *password* per accedere ai servizi, una *password* che consenta al sistema di identificare il cittadino in maniera univoca, è la base per puntare a servizi erogati da sistemi "interoperabili".

A questo proposito è stato affermato che un'ottima opportunità per il superamento della frammentazione dei sistemi informativi e delle problematiche di interoperabilità ancora esistenti viene dal c.d. "cloud computing", "*un modo di usare l'informatica in cui capacità flessibili e scalabili (parliamo di dati e informazioni, di software, ma anche di piattaforme e di infrastrutture hardware) possono essere fornite su domanda come un servizio*". Il nome *cloud*, ossia nuvola, deriva dalla circostanza che "*tali servizi, dati e opportunità non risiedono presso i nostri server, ma presso server dislocati, a volte multipli, spesso anche molto lontani fisicamente: su una nuvola appunto*"⁶¹¹.

Certo, non può sottacersi che il progresso tecnologico modifica le posizioni giuridiche tutelate, incidendo sui diritti degli individui, rendendo obsolete disposizioni normative, categorie concettuali e istituti giuridici, determinando l'esigenza di conformare il diritto alla tecnica attraverso l'introduzione di nuove regole giuridiche e di nuovi strumenti di tutela⁶¹².

Infatti, Frosini sottolinea la necessità del rafforzamento delle tradizionali libertà costituzionali attraverso un loro adeguamento concettuale alle nuove posizioni soggettive coinvolte nel nuovo scenario tecnologico. Infatti, "*il giurista [...] non può ritenere sufficiente per la comprensione di Internet il ricorso ai tradizionali armamentari*

⁶¹⁰ *This reflected the increasing expectation that the public and businesses (users) wanted to find information online 24 hours a day. The Government wanted to modernise public services by delivering cheaper online services as an alternative to face-to-face, paper and telephone transactions. Cfr. NAO, Cross Government. Digital Britain One: Shared infrastructure and services for government on line, 9 dicembre 2011, 13.*

⁶¹¹ *La PA sulla nuvola, G-Cloud: innovazione per guadagnare efficienza e ridurre i costi, FORUM PA EDIZIONI, febbraio 2012. Molti ordinamenti, tra cui quello anglosassone, riconoscendo i potenziali benefici del cloud computing, hanno prodotto recenti documenti di strategia per il suo utilizzo da parte delle amministrazioni.*

⁶¹² G. PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale. Tecnologie informatiche e regole privatistiche*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 168.

*concettuali e deve, piuttosto, impegnarsi in uno sforzo ricostruttivo i cui capisaldi teorici sono verosimilmente in gran parte ancora in via di allestimento*⁶¹³.

All'inizio del nuovo millennio, il Consiglio europeo di Lisbona ha posto un preciso obiettivo all'Unione europea: quello di diventare entro il 2010 il sistema economico basato sulla conoscenza più competitivo e dinamico al mondo.

In questa prospettiva la Commissione europea ha promosso diversi piani d'azione.

Peraltro, il successo del progetto comunitario è strettamente dipendente dall'azione di recepimento degli Stati comunitari, dalla presenza di un quadro normativo compatibile con l'utilizzazione dell'ICT, tale da non creare ostacoli alle nuove tecnologie, oltre che dall'intervento finanziario a sostegno delle politiche dell'innovazione.

In Italia, tralasciando la produzione legislativa antecedente, il riferimento è al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, c.d. Codice dell'amministrazione digitale, entrato in vigore nel mese di gennaio dell'anno 2006⁶¹⁴, con l'obiettivo dell'unificazione normativa e dell'aggiornamento di tutta la disciplina relativa all'amministrazione digitale maturata fin dagli anni novanta⁶¹⁵, fornendo, tra l'altro, un assetto organico al complesso dei diritti degli utenti e dei doveri delle amministrazioni in relazione all'uso delle tecnologie informatiche⁶¹⁶.

Vero dato innovativo del Codice, è, infatti, l'aver trasformato l'uso delle ICTs all'interno dell'apparato pubblico *“da “questione organizzativa interna” a “diritto degli*

⁶¹³ Così T.E. FROSINI, *L'orizzonte giuridico dell'Internet*, in *Dir. informatica*, n. 2, 2002, 275.

⁶¹⁴ in G.U. 16 maggio 2005 n. 112, suppl. ord. n. 93. Il citato decreto legislativo è stato più volte modificato, in particolare dal d. lgs. 30 dicembre 2010, n. 235.

⁶¹⁵ La prima disciplina positiva in materia di progettazione, sviluppo e gestione dei sistemi informativi automatizzati delle amministrazioni dello Stato risale ai primi anni Novanta, ovvero al D. Lgs. 12 febbraio 1993, n. 39. Tale normativa, ha il pregio di essere stata la prima ad aver attribuito all'informatizzazione la veste di semplice strumento volto ad assicurare il contenimento della spesa pubblica ed un potenziamento del supporto conoscitivo degli amministrati rispetto alle decisioni dell'autorità pubblica.

Peraltro, solo 2005, con l'emanazione del D. Lgs. 7 marzo 2005, n. 82 l'informatizzazione da mero procedimento teso alla razionalizzazione della spesa corrente è divenuta un vero e proprio obbligo a carico della pubblica amministrazione cui corrisponde, ex art. 3 del Codice dell'amministrazione digitale, il diritto di cittadini e imprese di richiedere ed ottenere l'uso delle tecnologie telematiche nella comunicazione con le pubbliche amministrazioni e con i gestori di pubblici servizi statali.

⁶¹⁶ Peraltro, è opportuno evidenziare che la Costituzione lascia spazi di intervento, in sede di programmazione e pianificazione, alle regioni; a comuni, individuati come livello più adeguato di erogazione dei servizi ai cittadini e a province chiamate ad esercitare funzioni che non possono essere appropriatamente svolte da realtà territoriali minime, fornendo assistenza e supporto agli enti locali minori.

utenti”⁶¹⁷, da intendersi come libertà di valersi degli strumenti telematici per ottenere e fornire informazioni di ogni tipo⁶¹⁸.

Ma non è tutto. Se nel passato, infatti, la qualificazione di un’attività come servizio in rete non comportava l’applicazione di una specifica normativa di grado primario, con l’entrata in vigore del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 la prospettiva indicata cambia: la riconduzione di una data attività nel novero dei servizi *on line* soggiace all’applicazione dei precetti generali contenuti nelle disposizioni di cui al capo V, sezione terza⁶¹⁹ del suddetto decreto legislativo, oltre che alla disciplina di settore specifica, differenziata in relazione alla circostanza che le singole attività di servizi *on line* ricadano nel novero della funzione, nel novero del servizio⁶²⁰ o dell’informazione

⁶¹⁷ C. D'ORTA, *I 3 pilastri della riforma digitale della PA*, in Lav. nelle p.a. 2006, 02, 299; P.PIRAS, *Verso il procedimento amministrativo elettronico*, G. CLEMENTE DI S.LUCA (a cura di), in *La nuova disciplina dell’attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2006, 122. Si veda in proposito anche il parere della sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato del 30 gennaio 2006, n. 31 che evidenzia il ruolo di risorsa strategica dell’informatica.

⁶¹⁸ Così T.E. FROSINI, *L’orizzonte giuridico dell’Internet*, in *Dir. informatica*, n. 2, 2002, p. 275.

⁶¹⁹ Si riporta integralmente il testo dell’art. 63 rubricato “*Organizzazione e finalità dei servizi in rete*: “1. Le pubbliche amministrazioni centrali individuano le modalità di erogazione dei servizi in rete in base a criteri di valutazione di efficacia, economicità ed utilità e nel rispetto dei principi di eguaglianza e non discriminazione, tenendo comunque presenti le dimensioni dell’utenza, la frequenza dell’uso e l’eventuale destinazione all’utilizzazione da parte di categorie in situazioni di disagio.

2. Le pubbliche amministrazioni e i gestori di servizi pubblici progettano e realizzano i servizi in rete mirando alla migliore soddisfazione delle esigenze degli utenti, in particolare garantendo la completezza del procedimento, la certificazione dell’esito e l’accertamento del grado di soddisfazione dell’utente. A tal fine, sono tenuti ad adottare strumenti idonei alla rilevazione immediata, continua e sicura del giudizio degli utenti, in conformità alle regole tecniche da emanare ai sensi dell’articolo 71. Per le amministrazioni e i gestori di servizi pubblici regionali e locali le regole tecniche sono adottate previo parere della Commissione permanente per l’innovazione tecnologica nelle regioni e negli enti locali di cui all’articolo 14, comma 3-bis.

3. Le pubbliche amministrazioni collaborano per integrare i procedimenti di rispettiva competenza al fine di agevolare gli adempimenti di cittadini ed imprese e rendere più efficienti i procedimenti che interessano più amministrazioni, attraverso idonei sistemi di cooperazione.

3-bis. A partire dal 1° gennaio 2014, allo scopo di incentivare e favorire il processo di informatizzazione e di potenziare ed estendere i servizi telematici, i soggetti di cui all’articolo 2, comma 2, utilizzano esclusivamente i canali e i servizi telematici, ivi inclusa la posta elettronica certificata, per l’utilizzo dei propri servizi, anche a mezzo di intermediari abilitati, per la presentazione da parte degli interessati di denunce, istanze e atti e garanzie fideiussorie, per l’esecuzione di versamenti fiscali, contributivi, previdenziali, assistenziali e assicurativi, nonché per la richiesta di attestazioni e certificazioni.

3-ter. A partire dal 1° gennaio 2014 i soggetti indicati al comma 3-bis utilizzano esclusivamente servizi telematici o la posta elettronica certificata anche per gli atti, le comunicazioni o i servizi dagli stessi resi.

3-quater. I soggetti indicati al comma 3-bis, almeno sessanta giorni prima della data della loro entrata in vigore, pubblicano nel sito web istituzionale l’elenco dei provvedimenti adottati ai sensi dei commi 3-bis e 3-ter, nonché termini e modalità di utilizzo dei servizi e dei canali telematici e della posta elettronica certificata.

3-quinquies. Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, sentita la Conferenza unificata di cui all’articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, da emanare entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, sono stabilite le deroghe e le eventuali limitazioni al principio di esclusività indicato dal comma 3-bis, anche al fine di escludere l’insorgenza di nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica”.

⁶²⁰ Vedi *infra*.

pubblica. Peraltro, a questo proposito non può non rilevarsi che, nonostante i ripetuti interventi sull'originario impianto del Codice dell'Amministrazione digitale, come concepito dal legislatore delegato del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, l'aspettativa di sistematicità è stata disattesa, considerata la miriade di istituti che restano fuori dal contesto normativo in esame.

L'ambito soggettivo di applicazione del Codice è circoscritto, ex art. 2, fondamentalmente a tre categorie di soggetti: le “*pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nel rispetto del riparto di competenza di cui all'articolo 117 della Costituzione, nonché alle società, interamente partecipate da enti pubblici o con prevalente capitale pubblico inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi dell'articolo 1, comma 5, della legge 30 dicembre 2004, n. 311*”; i privati, limitatamente alle disposizioni di cui al capo II, agli articoli 40, 43 e 44 del capo III, nonché al capo IV⁶²¹; i gestori di servizi pubblici ed gli organismi di diritto pubblico limitatamente alle disposizioni di cui al capo V, concernenti l'accesso ai documenti informatici, e la fruibilità delle informazioni digitali.

In relazione ai soggetti di cui al 1° comma, art. 2, in linea con quanto statuito nelle superiore espositiva, il Codice dell'Amministrazione digitale dispone che l'introduzione e l'utilizzazione dell'ICT avvenga parallelamente alla riorganizzazione del *front office* e, soprattutto, del *back office* “*in un contesto che veda l'integrazione delle procedure di back office di tutte le Pubbliche Amministrazioni, con un particolare riguardo al ruolo che gli enti locali dovranno svolgere, in considerazione del fatto che questi rappresentano il punto di contatto più vicino tra i cittadini e lo Stato*”⁶²².

Sebbene, infatti, sia previsto un coinvolgimento di tutte le istituzioni del Paese, sulla base del principio di leale cooperazione, vere protagoniste sono proprio le amministrazioni locali e, in particolare, i Comuni che, nel sistema di decentramento statale, rappresenteranno il *front-office* dell'intero sistema amministrativo, quelle cui compete l'erogazione dei servizi pubblici agli utenti, a prescindere da ogni vincolo di

⁶²¹ Si veda in proposito la pronuncia del Consiglio di Stato, sez. VI, 9 marzo 2007, n. 1119, in Giur. it. 2007, 10, 2329, dove si afferma che “*L'accesso ai documenti dei soggetti privati va riconosciuto solo in caso di svolgimento di attività di interesse pubblico e limitatamente agli atti funzionalmente inerenti alla gestione di interessi collettivi, per i quali sussiste l'esigenza di garantire il rispetto del principio di buon andamento, cui la trasparenza è funzionale*”.

⁶²² P. GIACALONE, *Problemi e prospettive nella realizzazione del governo elettronico*, 20-22 novembre 2000, in www.spol.unica.it

competenza territoriale o di residenza, e che dovrebbero operare sulla base di sistemi informativi funzionalmente equivalenti, se non identici.

Per questa via la complessità organizzativa della macchina pubblica smette di gravare sulla vita del cittadino che non sarà più tenuto ad individuare l'ufficio competente all'erogazione del servizio di suo interesse.

Invero, gli enti locali, a partire dalla metà degli anni novanta del secolo scorso, avevano già conosciuto e sperimentato le reti civiche, ambienti telematici con l'obiettivo di promuovere e favorire la cooperazione, la comunicazione, lo scambio e l'erogazione di servizi fra i soggetti pubblici e i privati che costituiscono la comunità locale⁶²³. Tale esperienza ha portato, con il trascorrere del tempo, la crescita dell'importanza della presenza in rete delle pubbliche amministrazioni per lo svolgimento delle proprie finalità istituzionali.

D'altra parte era impensabile che i sistemi informativi e le loro tecnologie non si adeguassero al modello del decentramento dell'amministrazione locale e della gestione dei servizi.

Le amministrazioni centrali concorrono, per contro, tramite il sistema pubblico di connettività, nel processo di produzione e di distribuzione del servizio da una posizione di *back-office*, *id est* senza un rapporto diretto con l'amministrato, ma tenendo sempre conto delle sue reali esigenze e del grado di soddisfazione raggiunto, valutato *ex ante* attraverso specifici meccanismi di rilevazione e analisi.

2. Servizi e innovazione.

Su impulso dell'ICT ha potuto diffondersi una disomogenea moltitudine⁶²⁴ di servizi telematici interni ed esterni all'amministrazione che, nel fondamentale intento di rendere effettivo il principio di trasparenza, di semplificare e sburocratizzare la gestione del potere pubblico, hanno permesso la nascita di servizi che senza la rete non potrebbero neanche essere concepiti.

⁶²³ Vd. A. CONTALDO, *Dalla teleamministrazione all'e-government: una complessa transizione in fieri*, in Foro amm. CDS 2002, fasc. 4.

⁶²⁴ Il progresso tecnologico rende possibile prefigurare continuamente nuovi servizi in rete.

A tal riguardo, vengono principalmente in mente i servizi di informazione pubblica, in relazione ai quali l'art. 55 del Codice dell'Amministrazione digitale sancisce un vero e proprio diritto, tracciando *una direttrice verso l'acquisizione di una consapevolezza sociale e verso la trasparenza dei pubblici poteri*⁶²⁵. Essi, infatti, permettono una propagazione e uno sviluppo dei dati che i metodi tradizionali di informazione istituzionale non avrebbero mai potuto assicurare. Tanto che autorevole dottrina ha affermato che *“i servizi di informazione pubblica che le amministrazioni erogano attraverso siti e portali, in diversi casi, possono essere considerati anche alla stregua di un servizio permanente di formazione generalizzata che è indirizzato ad aumentare il livello di partecipazione consapevole ed informata dei cittadini alla cosa pubblica e dunque anche il livello di trasparenza dell'azione amministrativa”*⁶²⁶.

Nell'attuale società e nel futuro prossimo la trasparenza ha il significato di diritto del cittadino di comprendere le logiche usate per amministrare le finanze pubbliche, di poter essere protetto dall'arbitrio pubblico e dalla corruzione, nonché di poter usufruire di servizi pubblici di qualità, continuativi e ad un prezzo accessibile. In questa direzione, i gestori di servizi pubblici devono prestare una crescente attenzione ai temi dell'organizzazione dell'informazione e della comunicazione attraverso la predisposizione di specifici documenti, quali la Carta dei servizi, il regolamento per l'accesso agli atti, in cui siano chiaramente indicati i principi a tutela degli utenti del servizio, le condizioni contrattuali, la semplificazione delle procedure.

Il diritto di accesso ai documenti, infatti, come chiarito dai giudici di Palazzo Spada, *“può essere esercitato anche nei confronti del gestore di un pubblico servizio che pone in essere un procedimento disciplinato dal diritto privato, atteso che anche in tale caso prevale l'interesse pubblico alla trasparenza”*⁶²⁷.

⁶²⁵ G. CASSANO, C. GIURDANELLA, *Il Codice della Pubblica Amministrazione digitale. Commentario al D.Lgs. n. 82 del 7 marzo 2005*, 532.

⁶²⁶ Cfr. CAMAROTA, MORCIANO, *Servizi pubblici on line e multicanalità*, www.amministrazioneincammino.it.

In merito alla trasparenza si rinvia all'art. 1 del d. Lgs. 14 marzo 2013, n. 33 - Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni. Nello stesso senso si veda J. TAYLOR and H. WILLIAMS, *Public administration and the information polity*, *Public Administration* 69(2) (1991), 171-90 che, in relazione alle informazioni, dice *“For informatization information is the ‘life-blood’ of public administration flowing around the polity. Here, the argument would be that public services are ‘information rich’ and that information has always been a core part of the business of public administration – and that new ICTs have transformed the way information flows and is used”*.

⁶²⁷ Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 19 settembre 2006, n. 5467, in *Foro Amm. - C.d.S. (II)* 2006, 9, 2536 (s.m).

Rileva, inoltre, l'emersione di un'autonoma funzione di comunicazione⁶²⁸, segnale di un'amministrazione orientata alla condivisione di finalità e obiettivi con gli amministrati.

La comunicazione pubblica *“va pensata come una concreta opportunità per migliorare gli stessi servizi pubblici. Una comunicazione che da fornitrice di notizie al sistema dei media, si trasforma e realizza canali diretti di dialogo e ascolto dei cittadini ed imprese; da attività monotematica (raccontare l'Amministrazione) è divenuta attività trasversale (comunicare la cultura, l'ambiente)”*⁶²⁹.

Un'amministrazione orientata al servizio e alla soddisfazione degli interessi degli amministrati, in grado di offrire servizi di qualità a costi più ridotti e in tempi più snelli, infatti, deve puntare su un rapporto fiduciario con l'amministrato *“e assumere come principio che l'unica ragion d'essere di una procedura o di un processo amministrativo è il risultato che deve produrre”*⁶³⁰.

*“L'utilizzo del sito telematico rende possibile la diffusione in tempo reale e con la minima spesa, di una massa notevole di informazioni con possibilità di ricerca gratuita e immediata da parte degli utenti”*⁶³¹ e, nel caso in cui le informazioni pubbliche non siano direttamente o agevolmente reperibili nei siti istituzionali, il cittadino ha comunque la possibilità di richiederle all'amministrazione interessata attraverso la posta elettronica, eventualmente certificata, secondo quanto prescritto dal decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 e dal Decreto del Presidente della Repubblica 11 febbraio 2005, n. 68. L'art. 5 del recente d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 – c.d. Codice della Trasparenza – ha introdotto, infatti, l'accesso civico, ossia il diritto di chiunque di richiedere documenti, informazioni o dati per i quali la pubblica amministrazione non abbia adempiuto all'obbligo di loro pubblicazione in base alla normativa vigente. Tale istituto, come evidenziato da una parte

⁶²⁸ La disciplina delle attività di informazione e di comunicazione delle pubbliche amministrazioni è contenuta nella Legge 7 giugno 2000, n. 150, il cui art. 1, comma 2, qualifica *“attività di informazione e di comunicazione istituzionale”* quelle attuate dalle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29 e volta a conseguire:

*“a) l'informazione ai mezzi di comunicazione di massa, attraverso stampa, audiovisivi e strumenti telematici;
b) la comunicazione esterna rivolta ai cittadini, alle collettività e ad altri enti attraverso ogni modalità tecnica ed organizzativa;
c) la comunicazione interna realizzata nell'ambito di ciascun ente”.*

⁶²⁹ Autorità regionale per la vigilanza dei servizi idrici e di gestione dei rifiuti urbani, *Strumenti informatici e criteri del comunicare nei servizi pubblici ambientali*, Novembre 2002.

⁶³⁰ L. NICOLAIS, *Verso il sistema nazionale di E-Government. Linee strategiche*, in www.funzionepubblica.gov.it.

⁶³¹ Cfr. G. CASSANO, C. GIURDANELLA, op. ult. cit., 532.

della dottrina⁶³², *“appare suscettibile di essere valutato anche come una prima istanza di collegamento tra il modello dell’accesso e quello della pubblicità: una forma di trasparenza “passiva” che va ad insistere [...] sulle informazioni pubbliche per le quali la legge prevede forme di trasparenza “attiva””*⁶³³.

Il principio che se ne ricava è che, sebbene detenute dal soggetto pubblico, le informazioni stesse costituiscono un bene pubblico⁶³⁴ che, in quanto tale, deve essere messo a disposizione di chiunque, con rilevanti conseguenze in tema di controllo: la pubblicità dei dati permette, infatti, il controllo democratico diffuso sull’efficienza e sull’uso delle risorse pubbliche impiegate per la produzione dei servizi, in un’ottica di prevenzione della corruzione, di stimolo alla partecipazione democratica del cittadino e di competitività delle amministrazioni per la creazione di prodotti e servizi nuovi.

In quest’ottica vanno lette le disposizioni in materia di servizi di *e-procurement* o approvvigionamento elettronico che offrono l’opportunità di razionalizzazione e controllo della spesa, di semplificazione delle procedure, di trasparenza degli atti di aggiudicazione delle gare.

Così il recente articolo 34, comma 20, Legge 17 dicembre 2012, n. 221, di conversione del decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179, statuisce che *“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”*.

La libera circolazione delle informazioni può creare una coscienza civile e politica più consapevole *“con un richiamo non più episodico agli interessi e alla*

⁶³² E. CARLONI, op. ult. cit., 129.

⁶³³ UNESCO, *Policy guidelines for the development and promotion of Governmental public domain information*, prepared by P.F. Uhlir, Unesco, Paris, 2004.

⁶³⁴ Cfr. Memorandum di Barak Obama on Transparency and Open government directive e Digital Government Strategy del 2012.

*capacità di giudizio del singolo cittadino, il quale sarebbe piuttosto reso partecipe di un circuito comunitario di informazione e di responsabilità”*⁶³⁵.

Già la Legge 27 dicembre 2006, n. 296, al fine di assicurare il contenimento della spesa pubblica ed effettuare il controllo in materia di prelievo fiscale in ambito sanitario⁶³⁶, lavorativo⁶³⁷, contabile⁶³⁸ e fiscale⁶³⁹, aveva previsto una serie di attività volte alla gestione telematica dei flussi di una serie di dati.

Come evidenziato da attenta dottrina, infatti, la pubblicazione telematica dei dati *“è pensata da un lato per garantire il cittadino, destinatario dell’attività e dei servizi pubblici, e dall’altro per sollecitare ed agevolare la partecipazione e il coinvolgimento, necessari al buon andamento dei servizi pubblici e alla corretta gestione delle relative risorse”*⁶⁴⁰.

E’ stato affermato, infatti, che la condivisione di informazioni contribuisce alla costruzione di decisioni più consapevoli e può *“favorire e sostenere processi continui di innovazione e miglioramento organizzativo, al fine di definire e attuare politiche pubbliche capaci di rispondere adeguatamente ai bisogni della collettività”*⁶⁴¹.

In quest’ottica è opportuno porre l’accento sulla circostanza che la cittadinanza digitale non si esplica solo mediante un apparato pubblico più efficiente, che innova e

⁶³⁵ Così T.E. FROSINI, *L’orizzonte giuridico dell’Internet*, in *Dir. informatica*, n. 2, 2002, 275.

⁶³⁶ L’art. 1, comma 810 della citata legge ha previsto che a partire dal 1° luglio 2007, il Ministero dell’economia e delle finanze rendesse disponibile *“il collegamento in rete dei medici del SSN di cui al comma 2, in conformità alle regole tecniche concernenti il Sistema pubblico di connettività ed avvalendosi, ove possibile, delle infrastrutture regionali esistenti, per la trasmissione telematica dei dati delle ricette al Ministero dell’economia e delle finanze e delle certificazioni di malattia all’INPS, secondo quanto previsto all’articolo 1, comma 149, della legge 30 dicembre 2004, n. 311”*.

⁶³⁷ L’art. 1, comma 1168 recita: *“Al fine di coordinare specifici interventi di contrasto al lavoro sommerso ed alla evasione contributiva, l’obbligo di fornitura dei dati gravante sulle società e sugli enti di cui all’articolo 44, comma 5, del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326, è esteso alle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura”*.

⁶³⁸ L’art. 1, comma 61 statuisce che *“con provvedimento del Ministero dell’economia e delle finanze, acquisito il parere delle competenti Commissioni parlamentari, sono stabilite, a fini di monitoraggio, le modalità per introdurre in tutte le amministrazioni pubbliche criteri di contabilità economica, nonché i tempi, le modalità e le specifiche tecniche per la trasmissione telematica da parte degli enti pubblici, delle regioni e degli enti locali dei bilanci standard e dei dati di contabilità”*.

⁶³⁹ L’art. 1, comma 64 prevede che *“Ai fini dei controlli sugli oneri detraibili di cui alla lettera c) del comma 1 dell’articolo 15 del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, e successive modificazioni, gli enti e le casse aventi esclusivamente fine assistenziale devono comunicare in via telematica all’Anagrafe tributaria gli elenchi dei soggetti ai quali sono state rimborsate spese sanitarie per effetto dei contributi versati di cui alla lettera a) del comma 2 dell’articolo 51 del citato testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, e successive modificazioni”*.

⁶⁴⁰ F. COSTANTINO, *op. ult. cit.*, 112.

⁶⁴¹ AA.VV., *Misurare per decidere. La misurazione delle performance per migliorare le politiche pubbliche e i servizi*, Rubbettino, 2006, 1.

organizza le proprie prassi attraverso l'*e-government* ma, “*ad un livello più generale, attraverso l'e-democracy*”, *id est* “*la partecipazione alla vita delle istituzioni politiche in modi nuovi*”⁶⁴², derivati dall'utilizzo dell' *Information and Communication Technologies* e dall'applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale.

Il Vademecum allegato alle Linee guida per i siti web delle pubbliche amministrazioni⁶⁴³ rinvia all'uso dei *social networks* quale grande opportunità per la macchina pubblica di informare e comunicare in modo efficace, ma anche per costruire una relazione di fiducia con i cittadini, per ascoltare e monitorare il loro livello di soddisfazione⁶⁴⁴.

Franco Gallo afferma che “*i nuovi media, la Rete, Internet, il web, i social network come Facebook e Twitter, i blog canals hanno sottratto il controllo e la gestione della comunicazione, anche politica, ai centri tradizionali di potere, favorendo nuove forme di partecipazione e, comunque, innovando quelle tradizionali*”⁶⁴⁵.

E' stato detto, infatti, che la circolazione in rete è la strada preferenziale affinché l'informazione di pubblica utilità di natura governativa “*sortisca i suoi benefici effetti al massimo grado, perché effettivamente diviene bene pubblico, immediatamente disponibile per semplificare la vita dei cittadini*”⁶⁴⁶.

E' ormai un dato assodato che la tecnologia stia mutando sempre più i tradizionali assetti istituzionali; il processo democratico è influenzato in modo incisivo dal modo in cui circolano le informazioni, dalle forme di coinvolgimento degli amministrati sulla qualità dei servizi, dall'utilizzo mediante l'ICT del proprio diritto di voto.

Fin dal 1979⁶⁴⁷, era ben noto che l'impiego delle tecnologie informatiche e telematiche non fosse solo né tanto una questione meramente tecnologica, ma una radicale e variegata trasformazione dell'intero apparato amministrativo e del relativo

⁶⁴² L. NICOLAIS, *Verso il sistema nazionale di E-Government. Linee strategiche*, in www.funzionepubblica.gov.it.

⁶⁴³ Consultabile in www.funzionepubblica.gov.it.

⁶⁴⁴ E. CARLONI, op. ult. cit., 151.

⁶⁴⁵ F. GALLO, *Lectio magistralis “Democrazia 2.0. La Costituzione, i cittadini e la partecipazione”*, Conversano, domenica 15 settembre 2013.

⁶⁴⁶ UNESCO, *Policy guidelines for the development and promotion of Governmental public domain information*, prepared by P.F. Uhlir, Unesco, Paris, 2004.

⁶⁴⁷ In un passo del Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato, c.d. Rapporto Giannini presentato al Parlamento il 16 novembre 1979, si legge: “*gli elaborati elettronici, che erano all'inizio apparecchi di semplice registrazione di dati complessi, sono diventati poi apparecchi di accertamento e verifica, di calcolo, di partecipazione a fasi procedurali di istruttoria, e infine di decisione*”.

sistema di funzionamento⁶⁴⁸, in grado di migliorarne la qualità delle decisioni e, quindi, l'efficacia dell'azione.

La democrazia del XXI secolo si palesa in forma diversa da quella dei secoli precedenti: cambiano i significati dei concetti di rappresentanza e di sovranità, si fa avanti una nuova democrazia di massa, che obbliga *“i rappresentanti della volontà popolare a scendere sulla piazza telematica e a confrontarsi direttamente con i rappresentanti, nelle nuove forme assunte dalla tecnopolitica”*⁶⁴⁹.

L'uso di strumenti essenzialmente transnazionali come l'informatica e internet, inoltre, racchiude in sé il fine della semplificazione e della sburocratizzazione della gestione del potere pubblico, con la conseguenza che i cittadini possono oggi effettuare in maniera decentralizzata, ed in poche ore, operazioni che prima richiedevano giorni di viaggio per recarsi negli uffici competenti.

A tal riguardo si richiama la previsione di cui all'art. 1, comma 114, Legge 24 dicembre 2012, n. 228 - Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - secondo cui gli enti previdenziali sono tenuti a rendere disponibile in modalità telematica la certificazione unica dei redditi di lavoro dipendente, pensione e assimilati (CUI).

Per consentire a cittadini e imprese di assolvere per via telematica a tutti gli obblighi connessi all'invio di un'istanza a una pubblica amministrazione o a qualsiasi ente o autorità competente, inoltre, l'art. 6 *bis* della Legge 4 aprile 2012 n. 35, recante disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo, demanda al Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione la competenza a stabilire le modalità per il calcolo e per il pagamento dell'imposta di bollo per via telematica, anche attraverso l'utilizzo di carte di credito, di debito o prepagate, per tutti i casi in cui questa è dovuta.

L'uso della telematica, pertanto, realizza uno spostamento del punto di contatto tra l'Amministrazione e l'utente dal tradizionale ufficio pubblico alla rete, più consona a garantire una maggiore disponibilità di servizi, la semplificazione del rapporto, la trasparenza delle procedure amministrative e la delocalizzazione dell'accesso. Essa rende anche possibile, da un lato, raccogliere in tempo reale le diverse informazioni rilevanti

⁶⁴⁸ Cfr. Cons. Stato, sez. Atti normativi, 30 gennaio 2006, n. 31, punto 3,1.

⁶⁴⁹ Così T.E. FROSINI, *L'orizzonte giuridico dell'Internet*, in *Dir. informatica*, n. 2, 2002, 275.

per la procedura di erogazione dei servizi, superando i vincoli della distribuzione territoriale, delle competenze, della distanza tra i vari soggetti erogatori e gli utenti e, dall'altra, facilita un'unione più completa dei dati provenienti dalle diverse fonti, consentendo un dialogo elettronico interattivo fiduciario tra la macchina pubblica e il cittadino.

Le innovazioni correlate alla digitalizzazione delle informazioni e dei dati, alla telematizzazione degli scambi informativi e di servizio e all'introduzione della firma digitale, permettono il superamento dei sistemi di erogazione dei servizi pubblici tradizionali e l'eliminazione dell'intera gestione cartacea dei flussi di lavoro.

L'obiettivo centrale che si intende perseguire è l'azzeramento delle lungaggini burocratiche, la riduzione progressiva del disservizio della macchina pubblica, identificato con code agli sportelli, con funzionari "fannulloni".

Operare *on line* diventa quindi uno strumento essenziale per consentire all'amministrato un contatto più immediato ed efficiente con la macchina pubblica, un contatto che avvicina all'obiettivo dell'Amministrazione.

La complessità della macchina pubblica riflette, infatti, la pluralità di compiti assegnati all'amministrazione. La competenza all'erogazione dei servizi è frazionata tra diverse figure soggettive pubbliche. L'obiettivo dell'ICT "*non consiste nella riduzione della fisiologica complessità organizzativa, bensì nel tentativo di espungerla dalla vita del cittadino*" in tutte quelle ipotesi in cui la complessità incida negativamente sulla sua vita⁶⁵⁰.

In sostanza, l'ICT libera il singolo amministrato dalla preoccupazione di indirizzare le proprie richieste all'ufficio di stretta competenza e solo all'interno degli orari prestabiliti di apertura al pubblico⁶⁵¹, favorisce incroci informativi, controlli successivi e l'attivazione e l'erogazione dei servizi di qualità in forme estremamente potenti, celeri e flessibili, certamente molto più di quanto è potuto avvenire con le strumentazioni finora basate su supporti fisici.

Fonte ufficiale di pubblicità degli atti giuridici⁶⁵², "*porta virtuale*"⁶⁵³ di accesso

⁶⁵⁰ G. CAMMAROTA, *L'erogazione on line di servizi pubblici*, in Informatica e Diritto. Studi e ricerche.

⁶⁵¹ Si veda al riguardo Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della Funzione Pubblica, Piano di Azione di *E-government*, Roma 22 giugno 2000.

⁶⁵² Si veda al riguardo l'art. 26 della Legge n. 241 del 1990

⁶⁵³ L'espressione è di A. MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie*, Giappichelli, Torino, 2011, 15.

alle pubbliche amministrazioni, il sito *web* diventa il principale strumento a disposizione della pubblica amministrazione per rendere effettivo e concreto il principio di trasparenza della propria attività e favorirne lo svolgimento imparziale.

Naturalmente, la diffusione di informazioni non coincide necessariamente con la trasparenza e, anzi, talvolta può essere addirittura fonte di opacità. Al riguardo è estremamente rilevante la semplificazione del linguaggio utilizzato nel rapporto amministrazione-cittadino. L'architettura informativa dei siti deve essere strutturata in modo da assicurare all'amministrato la concreta fruizione dei servizi *on line*, anche in relazione al *download* della relativa modulistica telematica predisposta dall'Amministrazione competente, laddove necessaria. Infatti all'utente devono essere fornite non solo le informazioni idonee a consentire un'adeguata comprensione obiettiva e neutrale dei fenomeni⁶⁵⁴, ma anche quelle concernenti le condizioni e le procedure di erogazione dei diversi servizi.

Il rilievo della corretta strutturazione dei siti istituzionali diventa ancor più essenziale in relazione ai servizi pubblici nazionali e regionali per i quali l'uso dell'ICT ha reso possibile, con diversa intensità, la dimensione telematica di erogazione del servizio accanto alla dimensione fisica.

A tal proposito e al fine di comprendere gli enormi vantaggi connessi all'uso della telematica nell'immediato futuro, è essenziale un richiamo ai servizi di istruzione e formazione per i quali il decreto Stanca-Moratti in data 3 luglio 2003, superando il divario digitale relativo a quelle *“fasce di popolazione che per diversi motivi sono impossibilitate ad accedere alla formazione universitaria, quali - ad esempio - gli studenti-lavoratori, gli anziani, i malati ed i soggetti deboli ed emarginati”*, ha reso possibile l'erogazione *on line* dell'attività di insegnamento universitario.

La dimensione telematica, peraltro, è configurabile anche per alcune prestazioni sanitarie e assistenziali⁶⁵⁵, attraverso le quali l'agenda digitale europea si propone il fine della gestione dell'invecchiamento demografico.

⁶⁵⁴ L'espressione è utilizzata da E. Carloni per spiegare la differenza tra il concetto di trasparenza e quello di pubblicità. L'a. afferma che *l'idea di una trasparenza piena ed effettiva, propria della cultura dell'open government, rimanda [...] ad una conoscenza per quanto possibile completa ed idonea a consentire un'adeguata comprensione dei fenomeni*. E. CARLONI, ult. op. cit., 25.

⁶⁵⁵ Con il termine *telemedicina* si fa riferimento *“ad una particolare modalità di erogazione dell'assistenza sanitaria da parte delle istituzioni presenti sul territorio, che - avvalendosi dei moderni mezzi di telecomunicazione - permette di fornire servizi di diagnosi ed assistenza medica integrata, superando i vincoli*

Negli ultimi anni, a livello europeo, si registra una *crescente domanda di servizi sociali e sanitari, determinata dall'invecchiamento della popolazione e dell'incremento dei livelli di reddito, cui si contrappone una limitazione dei mezzi finanziari destinati a tali servizi. Parallelamente, crescono le aspettative dei cittadini e la mobilità sia dei pazienti sia degli operatori sanitari.*

Lo sviluppo dei servizi telematici dovrebbe consentire di risolvere queste problematiche, grazie al contenimento dei costi e all'incremento della produttività nel campo della fatturazione e dell'archiviazione, alla diminuzione degli errori medici e alla riduzione delle prestazioni non giustificate, nonché alla migliore qualità dell'assistenza sanitaria.

È agevole comprendere, infatti, l'impatto che la disponibilità dei servizi di telecardiologia, teleconsulto, telediagnostica, teledialisi, telemonitoraggio avrà sulla vita quotidiana dei pazienti e, in generale, degli utenti delle strutture sanitarie nazionali.

Il Piano d'azione “sanità elettronica” prospetta le possibilità d'utilizzo dell'ICT al fine di migliorare la qualità dell'assistenza sanitaria in tutta l'Europa, abbreviando i tempi di attesa, mantenendo i costi stabili o riducendoli ed eliminando gli errori. L'obiettivo è la creazione di uno “*spazio europeo della sanità elettronica*”, che punti sull'applicazione delle tecnologie informatiche e telematiche per la compilazione di ricette, per la formazione di cartelle mediche, per l'identificazione dei pazienti e per le tessere sanitarie⁶⁵⁶.

In questa direzione l'art. 47 *bis* della Legge 4 aprile 2012 n. 35 - Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 9 febbraio 2012, n. 5, recante disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo – ha introdotto *la gestione elettronica delle pratiche cliniche, attraverso l'utilizzo della cartella clinica elettronica, così come i sistemi di prenotazione elettronica per l'accesso alle strutture da parte dei cittadini con la finalità di ottenere vantaggi in termini di accessibilità e contenimento dei costi, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.*

Le Poste Italiane e diverse Regioni hanno avviato una collaborazione che prevede, tra l'altro, la sperimentazione di un sistema di servizi di *e-government* per la

della distribuzione territoriale, delle competenze, della distanza tra esperto ed utente e della frammentazione temporale dell'intervento sul singolo assistito".

⁶⁵⁶ Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 30 aprile 2004, «Sanità elettronica - migliorare l'assistenza sanitaria dei cittadini europei: piano d'azione per uno spazio europeo della sanità elettronica» [COM(2004) 356]

salute attraverso la rete degli uffici postali presenti sul territorio regionale e dotati dello “sportello amico”⁶⁵⁷: tale collaborazione prevede che gli uffici postali assumano la veste di sportelli diffusi nel territorio della Pubblica Amministrazione, procedendo alla semplificazione delle modalità di accesso ai servizi per la salute che saranno forniti in modalità digitale, rendendo più agevole la richiesta di prestazioni medico-diagnostiche, il ritiro di certificati medici e il pagamento del ticket sanitario.

Per contro, in ambito locale, le intrinseche caratteristiche delle *public utilities* non permettono una loro erogazione telematica.

Ciò nonostante l’applicazione delle tecnologie informatiche e telematiche in questo settore ha assunto, nel disegno politico legislativo dell’e-government, il ruolo centrale di favorire la comunicazione *on line*, di promuovere la modernizzazione, di apportare, comunque, miglioramenti nelle modalità della loro gestione, nell’organizzazione, incidendo positivamente nella qualità dei servizi, più di quanto non abbia fatto la spasmodica e contraddittoria attività normativa in materia di gestione dei servizi pubblici locali degli ultimi cinque lustri, priva di una mirata azione di coordinamento⁶⁵⁸ e complice di aver obnubilato la stretta connessione⁶⁵⁹ tra servizi pubblici e interessi fondamentali⁶⁶⁰, tra ente locale e *cives*, tra organizzazione statale e benessere del popolo⁶⁶¹.

⁶⁵⁷ Linea Amica è il più grande network di relazioni con il pubblico. Realizzato da Fornez PA, si avvale della collaborazione dell’Inps, Inail, Agenzia delle Entrate, Inpdap, Comune di Milano, Comune di Roma, Centri di prenotazione sanitaria dell’Emilia Romagna e del Lazio, nonché della piena cooperazione dei diversi Ministeri, Regioni ed enti locali.

⁶⁵⁸ Si consideri che la convulsa evoluzione normativa, fonte di ritardi nell’adozione di scelte societarie di carattere strategico da parte degli Enti Locali, ha portato, a seguito del Protocollo di Intesa, in data 16 gennaio 2013, tra il Ministero dello Sviluppo Economico, la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Dipartimento Affari regionali, turismo e sport, il Dipartimento per le politiche europee e Invitalia, alla recente elaborazione di una raccolta ricognitiva della normativa e della giurisprudenza nazionali e comunitarie applicabili ai servizi pubblici locali di rilevanza economica.

⁶⁵⁹ In proposito si veda E. PICARD, *Citizenship, Fundamental Rights, and Public Services*, in M. FREEDLAND, S. SCIARRA (a cura di), *Public services and citizenship in European Law*, Oxford, 1998, p. 83 ss.

⁶⁶⁰ E’ necessario evidenziare che l’inserimento dell’art. 16 nel Trattato CE e la sua collocazione nella parte I dedicata ai principi, ha avuto lo scopo di rafforzare la rilevanza dei servizi di interesse economico generale nell’ambito dei valori comuni. Rilevanza che è stata peraltro confermata dall’art. 36 della Carta di Nizza, che include fra i diritti fondamentali l’accesso ai servizi di interesse economico generale.

⁶⁶¹ “Il Welfare State è la forma che l’ordinamento assume laddove i bisogni essenziali sono pienamente soddisfatti, a prescindere dalla condizione economica e sociale di ciascuno, divenendo così la base e la molla potente dell’uguaglianza. E questa soddisfazione non ha solo un risvolto materiale, ma determina la qualità dell’intero ordinamento, data l’evidente strumentalità dell’effettività dell’uguaglianza in senso sostanziale. La rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale, di cui la Costituzione fa carico alla Repubblica, nient’altro è se non la creazione, tramite i servizi, dei presupposti per l’esercizio dei diritti di partecipazione. La capacità non solo di essere titolari di diritti, ma di esercitarli. Ecco perché i servizi e la loro effettività

Si pensi al riguardo ai vantaggi connessi all'utilizzo della Nuvola IT di Telecom Italia che, tramite la modalità Cloud, permette la realizzazione di "smart city"⁶⁶² secondo le direttive UE, offrendo servizi di comunicazione evoluta con i cittadini, di info-mobilità, telesoccorso per soggetti fragili, gestione remota dei parcheggi, monitoraggio dell'inquinamento ambientale e acustico e di telegestione e telediagnosi dell'impianto di illuminazione pubblica. Un sistema ad alta tecnologia, di telecontrollo degli impianti di illuminazione esterna permette in modo personalizzato, secondo le esigenze del singolo gestore, la telediagnosi, e la telegestione da uno o più computer, di tutti i componenti che costituiscono l'insieme di qualsiasi impianto di illuminazione già esistente o di nuova realizzazione⁶⁶³, ottenendo notevoli economie sul fronte del risparmio energetico oltre che sul fronte della manutenzione nonché garantendo alti livelli di affidabilità, continuità e qualità del servizio.

Il territorio, per essere gestito in maniera efficace ed efficiente, deve essere monitorato costantemente, quindi ricoperto di una rete di sensori che ne trasformano ogni proprietà e specifica in dati. Flussi di energia elettrica, di gas, di acqua, stato del traffico, del clima e dell'aria, accessibilità degli edifici, ottimizzazione dei consumi energetici ed idrici degli stessi, sicurezza e sostenibilità ambientale, qualità della vita dei cittadini, sono solo alcuni esempi di cosa una città del futuro dovrà gestire quotidianamente, per tutti i suoi milioni di abitanti e per le aziende che vi prendono posto.

concorrono in modo decisivo a connotare i caratteri della forma di Stato" così A. PUBUSA, *I servizi pubblici tra effettività e miti della concorrenza*, in Dir. e proc. Amm. 2-3/2013, p 848.

⁶⁶² Smart Town appartenente alla famiglia Smart Services della Nuvola Italiana è la soluzione dedicata ai Comuni, per trasformare le infrastrutture già esistenti in una piattaforma di servizi digitali. La tematica delle *smart cities* si sta affermando e consolidando come argomento di notevole interesse, insieme a nuovi modelli di sostenibilità. Pur non essendosi ancora imposta una definizione univoca del termine *smart city*, il riferimento è ad un ambiente urbano in grado di creare sviluppo economico sostenibile e di agire attivamente per migliorare la qualità della vita dei propri cittadini in molteplici aree chiave: mobilità, ambiente ed energia, qualità edilizia, società, infrastrutture, economia e capacità di attrazione di talenti e investimenti, government. Cfr. IATE, Banca dati terminologica multilingue dell'Unione Europea: <http://iate.europa.eu>. Nel contesto italiano, pur in un'ottica generale di revisione della spesa, la città smart rappresenta un modello di opportunità di sviluppo abilitato dall'ICT, di collaborazione pubblico/privato, e nazionale/locale.

La rete di Telecom Italia si integra con le reti di illuminazione trasformandosi in un sistema che abilita servizi per il territorio, le strade, gli edifici, gli ospedali, i parcheggi, le scuole e i musei. Così c'è un miglioramento dei servizi, una maggiore efficienza gestionale, un risparmio energetico, una grande attenzione per l'ambiente e per la spesa delle Pubbliche Amministrazioni, e un aumento della sicurezza per i cittadini grazie a un sistema di videocamere installato sulla rete d'illuminazione. Cfr. www.nuvolaitaliana.it.

⁶⁶³ In particolare, attraverso un sensore chiamato *Smart-Eye*, installato sui tradizionali lampioni, è possibile non solo ridurre i consumi e dimezzare i costi, ma anche di fornire ai cittadini e all'Amministrazione una serie di servizi che vanno dalla sicurezza alle informazioni sul traffico. Smart-i è dotato di videocamera e GPS per interpretare le condizioni meteo della zona e adattare l'intensità della luce all'effettivo livello di luminosità della giornata. Inoltre è capace di individuare oggetti, come pedoni e auto, nel suo campo visivo e avvertire in caso di situazioni di pericolo, come incendi o incidenti.

Infrastrutture complesse a larga scala diventano fonti infinite di dati: consumo energetico, rifiuti, mobilità, assistenza sanitaria, istruzione. Tecnologie, reti di sensori, banche dati aperte e accessi informativi diffusi. Le città diventano consapevoli e intelligenti.

Le amministrazioni comunali titolari dei servizi pubblici locali e le imprese di erogazione degli stessi, infatti, devono mettere il loro lavoro a disposizione della città e dei propri amministratori ai fini dell'elaborazione di indirizzi di politica economica, energetica ed ambientale, in cui competenze tecniche e gestionali multisettoriali, struttura industriale, conoscenza del territorio e vocazione al benessere pubblico, costituiscono il fondamento della qualità urbana.

Le strategie d'impresa devono procedere all'individuazione del principale obiettivo da raggiungere nella crescita del benessere collettivo e le imprese di servizi pubblici devono impegnarsi per cercare di offrire un servizio personalizzato, attendibile e, soprattutto, gradito dal cittadino.

Anche in ambito locale, per il tramite di intese tra le amministrazioni locali interessate e le poste italiane, gli uffici postali sono chiamati a svolgere il ruolo di ufficio comunale in relazione al rilascio, anche *on line* e via e-mail, di certificati anagrafici e di stato civile.

Si può ritenere ormai diffusa l'abitudine dei Comuni *“di mettere a disposizione via Internet il maggior numero di dati possibile, a cominciare da tutto ciò che è necessario conoscere in merito all'azienda e ai servizi offerti. Tariffe, Carta dei servizi, indirizzi, documentazione di approfondimento, storia della società sono i contenuti più comuni, ma non mancano le risposte alle domande più frequenti e le e-mail per raccogliere suggerimenti, commenti e reclami. Alcuni gestori aggiornano con tempestività i propri utenti di eventuali interruzioni del servizio o di miglioramenti effettuati”*⁶⁶⁴.

Peraltro, per verificare il reale apporto della telematica al settore dei servizi pubblici locali e al settore pubblico in genere, è indispensabile partire dal quadro normativo di riferimento perché, come ovvio, norme precettive puntuali e concrete sono il primo presupposto per l'operatività reale di una qualsiasi riforma.

⁶⁶⁴ Autorità regionale per la vigilanza dei servizi idrici e di gestione dei rifiuti urbani, Strumenti informatici e criteri del comunicare nei servizi pubblici ambientali, novembre 2002, 25.

A questo proposito, non può, incidentalmente, sottacerci che il testo originario del decreto legislativo recante il “*Codice dell’amministrazione digitale*”, è stato oggetto di aspre critiche da parte del Consiglio di Stato⁶⁶⁵, il quale, in data 7 febbraio 2005⁶⁶⁶, ha manifestato la necessità, in vista della credibilità dell’intera riforma, di norme precettive volte all’effettivo perseguimento delle finalità della delega, ovvero “*garantire la più ampia disponibilità di servizi resi per via telematica dalle pubbliche amministrazioni e dagli altri soggetti pubblici e [...] assicurare ai cittadini e alle imprese l’accesso a tali servizi secondo il criterio della massima semplificazione degli strumenti e delle procedure necessari e nel rispetto dei principi di uguaglianza, non discriminazione e della normativa sulla riservatezza dei dati personali*”.

Ebbene, a seguito degli interventi correttivi di cui al Decreto Legislativo 4 aprile 2006, n. 159⁶⁶⁷, e al Decreto Legge 18 ottobre 2012, n. 179, è stata aggiornata la responsabilità⁶⁶⁸ degli organi politici di governo e dei dirigenti⁶⁶⁹ nel dare esecuzione alle disposizioni del Codice stesso⁶⁷⁰.

Ma non è tutto. La legge 18 giugno 2009, n. 69, recante *Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*, ha previsto “*forme sanzionatorie*” con l’intento di obbligare le pubbliche amministrazioni alla digitalizzazione “*anche inibendo l’erogazione dei servizi disponibili*”.

⁶⁶⁵ Cfr. Consiglio di Stato, Sezione atti normativi, 7 febbraio 2005, n. 11995/04, recante parere sullo schema di Codice dell’amministrazione Digitale – punto 7.

⁶⁶⁶ Quando fu chiamato ad esprimere il suo parere in merito al testo di decreto legislativo recante il “*Codice dell’amministrazione digitale*”, in attuazione della delega contenuta nell’articolo 10 della legge 29 luglio 2003, n. 229 (*Interventi in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e codificazione - Legge di semplificazione 2001*).

⁶⁶⁷ Il citato decreto legislativo è stato successivamente modificato dal D.Lgs. 30 dicembre 2010, n. 235.

⁶⁶⁸ DE GIOVANNI E., *Il Codice dell’amministrazione digitale e il decreto integrativo e correttivo: considerazioni generali*, in Informatica e diritto, 2005, fasc. 1-2, p. 230.

⁶⁶⁹ Il comma 1-ter dell’art. 12 del CAD prevede espressamente che “*I dirigenti rispondono dell’osservanza ed attuazione delle disposizioni di cui al presente decreto ai sensi e nei limiti degli articoli 21 e 55 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ferme restando le eventuali responsabilità penali, civili e contabili previste dalle norme vigenti. L’attuazione delle disposizioni del presente decreto è comunque rilevante ai fini della misurazione e valutazione della performance organizzativa ed individuale dei dirigenti*”.

A.E. MATARAZZO, *Codice dell’amministrazione digitale (D.Lgs. n. 82/2005 coordinato con le modifiche introdotte dal D. Lgs. n. 159/2006): “andamento lento” di un percorso in salita*, in Lo Stato Civile Italiano, maggio 2007, p. 396 ss.

⁶⁷⁰ Si veda l’art. 12 comma 1 *ter* del vigente Codice dell’amministrazione digitale, per cui: “*I dirigenti rispondono dell’osservanza ed attuazione delle disposizioni di cui al presente decreto ai sensi e nei limiti degli articoli 21 e 55 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ferme restando le eventuali responsabilità penali, civili e contabili previste dalle norme vigenti. L’attuazione delle disposizioni del presente decreto è comunque rilevante ai fini della misurazione e valutazione della performance organizzativa ed individuale dei dirigenti*”.

*in modalità digitale attraverso canali tradizionali per le Amministrazioni che non ottemperano alle prescrizioni del Codice*⁶⁷¹.

Peraltro, il cammino che deve essere compiuto per la reale operatività della riforma è ancora lungo. Si consideri, infatti, che, come criticamente messo in luce da Fulvio Costantino, “*non è pensabile di infliggere sanzioni rigorose quando l’amministrazione, per ragioni organizzative o di preparazione ad essa non imputabili, non sia in grado di attuare quanto richiesto dal legislatore*”⁶⁷²: spesso, infatti, le norme sull’uso dell’ICTs sono formulate in modo impreciso e, a causa di costi di esercizio e di progettazione sproporzionati rispetto alle dimensioni dell’organizzazione, ovvero di competenze tecniche e organizzative difficilmente accessibili a molte amministrazioni, risultano addirittura inapplicabili da parte dei soggetti interessati.

Anche per questa ragione, diverse realtà comunali di piccole dimensioni hanno individuato nelle forme di gestione associata dei servizi informatici un modello sostenibile di cooperazione che consente, anche alle amministrazioni più piccole, di garantire più efficacemente il benessere delle comunità e dei territori amministrati, sfruttando i benefici derivanti dalla condivisione di esperienze, competenze, risorse strumentali, progetti, risorse economiche. I vantaggi dell’ICT si basano, infatti, soprattutto sulla condivisione e sulla cooperazione di una vasta platea di partecipanti.

Il settore dei servizi di trasporto pubblico locale offre al riguardo un valido esempio dei vantaggi di questo *modus procedendi*.

3. ICT e trasporto pubblico locale.

I principali operatori del settore del trasporto pubblico locale sono oggi chiamati all’innovazione tecnologica, incoraggiando l’utilizzo degli strumenti elettronici per migliorare l’efficienza e la produttività dei servizi.

⁶⁷¹ Art. 33 comma 1, lettera a), legge n. 69/2009.

⁶⁷² F. COSTANTINO, op. ult. cit., 23. Cfr. R. IEMMA, *Il nuovo diritto all’uso delle tecnologie: effettività e azionabilità*, in *Il nuovo diritto*, 2007, n.3-4, p. 283. L’a. ritiene che la portata precettiva del Codice vada comunque rafforzata.

Le aziende di trasporto pubblico locale promuovono, *ex art. 8 del decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179 - Decreto convertito, con modificazioni, in legge 17 dicembre 2012, n. 221*⁶⁷³ - *l'adozione di sistemi di bigliettazione elettronica interoperabili a livello nazionale e di biglietti elettronici integrati nelle città metropolitane*, sia attraverso strumenti di pagamento in mobilità, che per mezzo di addebito diretto su credito telefonico⁶⁷⁴.

Il sistema si basa sugli strumenti di pagamento elettronico di cui all'articolo 5 del Codice dell'Amministrazione Digitale, in relazione ai quali sono state recentemente introdotte le Linee guida volte a delineare le attività che le pubbliche amministrazioni ed i gestori di pubblici servizi devono mettere in atto per consentire l'esecuzione di pagamenti con strumenti elettronici, nonché le specifiche dei codici da utilizzare per il pagamento, la riconciliazione e il riversamento delle somme raccolte. Attraverso la fatturazione elettronica, si stima che la pubblica amministrazione possa risparmiare 1,6 miliardi l'anno, oltre a ricavare ulteriori economie per interessi di mora che gli uffici pubblici pagano a causa dell'inefficienza ed inadeguatezza delle attuali procedure.

Il sito istituzionale svolge, a tal fine, un ruolo essenziale. Gli enti creditori indicano preventivamente *“le condizioni, anche economiche per l'utilizzo”* degli strumenti di pagamento, rinviando eventualmente alle condizioni previste dal rapporto contrattuale del prestatore del servizio con il fruitore finale, anche per il tramite di funzionalità messe a disposizione dalla piattaforma tecnologica per l'interconnessione e l'interoperabilità tra le pubbliche amministrazioni e i prestatori di servizi di pagamento.

Ai sensi della Direttiva del Ministro per la Pubblica amministrazione n. 8/2009⁶⁷⁵, i siti attraverso cui le amministrazioni mettono a disposizione le informazioni per

⁶⁷³ Le norme del Decreto Crescita-bis 2.0 (L. n. 221 del 2012) recepiscono la Direttiva 2010/40/UE, e puntano, in modo ambizioso, a fare del nostro Paese un luogo nel quale l'innovazione rappresenti un fattore strutturale di crescita sostenibile e di rafforzamento della competitività delle imprese.

⁶⁷⁴ In relazione ai sistemi di pagamento elettronico si evidenzia la recente predisposizione delle Linee guida sui pagamenti elettronici di cui all'articolo 5 del Codice dell'Amministrazione Digitale. Le Linee guida delineano le attività che le pubbliche amministrazioni ed i gestori di pubblici servizi devono mettere in atto per consentire l'esecuzione di pagamenti con strumenti elettronici, nonché le specifiche dei codici da utilizzare per il pagamento, la riconciliazione e il riversamento delle somme raccolte. Tutte le pubbliche amministrazioni, nonché le società interamente partecipate da enti pubblici o con prevalente capitale pubblico inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, così come individuate dall'Istituto nazionale di statistica sono tenute ad accettare pagamenti elettronici. <http://www.digitpa.gov.it>

⁶⁷⁵ In www.digitpa.gov.it.

effettuare i pagamenti ed i relativi servizi devono essere registrati al sottodominio “www.gov.it”, oltre che autenticati con procedure di validazione avanzate⁶⁷⁶.

Introdurre la possibilità di acquistare titoli di viaggio via SMS e anche, da ultimo, con speciali applicazioni per *smartphone*, *tablets* e *personal computer* significa offrire un’impagabile comodità ai cittadini con un rilevante vantaggio per l’azienda di trasporti in termini di riduzione dei costi relativi alla stampa e al trasporto dei biglietti, favorendo, nello stesso tempo, una miglior programmazione del servizio tramite sistemi di rilevazione sulla frequentazione delle linee derivanti dai sistemi di bigliettazione automatica.

L’uso di un biglietto elettronico, infatti, potrebbe essere in grado di fornire una gamma di funzioni più ampia di quella permessa dal tradizionale biglietto cartaceo, rendendo disponibili al gestore dettagliate informazioni sulle relazioni per cui è utilizzato.

L’obiettivo, tra l’altro, in uno scenario di piena interoperabilità⁶⁷⁷, è quello di consentire ai cittadini di utilizzare un unico biglietto nazionale di trasporto pubblico, per fruire dei diversi mezzi di trasporto pubblico della propria città ma anche degli altri comuni.

La telematica rappresenta, infatti, *un fattore moltiplicatore e di crescita delle libertà*⁶⁷⁸ in cui *la libertà informativa*⁶⁷⁹ *rappresenta la nuova libertà costituzionale della società tecnologica.*

L’applicazione delle tecnologie informatiche e delle telecomunicazioni ai sistemi di trasporto favorisce, inoltre, la nascita degli Intelligent Transport Systems (ITS)⁶⁸⁰, *“applicazioni avanzate che, senza essere dotate di intelligenza in senso proprio, mirano*

⁶⁷⁶ Gli indirizzi internet dei servizi dedicati ai pagamenti devono essere inoltre pubblicati sull’Indice delle Pubbliche Amministrazioni istituito con il DPCM del 31 ottobre 2000 recante le regole tecniche per il protocollo informatico.

⁶⁷⁷ Al fine di favorire la connettività tra le amministrazioni a livello nazionale (tra le Amministrazioni statali e quelle regionali e locali e tra queste) e a livello comunitario (tra le Amministrazioni dei vari Stati membri e tra queste e quella comunitaria) la Commissione europea ha proposto di migliorare la definizione degli standard di interoperabilità, rendendoli più omogenei.

⁶⁷⁸ Cfr. E. D’ORLANDO, *Profili costituzionali dell’amministrazione digitale*, in *Dir. informatica* 2011, 02, 213.

⁶⁷⁹ Si rinvia a tal proposito alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, firmata a Nizza nel dicembre del 2000.

⁶⁸⁰ In proposito è interessante il riferimento al sito www.its-uk.org.uk in cui, oltre a essere fornita una definizione degli Intelligent Transport Systems come *“a combination of Information Technology and telecommunications, allowing the provision of on-line information in all areas of public and private administration”*, vengono evidenziate le loro applicazioni e i vantaggi per la sicurezza e l’efficienza del traffico e dei trasporti e per la riduzione dell’inquinamento atmosferico e acustico.

*a fornire servizi innovativi relativamente ai diversi modi di trasporto e alla gestione del traffico e consentono a vari utenti di essere meglio informati e di fare un uso più sicuro, maggiormente coordinato e più "intelligente" delle reti di trasporto*⁶⁸¹.

Più specificamente, si tratta di un sistema di pianificazione, progettazione, esercizio, manutenzione e gestione dei mezzi di trasporto in grado, grazie all'azione coordinata delle conoscenze della telematica e dell'ingegneria dei trasporti, di offrire informazioni in tempo reale sulle condizioni del traffico e sugli spostamenti in tutte le aree della mobilità, sia essa urbana che di bacino⁶⁸², alleviando la congestione e incoraggiando una mobilità più rispettosa dell'ambiente, migliorando al tempo stesso l'incolumità delle persone e la sicurezza della guida⁶⁸³, la sicurezza e la protezione delle merci e dei veicoli, la qualità e l'efficienza dei sistemi di trasporto per i passeggeri e le merci, nonché accresciuti livelli di competitività e di occupazione.

*“L'aumento del volume del trasporto stradale nell'Unione, associato alla crescita dell'economia europea e delle esigenze di mobilità dei cittadini, costituisce la causa principale dell'incremento della congestione dell'infrastruttura stradale e del crescente consumo energetico, nonché una fonte di problemi ambientali e sociali”*⁶⁸⁴.

Le misure tradizionali, tra cui l'ampliamento dell'infrastruttura esistente per il trasporto stradale, non sono sufficienti ad affrontare questa grande sfida.

Il funzionamento degli ITS è connesso a sistemi interoperabili basati su *standard* pubblici e aperti, accessibili a qualsiasi fornitore e a qualsiasi utente di servizi e di applicazioni.

A tal fine, *“l'intera rete delle amministrazioni si deve porre, nella rete web, come un integrato complesso di punti che, collegandosi fra loro, consentano al cittadino di*

⁶⁸¹ Cfr. Direttiva 2010/40/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 luglio 2010, in www.eur-lex.europa.eu.

⁶⁸² Le diverse aree indicate esemplificamente nel sito www.mit.gov.it comprendono i sistemi per la gestione del traffico veicolare (acquisizione dei dati di traffico, controllo semaforico, controllo degli accessi, gestione dei parcheggi, pannelli a messaggio variabile, centri di supervisione e controllo integrati, etc), i sistemi per l'informazione agli utenti (indicazioni di percorso e instradamento parcheggi, informazioni pre-viaggio via RDS-TMC, televisione, Internet, centri di servizi informativi per il trasporto, call center, etc), i sistemi per la gestione del trasporto collettivo (monitoraggio e localizzazione delle flotte, automatizzazione dei depositi, servizi a chiamata, etc), i sistemi per l'integrazione modale, fino alle piattaforme per la logistica (sistemi Park and Ride, sistemi di pagamento con smart-card, sistemi di distribuzione delle merci, sistemi misti merci/passeggeri, etc).

⁶⁸³ Si veda al riguardo l'art. 8, commi 4 e 5 Decreto- Legge 18 ottobre 2012, n. 179 - Decreto convertito, con modificazioni, in legge 17 dicembre 2012, n. 221 e la Direttiva ITS emessa dal Parlamento Europeo e dal Consiglio Europeo il 7 luglio 2010.

⁶⁸⁴ Cfr. Direttiva 2010/40/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 luglio 2010, in www.eur-lex.europa.eu.

*accedere direttamente alla rete e di trovarvi le informazioni di cui ha bisogno, anche nella forma di servizi informativi, sempre più interattivi: ogni punto della rete è un front office, aperto all'accesso dall'esterno; l'intera rete costituisce il back office, cioè il complesso integrato di dati e di informazioni che sono messi a disposizione di chi accede alla rete*⁶⁸⁵

L'utilizzazione dell'ICT delinea un nuovo rapporto tra l'apparato pubblico e i cittadini: in vista del miglioramento della qualità dei servizi ad essi erogati, l'intera opera di informatizzazione delle amministrazioni vede al centro i *cives*.

Costituiscono presupposto indispensabile di questo *modus operandi* comunicazioni di servizio comprensibili dal maggior numero possibile di utenti e informazioni precise, aggiornate e complete. Tra l'altro, queste informazioni formano parte integrante del servizio fornito, in modo tale da incidere sulla qualità del servizio stesso e da condizionarne l'utilizzazione da parte degli interessati.

E' anche per queste ragioni che, nell'ambito dei servizi erogati dagli enti pubblici alla collettività, si è avvertita sempre di più la necessità di fissare una serie di regole comportamentali e di *standard di qualità* dei servizi stessi. Tale esigenza ha portato all'emanazione di disposizioni legislative, spesso vincolanti, contenenti strumenti finalizzati a migliorare, sotto i profili della trasparenza e correttezza, il rapporto tra gli utenti e le amministrazioni, oltre che a contenere il consistente contenzioso tra enti erogatori di servizi e cittadini, restringendone il campo al solo mancato rispetto di quei e criteri che le amministrazioni assumono come impegno nei confronti dell'utenza.

Sono, quindi, evidenti le potenzialità delle tecnologie dell'informazione. Si dice che le stesse possano e debbano entrare in maniera massiccia nella materia dei trasporti per massimizzare i benefici, sia dal lato aziendale e programmatico, sia in termini di comunicazione nei confronti dell'utenza.

Informare i cittadini sulle modalità operative degli uffici, sulla normativa applicata, sulle prestazioni erogate costituisce esplicitazione del dovere di "comunicazione di servizio" poiché queste informazioni costituiscono di per sé un servizio per gli utenti, ma soprattutto perché esse formano parte integrante del servizio offerto dall'ente locale.

⁶⁸⁵ F. MERLONI, *Introduzione all'e-government: Pubbliche amministrazioni e società dell'informazione* Torino, Giappichelli, 2005, p. 11.

Rientra, infatti, tra i doveri dell'amministrazione fornire un servizio, ma provvedere anche alla diffusione delle istruzioni per l'utilizzazione dello stesso.

4. Servizi on line: nozione e caratteristiche.

La disomogenea e mutevole congerie di servizi telematici, l'assenza a livello legislativo di una definizione del termine *de quo*⁶⁸⁶ e la comparsa, nelle fonti comunitarie⁶⁸⁷ e nazionali, di una pluralità di espressioni⁶⁸⁸ sostanzialmente equivalenti a quella indicata, suggeriscono il carattere eminentemente descrittivo della nozione in commento⁶⁸⁹, ossia il riferimento all'utilizzo dell'ICT nell'ambito dell'apparato pubblico e, in particolare, nei rapporti tra la pubblica amministrazione e i privati, a prescindere dal contenuto dei servizi erogati.

In linea di massima si può dire che il servizio pubblico telematico è costituito dall'*insieme delle attività amministrative la cui erogazione ha luogo mediante trasferimenti ed elaborazioni di informazioni (bits). Bisogna, quindi, considerare che tale servizio è l'insieme delle attività giuridiche erogate dalle pubbliche Amministrazioni centrali in modalità telematica, la cui erogazione è, per legge, un diritto soggettivo del beneficiario o del richiedente il servizio (qualora si parli di servizi ad istanza di parte)*⁶⁹⁰.

In questa sede, restringendo l'analisi a quel particolare campo dell'attività amministrativa con diretti riflessi nella sfera dei *cives* e delle imprese, premesso che la locuzione "*servizio*" può ricomprendere una gamma amplissima di interazioni tra la

⁶⁸⁶ Si evidenzia inoltre l'assenza all'interno del Codice dell'amministrazione digitale di un'eventuale elencazione anche solo indicativa delle attività che devono o possono essere erogate anche sotto forma di servizi in rete.

⁶⁸⁷ Cfr. Strategia di Lisbona del 2000, i Piani di azione E-Europe 2002 e 2005, in www.eur-lex.europa.eu; la decisione 2045/2002/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 ottobre 2002, in www.gazzettaufficiale.it; il piano di azione E-government di cui alla comunicazione della Commissione europea 173 del 2004 e il vigente piano 2011-2015 di cui alla comunicazione della commissione europea 743 del 2010.

⁶⁸⁸ Quali, per esempio, servizi "in rete", servizi di "e-government", servizi "elettronici", servizi "telematici", servizi "informatici"

⁶⁸⁹ G. CAMMAROTA, *Servizi in rete della pubblica amministrazione*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, UTET, 2013, 618.

⁶⁹⁰ G. CANGELOSI, *I servizi pubblici sanitari: prospettive e problematiche della telemedicina*, in *Dir. famiglia*, 2007, 01, 431.

collettività e l'amministrazione, è opportuno precisare che i servizi *on line* sono stati oggetto di diversi sistemi di classificazione, elaborati per lo più al fine di individuare un criterio unitario di misurazione dei risultati raggiunti dalle politiche di *e-government* nel corso degli anni e nell'ambito delle molteplici realtà locali.

Al riguardo, i diversi livelli di interazione stabiliti al livello europeo⁶⁹¹, basati sul grado di informatizzazione dei servizi, hanno costituito un riferimento fondamentale di misurazione dello sviluppo dell'ICT nell'apparato amministrativo nazionale e locale.

In pratica, immaginando lo svolgimento del rapporto tra privato e Amministrazione, si ipotizza un *iter* che prevede differenti modalità di interazione a seconda che un servizio sia erogato in tutto o in parte in rete. E' abbastanza ovvio che il passaggio di qualità consiste nell'intero svolgimento on line del processo di erogazione dei servizi.

L'analisi delle modalità telematiche di erogazione dei servizi, come messo in luce da Morciano⁶⁹², richiama, peraltro, anche una classificazione delle informazioni che viaggiano attraverso i siti *web* delle amministrazioni, *“distinguendo quelle di carattere meramente informativo, da quelle strumentali alla fruizione di un servizio, soprattutto quelle di tipo materiale, da quelle che costituiscono parte integrante di un procedimento amministrativo”*.

I servizi di tipo meramente informativo sono quelli che non danno origine ad alcun atto amministrativo, né ad alcun servizio materiale, né ad altro successivo tipo di interazione con l'amministrazione. In pratica, la pubblica amministrazione, in funzione di trasparenza, efficienza ed efficacia, mette a disposizione, mediante pubblicazione sui propri siti istituzionali, informazioni⁶⁹³ per lo svolgimento di determinate attività oppure

⁶⁹¹ Riguardo ai livelli di interattività facciamo riferimento ai quattro livelli definiti nella Relazione conclusiva del Consiglio Europeo di Nizza del novembre 2000 e ripresi dalla Direttiva del Dipartimento per l'Innovazione e le Tecnologie del 27 luglio 2005, cfr. Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per l'Innovazione e le Tecnologie, Direttiva 27 luglio 2005, *“Qualità dei servizi on line e misurazione della soddisfazione degli utenti”*, G.U. 18 ottobre 2005 n. 243, pag. 3, *“i servizi on-line sono classificati dall'Unione europea su quattro livelli, che vanno dalla disponibilità on-line di informazioni alla possibilità di scaricare la modulistica, alla possibilità di attivare un procedimento, allo svolgimento dell'intera transazione on-line”*. Di recente, è stato configurato un livello cinque, che racchiude quei servizi specifici personalizzabili in base al profilo dell'utente.

⁶⁹² M. MORCIANO, *Servizi on line e multicanalità: alcune considerazioni metodologiche*, in www.astrid-online.it

⁶⁹³ Per quanto riguarda le informazioni che la Pubblica Amministrazione deve rendere disponibili, il CAD nel capo V richiama, in primo luogo, i dati, pubblici, relativi all'organizzazione e alle attività delle amministrazioni (informazioni relative all'organigramma, alle tipologie di procedimento svolte dagli uffici, alle scadenze e modalità di adempimento dei procedimenti, alle caselle di posta elettronica istituzionale attive, alle pubblicazioni, a bandi di gara e di concorso, all'elenco dei servizi forniti in rete) e le notizie relative alle

per l'erogazione di un particolare servizio di propria competenza⁶⁹⁴.

Peraltro, come evidenziato da Merloni, “*previsioni quali quella della firma digitale, dell'interoperabilità e dei flussi documentali (già contenute nel T.U.d.a.), rendono [...] possibili attività ulteriori, quali l'accesso allo stato dei procedimenti e dei relativi documenti*”⁶⁹⁵.

In questo senso, i confini dei servizi che implicano il trasferimento a distanza di informazioni tendono a ridursi progressivamente, includendo anche servizi sorti prima della rivoluzione telematica.

Passando all'analisi del termine “*servizi materiali*”⁶⁹⁶, è intuitivo il richiamo a servizi che, per la loro fisicità, non possono essere erogati *on line*, ma la cui attivazione, in alcune ipotesi, può avvenire per via telematica. Il riferimento è, in particolare, per quel che interessa questa sede, alle *public utilities*, in relazione alle quali l'applicazione dell'ICT ha, comunque, promosso la modernizzazione, apportando miglioramenti nelle modalità della loro gestione, nell'organizzazione, incidendo positivamente nella qualità dei servizi.

Una terza categoria riguarda, infine, quei servizi che possono essere erogati *solo* attraverso lo svolgimento di un *procedimento amministrativo*.

Un diverso criterio di distinzione dei servizi di *E-government*, che, tra l'altro, assume rilievo ai fini dell'individuazione della disciplina applicabile, concerne i diversi tipi di attività amministrativa cui tali servizi afferiscono, ossia i servizi pubblici propriamente intesi, al cui interno parte della dottrina⁶⁹⁷ fa rientrare i servizi a fruizione

iniziative del Governo. È infine prevista la pubblicazione di moduli e formulari (possibilmente corredati delle informazioni utili per la loro compilazione) e dell'elenco della documentazione richiesta, necessari per il corretto instaurarsi di un procedimento amministrativo; al riguardo, tuttavia, il codice si limita a disporre che le amministrazioni che non abbiano provveduto alla loro pubblicazione non possano lamentarne la mancanza. Accanto alle disposizioni contenute nel Codice, il D.Lgs. n.150 del 2009 ha posto l'obbligo per le amministrazioni pubbliche di rendere noti, attraverso i propri siti internet, informazioni relative ai dirigenti (*curriculum vitae*, retribuzione, recapiti istituzionali) e i tassi di assenza e di presenza del personale.

⁶⁹⁴ Tutti i dati pubblicati nei siti istituzionali delle amministrazioni devono essere assistiti da garanzie specifiche in ordine alla provenienza e qualità.

⁶⁹⁵ F. MERLONI, *Introduzione all'e-Government: Pubbliche amministrazioni e società dell'informazione*, Giappichelli, Torino 2005, p. 203.

⁶⁹⁶ Il riferimento qui è ai servizi pubblici essenziali: si pensi ai trasporti, o all'erogazione dell'acqua.

⁶⁹⁷ Cfr. D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Il Mulino, Bologna, 2000, 124. L'autore afferma esplicitamente: “*nella legislazione più recente vi è la tendenza a configurare come un servizio pubblico a fruizione individuale quella che veniva considerata esclusivamente come attività burocratica ausiliaria rispetto ad altre attività pubbliche e in particolare all'attività regolatoria*”.

individuale di natura burocratica, vero *cuore* dei servizi in rete⁶⁹⁸, le funzioni pubbliche dell'amministrazione⁶⁹⁹, le attività di informazione e comunicazione pubblica.

Accanto alla disciplina generale contenuta nel capo V, sezione terza del Codice dell'amministrazione digitale, che si applica indistintamente a tutti le tipologie di servizi *on line* indicate, esiste una disciplina specifica differenziata in ragione della circostanza che una determinata attività di servizi *on line* ricada nel novero della funzione⁷⁰⁰, nel novero del servizio⁷⁰¹ o dell'informazione pubblica.

Sebbene nel corso dei decenni, la distinzione tra funzione pubblica e servizio amministrativo sia stata integrata a seguito della rilevazione di varie aree di sovrapposizione tra queste due nozioni, la qualificazione di una certa attività di pubblico potere come servizio pubblico è stata fondata essenzialmente “*su una valutazione di prevalenza: non è che, di un'attività di un pubblico potere, tutto sia interamente funzione*”

⁶⁹⁸ F. MERLONI, *Introduzione all'E-Government: Pubbliche Amministrazioni e società dell'informazione*, Giappichelli, Torino, 2005, 192.

⁶⁹⁹ La distinzione tra funzione pubblica e servizio amministrativo è una distinzione tradizionale del diritto amministrativo sulla base della quale alla natura autoritativa o certificativa della funzione pubblica è contrapposta la natura non autoritativa del servizio pubblico.

Peraltro, occorre rilevare che la suddetta distinzione nei decenni è stata integrata a seguito della rilevazione di aree di sovrapposizione tra funzione pubblica e servizio amministrativo, in specie in relazione ad insieme omogenei di attività. Si pensi, per esempio, al servizio pubblico di istruzione, in cui l'attività di insegnamento è riconducibile al novero del servizio pubblico in senso stretto, mentre la diversa attività di valutazione dei candidati in sede in esame ha natura di funzione amministrativa.

⁷⁰⁰ La disciplina del procedimento amministrativo, infatti, troverà applicazione solo in relazione a quei servizi in rete che costituiscono esplicazione di funzioni amministrative: solo per essi si pone la questione dell'informatizzazione del procedimento nonché, al suo interno, la questione più specifica dell'informatizzazione dell'atto finale del procedimento.

Invece l'erogazione di un servizio pubblico prescinde, almeno direttamente, dallo svolgimento di un vero e proprio procedimento amministrativo. A ciò si collega la circostanza che l'esplicazione della funzione consiste nell'emanazione di un provvedimento amministrativo finale; diversamente l'erogazione di un servizio implica, invece, l'erogazione di quella che tradizionalmente viene definita attività materiale della PA.

Peraltro emerge un collegamento tra la disciplina del codice dell'amministrazione digitale e una *species* della categoria del servizio pubblico individuata da Sorace nei c.d. servizi burocratici.

Tale nozione fa riferimento a quel complesso di attività amministrative destinate a procurare una specifica utilità a chi la richiede come nei casi in cui una determinata attività privata sia subordinata ad esempio al rilascio di una autorizzazione della PA. In quel caso l'attività in questione è configurata da Sorace con i caratteri dei servizi pubblici a fruizione individuale.

Sembra che il codice dell'amministrazione digitale, specie nella disposizione di cui all'art. 63, parlando di servizi in rete, faccia riferimento proprio ai menzionati servizi burocratici. Anzi il comma 3 del citato art. 63 prevede che le pubbliche amministrazioni collaborino per integrare i procedimenti di rispettiva competenza in modo da ridurre gli adempimenti in capo ai privati. Sembra che codice abbia voluto riferirsi in primo luogo ai servizi in rete relativi allo svolgimento di procedimenti amministrativi a cui possiamo collegare questa nozione di servizio pubblico burocratico.

⁷⁰¹ Vedi *infra*.

o tutto sia servizio pubblico [...] e inversamente, amministrazioni di funzioni pubblica svolgono pubblici servizi quando disimpegnano attività di assistenza”⁷⁰².

Peraltro, al di là del fatto che il servizio riguardi l’esplicazione di una funzione o l’erogazione di un servizio pubblico, il dato realmente significativo è che si possa svolgere *on line* l’intera procedura di erogazione del servizio secondo una concezione reale di sistema informativo, concezione che, come già detto, implica un mutamento nell’organizzazione del lavoro delle pubbliche amministrazioni.

5. Servizi pubblici e ICT.

La telematica rende concreta la rilevanza di quei principi che la dottrina ha configurato come aspetti essenziali della disciplina dei servizi pubblici, quali il *principio* di adattamento, il principio di eguaglianza⁷⁰³ e il principio di continuità.

Il primo comma dell’art. 63 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, nel prevedere che “*Le pubbliche amministrazioni centrali individuano le modalità di erogazione dei servizi in rete in base a criteri di valutazione di efficacia, economicità ed utilità e nel rispetto dei principi di eguaglianza e non discriminazione, tenendo comunque presenti le dimensioni dell’utenza, la frequenza dell’uso e l’eventuale destinazione all’utilizzazione da parte di categorie in situazioni di disagio*” costituisce concreta applicazione, da un lato, dei principi di uguaglianza e non discriminazione e, dall’altro, del principio di adattamento.

Quest’ultimo principio, in particolare, è correlato all’obbligo dell’amministrazione pubblica e dei gestori di pubblici servizi di conformare i mezzi di erogazione del servizio alle mutevoli e concrete esigenze degli utenti sulla base di criteri di diversità e flessibilità.

Occorre infatti tener in considerazione che, a seconda del tipo di servizio, della frequenza di utilizzo e del *target* di utenza, può variare in modo significativo il reale

⁷⁰² M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, Il Mulino, CEDAM, 1986, 72 ss.

⁷⁰³ Sui principi giuridici relativi alla sistematica dei servizi pubblici, SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., pp. 118 s. G. CAMMAROTA, *Servizi pubblici in rete e applicabilità dei principi classici del servizio pubblico*, in *Informatica e diritto*, nn. 1-2/2005, pp. 183 e ss.

interesse di imprese e cittadini nei confronti delle diverse modalità di fruizione dei servizi offerti tramite la rete o tramite altri canali.

Il confronto costante con i *cives*, la verifica periodica della capacità di fornire risposte in grado di soddisfare bisogni mutevoli nel tempo guidano il produttore-erogatore a ricercare un principio cardine dell'approccio strategico alla qualità, ossia *“la ricerca di un livello ideale di non difettosità da perseguire in qualunque area o funzione e rispetto alla totalità dei prodotti e dei servizi offerti”*⁷⁰⁴.

Per il tramite del canale telematico, la cui dinamica rende possibile la creazione di un apparato organizzativo virtuale estremamente duttile, in grado di rispondere ad una gamma di servizi mutevole, le scelte relative alle diverse prestazioni sono direttamente riferite alla volontà dei soggetti che richiedono il servizio. Questo avviene specie grazie all'accertamento immediato e costante del loro grado di soddisfazione, secondo le prescrizioni del 2 comma della disposizione in commento e secondo quanto previsto nella Direttiva del Dipartimento per l'Innovazione e le Tecnologie del 27 luglio 2005 sulla Qualità dei servizi on line e la misurazione della soddisfazione degli utenti⁷⁰⁵.

Diventano allora di grande importanza le ricerche motivazionali o *customer satisfaction* e il sistema di monitoraggio sui servizi erogati, strumentali alla costituzione di *“un modello di relazione amministrazione-cittadini basato sulla fiducia”* e teso a conferire *“una nuova legittimazione all'azione pubblica”*⁷⁰⁶.

Si è detto infatti che la vera ricchezza dei nuovi strumenti digitali si fonda essenzialmente sulla c.d. profilazione⁷⁰⁷, ossia sulla capacità di raccogliere e collegare fra loro un numero crescente di informazioni relative ai singoli consumatori-utenti, al fine di

⁷⁰⁴ Cfr. C. CATTANEO (a cura di), *Le politiche per la qualità dei servizi pubblici, Analisi e strumenti per l'innovazione, I rapporti*, Rubbettino, 2007, 47.

⁷⁰⁵ Cfr. E. CARLONI (a cura di), *Codice dell'amministrazione digitale. Commento al d. lgs. 7 marzo 2005, n. 82*, Maggioli, Rimini, 2005.

Già l'art. 8, comma 2, lett. d), Legge n. 150 del 2000 aveva affidato agli URP il compito di attuare *“processi di verifica della qualità dei servizi e di gradimento degli stessi da parte degli utenti”*.

DA ultimo l'art. 8, comma 1, lett. c) d.Lgs. n. 150 del 2009 prevede tra gli ambiti di misurazione delle performance *“la rilevazione del grado di soddisfazione dei destinatari delle attività e dei servizi anche attraverso modalità interattive”*.

⁷⁰⁶ E CARLONI, *Lezioni di Open Government*, Maggioli, 2013, 146.

⁷⁰⁷ La profilazione è definita da Rosanna De Meo *“una tecnica di trattamento automatico, mediante algoritmi, di dati relativi a quantità numericamente anche molto elevate di persone, per attribuire a ciascuna di esse un profilo, cioè una categoria predefinita e delineata attraverso parametri che il responsabile del trattamento considera necessari alla sua ricerca, al raggiungimento del suo scopo. Il target è studiato nelle sue abitudini di consumo e negli stili di vita che ne rivelano attitudine e capacità di spesa, gusti per alcuni prodotti o servizi e disinteresse per altri, caratteristiche legate alla sua identità personale”*. Cfr. R. DE MEO, *Autodeterminazione e consenso nella profilazione dei dati personali*, in *Dir. informatica*, fasc.3, 2013, pag. 587.

soddisfare al meglio i loro interessi, predisponendo quegli interventi correttivi della struttura organizzativa che consentono di governare in modo ottimale i flussi informativi e produttivi; coinvolgendo tutti i livelli dell'organizzazione al fine di conseguire la massima diffusione e condivisione di comportamenti orientati al cittadino⁷⁰⁸.

In sostanza, negli ultimi anni, *“nella convinzione che i servizi più aderenti alle esigenze del cittadino avrebbero aumentato il gradimento dello stesso verso la politica attuata”*⁷⁰⁹, il ruolo del privato⁷¹⁰ è stato visto come tendenzialmente più attivo rispetto al ruolo dell'amministrato. Il punto di vista del privato fruitore del servizio è diventato, infatti, la risorsa a partire dalla quale il soggetto pubblico titolare dell'attività di erogazione può effettivamente migliorare il servizio reso, fornendo indicazioni sulla sua qualità e suggerimenti per migliorarlo e renderlo completo. In sostanza, conoscere *come la gente pensa*, quello che gli amministrati desiderano, apre scenari strategici fondamentali per la comunicazione nei servizi pubblici locali.

*“La comunicazione, nei servizi pubblici, costituisce [...] un elemento coesistente al servizio, e certo è rilevante nella prospettiva della qualità delle prestazioni, e del loro miglioramento”*⁷¹¹.

In tal senso, la capacità di comunicazione deve divenire patrimonio di tutti coloro che operano nel settore; comunicare, anche nei servizi pubblici, diventa una professione strategica e richiede maggiori professionalità.

E' un principio questo particolarmente rilevante e indicativo di una trasformazione profonda del modo di essere dell'amministrazione, l'idea cioè che la configurazione delle attività e dei servizi non debba essere deciso unilateralmente dall'autorità pubblica ma possa derivare da una cooperazione decisionale con il privato fruitore. In pratica il servizio viene concepito e realizzato in una prospettiva di c.d. *outside-in*, ossia da dall'esterno verso l'interno, tenendo in considerazione principalmente la soddisfazione dei bisogni degli amministrati, elemento indispensabile per il rafforzamento della democrazia.

⁷⁰⁸ Cfr. C. CATTANEO (a cura di), *Le politiche per la qualità dei servizi pubblici, Analisi e strumenti per l'innovazione, I rapporti*, Rubbettino, 2007, 47.

⁷⁰⁹ I. MACRI' – U. MACRI' - G. PONTEVOLPE, *Il nuovo codice dell'amministrazione digitale*, Ipsoa, 2011, 320.

⁷¹⁰ L'approccio incentrato sul cittadino nasce in Canada nei primi anni di questo secolo.

⁷¹¹ E CARLONI, *Lezioni di Open Government*, Maggioli, 2013, 145.

Questo *modus procedendi* esplica rilevanti effetti nella sfera dei servizi pubblici, settore investito, come noto, da una generale crisi di efficienza: operare in rete e verificare in tempo reale il gradimento degli utenti costituisce uno strumento essenziale per consentire agli enti locali di riscoprire i fondamentali interessi del cittadino⁷¹², creando quel contatto che avvicina all'obiettivo dell'Amministrazione, cioè offrire un servizio con un alto grado efficienza ed il minimo costo in un clima di trasparenza e riservatezza, favorendo la realizzazione di programmi effettivamente ispirati alla logica del risultato e garantendo “l'erogazione di servizi che assumono sempre più la valenza di servizi universali che, in quanto tali, devono garantire la massima qualità a condizioni raggiungibili per tutti”⁷¹³.

Ma non è tutto. Il sistema di valutazione appena indicato sostanzia “la traslazione nel settore pubblico di un concetto basilare nella gestione della clientela di servizi privati e, quindi, concorrenziali”⁷¹⁴. Sono noti, infatti, i sofisticati sistemi di *customer satisfaction* utilizzati dalle aziende private, nel tentativo di mantenere o espandere il loro pacchetto clienti.

Peraltro, in relazione ai servizi pubblici, la suddetta traslazione ha un'applicazione relativa. Infatti, normalmente, l'amministrato, a meno di cambiare residenza o nazionalità, non può scegliere l'apparato pubblico a cui rivolgersi.

Pertanto, in questo settore, la soddisfazione del cittadino assume il ruolo di diritto prioritario e imprescindibile per una buona amministrazione, strumento per il miglioramento del servizio pubblico stesso, in grado di prefigurare nuovi scenari, in cui lo stesso cittadino in un'ottica di collaborazione supporta la Pubblica Amministrazione nei compiti ad essa istituzionalmente affidati.

Non può, peraltro, incidentalmente sottacersi che ciò che sembra mancare, anche in altri ambiti della normativa, è la chiara definizione della modalità procedurali mediante le quali dalle rilevazioni sul grado di soddisfazione degli utenti si passa all'effettivo miglioramento dei servizi resi.

⁷¹² Cfr. G. ARENA, *Un'amministrazione dalla parte dei cittadini*, 2001.

⁷¹³ P. PIRAS, *Il divario digitale*, cit.

⁷¹⁴ I. MACRI' – U. MACRI' - G. PONTEVOLPE, *Il nuovo codice dell'amministrazione digitale*, Ipsa, 2011, 320.

Ovvero è chiaro il principio ma non sembra sufficientemente chiara la modalità procedurale né la natura degli atti che dovrebbero essere implicati in un modello in base al quale i servizi vengono adattati in relazione ai giudizi degli utenti

I principi di uguaglianza e non discriminazione si riferiscono all'eguale accesso al servizio di tutti i privati e al connesso diritto di fruire dei vantaggi che discendono dalla prestazione del servizio; diritto, spesso condizionato nel suo esercizio dalla localizzazione geografica dell'utente e dalle esigenze organizzative dell'apparato pubblico che, come chiaramente evidenziato da Masucci⁷¹⁵, in circostanze particolari, possono determinare *“la non collocazione di un ufficio in un determinato territorio o la sua soppressione per ragioni di carattere economico”*.

Invero seguendo due dei più importanti principi in materia di diritto amministrativo, quello della celerità e dell'economicità dell'azione amministrativa, si dice che la prestazione di servizi per via telematica *“consente di superare l'ineguale distribuzione fisica dei servizi sul territorio. Consente di superare l'emarginazione dai servizi pubblici che subiscono piccole comunità per il fatto di essere lontane dai centri erogatori dei servizi”*. Consente, nel rispetto del principio di continuità⁷¹⁶, la *“regolarità”*, la *“disponibilità immediata”* e la *“permanenza”* del servizio.

In sostanza, la natura e le caratteristiche della rete, luogo virtuale senza confini di spazio e tempo, permettono di abbattere le barriere e superare i confini materiali dell'amministrazione tradizionale⁷¹⁷.

Peraltro, non può non rilevarsi che allo stato attuale, sebbene la digitalizzazione, rappresenti una riforma dagli eccezionali risvolti positivi, non mancano comunque gli inconvenienti⁷¹⁸ correlati essenzialmente al fenomeno del *digital divide*⁷¹⁹, causa di forti sperequazioni tra diverse aree⁷²⁰.

⁷¹⁵ A. MASUCCI, *Erogazione on line dei servizi pubblici e teleprocedure amministrative. Disciplina giuridica e riflessi sull'azione amministrativa*, in *Diritto pubblico* 3/2003, 1010. G. CAMMAROTA, *Servizi pubblici in rete e applicabilità dei principi classici del servizio pubblico*, in *Informatica e diritto*, nn. 1-2/2005, pp. 183 e ss.

⁷¹⁶ La norma del Codice dell'amministrazione digitale che si riferisce esplicitamente alla continuità è l'art. 50 bis che prevede che le pubbliche amministrazioni predispongano piani di emergenza in grado di assicurare la continuità delle operazioni indispensabili per il servizio e il ritorno alla normale operatività.

⁷¹⁷ V. M. CLARICH-G.F. CARTEI (a cura di), *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, Milano 2004; v. N. RANGONE, *Il codice delle comunicazioni elettroniche. Commento a d.lg. 1° agosto 2003 n. 259, l. 3 maggio 2004 n. 112*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2004, 1173 ss.

⁷¹⁸ Cfr. P. PIRAS, *Il divario digitale*, Relazione al convegno *Legal tools for e-government*, Caserta, 21, 22 novembre 2003 in www.teleamministrazione.it; E. CARLONI, *La riforma del Codice dell'amministrazione digitale*, in *Giornale di Diritto amministrativo*, 2011, n. 5, p. 471. Per un'analisi sui diversi *digital divides*, si

I *divides* tecnologici, sociali, culturali e economici, indotti dalla crisi o da vera e propria miopia di pubbliche amministrazioni, imprese o anche cittadini ancora non consentono di abbandonare le tradizionali modalità di relazione tra Pubblica Amministrazione e privati, anche se l'art. 63, comma 3 *bis*⁷²¹ e comma 3 *ter* ha previsto che l'utilizzo di canali telematici in luogo di quelli tradizionali, diventi il canone generale ed esclusivo di azione dei soggetti pubblici a decorrere dal 1° gennaio 2014.

In rapporto ai nuovi servizi offerti in virtù delle reti a banda larga, è necessario coprire il divario esistente nelle zone non raggiunte da banda larga, abbattendo l'ultima

veda D.DONATI, *Digital divide e promozione della diffusione delle ICT*, n *Introduzione all'e-government. Pubbliche amministrazioni e società dell'informazione*, a cura di F.MERLONI, Torino, 2005, p. 209 ss.

⁷¹⁹ I dati di Between-Osservatorio Banda Larga ci dicono che questo digital divide è piuttosto ramificato in Italia, a causa della conformazione orografica dell'Italia. Si consideri infatti che quasi 5,6 milioni di italiani si trovano in condizione di "divario digitale" e più di 3000 centri abitati soffrono un "deficit infrastrutturale" che rende più complessa la vita dei cittadini.

⁷²⁰ Molto interessanti a questo riguardo le perplessità manifestate dal Consiglio di Stato, nel 2005: "la Sezione comprende l'esigenza di "forzare il cambiamento" in cui si muove la riferente Amministrazione, che ha condotto alla scelta di opzioni particolarmente radicali e alla previsione dell'abbandono irreversibile di alcune modalità amministrative più tradizionali. Tale scelta – pur se astrattamente condivisibile – rischia di produrre rilevanti controindicazioni se non accompagnata da interventi di bilanciamento, allo stato non presenti nel codice. Pertanto, le osservazioni che seguono vanno lette non già nel senso di rallentare il cambiamento o di introdurre deroghe, ma al contrario nel senso di completarlo con idonee misure di preparazione e di attuazione e di accompagnarlo ad altri interventi di sostegno, a garanzia della sua stessa "fattibilità". [...] Più di un autore, anche in sede internazionale, ha messo in luce i rischi di una completa "digitalizzazione" dell'amministrazione pubblica in assenza di misure volte a bilanciare tale radicale innovazione. Uno dei pericoli principali – che fa parte del fenomeno noto come digital divide – è quello che un rilevante numero di cittadini (anziani, disabili, soggetti con basse scolarità, emarginati, abitanti in aree remote o rurali, in ritardo con l'"alfabetizzazione informatica" o semplicemente diffidenti) possa risultare discriminato o addirittura socialmente emarginato da un passaggio radicale e non bilanciato ad un'amministrazione esclusivamente digitale. Pertanto, il cospicuo numero di previsioni generali e programmatiche presenti nel codice dovrebbe essere accompagnato da interventi specifici di sostegno per i cittadini che non siano in grado di avvalersi delle nuove tecnologie dell'informazione. Alla effettiva attuazione di tali interventi dovrebbe essere condizionata l'intera riforma, eventualmente anche agendo su una diversa disciplina dell'entrata in vigore delle singole disposizioni [...]. In altri termini, l'abbandono delle modalità tradizionali di azione amministrativa va necessariamente accompagnato da misure concrete – che richiedono una consona copertura finanziaria e amministrativa – che prevedano azioni adeguate per l'implementazione dei nuovi processi, sia dal punto di vista tecnico che da quello umano (anche con riferimento ad appositi processi formativi e di "alfabetizzazione informatica avanzata" degli attuali dipendenti pubblici), nonché da norme transitorie e di raccordo che assicurino la continuità di azione pubblica e scongiurino possibili momenti di impasse nel passaggio da un sistema all'altro". Cfr. Consiglio di Stato, Sezione atti normativi, 7 febbraio 2005, n. 11995/04, recante parere sullo schema di Codice dell'amministrazione Digitale – Sul tema del divario digitale in Europa si veda R. HERMAN, *Digital divide in European Union*, in *Lex ET Scientia Int'l* ùj., XVI, 1/2009, 105.

⁷²¹ Il comma 3 *bis* in commento recita esplicitamente che "a partire dal 1° gennaio 2014, allo scopo di incentivare e favorire il processo di informatizzazione e di potenziare ed estendere i servizi telematici, i soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, utilizzano esclusivamente i canali e i servizi telematici, ivi inclusa la posta elettronica certificata, per l'utilizzo dei propri servizi, anche a mezzo di intermediari abilitati, per la presentazione da parte degli interessati di denunce, istanze e atti e garanzie fideiussorie, per l'esecuzione di versamenti fiscali, contributivi, previdenziali, assistenziali e assicurativi, nonché per la richiesta di attestazioni e certificazioni"; mentre il successivo comma 3 *ter* specifica che «a partire dal 1° gennaio 2014 i soggetti indicati al comma 3 *bis* utilizzano esclusivamente servizi telematici o la posta certificata anche per gli atti, le comunicazioni o i servizi dagli stessi resi».

grande barriera infrastrutturale a un completo *switch off* della nostra nazione verso il digitale: questo è il reale scarto dal passato al presente, questo è l'obiettivo fondamentale dell'Agenda digitale europea⁷²².

Nelle ipotesi in cui, infatti, l'erogazione del servizio in rete concreta "in sé" la prestazione all'amministrato e non una semplice modalità attraverso cui l'amministrazione si rapporta al cittadino in funzione della semplificazione, come acutamente evidenziato da P. Piras *“si pone il problema della compatibilità con il principio dell'universalità del servizio nella sua dimensione eminentemente organizzativa”*⁷²³.

Questa è la ragione per la quale la Commissione europea ha posto la riduzione del *digital divide* come uno degli obiettivi prioritari del Fondo Sociale Europeo⁷²⁴.

Questa è la sfida che lo Stato, le Regioni e gli enti locali sono chiamati ad affrontare⁷²⁵: *“promuovere lo sviluppo di tali infrastrutture tecnologiche”* e *“assicurare*

⁷²² L'Agenda digitale europea è stata qualificata dalla Commissione europea una delle sette iniziative "faro" della strategia Europa 2020 («una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva»), volta, ad un tempo, a stimolare la crescita economica e la competitività e ad offrire ai cittadini una migliore qualità della vita sotto forma di assistenza sanitaria migliore, trasporti più sicuri ed efficienti, ambiente più pulito, nuove possibilità di comunicazione e accesso più agevole ai servizi pubblici ed ai contenuti culturali.

⁷²³ P. PIRAS, op. ult. cit.

⁷²⁴ Le ultime proposte suggeriscono l'utilizzo della tecnologia wireless (terrestre o via satellite per arrivare alla copertura di tutte le aree, comprese le regioni più remote e rurali).

⁷²⁵ Al riguardo si veda la pronuncia della Corte Costituzionale, 27 giugno 2012, n. 163, in Giur. cost. 2012, 3, 2225. La Corte pronuncia l'illegittimità costituzionale dell'art. 30, commi 1 e 3 d.l. 16 luglio 2011 n. 98, conv., con modificazioni, in l. 15 luglio 2011 n. 111, nella parte in cui, rispettivamente, non prevedono che la predisposizione del progetto strategico avvenga d'intesa con la Conferenza unificata Stato-regioni (comma 1) e che la sua realizzazione concreta sul territorio della singola Regione avvenga sulla base di un progetto concordato con la Regione interessata (comma 3). Premesso che la disciplina censurata - avendo ad oggetto la predisposizione di un progetto strategico per l'individuazione degli interventi finalizzati alla realizzazione dell'infrastruttura di telecomunicazione a banda larga e ultralarga in continuità con il "Piano nazionale banda larga" di cui all'art. 1 l. 18 giugno 2009 n. 69, nonché la determinazione delle modalità di adozione dei provvedimenti attuativi del medesimo progetto, in vista dell'obiettivo della maggior diffusione possibile degli impianti di comunicazione elettronica a banda larga sull'intero territorio nazionale - espressamente collegata al "raggiungimento degli obiettivi dell'Agenda digitale europea", sebbene sia riconducibile, in via prevalente, alla materia, di competenza concorrente, dell'ordinamento delle comunicazioni, risponde, tuttavia, alla necessità di soddisfare l'esigenza unitaria corrispondente all'adozione di un programma (o progetto) strategico che definisca, con una "visione a lungo termine ed equilibrata dei costi e benefici", gli obiettivi nazionali volti ad assicurare la realizzazione delle infrastrutture inerenti agli impianti di comunicazione elettronica a banda larga in maniera diffusa ed omogenea sull'intero territorio nazionale, sicché, se deve escludersi che la stessa sia lesiva della competenza regionale nella indicata materia dell'ordinamento delle comunicazioni, in quanto legittimamente adottata dal legislatore statale in sussidiarietà ai sensi dell'art. 118 cost., in quanto sorretta da esigenze unitarie e rispondenti sia al requisito della proporzionalità che a quello della pertinenza rispetto allo scopo perseguito, tuttavia viola il principio di leale collaborazione, in quanto non prevede alcuna forma di coinvolgimento delle regioni, né in relazione all'adozione del progetto strategico, né con riguardo alla realizzazione concreta sul territorio regionale degli interventi in esso previsti (sent. n. 303 del 2003, 6 del 2004, 62, 336, 383 del 2005, 278 del 2010, 165, 232 del 2011).

*la regolazione pro concorrenziale del sistema, garantendo la liberalizzazione del mercato attraverso anche il diritto di accesso alle reti, come applicazione ulteriore del principio di universalità nell'erogazione dei pubblici servizi*⁷²⁶.

Questo è il motivo che ha spinto all'emanazione di una norma come l'art. 14, 1° comma, decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179 - convertito, con modificazioni, in legge 17 dicembre 2012, n. 221, la quale per consentire il completamento del Piano nazionale banda larga, definito dal Ministero dello sviluppo economico - Dipartimento per le comunicazioni e autorizzato dalla Commissione europea ha previsto per l'anno 2013 lo stanziamento 150 milioni di euro da iscrivere nello stato di previsione del Ministero dello sviluppo economico, da utilizzare nelle aree dell'intero territorio nazionale, tenendo conto delle singole specificità territoriali e della copertura delle aree a bassa densità abitativa, definite dal medesimo regime d'aiuto.

Il diritto di accesso a Internet, definito da alcuni “*diritto sociale*”⁷²⁷, da altri “*pretesa soggettiva a prestazioni pubbliche*”⁷²⁸, deve, infatti, essere garantito a tutti i cittadini a prezzi accessibili, indipendentemente dalle condizioni economico-sociali, nonché dalla localizzazione geografica⁷²⁹. Uno strumento di comunicazione è infatti utile nella misura in cui è comune a tutte le parti della comunicazione.

Esso, infatti, assume un particolare significato, in termini di equità e di giustizia sociale, anche secondo le prescrizioni della strategia di Lisbona⁷³⁰.

Naturalmente, non possono sottovalutarsi⁷³¹ i profili correlati all'alfabetizzazione informatica⁷³² e alla “*scarsa propensione all'utilizzo, da parte di privati e di imprese,*

⁷²⁶ V. M. SBRESCIA, *Le comunicazioni elettroniche tra tecnologia e regolazione*, Riv. it. dir. pubbl. comunit., 2011, 05, 1207

⁷²⁷ T.E. FROOSINI, *Il diritto costituzionale di accesso a Internet*, in *Munus*, n. 1, 2011, 121 ss. (e negli *Studi in onore di F. Modugno*, vol. II, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, p. 1569 ss.); P. TANZARELLA, *Diritto a Internet: verso un nuovo diritto sociale?*, in <http://www.gruppodipisa.it/>; L. CUOCOLO, *La qualificazione giuridica dell'accesso a Internet, tra retoriche globali e dimensione sociale*, in *Politica del diritto*, n. E 3, 2012, pp. 263 ss.

⁷²⁸ al pari delle prestazioni sanitarie, previdenziali, etc le istituzioni nazionali hanno il dovere di garantire questo diritto attraverso investimenti statali, politiche sociali ed educative, scelte di spesa pubblica.

⁷²⁹ Si tratta delle definizioni di servizio universale elaborate a livello europeo. Cf. Commissione CE, Comunicazione su “I servizi di interesse economico generale in Europa, 1996.

⁷³⁰ G. MARCOU, *Politiche di liberalizzazione ed espansione del diritto pubblico*, in F. LUCARELLI (a cura di), *Il diritto pubblico tra crisi e ricostruzione*, La scuola di Pitagora editrice, Napoli, 2009, 34.

⁷³¹ L'ultimo *Rapporto Censis* denuncia la circostanza che, pur a fronte di un'estensione dei servizi di base sui siti web istituzionali, non v'è stato un incremento della loro fruizione da parte dei cittadini.

I dati della ricerca realizzata da Formez PA per conto della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per la Digitalizzazione della Pubblica Amministrazione - e in collaborazione con l'Istituto Piepoli, in merito alla percezione dell'informatizzazione della Pubblica Amministrazione da parte cittadini dimostra che alla data del 26 marzo 2013 il 37% dei cittadini italiani usa il web per dialogare con la PA, con un

delle infrastrutture di base che, secondo i dati forniti da Eurostat, si attesterebbero nettamente al di sotto della media UE”⁷³³.

La capillare diffusione di strumenti informatici di base e delle relative competenze deve permettere a tutti i cittadini di essere parte attiva della società dell’informazione.

6. La disciplina dell’accesso (art. 64).

L’accesso ai servizi on line dell’amministrazione può talvolta essere condizionato dalla previa identificazione digitale⁷³⁴ dell’utente. L’ipotesi in discorso attiene generalmente ai servizi in rete ad alto valore di interattività⁷³⁵, sostitutivi di antichi e burocraticizzati servizi tradizionali di sportello per i quali rilevano problemi relativi alla certezza dell’identificazione dell’utente.

indice di soddisfazione pari all’82% e che i siti della PA più utilizzati sono quelli dei Comuni (22%). Seguono, col 12%, i siti ministeriali e quello dell’Inps mentre il 10% degli intervistati utilizza prevalentemente i siti delle Regioni e il 9% naviga su quelli delle università. L’indagine è basata su un campione di 1.439 interviste telefoniche, formato per il 48% da uomini e per il 52% da donne. Questa la ripartizione del campione per fasce di età: 20% fra i 35 e i 44 anni; 24% oltre i 64 anni; 17% fra i 45 e i 54 anni; 15% fra i 25 e 34 anni; 15% fra i 55 e i 64 anni; 9% fra i 18 e i 24 anni. Secondo l’indagine, inoltre, altro canale prediletto dal cittadino nel rapporto con la PA, dopo il contatto diretto a sportello, è quello telefonico (29%), mentre solo il 2% del campione utilizza le applicazioni su smartphone per comunicare con la Pubblica amministrazione. Cfr. www.qualitapa.gov.it.

⁷³² L’art.8 del CAD, rubricato - *Alfabetizzazione informatica dei cittadini* – stabilisce che lo “Stato promuove iniziative volte a favorire l’alfabetizzazione informatica dei cittadini con particolare riguardo alle categorie a rischio di esclusione, anche al fine di favorire l’utilizzo dei servizi telematici delle pubbliche amministrazioni”. C. cost., sent. n. 307 del 2004, ha ritenuto costituzionalmente legittima “la mera previsione di contributi finanziari, da parte dello Stato, erogati con carattere di automaticità in favore di soggetti individuati in base all’età o al reddito e finalizzati all’acquisto di personal computer abilitati alla connessione Internet, in un’ottica evidentemente volta a favorire la diffusione, tra i giovani e nelle famiglie, della cultura informatica». L’intervento statale, è stato considerato dalla Corte «corrispondente a finalità di interesse generale, quale è lo sviluppo della cultura, nella specie attraverso l’uso dello strumento informatico, il cui perseguimento fa capo alla Repubblica in tutte le sue articolazioni (art. 9 Cost.) anche al di là del riparto di competenze per materia fra Stato e Regioni di cui all’art. 117 Cost.”.

⁷³³ P. COSTANZO, *La governance di internet in Italia*, in Oreste Pollicino, Elisa Bertolini, Valerio Lubello (a cura di), *Internet: regole e tutela dei diritti fondamentali*, Aracne, luglio 2013, 54.

⁷³⁴ In un’accezione più ristretta [...] l’espressione identità digitale è impiegata dagli esperti di informatica e dai cultori del diritto dell’informatica per designare: “[l]insieme delle informazioni e delle risorse concesse da un sistema informatico ad un particolare utilizzatore del suddetto. Queste informazioni sono di norma protette da un sistema di autenticazione. L’autenticazione può essere effettuata tramite parola chiave (*password*), caratteristiche biologiche (iride, impronta digitale, impronta vocale, riconoscimento del volto, ecc.) o attraverso un particolare oggetto (tessera magnetica, *smart card*, ecc.)” cfr. G. RESTA, *Identità personale e identità digitale*, in *Dir. informatica* 2007, 03, 511.

⁷³⁵ Infatti, i servizi che non richiedono l’apposizione di firme elettroniche vengono ordinariamente erogati on line quasi completamente.

Le problematiche relative all'identificazione di chi entri in contatto con la macchina pubblica si pongono nel mondo virtuale allo stesso modo di quello reale.

In particolare, rileva la necessità di assicurare ai documenti informatici il medesimo valore legale dei documenti cartacei, garantendo le medesime esigenze di celerità ed integrità.

L'art. 64 del codice dell'amministrazione digitale, contempla due strumenti di accesso privilegiato: la carta nazionale dei servizi (CNS) e la carta di identità elettronica (CIE), introdotta dall'art. 2, comma 10, Legge 15 maggio 1997, n. 127.

Si tratta di *smart cards* che permettono l'accesso ai servizi dell'amministrazione sulla base di adeguati standard di sicurezza, dando l'opportunità al cittadino di usufruire dei servizi telematici⁷³⁶ e di effettuare i pagamenti dovuti alle pubbliche amministrazioni, secondo le modalità stabilite con le regole tecniche di cui all'articolo 71, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Banca d'Italia⁷³⁷.

Le tecnologie relative all'identità elettronica e i servizi di autenticazione infatti hanno un ruolo cruciale per le transazioni su internet, sia nel settore privato che in quello pubblico.

La carta d'identità elettronica contiene tutti i dati identificativi e le informazioni ufficiali relative alla persona, con la peculiarità che il suo utilizzo, a differenza della Carta nazionale dei servizi⁷³⁸, è dotata di un dispositivo per la creazione della firma digitale e abilita i *cives* a fruire di servizi locali o nazionali che le tutte amministrazioni mettono a disposizione per via telematica⁷³⁹: il riferimento, in particolare, è a quei servizi

⁷³⁶ Un elenco dei servizi disponibili è contenuto in italia.gov.it.

⁷³⁷ A questo proposito si evidenzia che sono state rese pubbliche le Linee guida sui pagamenti elettronici e i relativi allegati tecnici di indirizzo per l'attuazione. Per questa via è stato consentito alle pubbliche amministrazioni di ottemperare all'obbligo di mettere a disposizione della propria utenza strumenti e applicazioni per eseguire pagamenti elettronici a favore della PA: tutti gli utenti, cittadini e imprese, potranno scegliere il prestatore di servizi di pagamento unitamente al canale e allo strumento per eseguire l'operazione.

⁷³⁸ La Carta Nazionale dei servizi, come noto, consente solo l'accesso on line ai servizi erogati dalle pubbliche amministrazioni.

⁷³⁹ Il che, ovviamente, come evidenziato da Alfonso Masucci comporta che *“le amministrazioni dovranno essere dotate di un sistema informatico capace di verificare non solo la legittimazione alla erogazione del servizio dei propri utenti, ma anche la legittimazione di utenti di altre amministrazioni. In breve, tutte le amministrazioni dovranno essere connesse tramite una rete”*. Cfr. A. MASUCCI, *Erogazione on line dei servizi pubblici e teleprocedure amministrative. Disciplina giuridica e riflessi sull'azione amministrativa*, in *Diritto pubblico* 3/2003, pp. 991-1012.

per la cui erogazione è sufficiente la semplice identificazione del richiedente ovvero i c.d. servizi qualificati che rinviano alla memorizzazione delle informazioni sulla Carta.

Le regole tecniche ad essa relative sono state individuate con Decreto Interministeriale in data 8 novembre 2007, il cui allegato b, qualifica la stessa come “*carta ibrida*”, in grado di integrare nel supporto fisico sia una banda a memoria ottica che un microprocessore. Quest’ultimo, in particolare, contiene le chiavi crittografiche che permettono al titolare della carta di identificarsi in maniera sicura presso sistemi automatici. L'utilizzo delle chiavi è vincolato alla conoscenza di un codice numerico (PIN) consegnato al titolare all'atto del rilascio. L'utilizzo del microprocessore consente di evitare che le chiavi private dell'utente possano essere estratte dalla carta, rendendo più sicuro il loro utilizzo, e in generale garantisce una migliore protezione dei dati presenti.

Il supporto della carta d'identità elettronica è prodotto dall'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, che provvede anche alla sua inizializzazione, procedura che rende la carta equivalente a un documento in bianco.

A tale procedura segue la formazione, fase in cui il CNSD del Ministero dell’Interno e il Comune interagiscono, utilizzando il software di sicurezza ed emissione, per scrivere sulla carta e nel microprocessore i dati identificativi del titolare. Questi ultimi saranno stampati sulla carta insieme al codice fiscale, i dati di residenza, la cittadinanza, il codice numerico del comune di rilascio, la data del rilascio e la data di scadenza oltre alla firma del titolare, la fotografia ed eventuale indicazione di non validità ai fini dell'espatrio saranno stampati sulla carta.

La Carta Nazionale dei Servizi (CNS) è un documento personale nazionale affiancato alla Carta d'Identità elettronica (CIE).

La carta nazionale dei servizi, a differenza della CIE non contiene gli elementi di sicurezza per il riconoscimento a vista del titolare, ossia gli ologrammi prodotti dall’istituto poligrafico dello Stato e la banda ottica inserita sul retro della carta. La CNS, inoltre, non possiede i particolari requisiti di sicurezza del supporto plastico che caratterizzano, invece, la CIE. L’assenza di tali requisiti rende possibile la diffusione delle CNS, anche attraverso canali istituzionali alternativi a quelli deputati al rilascio di CIE, ossia i Comuni. Le due carte sono comunque caratterizzate da un rapporto di completa corrispondenza informatica che assicura la loro interoperabilità e la continuità

di servizi all'utente nel passaggio dalla Carta Nazionale dei Servizi alla Carta d'Identità Elettronica.

Peraltro, ad oggi, tali strumenti hanno avuto incompleta diffusione.

Consapevole delle difficoltà connesse all'implementazione della CIE e della CSN, al fine di evitare rallentamenti alla diffusione dei servizi on line legati a tali sistemi identificativi, il legislatore delegato ha previsto, almeno fino all'istituzione del sistema pubblico per la gestione dell'identità digitale di cittadini e imprese, c.d. SPID⁷⁴⁰, che le pubbliche amministrazioni possano consentire *“l'accesso ai servizi in rete da esse erogati che richiedono l'identificazione informatica anche con strumenti diversi dalla carta d'identità elettronica e dalla carta nazionale dei servizi, purché tali strumenti consentano l'individuazione del soggetto che richiede il servizio”*.

Il recente decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito in legge n. 221 del 2012, ha disciplinato le procedure volte a rendere più rapida la messa a regime della Carta di identità elettronica.

7. La disciplina delle istanze dei cittadini (art. 65).

L'art. 65 è una norma di estremo rilievo nella dinamica dei servizi on line, che consente di cogliere la stretta correlazione tra forma elettronica e firma elettronica nell'ambito dei servizi on line, riguardanti sia l'esplicazione di una funzione così come l'erogazione di un servizio pubblico: come messo in luce da attenta dottrina⁷⁴¹, infatti, si tratta di *“due facce della stessa medaglia, nel senso che non vi può essere dematerializzazione⁷⁴² di attività giuridica se non vi sono tecniche che assicurino l'attribuibilità del documento, e quindi dell'atto, al suo autore”*.

⁷⁴⁰ La costituzione e il ruolo di questo sistema sono specificati dall'art. 64, comma 2 ter CAD che stabilisce che il c.d. SPID, sistema adottato dalla pubblica amministrazione, sia costituito come insieme aperto di soggetti pubblici e privati che, previo accreditamento da parte dell'Agenzia per l'Italia digitale, gestiscono i servizi di registrazione e di messa a disposizione delle credenziali e degli strumenti di accesso in rete nei riguardi di cittadini e imprese per conto delle pubbliche amministrazioni, ovvero, direttamente, su richiesta degli interessati.

⁷⁴¹ G. DUNI, *Le firme elettroniche nel diritto vigente (osservazioni sulla normativa italiana nel 2006)*, in *Dir. informatica* 2006, 4-5, 501.

⁷⁴² Il termine “dematerializzazione” indica la tendenza alla sostituzione della documentazione amministrativa cartacea con il documento informatico.

In virtù del disposto di tale norma, il livello di interazione tra privato e Pubblica Amministrazione potrà attestarsi sul livello tre⁷⁴³ qualora sia ammessa la presentazione on line di un'istanza procedimentale ovvero di un'istanza di servizio.

A tal riguardo, poiché si tratta di invii o acquisizione di informazioni sui sistemi informativi degli enti erogatori che presuppongono l'identificazione dell'utente, si pone la questione relativa all'individuazione di modalità di sottoscrizione che possano assolvere alle funzioni proprie della sottoscrizione autografa, rendendo certa l'identificazione del cittadino istante.

La norma in commento, nell'ipotesi di invio telematico di istanze e documenti alle pubbliche amministrazioni e ai gestori di pubblici servizi, ovvero di acquisizione diretta degli stessi nel sistema informativo dell'ente, a seguito di compilazione, contempla una serie di strumenti identificativi⁷⁴⁴ cui è correlata una presunzione di certezza della provenienza e della piena assunzione di responsabilità in ordine ai contenuti della dichiarazione nel suo complesso.

In particolare, la validità della predetta presentazione è subordinata alla circostanza che l'istanza o la dichiarazione siano “*sottoscritte mediante firma digitale⁷⁴⁵ o firma elettronica qualificata⁷⁴⁶, il cui certificato sia rilasciato da un certificatore accreditato*”; ovvero, che l'autore sia identificato dal sistema telematico con l'utilizzazione della “*carta d'identità elettronica o della carta nazionale dei servizi, o dei diversi strumenti di cui all'articolo 64, comma 2, nei limiti di quanto stabilito da ciascuna amministrazione ai sensi della normativa vigente*”; ovvero, che l'istanza o la dichiarazione siano “*trasmesse dall'autore mediante la propria casella di posta elettronica certificata purché le relative credenziali di accesso siano state rilasciate*”.

⁷⁴³ Si tratta di un'interazione bidirezionale: il privato deve reperire in rete tutta la documentazione necessaria al servizio di suo interesse, ma deve anche poter completare on line la fase di presentazione dell'istanza ovvero di richiesta del servizio.

⁷⁴⁴ E' evidente che, considerato il continuo evolversi del progresso tecnologico, si tratti di elencazione destinata a subire modificazioni.

⁷⁴⁵ La “*Firma elettronica*” è “*l'insieme dei dati in forma elettronica allegati oppure connessi tramite associazione logica ad altri dati elettronici, utilizzati come metodo di identificazione informatica*” (lell. q, comma 1, art. 1, CAD). Essa può essere sinteticamente definita come un sistema basato sulla crittografia asimmetrica e sull'intervento di un terzo certificatore, che consente di attribuire un documento ad un soggetto determinato e di accertare che il messaggio non è stato oggetto di manipolazioni. UGO BECHINI, *Firma digitale, documento elettronico e lex attestationis: un nuovo (circoscritto) caso di dépeçage?*, in Dir. comm. internaz. 2011, 03, 767

⁷⁴⁶ La “*Firma elettronica qualificata*” è “*un particolare tipo di forma elettronica avanzata che sia basata su un certificato qualificato e realizzata mediante un dispositivo sicuro per la creazione della firma*” (lell. r, comma 1, CAD).

previa identificazione del titolare, anche per via telematica secondo modalità definite con regole tecniche adottate ai sensi dell'articolo 71, e ciò sia attestato dal gestore del sistema nel messaggio o in un suo allegato”.

Da qui la sanzione dell'invalidità di tutte le istanze e dichiarazioni presentate con strumenti identificativi diversi.

8. Conclusioni.

Pur riconoscendo che i possibili percorsi di sviluppo delle istituzioni sono vincolati in maniera significativa dalle loro caratteristiche storico-culturali, l'ICT offre la possibilità per un cambiamento legato all'adozione di nuove regole che rispondono ad un disegno di riorganizzazione istituzionale.

In realtà, il mutamento radicale nella struttura degli apparati amministrativi pubblici non ha avuto ancora piena realizzazione perché l'informatizzazione è stata vista per decenni come uno strumento per fare meglio lavori vecchi, invece che per ripensare la struttura del lavoro. *“Ripensare la struttura del lavoro in modo nuovo”* significa, infatti, come acutamente messo in luce da Martinotti, *“soprattutto riorganizzare in modo diverso le diverse strutture dentro un apparato amministrativo”*⁷⁴⁷ con le connesse complicazioni dovute a costi, resistenza di interessi e difficoltà di programmazione.

Dall'analisi dei diversi servizi telematici esemplificamene richiamati, si evince che *l'Information and Communication Technologies* non sia il reale obiettivo: essa assume, piuttosto, un ruolo strumentale all'ottimizzazione della tutela e della posizione dell'amministrato nei confronti della macchina pubblica, temperandosi con i principi di buon andamento, imparzialità, uguaglianza che ne costituiscono la ragione e il limite.

I nuovi strumenti di comunicazione e informazione mutano il rapporto cives-imprese di servizi di pubblica utilità in quanto l'orientamento al cliente deve avere come punto di riferimento le sue aspettative e i suoi desideri.

⁷⁴⁷ G. MARTINOTTI, op. ult. cit., 16. L'a. mette in luce il differente sistema operativo che caratterizza i modi tradizionali di organizzare l'informazione in cui l'intervento del lavoro umano è in grado di introdurre modificazioni e aggiustamenti anche in un momento successivo alla progettazione, rispetto al sistema elettronico dove il complesso delle combinazioni, delle situazioni e dei casi deve essere previsto a priori con notevole precisione.

L'*Information and Communication Technologies* modifica le competenze amministrative, allarga i confini dei servizi pubblici, offre l'occasione per ritrovare la tanto agognata connessione tra ente locale e *cives*, tra organizzazione pubblica e benessere collettivo, tra servizi pubblici e interessi fondamentali. Essa permette di ridefinire il cuore della regolazione pubblica attraverso il coinvolgimento di tutti gli stakeholder.

Attraverso l'utilizzo dell'ICTs l'amministrazione può abbattere i tradizionali confini che per decenni si sono frapposti alla concreta attualizzazione dei principi di trasparenza, economicità, efficacia, efficienza e semplicità, alla realizzazione di programmi davvero in grado di fornire servizi pubblici ispirati alla logica del risultato. La digitalizzazione è la strada per eliminare corrottele, liberando le risorse e tagliando le tasse e gli sprechi reali, anche nei confronti dei soggetti privati gestori di pubblici servizi.

Essa rappresenta l'essenza di un nuovo costituzionalismo, la leva per la modernizzazione di tutti i paesi, la nuova frontiera dei diritti fondamentali.

E, se è permesso fin da ora esprimere un giudizio, si potrebbe affermare che la riforma alla base dell'E-Government non ha precedenti. Essa ha, infatti, investito qualunque aspetto dell'*agere* pubblico: strumenti, personale, organizzazione, principi, obiettivi e, perfino e specialmente, diritti e bisogni dei cittadini utenti, rendendo possibile una "*qualità*" nuova dei rapporti amministrazione e privato-utente.

Peraltro, affinché gli obiettivi che costituiscono la *ratio* di questa riforma possano davvero attuarsi, è necessaria la presenza di attori consapevoli, in grado di attuare il cambiamento teso a trasformare la Pubblica Amministrazione in una vera "*casa di vetro*", in cui la trasparenza sia un efficace antidoto rispetto allo sviamento dell'azione pubblica dalla cura dell'interesse generale.

BIBLIOGRAFIA

DOTTRINA

AA.VV., *Il ruolo degli enti locali e degli imprenditori nei servizi pubblici, con particolare riguardo alle concessioni ed alle società di cui all'art. 12 della legge n. 498 del 1992* (con scritti di PICCOZZA E. - REGGIO D'ACI E. - DE ROSE C. – SCOCA F.G.), in Nuova Rassegna, 1995.

AA.VV., *E-Government e organizzazione nelle amministrazioni pubbliche, Analisi di caso sulle leve e condizioni organizzative per l'efficacia dell'e-government*, Rubbettino, 2007.

AA.VV., *Misurare per decidere. La misurazione delle performance per migliorare le politiche pubbliche e i servizi*, Rubbettino, 2006.

AA. VV., *Le società pubbliche e il mercato – Il decreto Bersani e la legge Finanziaria 2008*, Torino, 2008.

AA.VV., *Diritto amministrativo*, Monduzzi, Bologna, 2011.

ACOCELLA C., *Alcune buone ragioni per la sopravvivenza del modello delle società miste*, in federalismi.it, 12/2007.

ACOCELLA C., *Etica, diritto, democrazia. La grande trasformazione*, Il Mulino, Bologna, 2010.

ACOCELLA C. e LIGUORI F., *Questioni (vere e false) in tema di società miste e in house dopo la pronuncia della plenaria, nota a Consiglio di Stato ad. plen., 03/03/2008, n. 1*, in Foro amm. CDS 2008, 3.

ACQUARONE G., *La scelta del socio privato di minoranza nelle società miste di gestione dei servizi pubblici locali*, nota a Consiglio di Stato, V, 19 febbraio 1998, n. 192, in Giur. It., 1998, n. 6.

ADAMI P., *Aziende sanitarie e affidamenti in house*, Nota a T.A.R. Bari Puglia, 19/02/2013, n. 241, sez. I, in Giur. merito 2013, 6.

AIROLDI, *Lineamenti di diritto amministrativo comunitario*, Milano, 1990.

ALAIMO A., TEMPESTA A., *Affidamenti diretti e "in house": l'esperienza del Regno Unito*, in Amministrare 3/2006.

ALBERTI C., *Appalti In house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in Riv. Ital. Dir. Pubbl. com., 2001.

ALBERTI C., *E-society e riutilizzo dell'informazione nel settore pubblico. Disciplina comunitaria e riflessi nazionali*, in Riv. it. dir. pubbl. comunit. 2005, 5.

ALBERTI P., *L'affidamento in house dei servizi pubblici locali*, in Economia e diritto del Terziario, 2003, 3.

ALESIO M., *Comuni e servizi: difficile evitare le gare quel controllo strutturale sugli affidatari*, Nota a Consiglio di Stato, 13/07/2006, in D&G 2006.

ALESSI R., *Le prestazioni amministrative rese ai privati. Teoria generale*, Milano, 1956.

ALPA G. - CARULLO A. – CLARIZIA A., *Le s.p.a. comunali e la gestione dei servizi pubblici locali*, Milano, 1998.

ANDREANI A., *Funzione amministrativa, procedimento partecipazione nella L. n. 241/90 (quaranta anni dopo la prolusione di F. Benvenuti)*, in Dir. proc. amm., 1992, 4.

APREA G., *I servizi pubblici verso il regime europeo di libera concorrenza*, in La voce delle autonomie, 1998, n. 4 – 5.

ARDUINI D., BELOTTI F., DENNI M., GIUNGATO G., REGGI L., ZANFEI A., *La diffusione dell'e-Government presso i Comuni italiani. Il ruolo dei legami fra servizi di back e front office*, in Economia dei Servizi 3/2008.

ARENA G., *La trasparenza amministrativa e il diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in G.ARENA (a cura di), *L'accesso ai documenti amministrativi*, Bologna, 1991.

ARENA G., *Trasparenza amministrativa*, in Enc. Giur. XXXI, Roma, 1995.

ARENA G., *Trasparenza amministrativa*, in Dizionario di Diritto Pubblico, a cura di S. Cassese, Milano, 2006, VI.

ARRIGONI R., *Regolazione e gestione nelle public utilities: principio di separazione e libera concorrenza nell'applicazione dei principi costituzionali e comunitari*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1995.

ARROWSMITH S., *Some problems in delimiting the scope of the public procurement directives: privatisations, purchasing consortia and in-house tenders*, in Public procurement Law Review, 1997.

ASCHER K., *The politics of privatisation – Contracting out Public services*, Basingstake: Macmillan Education, 1986.

- ASTHANA S., HALLIDAY J. and RICHARDSON S., *Partnership working in public policy provision: a framework for evaluation*, in *Social Policy and Administration*, 2002, vol. 36, n. 7.
- APELLI M., D'ARIES C., *La public governance nei servizi pubblici locali. La gestione e il controllo delle partecipate*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2006, pagg. 11-12.
- ATKINSON R., *Discourses of partnerships and empowerment in contemporary British regeneration*, in *Urban Studies*, 1999, vol. 36, n. 1.
- BACHELET V., *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, Milano, 1962.
- BAILEY N., BARKER A. and MACDONALD K., *Partnership Agencies in British Urban Policy*, London, 1995.
- BAILEY N., *Local Strategic Partnerships in England: The Continuing Search for Collaborative Advantage, Leadership and Strategy in Urban Governance*, in *Planning Theory & Practice*, 2003, vol. 4, n. 4.
- BALL I.(2012): *New development: Transparency in the public sector*, *Public Money & Management*, 32:1, 35-40;
- BALLOCH S. and TAYLOR M. (eds.), *Partnerships working: Policy and Practice*, Bristol, 2001.
- BARCELLONA P., *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, p. 374-375;
- BARDUSCO A., *Cittadino e servizi locali nel nuovo ordinamento*, in *Econ. pubbl.*, 1994, n. 4-5.
- BARDUSCO A., *I servizi pubblici locali oggi*, in *Studi in onore di Benvenuti F.*, 1996.
- BASSET K., *Partnerships, business elites and urban politics: new form of governance in an English city*, in *Urban Studies*, 1996, vol. 33, n. 3.
- BASSI F., *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1998.
- BASSI G., *La riforma dei servizi pubblici locali*, Rimini, 2008.
- BATTAGLIA A., *La politica europea sull'e-government*, in G. VESPERINI, (a cura di), *L'e- Government*, Milano, 2004.
- BECHINI U., *Firma digitale, documento elettronico e lex attestationis: un nuovo (circoscritto) caso di dépeçage?*, in *Dir. comm. internaz.* 2011, 03.
- BEKKE A.G.M., KICKERT W.J.M., KOOIMAN J., *Public management and governance*, in KICKERT W.J.M., VUGHT F.A. (eds.), *Public Policy & Administration in The Netherlands*, London, Prentice-Hall, 1995.

- BENIGER J.R., *Le origini della società dell'informazione. La rivoluzione del controllo*, Torino, 1995.
- BENINGTON J., *Partnerships as networked governance? Legitimation, innovation, problem-solving and co-ordination*, in M. GEDDES and J. BENINGTON (eds.), *Local Partnerships and Social Exclusion in the European Union*, Ed. Geddes and J. Benington, London, Routledge.
- BENNETT R.J. and KREBS G., *Local economic development. Public-private partnership initiatives in Britain and Germany*, London-New York, 1991.
- BENVENUTI F., *Appunti di diritto amministrativo*, I, Padova, 1959, IV ed.
- BENVENUTI F., *Funzione amministrativa* in *Scritti giuridici*, Vita e pensiero, Milano, 2006.
- BERTONAZZI - VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in CHITI - GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo* (coordinato da Cartei e Galetta), Milano, 2^a ed., 2007, parte speciale, IV.
- BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M., *Commentario alla Costituzione*, UTET, Torino, 2006, vol. I.
- BONANNI A., *La disciplina dei servizi pubblici locali dell'art. 23 bis D.L. 112/2008*, 2011, in www.contratti-pubblici.it.
- BONELLI F., *Il codice delle privatizzazioni nazionali e locali*, Milano, 2001.
- BONETTI T., *Servizi pubblici locali di rilevanza economica dalla instabilità nazionale alla deriva europea*, in *Munus*, n. 2, 2012, p. 422.
- BONURA H. e CASSANO M. (a cura di), *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, Giappichelli, Torino, 2011.
- BORGONOVİ E., *Principi e sistemi aziendali per le amministrazioni pubbliche*, EGEEA, Milano, 2002, 195.
- BOSCHETTI B., *Diritti e rapporti nell'amministrazione per servizi*, Padova, 2007.
- BOTTINO G., *Le amministrazioni pubbliche e la costituzione, o la partecipazione, di società a capitale pubblico: la legittimità costituzionale dei limiti previsti nell'odierna legislazione statale*, in *Giur. cost.* 2009, 3.
- BOVAIRD T., HALACHMI A., *Performance Measurement and Best Value: An International Perspective*, in www.enap.gov.br.
- BOZZI G., voce *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, in *Encicl. Dir.*, 1977, XXVII.

BRIGNOLI M., *La gestione di lavori, servizi e forniture degli enti locali alla luce della sentenza del Consiglio di Stato 10 marzo 2003, n. 1289 e della giurisprudenza comunitaria*, in *www.lexitalia.it*, 2003.

BRINKERHOFF J.M., *Government-Nonprofit Partnership: a Defining Framework*, in *Public Administration and Development*, 2002, n. 22.

BROOKE R. (2009): *New development: The future of public service regulation—the professional's perspective*, *Public Money & Management*, 29:5, 268-272.

CABIDDU M.A., *Pubblicità come attributo del servizio e non del soggetto gestore: i servizi essenziali ex art. 43 Costituzione e i servizi corrispondenti ai diritti sociali*, in *Jus*, 1999.

CAIA G., *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2004, par. 5.2.

CAIA G., *Società per azioni a prevalente capitale pubblico locale: la scelta dei soci e delle procedure di affidamento del servizio*, in *Nuova Rass.*, 1995.

CAIA G., *L'attività imprenditoriale delle società a prevalente capitale pubblico locale al di fuori del territorio degli enti soci*, nota a T.A.R. Parma, 2 maggio 2002, n. 240, in *Foro Amm. - T.A.R.*, 2002, n. 5.

CAIA G. - NANNI L. (a cura di), *Commento al D.P.R. 16 settembre 1996, n. 533*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1997.

CAIA G., *La giurisdizione della Corte dei conti nel sistema amministrativo e della contabilità pubblica*, in *www.giust-amm.it*, 2008, 6.

CAIA G., *La disciplina dei servizi pubblici*, in MAZZAROLLI L., PERICU G., ROMANO A., ROVERSI MONACO F.A., SCOCA F.G. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna 1998.

CAIA G., *Organizzazione dei servizi pubblici locali. Figure soggettive e caratteristiche*, in *Foro amm.*, 1991.

CAIA G., *La disciplina dei servizi pubblici*, in MAZZAROLLI L., PERICU G., ROMANO A., ROVERSI MONACO F., SCOCA F.G. (a cura di), *Diritto amministrativo*, III ed., Bologna, 2001, I.

CALARESU M., *Effetti del referendum sulla disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Foro amm. TAR* 2011, 06.

CALCAGNILE M., *Principi e norme amministrative sui limiti di azione delle società a*

partecipazione pubblica locale, in Foro amm. TAR 2012, 11, 3713.

CALIFANO L., *La costituzione europea e la carta dei diritti fondamentali*, in *Verso la Costituzione europea. Atti dell'incontro di studio* (Urbino, 17 giugno 2002), Milano, 2003, p. 17 ss.

CALLEA A., *Gli affidamenti in house*, in *Amministrare*, 2006.

CAMELI R., *Legittimi gli affidamenti in house anteriori alla legge di riforma dei servizi pubblici locali?*, in Foro amm.-TAR, 2004.

CAMERA C. e MAGNANI A., *Commento alla legge 29 marzo 1903, n. 103, sulla assunzione diretta dei pubblici servizi da parte del Comune*, Rocca S. Casciano, 1903.

CAMERIERO L., *Gli affidamenti in house, il valzer normativo e giurisprudenziale della mauvaise époque*, in *Urb. e appalti* 5/2007.

CAMMAROTA G., *Servizi pubblici in rete e applicabilità dei principi classici del servizio pubblico*, in *Informatica e diritto*, nn. 1-2/2005.

CAMMAROTA G., *Servizi in rete della pubblica amministrazione*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, UTET, 2012.

CAMMAROTA G. e MORCIANO M., *Servizi pubblici on line e multicanalità*, in www.amministrazionein.cammino.it.

CAMMAROTA G., *L'erogazione on line di servizi pubblici burocratici*, in *Informatica e Diritto. Studi e ricerche*.

CAMMELLI M., DUGATO M. (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008.

CAMMELLI M., *Enti pubblici, società e istituzioni: modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, in V. CERULLI GIRELLI - G. MORBIDELLI (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, Torino, 1994.

CAMMELLI M., *I servizi pubblici nell'amministrazione locale*, in *Le regioni*, 1992, n. 1.

CAMMELLI M. – ZIROLDI A., *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, 1997.

CAMPORESI R., *Teoremi interpretativi dell'art. 14 comma 32 del D.l. 78/2010 sui limiti imposti agli enti locali a detenere società*, 9 maggio 2012, in www.dirittodeiservizipubblici.it

CANGELOSI G., *Sanità partecipata e salute del minore*, in *Dir. Famiglia*, 2010, 03.

CANGELOSI G., *I servizi pubblici sanitari: prospettive e problematiche della*

telemedicina, in *Dir. famiglia*, 2007, 01.

CANTELLA, *Le società miste come modello ("eccezionale"?) di organizzazione del servizio*, in www.giustamm.it, 5/2007.

CAPANTINI M., *Il servizio universale e le sue modalità di finanziamento. La soluzione dei fondi di compensazione*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.1, 2003, pag. 99.

CAPRIGLIONE F., *La "sussidiarietà" nella definizione di alcune importanti questioni di governo dell'economia*, in AA.VV., *Problemi attuali della sussidiarietà*, a cura di De Marco, Milano, 2005, Giuffrè.

CAPUTI G., *Servizi pubblici e monopoli nella giurisprudenza comunitaria*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 134.

CARANTA R., *L'organismo di diritto pubblico questo sconosciuto*, in *Giur. it.*, 2003, 9.

CARANTA R., *Le società pubbliche al vaglio dell'Adunanza Plenaria. Ancora in salita la strada per le società miste*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 11, 1120 ss.;

CARANTA R., *I contratti pubblici*, Torino, 2004, 274-275.

CARBONE S.M., *Brevi note in tema di privatizzazioni e diritto comunitario*, in *Dir. commercio internaz.*, 1999.

CARINGELLA F., *Le società per azioni deputate alla gestione dei servizi pubblici: un difficile compromesso tra privatizzazione e garanzie*, nota a margine della pronuncia di Cass. Civ., SS. UU., 6 maggio 1995, n. 4989 in *Foro it.*, 1996, I.

CARINGELLA F., *Il problema dell'in house providing un nodo irrisolto dal codice*, in AA.VV., *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture* (a cura di R. DE NICTOLIS), vol. I, Giuffrè, Milano, 2007.

CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, Giuffrè, Milano, 2011.

CARINGELLA F., *Manuale di diritto amministrativo*, 2012.

CARLONI E., *Lezioni di Open Government*, Maggioli, 2013.

CARLONI E., *Gli strumenti della trasparenza nel sistema amministrativo italiano e la sua effettività: forme di accesso, quantità e qualità delle informazioni*, in www.astrid-online.it.

CARLONI E. (a cura di), *Codice dell'amministrazione digitale. Commento al d. lgs. 7 marzo 2005, n. 82*, Maggioli, Rimini, 2005.

CARLONI E., *La riforma del Codice dell'amministrazione digitale*, in *Giornale di Diritto amministrativo*, 2011, n. 5, p. 471.

CAROSELLI A., *Il servizio pubblico: una categoria concettuale in continua evoluzione*, in *Trib. amm. reg.*, 2000, n. 1.

CARROLL P. and STEANE P., *Public-private partnerships: sectoral perspectives*, in S.P. Osborne (ed.), *Public-Private Partnerships. Theory and practice in international perspective*, London-New York, 2000.

CARTEI G.F., *Il servizio universale*, in *Annuario AIPDA 2001*, Milano, 2002, 117;

CARULLO G., *Obbligo di esercizio "associato" delle funzioni e modelli di cooperazione a livello comunale*, in *Foro amm. CDS*, fasc.10, 2013, pag. 35.

CARUSO M.L., *L'in house providing nell'evoluzione giurisprudenziale comunitaria e nazionale*, nota a T.A.R. Napoli Campania, 05/12/2008, n. 21241, sez. VII, *Giur. merito* 2009, 5.

CASALINI D., *La scelta tra mercato e auto-produzione di beni e servizi* (nota a Cons. Stato, sez. V, 30 novembre 2007, n. 6137, GO.SAF. s.p.a. c. Comune di Sant'Arpino), in *Foro amministrativo – C.d.S.*, 2008.

CASSESE S., *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, p. 583

CASSESE S., *Le privatizzazioni in Italia*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1988.

CASSESE S., *Dalla vecchia alla nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Rass. Enel*, 1998.

CASSESE S., *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano, 1962.

CASSESE S., *La nuova costituzione economica*, Laterza, Bari, 2000.

CASSESE S., *La trasformazione dei servizi pubblici in Italia*, in *Economia pubbl.*, 1996, 5.

CASSESE S., *I lineamenti essenziali del diritto amministrativo comunitario*, in *Riv. It. Dir. Pubbl.*, 1991.

CASTELLI C., *Esperienze di successo nelle amministrazioni pubbliche: un'analisi internazionale comparata*. Lugano: Arthur Andersen SA, 2002.

CASTOLDI F., *La riforma dei servizi pubblici locali a rilevanza economica al vaglio della Corte Costituzionale: i riflessi di alcune delle questioni trattate dalla sentenza sul servizio idrico integrato nazionale*, Nota a Corte Costituzionale, 17/11/2010, n. 325, in

Riv. giur. ambiente 2011, 2.

CATTANEO S., voce *Servizi pubblici*, in Encicl. Dir., XLII, 1990.

CAVALLO PERIN R., *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, I, Napoli, 1993.

CAVALLO PERIN R., *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno e ordinamento europeo*, in Dir. amm., 2000, p. 106.

CAVALLO PERIN R. – CASALINI D., *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in Dir. Amm., 2006.

CERBO P., *L'effetto utile nella giurisprudenza comunitaria sull'organismo di diritto pubblico*, in Urb. e app., 2004, 6.

CERULLI IRELLI V., *Servizi pubblici locali: un settore a disciplina generale di fonte europea*, Nota a Corte Costituzionale, 20/07/2012, n. 199, in Giur. cost. 2012, 4.

CERULLI IRELLI V., *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997.

CERULLI IRELLI V., *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in Riv. It. Dir. Pubbl. com., 2006.

CERULLI IRELLI V., *Lineamenti del diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2011.

CESARINI L., *Il servizio pubblico locale: evoluzione e prospettive tra principio di sussidiarietà e regime di concorrenza*, in www.diritto.it

CHIANTERA G., *In house providing: il requisito del controllo analogo*, in www.filodiritto.com.

CHIEPPA R., *La società a capitale misto alla luce degli ultimi interventi normativi*, in www.giustamm.it

CHIEPPA R., NIGRO M., *La sussidiarietà e la disciplina del procedimento amministrativo* in Riv. trim. dir. pubbl. 2010, 03.

CHIEPPA R., *La trasparenza come regola della pubblica amministrazione*, in Diritto dell'economia, 1994.

CHITI E., *Gli organismi di diritto pubblico tra Consiglio di Stato e Corte di giustizia*, in Urb. app., 1999.

CHITI M.P., *Introduzione. Verso la fine del modello di gestione dei servizi pubblici locali tramite società miste?*, in CHITI (a cura di), *Le forme di gestione dei servizi pubblici locali tra diritto europeo e diritto locale*, Bologna, 2006.

CHITI M.P., *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica*

amministrazione, in Amm. 1999-2000.

CHITI M.P. (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Profili di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione*, Bologna, 2005.

CHITI M.P., *Verso la fine del modello di gestione dei servizi pubblici locali tramite società miste*, in Foro amm. TAR 2006, 03.

CHITI M.P., *La Carta europea dei diritti fondamentali: una carta di carattere funzionale?*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2002/1, p. 1 ss.

CIMELLARO L., *Un'altra decisione nel cammino verso l'individuazione degli organismi di diritto pubblico*, in Giorn. dir. amm., 2004, 1.

CIRIELLO P., (voce) *Servizi pubblici*, in Enc. giur. Treccani, 1992, vol XXVIII.

CLARICH M., *Le società miste a capitale pubblico e privato tra affidamenti « in house » e concorrenza per il mercato*, in Corr. giur., 2007, 7.

CLARICH M., *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, fasc.1, 2003, pag. 91

CLARIAZIA A., *Il privato inquina: gli affidamenti in house solo a società a totale partecipazione pubblica*, in www.giutamm.it, 1/2005.

CLARICH M. - CARTEI G.F. (a cura di), *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, Milano 2004.

CLIMENT BARBERA' J., *Derecho y nuevas tecnologías*, Universidad Cardenal Herrera-CEU, Valencia, 2001.

COCOZZA F., *Diritto pubblico applicato all'economia*, Giappichelli – Torino, 2007, p. 33 – 72.

COLOMBARI S., *Organismo di diritto pubblico e delegazione interorganica tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in Urb. e app., 2003.

COLOMBARI S., *Organismo di diritto pubblico, delegazione interorganica e diritto della concorrenza. Flessibilità dell'ordinamento comunitario e rigidità del diritto interno*, in Foro amm. CDS, 2004.

COLOMBARI S., *La gestione dei servizi pubblici a mezzo di società partecipate dall'ente locale: situazione attuale e prospettive*, nota a Consiglio di Stato, V, 19 febbraio 1998, n. 192, in Rass. Giur. En. Elettrica, 1998, 2-3.

CONTALDO A., *Dalla teleamministrazione all'e-government: una complessa transizione in fieri*, in Foro amm. CDS 2002, fasc. 4.

CONTESSA C., SAU A., *Il dilemma delle società miste: divieto di affidamento diretto e forza del partenariato*, in *Riv. trim. ap.*, 2006, 4.

COPPEL J. e HOOPER B., *Ec public procurement rules*, in www.11kbw.com.

COSSU F., CALVISI L., GINI B., PISAPIA A., *Nozione di servizio pubblico*, in *Nuova rass.* 1997, 1889 ss.

COSSU F., CALVISI L., GINI B., PISAPIA A., *Nozione di servizio pubblico*, in *I servizi pubblici degli enti locali, La gestione mediante società di capitali*, a cura di GRACILI R., in *Nuova Rassegna*, Firenze, 1997, n. 19.

CORSO G., *La gestione dei servizi locali tra pubblico e privato*, in AA.VV. *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Milano, 1997.

CORSO G., *La gestione dei servizi locali fra pubblico e privato*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Atti del XLI convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna 21-23 settembre 1995, Milano, 1997.

COSTANTINO F., *Autonomia dell'amministrazione e innovazione digitale*, Jovene, Napoli, 2012.

COSTANZO P., *La governance di internet in Italia*, in ORESTE POLLICINO, ELISA BERTOLINI, VALERIO LUBELLO (a cura di), *Internet: regole e tutela dei diritti fondamentali*, Aracne, luglio 2013.

CREA P., *Ancora una sentenza sulla natura giuridica delle società a partecipazione degli enti locali*, in *Riv. amm.*, 1995.

CROUCH C., LE GALES P., TRIGILIA C. and VOELTZKOW H., *Changing governance of local economies: responses of European local production systems*, Oxford, 2004.

CROUCH C., LE GALES P., TRIGILIA C. and VOELTZKOW H., *Local production systems in Europe: rise or demise?*, Oxford, 2001.

CUOCOLO L., *La Corte Costituzionale "salva" la disciplina statale sui servizi pubblici locali*, in *Giorn. Dir. Amm.* 5/2011, p. 484.

CUOCOLO L., *La qualificazione giuridica dell'accesso a Internet, tra retoriche globali e dimensione sociale*, in *Politica del diritto*, n. E 3, 2012.

D'AGOSTINO F., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2000.

D'ALBERTI M., *Lo Stato e l'economia in Giannini*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 4.

DAVIES A.C.L., *Beyond New Public Management: Problems of Accountability in the*

Modern Administrative State, in N. BAMFORTH and P. LEYLAND, *Accountability in the Contemporary Constitution*, Oxford, 2013,

DE CARLI P., *Sussidiarietà e governo economico*, Milano, Giuffrè, 2002.

DE FALCO V., *Il servizio pubblico tra ordinamento comunitario e diritti interni*, Padova, 2003.

DE FERRA G., *In margine alla riforma delle società per azioni: delle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici*, in Riv. Soc., 1967.

DE FINETTI B. – D’AGATA C. – CESARE B., *Problemi di rilevazione e classificazione di dati demografici (Istituto di Demografia, Facoltà di Scienze Statistiche Demografiche e Attuariali)*, Roma, 1965.

DE GIOIA V., *La nozione di amministrazione aggiudicatrice al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Urb. e app.*, 2004, 6.

DEGNI F., *Servizi pubblici locali e tutela della concorrenza: alla ricerca di un punto di equilibrio*, nota a T.A.R. Parma Emilia Romagna, 25/05/2005, n. 288, T.A.R. Salerno Campania, 19/07/2005, n. 1290, sez. I, in *Foro amm. TAR* 2005, 11.

DE GIOVANNI E., *Il Codice dell'amministrazione digitale e il decreto integrativo e correttivo: considerazioni generali*, in *Informatica e diritto*, 2005, fasc. 1-2.

DEL GIUDICE I., *Perduranti profili di incertezza sul ricorso all'in-house providing ed alle società miste anche alla luce della più recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Foro Amm. Tar*, 2008, n. 5.

DEIDDA GAGLIARDO E., *La creazione del valore nell'ente locale: I nuovo modello di governo economico*, Giuffrè, Milano, 2002, pagg. 149 e segg..

DEIDDA GAGLIARDO E., *Il sistema multidimensionale di programmazione a supporto della governance locale*, Giuffrè, Milano, 2007, pag. 132.

DE LEONARDIS F., *Il concetto di organo indiretto: verso nuove ipotesi di applicazione dell'esercizio privato di funzioni pubbliche*, in *Dir. amm.*, 1995.

DELLO SBARBA F., *I servizi pubblici locali. Modelli di organizzazione e gestione*, Torino, 2009, p. 2.

DE LUCIA L. , *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002.

DE MEO R., *Autodeterminazione e consenso nella profilazione dei dati personali*, in *Dir. informatica*, fasc.3, 2013, pag. 587.

DEMSETZ H., *Why regulate utilities?* in *Journal of Law and Economics*, 1968.

DEMURO I., *La compatibilità del diritto societario con il c.d. modello in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Giur. comm.*, 2006.

DE NICTOLIS R. – CAMERIERO I., *Le società pubbliche in house e miste*, Giuffrè editore, Milano, 2008.

DEPRETIS D., *Servizi pubblici locali e società miste: una visione comparativa*, in CHITI P.M. (a cura di), *Le forme di gestione dei servizi pubblici locali tra diritto europeo e diritto locale*, Bologna, 2006.

DE SIERVO U., *I diritti fondamentali europei e i diritti costituzionali italiani (a proposito della Carta dei diritti fondamentali)*, in L. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Bari, 2003, p. 258 ss.

DE VALLES A., *I servizi pubblici*, in ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. VI, parte I, Milano, 1930.

DEVROE W., *Privatisation and Community law: neutrality versus policy*, in *Common Market Law Review*, 1997.

DIAMOND J., *Managing Change or Coping With Conflict? Mapping the Experience of a Local Regeneration Partnership*, in *Local Economy*, 2001, vol. 16.

DI FILIPPO E. (a cura di), *I processi di cambiamento nella pubblica amministrazione italiana. Le tendenze in atto*, in www.unich.it.

DI GASPARE G., *I servizi pubblici locali in trasformazione*, Cedam, Padova, 2010, 18-19.

DI GASPARE G., *Monopolio e competizione nei servizi pubblici locali nella prospettiva comunitaria*, in *Amministrazione in cammino*, 7.

DI MEGLIO M., *Sociologia della Terza Via*, in *Economia & Lavoro* 2002, n. 2, 39 ss.

DI PACE R., *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006.

DOMINICHELLI V., *I servizi pubblici locali tra diritto amministrativo e diritto privato (a proposito del "nuovo" art. 113 del T.U.E.L.)*, in *Dir. Amm.*, 2002.

DONATI D., *Digital divide e promozione della diffusione delle ICT*, in MERLONI F. (a cura di) *Introduzione all'e-government. Pubbliche amministrazioni e società dell'informazione*, Torino, 2005.

D'ORLANDO E., *Profili costituzionali dell'amministrazione digitale*, in *Dir. informatica* 2011, 02, 213.

D'ORTA C., *I 3 pilastri della riforma digitale della PA*, in Lav. nelle p.a. 2006, 02.

DREWRY G., *The New Public Management*, in *The Changing constitution*, ed. by JOWELL J. E OLIVER D., Oxford, 2000, pagg. 167 ss.

DUGATO M., *I servizi pubblici locali*, in Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, III, Milano 2003.

DUGATO M., *Il servizio pubblico locale: realtà e virtualità nei criteri di classificazione (nota a Cons. Stato, Sez. V, 10 marzo 2003, n. 1289)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003.

DUGATO M., *Sul tema delle società a partecipazione pubblica per la gestione dei servizi locali. Costituzione della società, dismissioni, affidamento del servizio, rapporto tra ente e società*, in *Riv. trim. app.*, 1996, n 2.

DUGATO M., CAVALLARI M.G., *La responsabilità amministrativa per danno erariale nelle società partecipate dagli enti pubblici*, in *Responsabilità amministrativa per danno erariale nella gestione dei rapporti di lavoro*, a cura di V. CASTIGLIONE e A. PIZZOFERRATO, Padova, CEDAM, 2009.

DUGATO M., PIPERATA G., *I servizi pubblici locali e il governo del territorio*, Venezia, 2005, p. 3.

DUNI G., *Le firme elettroniche nel diritto vigente (osservazioni sulla normativa italiana nel 2006)*, in *Dir. informatica* 2006, 4-5.

DURET P., *Riflessioni sulla legitimatio ad causam in materia ambientale tra partecipazione e sussidiarietà*, in *Dir. proc. amm.* 2008, 03.

EMMERICH M., *Central and Local, Market and State: The Cundrums of Public Services Reform*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it.

ENTWISTLE T., M. LAFFIN, *A Prehistory of the Best Value Regime*, in *Local Government Studies*, 2005, vol. 31, n. 2, 213.

ENTWISTLE AND S. MARTIN, *From competition to collaboration in public service delivery: a new agenda for research*, in *Public Administration*, Blackwell Publishing, Oxford, Vol. 83 No. 1, 2005, 233.

M. FALLON, *Les droits fondamentaux liés à la citoyenneté de l'Union européenne sous les regards croisés du traité CE et de la Charte*, in CARLIER/DE SCHUTTER (a cura di), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, 2002, p. 179 ss.

FARINELLA D., *Cambiamenti organizzativi nella pubblica amministrazione italiana:*

note dal campo, in CASULA C. (a cura di), *Riorganizzare: l'economia, la società*. Scritti in onore di Francesco Paolo Cerase, Carocci, Roma, 2013.

FARNETI G., *Il sistema dei controlli sulle partecipate alla luce della riforma e delle recenti modifiche ordinamentali, intervento nel corso del convegno su "La Riforma dei servizi pubblici locali. Liberalizzazione dei mercati e strategie di rilancio delle utilities"*, organizzato da Maggioli Editore, tenutosi il 16 febbraio 2010 a Bologna, in www.amministrazioneincammino.it.

FENWICK J., HARROP K., *Servizi pubblici locali nel Regno Unito. Privatizzazione e concorrenza*, in *Il Diritto dell'economia* 2000, n. 1, p. 55.

FERLIE E., *New Public Management. Current trends and future prospects*, New York, Routledge, 2002, pagg. 78 ss;

FERRARI E., *Aziende municipalizzate ed enti locali: esperienze e prospettive*, in *Quad. reg.* 1986, pp. 1268 ss..

FERRARI G.F., *Servizi pubblici locali e interpretazione restrittiva delle deroghe alla disciplina dell'aggiudicazione anticoncorrenziale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2005.

FERRARI G.F., *Commento a Cons. St. sez. II, parere 18 aprile 2007 n. 456*, in www.giustamm.it, 8/2007.

FERRARO V., *La nuova ricostruzione dell'in house providing proposta dalla Corte di Giustizia nella sentenza Stadt Halle*, in *Riv. it. dir. Pubbl. comunit.*, 205, 3-4.

FERRARO V., *Partenariati pubblico-privati ed in house providing*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 2010, 06.

FERRARO V., *Le principali implicazioni della giurisprudenza comunitaria in materia di in house providing sulle forme istituzionalizzate di partenariato pubblico-privato*, in M.P. Chiti (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Concessioni finanza di progetto società miste fondazioni*, Napoli, 2009.

FERRERA M., *Il Welfare State in Italia: sviluppo e crisi in prospettiva comparata*, Il Mulino, Bologna, 1984.

FIDONE G., RAGANELLI B., *Public private partnerships and public works: reducing moral hazard in a competitive market - Partenariato pubblico-privato e lavori pubblici: ridurre l'azzardo morale in un mercato competitivo*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2008, 1, pt. 1.

FIMMANO' F., *Le società di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. notariato* 2009, 04.

FISSI S., GORI E., ROMOLINI A., *Il rischio finanziario dei comuni italiani: un'indagine empirica*, in Riv. dottori comm., fasc.3, 2013, pag. 501.

FLICK C., AMBRIOLA V., *La cittadinanza amministrativa telematica fra previsioni normative ed effettività*, in Dir. informatica 2006, 06.

FLORENZANO D., *La normativa applicabile agli appalti pubblici di servizi al di sotto della soglia di rilievo comunitario*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Appalti pubblici di servizi e concessioni di pubblico servizio*, Cedam, Padova, 1998, p. 145.

FOOTIT R., *From Competitive Tendering to Best Value for Local Government Services*, in Riv. Trim. di dir. Pubbl., 1999, n. 2, p. 516.

FORTE F., *Le scelte finanziarie dell'Italia unita*, in Riv. Fin. 2011, 03, 299.

FRACCHIA F., *Studio delle società pubbliche e rilevanza della prospettiva giuspubblicistica, Nota a Tar Lombardia, sez. I, ord. 13 ottobre 2004, n. 175* in Foro it., 2005, III.

FRANCANZANI M.M., *Le società degli enti pubblici: tra codice civile e servizio ai cittadini*, in www.giustizia-amministrativa.it.

FREEDLAND M., SCIARRA S. (a cura di), *Public services and citizenship in European Law*, Oxford, 1998.

FREEDLAND M., *Government by Contract and Public Law*, in *Public Law*, 1994, pagg. 86 ss.

FREGO LUPPI S., *L'amministrazione regolatrice*, Torino, 1999.

FRENI E., *Il Consiglio di Stato salva le società miste ma non il mercato e la concorrenza*, in Giorn. dir. amm., 2007.

FRESA C., *Servizio pubblico*, in G. Guarino, *Dizionario amministrativo*, Milano 1983.

FREY L., *La riforma dello "stato del benessere", secondo il programma del Governo Blair*, in *Quaderni di Economia del Lavoro* 2001, vol. 70.

FROSINI T.E., *Il diritto costituzionale di accesso a Internet*, in *Munus*, n. 1, 2011.

FROSINI T.E., *L'orizzonte giuridico dell'Internet*, in Dir. informatica, n. 2, 2002, 275.

FROUD J., *The Private Finance Initiative: risk, uncertainty and the state*, in *Accounting, Organizations and Society*, vol. 28, 6, 2003.

GAETA M.M., *Riflessioni in tema di società in house, controllo analogo e discrezionalità gestoria in house, controllo analogo e discrezionalità gestoria*, in Giur. merito 2012, 6.

GALEOTTI G., *Perché una direttiva dovrebbe funzionare meglio di un ordine?*, In Atti del convegno Efficienza ed Efficacia dell'azione pubblica, 20 Ottobre 2008, Università di Roma La Sapienza.

GALESI M., *In house providing: verso una concreta definizione del "controllo analogo"?*, in Urb. e app., 2004.

GALETTA D.U., *Trasparenza e governance amministrativa nel diritto europeo*, in Riv. it. dir. pubbl. comunit., fasc.2, 2006, pag. 265.

GALLI G., *Privatizzazioni e riforma della regolamentazione in Italia*, in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 1998.

GALLO F., *Lectio magistralis "Democrazia 2.0. La Costituzione, i cittadini e la partecipazione"*, Conversano, domenica 15 settembre 2013;

GALLUCCI C., voce *Servizi Pubblici Locali*, in Enciclopedia Giuridica Treccani, 1999, p. 1.

GAMBINO A., *Dal monopolio alla liberalizzazione: regolamentazione normativa delle asimmetrie nel mercato delle telecomunicazioni*, in Giur. comm., 1996,1, p. 5 ss.;

GARDELLA A., *Art. 295 TCE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004.

GARLATTI A., *Scelte gestionali per i servizi pubblici locali*, CEDAM, Padova, 2005.

GAROFOLI R., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2010.

GAROFOLI R., *Sviluppi in tema di giurisdizione amministrativa e regole costituzionali, organo indiretto, nozione comunitaria di amministrazione aggiudicatrice, riparto per blocchi di materie*, in Foro it., 1999, III.

GAROFOLI R., *La privatizzazione degli enti dell'economia*, Milano, 1998.

GAROFOLI R., FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, Nel Diritto Editore, 2009, 192 ss.

GEDDES M., *Local Partnership: A Successful Strategy for Social Cohesion?*, European Foundation for the Improvement of Living and Working conditions, Luxembourg: Office for official Publications of the European Communities.

GEDDES M. and BENINGTON J., *Local Partnerships and Social Exclusion in the European Union. New forms of local social governance?*, London-New York, 2001.

GEDDES M. and LE GALES P., *Local partnership, welfare regimes and local governance: a process of regime restructuring?*, in M. Geddes, J. Benington (eds.), *Local*

partnership and social exclusion in the European Union: new forms of local social governance, London, 2001.

GEDDES M., *Partnership and the Limits to Local Governance in England: Institutional Analysis and Neoliberalism*, in *International Journal of Urban and Regional Research*, 2006, vol 30, n. 1.

GEDDES M., *Partnerships against poverty and exclusion? Local regeneration strategies and excluded communities in the United Kingdom*, Bristol, 1997; M. GEDDES, *Partnerships and local development in the European Union*, in G. Haughton (ed.), *Community economic development*, London, 1999.

GHELARDUCCI F., Commento agli artt. 22 e 23, in *La riforma delle autonomie locali*, Prime note, Roma, 1990.

GHELARDUCCI F., *Privatizzazioni e servizi pubblici locali*, in *Foro amm.*, 1996.

GIACALONE P., *L'affidamento in house può essere legittimo anche con un'azione di 1 euro*, in *Diritto e Giustizia* 2012, 0.

GIACALONE P., *Problemi e prospettive nella realizzazione del governo elettronico*, 20-22 novembre 2000, in www.spol.unica.it.

GIANFELICI C., *I servizi pubblici locali in outsourcing. Le funzioni di indirizzo e di controllo dei comuni*, Milano, 2008.

GIANNINI M.S., *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Milano, 1950, p. 115.

GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, III ed., Milano, 1993, I.

GIANNINI M.S., *Il servizio pubblico sotto il profilo giuridico*, in *Statistica e Pubblica Amministrazione*, II.

GIANNINI M.S., *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, II, pp. 707 ss.;

GIANNINI M.S., *Il pubblico potere. Stato e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986, p. 69 ss..

GIANNINI M.S., *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, in *Riv. amm.*, 1953, p. 614.

GIBBS D.C., JONAS A.E.G., REIMER S. and SPOONER D.J., *Governance, institutional capacity and partnerships in local economic development: theoretical issues and empirical evidence from the Humber Sub-region*, in *Transactions of the Institute of British Geographers*, 2000, vol. 26, n. 1.

GIGLIONI F., *Osservazioni sulla evoluzione della nozione di servizio pubblico*, in Foro Amm., 1998.

GIGLIONI F., *Il principio di sussidiarietà orizzontale nel diritto amministrativo e la sua applicazione*, in Foro amm., CDS 2009, 12.

GIGLIONI F., *Le garanzie degli utenti dei servizi pubblici locali*, in Dir. Amm. 2005, 02, 353.

GIOVANNELLI M., *Verso il tramonto degli affidamenti diretti*, in Urb. app., 2007.

GIOVANELLI L., *Modelli contabili e di bilancio in uno Stato che cambia*, Giuffrè, Milano, 2000, pag. 3.

GIUSEPPONI K., *Gestione e controllo delle amministrazioni pubbliche. Strumenti operativi e percorsi di innovazione*, Giuffrè, Milano 2009, p. 56.

GLYNN, J.J. AND MURPHY, M.P. (1996) *Public Management. Failing accountabilities and failing performance review*, in International Journal of Public Sector Management, Vol. 9, No. 5/6, pp. 125-137.

GOBBATO S., *Regole di concorrenza e gestione in house dei servizi socio-assistenziali, Nota a Consiglio di Stato, sezione V, 30 agosto 2006, n. 5072*, in Foro amm. CDS 2007, 2.

GOISIS F., *Nuovi sviluppi comunitari e nazionali in tema di in house providing e suoi confini*, in Dir. amm., 2008.

GOISIS F., *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004, 118 s.

GOSETTI Di STURMECK G., *Il nuovo welfare locale: dal Compulsory Competitive Tendering al Best Value regime*, in Le Regioni 2/2007.

GRACILI R., BENELLI F. – COSSU F., *Enti locali e servizi pubblici*, in Nuova rassegna, 1999, n. 11.

GRAZIANO A., *Servizi pubblici locali: modalità di gestione dopo le riforme di cui alla l. 24 novembre 2003 n. 326 e alla l. 24 dicembre 2003 n. 350 e compatibilità con il modello dell'in house providing alla luce delle ultime pronunce della Corte di giustizia (Sentenze Stadt Halle del 11 gennaio 2005; Parking Brixen del 25 ottobre 2005 e Modling del 10 novembre 2005)*, in www.giustizia-amministrativa.it,

GRECO G., *Gli affidamenti in house di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio ed il principio della gara*, in Riv. It. Dir. Pubbl. Com, 2000.

GRECO G., *Organismo di diritto pubblico atto I*, in questa *Rivista*, 1998, pp. 733 e ss.,

GRECO G., *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti "in house": ampliamento o limitazione della concorrenza?*, in questa *Rivista*, 2005.

GRECO G., *Organismo di diritto pubblico atto II: le attese deluse*, in G. Greco, *Argomenti di diritto amministrativo*, in Riv. dir. pubbl. com., 1999.

GRECO G., *Gli appalti pubblici di servizi e forniture; le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in Riv. It. Dir. Pubbl. Com, 2001, pp. 495 e ss., 2000.

GROSSI P., *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento epistemologico*, in Quad. fior., 2003.

GRUENING G., *Origin and theoretical basis of NPM*, International Public Management Journal 1/2001, pag. 1 e ss.

GUALTIERI F., *Servizi pubblici locali: privatizzazioni e liberalizzazioni; vincoli di legge e autonomie*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2005, IV.

F. GUERRA, *Il "controllo analogo"*, in Giur. comm., fasc.5, 2011, pag. 774.

GUERRERA F., *Le società a partecipazione pubblica*, Giappichelli, 2010.

GUTHRIE J., *Australian Public Sector Accounting: Transformations and Managerialism*, Accounting Research Journal 2/1993, pag. 15 e ss.

HARDEN I., *The contracting State*, Open University Press, 1992.

HERMAN R., *Digital divide in European Union*, in Lex ET Scientia Int'l ũj., XVI, 1/2009.

HIGGINNS P. (2005), *The role of competition in Best Value: how far does it differ from CCT?*, in Local Government studies, 2005, vol. 31, n. 2, p. 220.

HOPKIN J., *Dalla crescita alla crisi: la recessione in Gran Bretagna*, in il Mulino 6/2009.

IBBA C., *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in Riv. soc., 2005.

IELO D. – LOPILATO V., *Società miste locali e servizi pubblici: affidamento diretto, scelta del socio di minoranza e limiti all'attività extra moenia*, in Giur. amm., 2002.

IEMMA R., *Il nuovo diritto all'uso delle tecnologie: effettività e azionabilità*, in Il nuovo diritto, 2007, n. 3-4.

IEVA L., *La teoria del servizio pubblico nell'evoluzione normativa, dottrinale e giurisprudenziale*, in T.A.R., 2001.

ILEO D., *Gli affidamenti interni negli enti locali*, in *Amministrare*, 2006.

ILACQUA A., *L'in house "puro" dopo la riforma della materia dei servizi pubblici locali*, in Foro amm. CDS 2012.

IRTI N. e SEVERINO E., *Dialogo su diritto e tecnica*, Laterza, Roma-Bari, 2001.

JACKSON P.M., STAINSBY L., *Managing public sector networked organizations*, in *Public money & management*, vol. 20, 2000.

JONES G. & STEWART J. (2009): *New development: Accountability in public partnerships—The case of Local Strategic Partnerships*, *Public Money & Management*, 29:1.

JORDANA G.V., *Il concetto di "servizio universale" nella normativa comunitaria*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 1998, p. 673.

KICKERT W.J.M., *Public governance in the Netherlands: an alternative to anglo-american "managerialism"*, in *Public Administration*, vol. 75, Winter 1997, pag. 735.

KOOIMAN J., VAN VLIET M., *Governance and Public Management*, in ELIASSEN K.A.M., KOOIMAN J., *Managing Public Organizations: Lessons from Contemporary European Experience*, Sage, London, 1993.

KUDO H., *E-Governance as strategy of public sector reform: peculiarity of Japanese IT policy and its institutional origin*.

LADU G., *Processi decisionali e controlli di gestione nel settore pubblico*, in *Riv. dir. fin.*, fasc.3, 2000, pag. 462.

LAMBIASE F., *Tutela dell'interesse generale e universalità del servizio in Europa*, in *I quaderni del GRIF*, 2005.

LAMORGESE A., *La responsabilità degli organi delle società a capitale pubblico tra corte dei conti e giudice ordinario the responsibility of corporate bodies of public capital between ordinary courts and the court of auditors*, in *Giust. civ.* 2013, 5-6.

LARICCIA S., *Buon andamento ed economicità: nuovi criteri per la funzione del diritto e il mestiere del giurista?* In atti del convegno *Efficienza ed efficacia dell'azione pubblica*, tenutosi il 20 ottobre 2008 presso l'Università di Roma La Sapienza.

LA ROCCA P., *Il potere di scelta dell'ente locale nella gestione dei pubblici servizi*, in *Nuova rassegna*, Firenze, 1992, n. 17.

LEWIS N., *Reviewing Change in Government: New Public Management and Next Steps*, in *Public Law*, 1994, pag. 105 e ss.

LANDOLFI F., *I servizi pubblici locali*, in *Nuova rassegna*, 1999, n. 2.

LAZZARO P., *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2002, p. 3,

LEVIS M. –MANACORDA C. –GROMIS E., *Le società miste*, in *Il Sole24ore*, 2003.

LEPORE V., *La normativa sui servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 199 del 2012*, in www.amministrazioneincammino.it

LEYLAND P., *UK Utility Regulation in an Age of Governance*, in N. BAMFORTH and

LEYLAND P., *Public Law in a Multy-Layered constitution*, Hart publishing, 2003

LEYLAND P., *The Modernisation of Local and Regional Government in the United Kingdom: Towards A New Democratic State?*, in C. Bologna, Bonomo Editrice, 2003.

LIGUORI F., *I servizi pubblici locali*, Torino, 2007.

LOLLI A., *Servizi pubblici locali e società in house: ovvero la collaborazione degli enti locali per la realizzazione di interessi omogenei*, in *Foro amm., Tar* , 2005.

LOGIUDICE F., *Le società strumentali tra il d.l. Bersani e il d.l. Spending Review, Corte dei Conti , sez. Lombardia, deliberazione 07.10.2013 n° 411*, in www.altalex.com.

LOTTI P., *Concessioni di pubblici servizi, principi dell'in house providing e situazioni interne: Corte CE, sez. I, 13 ottobre 2005, C-458/03: il commento*, in *Urb. app.*, 2006, 1 (gennaio).

LOTTINI M., *I servizi di interesse economico generale: una nozione controversa*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.5, 2005, pag. 1351.

LOTTINI M., *Mixed (semi-public) companies and the provision of 'public services': a recent Opinion of the Italian Council of State*, in *European Public Private Partnership Law Review*, 3, 2007.

LO RUSSO S., *Servizi pubblici e organismi di diritto pubblico*, in *Riv. trim. app.*, 2000, n. 4.

LUCARELLI A., *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia*, Nota a: Corte Costituzionale, 17/11/2010, n. 325, in *Giur. cost.* 2010, 6.

LUCARELLI S., *La società dell'informazione: problemi e prospettive*, in *Informatica e documentazione*, 1998, 1.

LUCARELLI S., *L'oceano in un secchiello: l'apertura alla concorrenza nei settori dei servizi di pubblica utilità*, in www.unibg.it.

LUCCIARDELLO S., *Amministrazione e cittadino*, in *Diritto e processo amministrativo* 2 e 3 del 2013.

LYON-CAEN, V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Services publics et droits fondamentaux dans la construction européenne*, Parigi, 2001.

LUCIANI F., *La gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Dir. Amm.*, 1995.

LYON D., *La società dell'informazione*, Bologna, 1991.

MACRI' I. – MACRI' U. – PONTEVOLPE G., *Il nuovo codice dell'amministrazione digitale*, Ipsoa, 2011.

MAHLMANN M., *Die Grundrechtscharta der Europäischen Union*, in *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, 2000, p. 419 ss.

MALARET G.E., *Partenariato pubblico-privato: finanziamento delle infrastrutture e gestione dei servizi pubblici locali in Spagna*, in *Ser. pub. app.*, 2003, 2.

MAMELI B., *Brevi considerazioni per una interpretazione estensiva della dir. n. 89/440/CEE*, Nota a Cassazione civile, 06/05/1995, n. 4989, sez. Unite, in *Giust. civ.* 1995, 12.

MAMELI B., *Servizio pubblico e concessione*, Milano, 1998, p. 280 ss.;

MAMELI B., *L'in house tra regola ed eccezione*, in *Resp. civ. e previdenza* 2010, n. 10.

MANFREDI SELVAGGI C.A., *I servizi pubblici locali*, in *Nuove autonomie*, 1996, n. 4.

MANGANI R., *Le problematiche operative dell'in house*, in www.osservatorioappalti.unitn.it.

MANGIALARDI G., *Affidamento di servizio pubblico a società mista*, in *Urb. e app.*, 2002, 1188 ss.

MANINI G., *Gestione dei servizi pubblici da parte degli enti locali*, in *Nuova rassegna di legislazione*, Firenze, 1995, n. 2, p.155 ss.;

MANISCALCO F., *Alcune considerazioni sull'affidamento dei servizi sociali di rilevanza economica*, Nota a Consiglio di Stato, 30 agosto, n. 5072, sez. V, in *Foro amm. CDS* 2007, 3.

MARCHEGIANI G., *Alcune considerazioni in tema di diritto comunitario concernente le concessioni ed i c.d."affidamenti in-house"*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2004, f. 11.

MARCHIAMO' G., *Occorre cambiare tutto perché nulla cambi: la tormentata vicenda dei sieg*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.5-6, 2013, pag. 1021.

MARCOU G., *Politiche di liberalizzazione ed espansione del diritto pubblico*, in LUCARELLI F. (a cura di), *Il diritto pubblico tra crisi e ricostruzione*, La scuola di

- Pitagora editrice, Napoli, 2009, 34.
- MARENGHI E., *Sottosistema dei servizi e sistema delle autonomie locali nel quadro della riforma*, in *Studi in onore di V. Ottaviano*, vol. II, Milano, 1993, 981
- MARINO I., *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1986.
- MARINÒ L., *Strategie di riforma del settore pubblico in una prospettiva economico-aziendale: privatizzazione e gestione contrattuale delle public utilities*, Giappichelli, Torino, 2005.
- MARRONE P. G. - S. MUSOLINO S., *La riforma dei servizi pubblici locali alla luce del d.p.r. 7 settembre 2010, n. 168*, DIKE, 2011.
- MARTELLI V., *Servizi pubblici locali e società per azioni*, Milano, 1997.
- MARTIN W.J., *The global information society*, Aldershot, Aslib Gover, 1997.
- MARTINOTTI G., *Le tecnologie dell'informazione* [1984], in *Amministrare*, Aprile 2013.
- MASSERA A., *L'"in house providing": una questione da definire*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 8.
- MASUCCI A., *Erogazione on line dei servizi pubblici e teleprocedure amministrative. Disciplina giuridica e riflessi sull'azione amministrativa*, in *Diritto pubblico* 3/2003.
- MASUCCI A., *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie*, Giappichelli, Torino, 2011.
- MATARAZZO A.E., *Codice dell'amministrazione digitale (D.Lgs. n. 82/2005 coordinato con le modifiche introdotte dal D. Lgs. n. 159/2006): "andamento lento" di un percorso in salita*, in *Lo Stato Civile Italiano*, maggio 2007.
- MATTELART A., *Storia della società dell'informazione*, Torino, 2002.
- MAZZAMUTO M., *Brevi note su normativa comunitaria e in house providing*, in *Dir. Ue*, 2001.
- MC QUAID R.W. & SCHERRER W. (2010): *Changing reasons for public-private partnerships (PPPs)*, *Public Money & Management*, 30:1, 27-34.
- MERLONI F., *L'assunzione/istituzione dei servizi pubblici (locali) tra ordinamento italiano e ordinamento comunitario*, in *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2010.
- MERLONI F. (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008.
- MERLONI F., *Introduzione all'e-Government: Pubbliche amministrazioni e società*

dell'informazione, Giappichelli, Torino 2005.

MERUSI F., *Nuove avventure e disavventure della legalità amministrativa*, in *Dir. amm.*, fasc.4, 2011, pag. 741.

MERUSI F., *Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, Bologna, 2002.

MERUSI F., *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Diritto Amministrativo*, fasc.1, 2004, pag. 37.

MERUSI F., *Servizio pubblico*, in *Noviss. dig. it.*, 1970, vol. XVII.

MIELE G., *La distinzione tra ente pubblico e privato*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1987, vol. I.

MIELE G., *Principi di diritto amministrativo*, Padova, II, 1953.

MIELE G., *Pubblica funzione e servizio pubblico*, AG, 1993.

MIELE G., *Ente pubblico e concessione di servizi pubblici* in *Foro amm.*, 1942.

MIGNELLA CALVOSA F. (a cura di), *La governance degli enti locali nella gestione dei servizi pubblici*, Rubbettino, marzo 2007.

MINIUSSI D., *La nozione di servizio pubblico locale tra diritto europeo e ordinamento nazionale*, in *Il diritto dell'economia*, vol. 26, n. 80, pp. 120 ss.

MINOGUE M., POLIDANO C., HULME D., *Introduction: the analysis of public management and governance*, in MINOGUE M., POLIDANO C., HULME D. (a cura di), *Beyond The New Public Management*, Edward Elgar, UK-USA, 1998, pagg. 4-7.

MOLINARI G., *In house providing e profili di diritto societario*, in *Il nuovo diritto*, 2006, 183 ss.;

MONTEMARTINI G., *La municipalizzazione dei pubblici servizi*, Società editrice libraria, Milano 1902, p. 94.

MORCIANO M., *Servizi on line e multicanalità: alcune considerazioni metodologiche*, in www.astrid-online.it

MORISON J., *Modernising Government and the E-Government Revolution: Technologies of Government and Technologies of Democracy*, in N. BAMFORTH and P. LEYLAND, *Public Law in a Multy-Layered constitution*, Hart publishing, 2003.

MORZENTI PELLEGRINI R., *Società affidatarie dirette di servizi pubblici locali e controllo "analogo" esercitato in maniera congiunta e differenziata attraverso strutture decisionali "extra-codicistiche"*, Nota a: Corte giustizia CE, 10/09/2009, n. 573, sez. III,

in Foro amm. CDS 2009.

MUSSA A., *Le società miste nell'ordinamento italiano*, Nota a: Consiglio di Stato , 16/03/2009, n. 1555, sez. VI, in Foro amm. CDS 2009, 4, 1081.

MUSSARI R., *Il processo di privatizzazione: un'opportunità di rinnovamento per le pubbliche amministrazioni*, in *Azienda Pubblica*, 1994, pagg. 223 ss.

MUSSARI R., *La privatizzazione gestionale nelle amministrazioni pubbliche: fondamento etico, fini economico-aziendali*, in AA.VV., *La privatizzazione nel settore pubblico*, Cacucci, Bari, 1995, pagg. 107-123.

MUSSARI R., *Il management delle aziende pubbliche*, Cedam, Padova, 1994.

MUSSELLI L., *Affidamento diretto di servizi a società a prevalente capitale pubblico locale e principi comunitari di concorrenza*, in *Foro amm.-TAR*, 2003, pp. 2175 e ss.,

NAO, *Better public services through E-government: academic article in support of better public services through e-government*, London, 4 april 2002.

NAO, *Cross Government. Digital Britain One: Shared infrastructure and services for government on line*, 9 dicembre 2011.

NAPOLITANO G., *La pubblica amministrazione e le regole dell'esternalizzazione*, *Dir. dell'economia*, 2006, IV.

NAPOLITANO G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003.

NAPOLITANO G., *Servizi pubblici*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, vol VI, Milano, 2006.

NAPOLITANO G., *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, CEDAM, 2001.

NAPOLITANO G., *Il servizio universale e i diritti dei cittadini utenti*, in *Mercato concorrenza regole*, n. 2/2000;

NAPPI A., *Il decreto liberalizzazioni e i servizi pubblici locali di rilevanza economica: verso la risoluzione di un'antinomia?* in *Il nuovo diritto amministrativo* 1/2012.

NICO A.M., *Concordanze e dissonanze nei processi di privatizzazione nei Paesi dell'Unione europea: il caso spagnolo e italiano*, in *Osservatorio di diritto comunitario e nazionale sugli appalti pubblici*, 2000.

NICODEMO A., *Società pubbliche: attività d'impresa e attività amministrativa*, Nota a Consiglio di Stato, sez. VI, 11/01/2013, n. 122, in Foro amm. CDS 2013, 3.

NICOLAIS L., *Verso il sistema nazionale di E-Government. Linee strategiche*, in www.funzionepubblica.gov.it.

NICOSIA M., *Principio di trasparenza dell'azione amministrativa ed obbligo di motivazione. Il diritto di accesso*. Napoli, 1992.

NIGRO M., *Studi sulla funzione organizzatrice della Pubblica Amministrazione*, Milano 1966.

NIGRO M., *L'edilizia popolare come servizio pubblico*, in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 1957.

NUZZI G.B., *Concorrenza e servizi pubblici locali: principi comunitari e spunti problematici nella prospettiva della riforma del capo VII della l. 8 giugno 1990, n. 142*, in Diritto del Commercio Internazionale, fasc.3, 2000, pag. 615.

OECD Reports, *Restructuring public utilities for competition*, 2001

ORLANDO V.E., *Introduzione al diritto amministrativo*, in *idem (a cura di), Primo trattato completo di diritto*, I, Milano, 1900.

OSNAGHI A., *Pubblica amministrazione che si trasforma: "Cloud computing", federalismo, interoperabilità*, in *Amministrare*, aprile 2013, p. 63.

PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova 1992, parte spec.

PAITER C., *Public Service Reform From Tatcher To Blair: A Third Way*, in *Parliamentary Affairs* 1999, vol. 52, 94;

PAJNO A., *Servizi pubblici e tutela giurisdizionale*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Atti del XLI convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna 21-23 settembre 1995, Milano, 1997.

PALLOTTA A., *Servizi pubblici locali: affidamenti in house e società miste nella più recente giurisprudenza*, in Riv. it. dir. pubbl. comunit. 2008, 01, 191.

PALMER S., *Freedom of Information: A New Constitutional Landscape?*, in N. BAMFORTH and P. LEYLAND, *Public Law in a Multy- Layered constitution*, Hart publishing, 2003.

PARETO V., *I sistemi socialisti*, Utet, Torino 1973, p. 684.

PARKER D. (2009): *Debate: History of privatization*, *Public Money & Management*, 29:3, 140-142.

PARISIO V., *Gestione dei servizi pubblici locali, tutela delle risorse pubbliche e contenimento della spesa*, in *Foro Amministrativo T.A.R.*, N. 1 Gennaio 2013, 385.

PARISIO V., *Forma privatistica e sostanza pubblicistica: modello societario e gestione dei servizi pubblici locali*, in *Giust. Amm.*, 2012, n. 12.

PARISIO V., *Servizi pubblici, giudice amministrativo e in house providing*, in *Dir. e*

soc., 2007.

PARISIO V., *La gestione dei servizi pubblici locali negli statuti comunali*, in Trib. Amm. reg., 1994, n. 2, II.

PASQUINI, *Le nuove prospettive degli appalti pubblici in Europa: Comunicazione CE 11 marzo 1998, n. COM(98)143*, in Giorn. dir. amm., 1998, 9, 889 ss.

PASTORI G., *Servizi pubblici nazionali e modelli di gestione fra pubblico e privato*, in Quaderni regionali, 1991, n. 4.

PATRICELLI L., *Ipotesi di Partenariato Pubblico-Privato per la realizzazione delle reti di comunicazione a banda larga (Next Generation Networks, NGN)*, in www.altalex.com

PELLEGRINI R.M., *L'utilizzabilità delle società a capitale misto pubblico-privato per la gestione di servizi pubblici, tra precisazioni in ordine agli specifici requisiti legittimanti e residue necessità di chiarimenti*, in Foro amm. C.d.S., 2009, n. 3.

PEREZ R. (a cura di), *I servizi pubblici*, Milano, 1985.

PERFETTI L., DE CHIARA A., *Organismo di diritto pubblico, società a capitale pubblico e rischio d'impresa*, in Dir. amm., 2004, 1.

PERFETTI L., *I servizi pubblici locali. La riforma del settore operata dall'art. 35 della l. n. 448/2001 ed i possibili profili evolutivi*, in Dir. Amm., 2002.

PERFETTI L., *Organismo di diritto pubblico e rischio di impresa*, in Foro amm.-CdS, 2003, 9.

PERFETTI L.R., *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001;

PERFETTI L.R., *L'affidamento diretto di servizi pubblici locali a società partecipate dai Comuni, tra amministrazione indiretta e privilegi extra legem*, in Foro amm. – Cons. Stato, 2004.

PERIN M., *Il processo di digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche*, su www.giust.it/articoli/perin_egovernment., 2003.

PERINI A., *L'affidamento dei servizi pubblici*, in Ec. dir. terz., 1995, 7.

PETRONI P., *Il servizio pubblico nell'esperienza giuridica italiana*, 28 Dicembre 2006, in www.diritto.it.

PIAGGESI D. – SUND K.J. – CASTELNOVO W., *Global Strategy and Practice of E-Governance: Examples from around the World*, New York, 2011, XVIII.

PIAZZONI D., *In house providing, partenariati pubblico-privato istituzionalizzati e partecipazione al capitale sociale a scopo di finanziamento*, Nota a Corte giustizia CE , 17/07/2008, n. 371, sez. II, in Giur. comm. 2009, 1.

PICARD E., *Citizenship, Fundamental Rights, and Public Services*, in FREEDLAND M., SCIARRA S. (a cura di), *Public services and citizenship in European Law*, Oxford, 1998.

PINARDI R., *Volontà referendaria e legislazione successiva tra regime formale e forza politica della pronuncia popolare abrogativa*, Nota a: Corte Costituzionale , 20 luglio 2012, n.199, in Giurisprudenza Costituzionale, fasc.4, 2012, pag. 2892B

PIOGGIA A., *Appunti per uno studio sulla nozione di pubblico servizio: i limiti e i requisiti dell'assunzione del servizio pubblico da parte dell'ente locale*, in quaderni del Pluralismo, 1998.

PIPERATA G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Giuffrè, 2005.

PIPERATA G., *L'affidamento in house nella giurisprudenza del giudice comunitario, nota a Corte di Giustizia Ce, 13 ottobre 2005, causa C-458/03*, *Giorn. dir. amm.*, 2006.

PIPERATA G., *Le società pubbliche al vaglio dell'Adunanza Plenaria*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 11, 1126 ss.).

PIRAS P., *Servizi pubblici e società a partecipazione comunale*, Giuffrè, Milano, 1994.

PIRAS P., *I servizi pubblici tra efficienza e fini sociali*, in *Dir. amm.* 1996, 01.

PIRAS P., *Il divario digitale*, Relazione al convegno *Legal tools for e-government*, Caserta, 21, 22 novembre 2003 in www.teleamministrazione.it;

PIRAS P., *Le privatizzazioni. Tra aspirazioni all'efficienza e costi sociali*, Giappichelli, Torino, 2005.

PIRAS P., *Itinerari dall'idea di semplificazione al percorso di innovazione tecnologica. L'equivoco di una fusione concettuale*, in *Dir. informatica* 2006, 4-5.

PIRAS P., *Verso il procedimento amministrativo elettronico*, in *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, a cura di G. CLEMENTE DI S.LUCA, Torino, 2006.

PISCHEL G., *L'azienda municipalizzata*, Roma, 1972.

PIZZETTI F., *Trasparenza e riservatezza nella pubblica amministrazione*, in PIZZETTI F., RUGHETTI A. (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico*, Studi Cis Anci, 2010.

PIZZETTI F., *Nell'era della rete*, Torino, Giappichelli, 2000.

PLAISANT A., *In house providing e società miste: due rette parallele o convergenti?*, in www.giustamm.it, 5/2007.

PODDA A., *Bisogni sociali e impegno pubblico: un caso di studio del welfare locale in Sardegna*, in CASULA C. (a cura di), *Riorganizzare: l'economia, la società. Scritti in onore di Francesco Paolo Cerase*, Carocci, Roma, 2013.

POLICE A., *Spigolature sulla nozione di "servizio pubblico locale"*, in *Dir. amm.* 2007, 01.

POLICE A., *Sulla nozione di «servizio pubblico locale»*, nel volume degli Atti del XLI Convegno di Studi di Scienza dell'amministrazione (Varenna, settembre 1995), *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Milano, 1997.

POLIMANTI P., *Le principali novità nei servizi pubblici locali. Alcuni aspetti problematici della riforma*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it.

POLLITT C., BOUCKAERT G., *Public management reform*, 2000.

POSELLI M., *I nuovi sistemi di gestione dei servizi negli enti pubblici locali*, in BIANCHI M. (a cura di), *Enti pubblici e competitività*, Il Ponte Vecchio, Cesena, 2001, pagg. 127-134.

POTOTSCHNIG U., *I pubblici servizi*, Padova, 1964.

POWELL M. and GLENDINNING C., *Introduction*, in C. GLENDINNING, M. POWELL and K. RUMMERY (eds.) *Partnership, New Labour and the Governance of Welfare*, Bristol, pp. 1-14.

PREDIERI A., *Le reti transeuropee nei Trattati di Maastricht e di Amsterdam*, in *Diritto dell'Unione Europea*, n. 3/1997.

PROWLE M.J. (2008): *New Development: Developing Contestability in the Delivery of Public Services*, *Public Money & Management*, 28:4, 255

PUBUSA A., *I servizi pubblici tra effettività e miti della concorrenza*, in *Dir. e proc. Amm.* 2-3/2013.

RANDELLI L. – MASTRAGOSTINO F., *I comuni e le province*, Bologna, 1998.

RANGONE N., *I servizi pubblici*, Bologna, 1999,

RANGONE N., *Il codice delle comunicazioni elettroniche. Commento a d.lg. 1° agosto 2003 n. 259, l. 3 maggio 2004 n. 112*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2004, 1173 ss.

RAVERA M., *Computer e "bestand". Alla ricerca di un dialogo tra ermeneutica e*

cibernetica, in *Aut Aut*, 1987, 103.

REDANÒ U., voce *Servizio pubblico*, in *Nuovo Digesto ital.*, 1940, XII, p. 231 ss.;

RENNA M., *Le società per azioni in mano pubblica*, Giappichelli editore, Torino, 1997.

RHODES R.A.W., *The new governance: governing without government*, in *Political studies*, XLIV, 1996.

RODRIGUEZ S., *Les services publics et le Traité d'Amsterdam*, in *Revue du Marché commune*, 1998.

RESTA G., *Identità personale e identità digitale*, in *Dir. informatica* 2007, 03, 511.

ROLLA G., *Manuale di diritto degli enti locali*, Rimini, 1997, p. 217 ss.;

ROMANO S., *Principi di diritto amministrativo italiano*, 2^a ed., Milano, 1906, 144.

ROMANO-TASSONE A., *I servizi pubblici locali: aspetti problematici*, in *Dir. E processo amm.* 2 e 3/2013, p 864.

ROMANO A., *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. amm.*, 1994.

ROMANO S., *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1918

ROSTAGNO, *Società miste: la via del Consiglio di Stato fra modello in house e partenariato pubblico-privato*, in *www.giustamm.it*, 5/2007.

RORDORF V. R., *Le Società "pubbliche" nel codice civile*, in *Società*, 2005, 423.

ROTONDO E., *Principi di public governance nei sistemi integrati di offerta turistica*, Giappichelli, Torino, 2011.

ROVERSI MONACO M.G., *I caratteri delle gestioni in house*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006.

RUTIGLIANO M. e FACCINCANI L., *Project finance nel partenariato pubblico-privato e valutazione del piano economico-finanziario*, in *Riv. dottori comm.* 2012, 01, 127

SABBIONI P., *La Corte equipara SPL di rilevanza economica e SIEG, ma ammette soltanto tutele più rigorose della concorrenza*, Nota a: Corte Costituzionale, 17/11/2010, n. 325, in *Giur. cost.* 2010, 6.

SALEMI E., *Manovra correttiva: misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria. Decreto Legge, testo coordinato 31.05.2010 n° 78 , G.U. 30.07.2010*, in www.altalex.com

SALVIA F., *Il servizio pubblico: una particolare conformazione dell'impresa*, in *Dir. pubbl.*, 2000.

SALVIA F., *I servizi pubblici nella letteratura recente*, in *Nuove auton.*, 2001.

SALVIA F., *Il servizio pubblico: una particolare conformazione dell'impresa*, in *Dir. pubbl.*, 2000, n. 2.

SARACINO C.M., *In house providing: margini di una scelta fra libera concorrenza e cooptazione*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2005, III.

SARCONE V., *La società dell'informazione come strumento di "integrazione" e "amministrazione" nell'Unione Europea*, in www.amministrazioneincammino.it.

SBISA' G., *Natura e funzione delle "carte dei servizi". La carta del servizio elettrico*, in *Rass. giur. en. el.*, 1997.

SBRESCIA M., *Le comunicazioni elettroniche tra tecnologia e regolazione*, *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 2011, 05.

SCHOEMAN M. , BAXTER D., GOFFIN K. & MICHELI P. (2012): *Commercialization partnerships as an enabler of UK public sector innovation: the perfect match?*, *Public Money & Management*, 32:6.

SCOCA F.G., *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, 258 ss.

SCOCA F.G., *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in *Le concessioni di servizi pubblici*, Rimini, 1988, 27.

SCOCCA F.G., *La collaborazione tra pubblico e privato*, in *ALJS VIGNUDELLI (a cura di), Istituzioni e dinamiche del diritto*, Torino, 2006.

SCOTTI E., *Organizzazione pubblica e mercato: società miste*, in *house providing e partenariato pubblico privato*, *Dir. amm.*, 2005, IV.

SCOTTI E., *Il pubblico servizio. Tra tradizione nazionale e prospettive europee*, PADOVA, 2003.

SCOTTI E., *Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico privato: osservazioni a margine di una recente pronuncia della Corte di Giustizia*, in *Foro amm.*, CDS 2005, 3.

SERAFINI V., *Esercizio privato di funzioni e servizi pubblici amministrativi*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 1997.

SIAS G., *Società dell'informazione: un futuro ineguale?* Milano, 2002;

SILVESTRO C., *E-government, e-governance, e-democracy*, in G. Cassano (a cura di), *Diritto delle nuove tecnologie informatiche e dell'internet*, Ipsoa, 2002.

SORACE D., *Note sui servizi pubblici locali dalla prospettiva di libertà di iniziativa*

economica e non dei privati, in AA.VV., Studi in onore di V. Ottaviano, Vol. II, Milano, 1993.

SORACE D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Il Mulino, Bologna, 2000, 124.

SORICELLI G., *Contributo allo studio del modello organizzativo dell'in house providing*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008.

SPACKMAN M., *Public-private partnerships: lessons from the British approach*, in *Ec. Syst.*, 2002, 26(3), pp. 283 e ss.;

SPADONI B., *La nuova disciplina dei servizi pubblici locali - I riflessi sulla concorrenza e sulla politica industriale*, in www.dirittodeiservizipubblici.it

SPADONI B., *Tendenze in atto e futuri sviluppi del sistema dei servizi pubblici nelle diverse aree del Paese*, in Quaderni del Formez n. 72/2008, p. 20.

STEWART J., *Modernising British Local Government. An assesment of Labour's Reform Programme*, Houndmills, Palgrave, 2003, 1.

STUMPO G., *L'appalto di servizi. La concessione di servizi e l'affidamento della gestione di servizi pubblici locali a società miste*, in Riv. Trim. App.2002.

TANZARELLA P., *Diritto a Internet: verso un nuovo diritto sociale?*, in <http://www.gruppodipisa.it/>

TAYLOR J. and WILLIAMS H., *Public administration and the information polity*, *Public Administration* 69(2) (1991), 171–90.

TETTINGER P., *Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, in Neue Juristische Wochenschrift, 2001, p. 1010 ss.

TOMASSINI, *Competere in rete*, Franco Angeli, Milano, 2002.

TORCHIA L., *La responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 7.

TORCHIA L., *Il sistema amministrativo italiano*, Il Mulino, Bologna, 2009,

TRIMARCHI BANFI F., *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)* in Riv. it. dir. pubbl. comunit.2012, 05, 723;

TRIMARCHI BANFI F., *Considerazioni sui nuovi servizi pubblici*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2001, p. 954 ss.

TROCCOLI A., voce *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, in Nuoviss. Dig. ital.,

1957, X.

TROISI A., *Partenariato pubblico-privato ed investimenti infrastrutturali*, in *Concorrenza e mercato* 2012, 00.

TROPPIA G., *La sicurezza urbana, le ronde, e il disagio (sociale) della Corte*, in *Dir. Amm.*, 2011, 01.

URSI R., *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. amm.*, 2005.

URSI R., *Una svolta nella gestione dei servizi pubblici locali: non c'è casa per le società a capitale misto*, in *Foro it.*, 2005, IV.

URSI R., *L'evoluzione della nozione di interesse economico generale nel processo di integrazione europea – Parte seconda*, in *Nuove autonomie*, 3/2002, p. 376.

URSI R., *Il gioco dei monopoli e dei servizi pubblici locali*, in *Foro amm.*, CDS 2012, 02.

URSI R., *Autonomia di un ossimoro: «in house providing» e concorrenza nei servizi pubblici locali*, in *Il foro italiano*, 2007, parte terza.

VACCA A., *Le società miste per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica: un modello di difficile qualificazione*, *Nota a:T.A.R. Brescia Lombardia*, 02/05/2006, n. 422, in *Foro amm. TAR* 2006.

VANDELLI L., *Ordinamento delle autonomie locali, commento alla Legge 8 giugno 1990, n. 142*, Rimini, 1991.

VECCHIETTI V., *Novità sul pacchetto europeo in materia di SIGE e impatti sull'ordinamento nazionale*, in www.osservatorioappaltiunitn.it.

VERHOEVEN A., *Privatisation and EC law: is the European Commission "neutral" with respect to public versus private ownership of companies?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1996.

VIGNOCCHI G., *Aspetti pubblicistici del servizio del credito*, in *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, 1961.

VIGNOCCHI G., *Il servizio di credito nell'ordinamento pubblicistico*, Milano, 1968.

VILLATA R., *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Giuffrè, Milano, 2008.

VILLATA R. (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Giappichelli, Torino, 2011, 2.

VILLATA R., *La trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Diritto del procedimento amministrativo*, 1987.

VIRGA P., *Diritto amministrativo*, Milano, 1994, III.

VIRGA P., *L'amministrazione locale in Sicilia*, Milano, 1998.

VITALE C., *Modelli privatistici di collaborazione stabile fra amministrazioni: le società a partecipazione integralmente pubblica nel sistema locale*, pag. 63 ss., in M. CAMMELLI – M. DUGATO, *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Giappichelli editore, Torino, 2008.

VIVANI C. e SECONDO R., *La nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: la concorrenza tra liberalizzazione e diritto di esclusiva*, in *Urb. app.*, n. 1/2012, p. 40.

VOLPE C., *Le società miste nei servizi pubblici locali: evoluzione o involuzione di un modello?*, in *Urb. e App.* n. 6/2003.

VOLPE C., *Servizi pubblici locali e legge di stabilità 2012. il dinamismo normativo continua*, in *Foro amm. CDS* 2011, 11, 3549.

WEBER A., *Die Europäische Grundrechtscharta – auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2000, p. 537 ss.

WEITHE G. (2008): *Public-Private Partnerships and Public-Private Value Trade-Offs*, *Public Money & Management*, 28:3, 153-158

WILSON D., *The United Kingdom: an increasingly differentiated polity?*, in B. DENTERS, ROSE L.R. (a cura di), *Comparing local governance. Trends and developments*, Houndmills, Palgrave, 2005, 156.

WOLLMANN H., *Local Government Reforms in Great Britain. Sweden, Germany and France: Between Multi-function and Single-purpose Organisations*, in *Local Government Studies* 2004, n. 4, 643.

GIURISPRUDENZA NAZIONALE

Cass., Sez. un. civ., 24 marzo 1977, n. 1143, in *Foro it.*, 1977, I, c. 1427;

Consiglio di Stato, Sez. V, 14 dicembre 1988, n. 818, in *Foro Amm.* 1990, 664;

Corte Cost. 23 dicembre 1993, n. 446, in www.dejure.it;

Cass., sez. un., 6 maggio 1995, n. 4989-4992, in *Foro it.*, 1996, I, 1363 ss;
Cass., Sez. un. civ., 24 marzo 1977, n. 1143, in *Foro it.*, 1977, I, c. 1427;
Cass. Pen., Sez. Un., 24 luglio 1989, in *Dir. autore* 1990, 292;
Consiglio di Stato, Sez. VI, 12 marzo 1990, n. 374, in *Cons. Stato*, 1990, I, 455;
Cass. Pen., Sez. V, 6 giugno 1991, in *Giur. it.* 1992, II, 423;
T.A.R. Lombardia, 11 gennaio 1995, n. 54, in *Foro Amm.* 1995, 1037;
Consiglio di Stato, sez. V, 19 febbraio 1998, n. 192, in *Foro Amm.* 1998, 432,2097;
Consiglio di Stato, sez. V, 23 aprile 1998, n. 477, in *Urbanistica e appalti* 1998, 1328;
Cass. Civ., SS. UU., 29 ottobre 1999, n. 754, in *Foro it.*, 2000, p. 802;
T.A.R. Lombardia, Brescia, 14 gennaio 2000, n. 8, in *Urbanistica e appalti* 2001, 1226;
Cass., sez. un., 30 marzo 2000, n. 72, in *D&G - Dir. e giust.* 2000, 14, 40;
Consiglio di Stato, ad. plen., 30 maggio 2000, n. 1, in *Giur. it.* 2000, 2177;
Consiglio di Stato, Sez. VI, 1° aprile 2000, n. 1885, in *Foro it.*, 2001, III, c. 71;
Tar Campania, Napoli, sez. I, 20 ottobre 2000, n. 3890, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce
Comune, 458;
Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1206, in *Foro it.*, 2002, III, p. 425;
T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 29 marzo 2001, n. 2917, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce
Comune, 474;
T.A.R. Lombardia, Brescia, 4 aprile 2001, n. 222, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 1127;
Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, 23 luglio 2001, n. 410, in
Giornale di diritto amministrativo, 2002, n. 1, p. 21, con commento di M. DUGATO;
Consiglio di Stato, sez IV, 3 settembre 2001, n. 4586, in *Foro Amm.* 2001, 9;
Cass. Civ., Sez. Un., 12 novembre 2001, n. 14032, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 1910;
Consiglio di Stato, Sez V, 15 febbraio 2002, n. 917, in *Foro amm. CDS* 2002, 413;
Consiglio di Stato, Sezione V, 30 aprile 2002, n. 2297, in *Foro amm.*
CDS 2002, 947 (s.m.);
T.A.R. Parma, 2 maggio 2002, n. 240, in *Foro Amm. - T.A.R.*, 2002, n. 5, p. 1565 ss.,
Consiglio di Stato, sez. V, 6 maggio 2002 n. 2418, in *Foro amm. CDS* 2002, 1231;
Consiglio di Stato, 27 maggio 2002, n. 2922, in *Foro it.*, 2003, III, p. 463;
Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi Parere definitivo 26 agosto
2002, n. sez. 1794/2002, in www.giustizia-amministrativa.it;

T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 7 settembre 2002, n. 4301 in Foro Amm. – T.A.R., 2002, p. 2990;

Consiglio di Stato, Sez. VI, 17 settembre 2002, n. 4711, in Foro it., 2003, III, p. 205;

Consiglio di Stato, sez. V, 11 febbraio 2003 n. 781, in www.dejure.it;

Consiglio di Stato, sez. V, 1 marzo 2003, n. 1145, in Sett. giur., 2003, I, 195;

Consiglio di Stato, sez. V, 10 marzo 2003, n. 1289, in www.giust.it, n. 3/2003;

T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 12 maggio 2003, n. 1685, in www.dejure.it;

Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi Parere definitivo 25 agosto 2003, n. sez. 1440/2003;

T.A.R. Liguria, sez. II, 26 novembre 2003, n. 1479, in www.dejure.it;

Cassazione civile, sez. un., 22 dicembre 2003, n. 19667, in Foro it., 2005, I, 2676;

Consiglio di Stato, sez. V, 19 febbraio 2004, n. 679, in Foro amm. CDS 2004, 461,1160;

Consiglio di Stato, sez. V, 23 marzo 2004 n. 1547, in Foro amm. CDS 2004, 843;

Consiglio di Stato, sez. V, 19 aprile 2004 n. 679, in Foro amm. CDS 2004, 461,1160;

Consiglio di Stato, sez. V, 23 marzo 2004 n. 1543, in Foro amm. CDS 2004, 839;

T.A.R. Lecce, sez. II, 21 aprile 2004, n. 2549, www.giustizia-amministrativa.it;

Consiglio di Stato, sez. V, 22 aprile 2004, n. 2316, in Foro it. 2004, III, 546;

T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, 14 maggio 2004 n. 619, in www.dejure.it;

T.A.R. Toscana, sez. II, 28 luglio 2004, n. 2833, in Riv. amm. reg. Toscana 2003, 229;

T.A.R. Liguria, Sez. II, 7 settembre 2004, n. 1429, in F. Amm. – T.A.R., 2004, p. 2501;

Consiglio di Stato, V, 12 ottobre 2004, n. 6586 in Servizi pubbl. e appalti 2005, 243 (s.m.);

Consiglio di Stato, sez. V, 20 ottobre 2004 n. 6867, in Foro amm. CDS 2004, 2894;

Corte Conti, sez. Lombardia, 25 gennaio 2005, n. 22, in Foro amm., 2005, 80;

Consiglio di Stato, sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168, in Giur. it. 2005, 851;

Consiglio di Stato, sez. V, 3 febbraio 2005, n. 272, in D&G - Dir. e giust. 2005, 16, 91;

T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 30 marzo 2005, n. 2784, in Foro amm. TAR 2005, 4, 1164;

Cass, sez. un., 15 aprile 2005, n. 7799, in D&G - Dir. e giust. 2005, 21, 27;

Cass. Sez. un., 25 maggio 2005, n. 10973, in Riv. corte conti 2005, 3, 210;

T.A.R. Friuli Venezia Giulia, Trieste, 15 Luglio 2005, n. 634, in Foro amm. TAR 2005, 6, 1934;

T.A.R. Sardegna, sez. I, 2 agosto 2005 n. 1279;
Consiglio di Stato, sez. V, 28 settembre 2005, n. 5196, in Giur. it. 2006, 3, 613;
Consiglio di Stato, sez. VI, 29 settembre 2005, n. 5204, in Foro amm. CDS 2005, 9, 2592;
Corte Conti, sez. I, App., 3 novembre 2005, n. 356, in Foro amm., 2005, 3842;
Cass, sez. un., 15 aprile 2005, n. 7799, in Dir. e giust. 2005, 21, 27;
T.A.R. Friuli Venezia Giulia, Trieste, 12 dicembre 2005 n. 986, in Servizi pubbl. e appalti 2006, 2, 329;
Consiglio di Stato sez. V, 22 dicembre 2005, n. 7345, in Foro amm. CDS 2005, 12, 3667;
Consiglio di Stato, sez. VI, 30 dicembre 2005, n. 7616, in www.giustizia-amministrativa.it;
Consiglio di Stato, sez. Atti normativi, 30 gennaio 2006, n. 31;
Corte Conti, Lombardia, 2 febbraio 2006, in www.corteconti.it;
T.A.R. Brescia Lombardia, 28 febbraio 2006, n. 238, in Foro amm. TAR 2006, 2, 490;
Cass. Sez. un., 1 marzo 2006, n. 4511, in Foro amm. CDS 2006, 6, 1719 (s.m.);
T.A.R. Roma, sez. I, 10 marzo 2006 n. 1890 in Foro amm. TAR 2006, 03, 965;
T.A.R. Napoli Campania sez. I, 23 marzo 2006, n. 3135, in Foro amm. TAR 2006, 3, 1060 (s.m.);
T.A.R. Brescia Lombardia, 2 maggio 2006, n. 433, in Servizi pubbl. e appalti 2006, 3, 528;
Corte conti, sez. Trentino Alto adige, 1 giugno 2006, in www.corteconti.it;
Cass. Sez. Un, 20 giugno 2006, n. 14101, in Giust. civ. Mass. 2006, 6;
Consiglio di Stato, sez. V, 13 luglio 2006, n. 4440, in Foro amm. CDS 2006, 7-8, 2187;
T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 17 luglio 2006, n. 1837, in Servizi pubbl. e appalti 2006, 4, 68;
Consiglio di Stato, sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072, in Foro amm. CDS 2006, 7-8, 222
T.A.R. Lazio, Latina, 8 settembre 2006, n. 610 in www.giustizia-amministrativa.it.;
T.A.R. Napoli Campania sez. I, 13 settembre 2006, n. 8055, in Foro amm. T.A.R. 2006, 9, 3006;
Consiglio di Stato, sez. V, 19 settembre 2006, n. 5467, in Foro Amm. - C.d.S. (II) 2006, 9, 2536 (s.m);
T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 26 ottobre 2006, n.698, in www.dejure.it;

Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 27 ottobre 2006, n. 589, in Guida al diritto 2006, 47, 83;

Corte Conti, Lombardia, 30 ottobre 2006 n. 17, in www.corteconti.it;

T.A.R. Abruzzo, Pescara, 7 novembre 2006 n. 687, in Foro amm. TAR 2006, 11, 3595;

Consiglio di Stato, Sez. V, 13 dicembre 2006, n. 7369, in Foro amm. CDS 2006, 12, 3348 (s.m.);

T.A.R. Venezia Veneto sez. I, 14 dicembre 2006, n. 4057, in Foro amm. TAR 2006, 12, 3809;

Consiglio di Stato, sez. V, 8 gennaio 2007 n. 5, in Giust. civ. 2007, 7-8, I, 1796;

Tar Lazio, Roma, sez. II ter, 9 gennaio 2007 n. 72, in Foro amm. TAR 2007, 1, 122;

Consiglio di Stato, sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 362 in www.giustizia-amministrativa.it.

Cass., Sez. Un., 15 febbraio 2007, n. 3367, in Foro amm. CDS 2007, 5, 1373 (s.m.);

Consiglio di Stato, sez. VI, 9 marzo 2007, n. 1119, in Giur. it. 2007, 10, 2329;

Consiglio di Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514, in www.giustizia-amministrativa.it;

Consiglio di Stato, sez. II, 18 aprile 2007, n. 456, in Foro it. 2007, 12, III, 611;

Consiglio di Stato, sez. V, n. 2932 dell'1 giugno 2007, in www.giustizia-amministrativa.it;

T.A.R. Torino Piemonte, sez. II, 4 giugno 2007, n. 2539, in Ragiusan 2008, 293-294, 99;

Tar Campania, Napoli, sez. VII, 4 luglio 2007, n. 6479, in Foro amm. TAR 2007, 7-8, I, 2603;

Cons. giust. Amm. Reg. Sic., 4 settembre 2007, n. 719, in Foro amm. CDS 2007, 9, 2602;

Corte Conti, sez. Lombardia, 5 settembre 2007 n. 448, in www.corteconti.it;

Tar Puglia, Lecce, 4 ottobre 2007, n. 3436 in www.giustizia-amministrativa.it;

Consiglio di Stato, sez. V, 23 ottobre 2007, n. 5587, in Guida al diritto 2007, 47, 86;

Corte Cost. n. 401 del 23 novembre 2007, in Foro amm. CDS 2007, 11, 3026;

Consiglio di Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1, in Foro amm. CDS 2008, 3, 756;

Corte conti, sez. Lombardia, 4 marzo 2008 n. 135, in www.corteconti.it;

T.A.R. Veneto, 15 aprile 2008 n. 968, in www.dirittodeiservizipubblici.it;

Consiglio di Stato, sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080, in Foro amm. CDS 2008, 7-8, 2104;

Consiglio di Stato, sez. VI, 23 settembre 2008, n. 4603, in Foro amm. CDS 2008, 9, 2506;

Cass. SS.UU. 7 ottobre 2008, n. 24722, in Giust. civ. Mass. 2008, 10, 1437;
Consiglio di Stato, Sez. V, 11 dicembre 2008 n. 6159, in Foro amm. CDS 2008, 12, 3376;
Consiglio di Stato, sez. V, 9 marzo 2009, n. 1365, in Foro amm. CDS 2009, 3, 730;
Consiglio di Stato, sez. VI, 16 marzo 2009 n. 1555, in Foro amm. CDS 2009, 3, 789;
Consiglio di Stato, sez. V, 26 agosto 2009, n. 5082, in Foro amm. CDS 2009, 7-8, 1739;
Cassazione civile, sez. un., 24 novembre 2009, n. 24672, in Red. Giust. civ. Mass. 2009, 11;
Corte di Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2009, n. 26806, in Foro amm. CDS 2010, 1, 59 (s.m.);
Cassazione civile, sez. un., 22 dicembre 2009, n. 27092, in Red. Giust. civ. Mass. 2009, 12;
Consiglio di Stato, sez. V, 29 dicembre 2009 n. 8970, in Foro amm. CDS 2009, 12, 2887;
TAR Piemonte, Sez. I, 15 febbraio 2010, n. 934, in Diritto dei servizi pubblici, 2010;
Cassazione civile, sez. un., 3 marzo 2010, n. 5032, in Foro it. 2010, 11, I, 3078;
Consiglio di Stato, sez. V, 16 agosto 2010, n. 5714, in Diritto & Giustizia 2010;
Consiglio di Stato, 10 settembre 2010, n. 6529, in www.dejure.it.
Consiglio di Stato, sez. V, 30 settembre 2010, n. 7214, in www.dirittodeiservizipubblici.it;
Corte Cost., 17 novembre 2010, n. 325, in Foro it. 2011, 5, I, 1332.
T.A.R. Catania Sicilia, sez. III, 11 aprile 2011, n. 876, in Foro amm. TAR 2011, 4, 1425;
Cassazione civile, sez. un., 09 maggio 2011, n. 10063, in Foro it. 2012, 3, I, 832;
Cassazione civile, sez. un., 12 ottobre 2011, n. 20941, Foro it. 2012, 3, I, 831;
T.A.R. Palermo Sicilia, sez. I, 13 gennaio 2012, n. 44, in www.dejure.it;
T.A.R. Genova Liguria, sez. II, 1 febbraio 2012, n. 225, in www.dejure.it;
T.A.R. Lecce Puglia, sez. II, 7 marzo 2012, n. 418, in www.dejure.it;
Corte di Cass., Sez. Un., 9 marzo 2012, n. 3692, in Giust. civ. Mass. 2012, 3, 294;
Consiglio di Stato, sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574, in www.dejure.it;
Corte dei Conti, sez. giurisdizionale per la Regione Abruzzo, 21 marzo 2012, n. 84, in www.corteconti.it;
T.A.R. Milano Lombardia sez. I, 22 marzo 2012, n. 892, in Foro amm. TAR 2012, 3, 693;

T.A.R. Bologna Emilia Romagna sez. II, 31 maggio 2012, n. 380, in www.dejure.it;
Consiglio di Stato atti norm., 11 giugno 2012, n. 4717, in Foro amm. CDS 2012, 6, 1658;
Consiglio di Stato sez. V, 6 luglio 2012, n. 3954, in Foro amm. CDS 2012, 7-8, 1966
Corte cost. 20 luglio 2012, n. 200, Foro amm. CDS 2012, 12, 3118;
Corte dei Conti, Parere Basilicata 20 settembre 2012, n. 20 in www.corteconti.it;
T.A.R. Bari (Puglia), sez. I, 11 ottobre 2012, n. 1756, in Foro Amministrativo - T.A.R. (II) 2012, 10, 3297;
Consiglio di Stato, sez. V, 23 ottobre 2012, n. 5409, In Diritto & Giustizia 2012, 26 novembre (s.m.);
T.A.R. Milano Lombardia sez. I, 26 ottobre 2012, n. 2620, in Foro amm. TAR 2012, 10, 3045;
Consiglio di Stato, sez. VI, 20 dicembre 2012, n. 6565, in www.dejure.it;
T.A.R. Firenze Toscana sez. I, 20 dicembre 2012, n. 2090, in Foro amm. TAR 2012, 12, 3843;
Consiglio di Stato, sez. V, 9 gennaio 2013, n. 66, in www.dejure.it;
Corte dei Conti, Sez. Reg. di controllo per la Lombardia, 10 gennaio 2012, n. 7, in www.corteconti.it;
TAR Latina Lazio, sez. I, 1 febbraio 2013, n. 207, in Foro amm. TAR 2013, 2, 566;
Consiglio di Stato, sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 762, in www.giustizia-amministrativa.it;
T.A.R. Latina, Lazio, sez. I, 28 febbraio 2013, n. 207, in Foro Amm. - T.A.R. (II) 2013, 2, 566;
Corte Costituzionale, 28 marzo 2013, n. 50, in Diritto & Giustizia 2013, 29 marzo;
T.A.R. Napoli, Campania, sez. I, 11 aprile 2013, n. 1925, in www.giustizia-amministrativa.it;
T.A.R. sez. I Firenze, Toscana, 11 aprile 2013, n. 559, in www.dejure.it;
Consiglio di Stato, sez. V, 2 maggio 2013, n. 2390, in www.dejure.it;
T.A.R. Brescia Lombardia sez. II, 11 giugno 2013, n. 558, in Foro amm. TAR 2013, 6, 1843 (s.m.);
T.A.R. Brescia, Lombardia, sez. II, 23 settembre 2013, n. 780, in Foro Amministrativo - T.A.R. (II) 2013, 9, 2695;

T.A.R. Trieste Friuli-Venezia Giulia, sez. I, 9 dicembre 2013, n. 634, in Foro amm. TAR 2013, 12, 3689 (s.m);
Consiglio di Stato, sez. V, 23 dicembre 2013, n. 6191, in www.dejure.it;
Consiglio di Stato, sez. VI, 17 gennaio 2014, n. 221, in www.dejure.it;
T.A.R. sez. I Perugia, Umbria, 29 gennaio 2014, n. 83, in www.dejure.it;
Consiglio di Stato, sez. V, 13 marzo 2014, n. 1181, in www.dejure.it.

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

English and Wales Court of Appeal, *R v. Portsmouth City Council, ex p Coles and Colwick*, [1997] 1 Cmlr 1135 e *R v Secretary of State for the Environment, ex p Bury*, [1998] 2 Cmlr 787;
Corte di Giustizia CE, 15 gennaio 1998 (causa C-44/96), Mannesmann Anlagenbau Austria;
Corte di Giustizia CE, 10 novembre 1998, n. 360, in Foro Amm. 1999, 1675;
Corte di Giustizia CE, sez. V, 9 settembre 1999, n. 108, in Cons. Stato 1999, II, 1905;
Corte di Giustizia CE sez. V, 18 novembre 1999, n. 107, in Urbanistica e appalti 2000, 1149;
Corte di Giustizia, 10 maggio 2001 (cause C-223/1999; C-260/1999), Fiera Milano;
Corte di Giustizia CE sez. V, 3 ottobre 2000, n. 380, in Urbanistica e appalti 2001, 45;
Corte di Giustizia CE, sez. VI, 7 dicembre 2000, n. 324, in Foro it. 2000, IV, 1;
Corte di Giustizia, 18 giugno 2002, C-92/00, HI, in Racc. 2002, I-5553, punto 45;
Corte di Giustizia CE, 17 settembre 2002, C-513/99, in Racc., 2002, I-7213, e in Urb. App., 2003, n.2, 168, punti 65 e 81;
Corte di Giustizia CE sez. VI, 12 dicembre 2002, n. 470, in Foro amm. CDS 2002, 3099;
Corte di Giustizia CE, sez. V, 27 febbraio 2003, n. 373, in Foro amm. CDS 2003, 424;
Corte di Giustizia CE, 11 marzo 2003, n. 186, in Dir. comunitario e scambi internaz. 2003, 75;
Corte di Giustizia CE, sez. V, 10 aprile 2003, n. 20, in Giur. it. 2003, 1925;
Corte di Giustizia CE, sez. V, 10 aprile 2003, n. 28, in Giur. it. 2003, 1925;
Corte di Giustizia CE, sez. VI, 08 maggio 2003, n. 349, in Riv. trim. appalti 2004, 1069;

Corte di Giustizia CE, sez. V, 22 maggio 2003, n. 18, in Foro amm. CDS 2003, 1498;
Corte di Giustizia CE, sez. I, 11 gennaio 2005, n. 26, in Foro amm. CDS 2004, 3023;
Corte di Giustizia CE, sez. II, 13 gennaio 2005, n. 84, in Foro amm. CDS 2005, 1, 1;
Corte di Giustizia CE, 21 luglio 2005, n. 231, in Riv. it. dir. pubbl. comunit. 2005, 5, 1421;
Corte di Giustizia CE, sez. I, 13 ottobre 2005, n. 458, in Foro amm. CDS 2005, 10, 2804;
Corte di Giustizia CE, sez. I, 10 novembre 2005, n. 29, in www.deiure.it;
Corte di Giustizia CE, 12 gennaio 2006, n. 340, in www.dejure.it;
Corte di Giustizia CE, sez. I, 6 aprile 2006, n. 410, in Dir. e giust. 2006, 29, 115;
Corte di Giustizia CE sez. I, 11 maggio 2006, n. 340, Giust. civ. 2006, 9, I, 1663;
Corte di Giustizia CE, 6 dicembre 2007, cause riunite C-463/04 e C-464/04, in Società, 2008, 247;
Corte di Giustizia CE, sez. II, 17 luglio 2008, C-371/05, in in Giur. comm. 2009, 1, II, 5;
Corte di Giustizia CE, sez. III, 13 novembre 2008, n. 324, in Foro amm. CDS 2008, 11, 2899;
Corte di Giustizia CE, grande sez., 9 giugno 2009, n. 480, in Foro amm. CDS 2009, 6, 1402;
Corte di Giustizia CE, sez. III, 10 settembre 2009, n. 573, in *Publica* 2009;
Corte di Giustizia CE, sez. III, 15 ottobre 2009, n. 196, in *Guida al diritto* 2009, 48, 95 (s.m.);
Corte di Giustizia CE sez. III, 29 novembre 2012, n. 182, in *Diritto & Giustizia* 2012, 29 novembre;
Corte di Giustizia CE, grande sezione, 19 dicembre 2012, n. 159, in *Diritto & Giustizia* 2012, 21 dicembre;
Corte di Giustizia CE, sez. V, 13 giugno 2013, n. 386, in www.dejure.it.