

13 GENNAIO 2016

La regolazione amministrativa degli
ATO per la gestione dei servizi
pubblici locali a rete

di Michela Passalacqua
Professore associato di Diritto dell'economia
Università degli Studi di Pisa



La regolazione amministrativa degli ATO per la gestione dei servizi pubblici locali a rete^{*}

di Michela Passalacqua

Professore associato di Diritto dell'economia
Università degli Studi di Pisa

Sommario: **1.** Servizi pubblici e ambiti territoriali ottimali. Origini e nozione. **2.** La regolazione economica degli ambiti. **2.1.** Regolazione amministrativa contro tutela della concorrenza. **3.** La generalizzazione della gestione d'ambito ai servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica. **4.** L'esercizio delle funzioni fondamentali dei comuni nella dimensione territoriale ottimale. **5.** Per non concludere: la legge delega Madia e il riordino dei servizi pubblici locali.

1. Servizi pubblici e ambiti territoriali ottimali. Origini e nozione

In generale, la scelta del legislatore di avvalersi del concetto di ambito territoriale ottimale viene ricondotta dalla dottrina¹ alla legge Galli del 1994² per la gestione del servizio idrico integrato, ed al decreto Ronchi del 1997 in cui l'ATO è l'estensione territoriale per la gestione dei rifiuti urbani³. Entrambe le norme citate si inseriscono peraltro nel quadro delle privatizzazioni avviate in Italia proprio in quegli anni, laddove il richiamo alla gestione d'ambito vuole coniugarsi con obiettivi di efficienza, considerati tradizionale primazia delle imprese private, piuttosto che degli enti territoriali.

* Articolo sottoposto a referendum. In corso di pubblicazione nel volume edito da Giappichelli M. PASSALACQUA (a cura di), *Il «disordine» dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*.

¹ G. CAIA, *Organizzazione territoriale e gestione del servizio idrico integrato*, in *Nuova rass.*, 1996, p. 747 ss.; G. DI GASPARE, *La gestione delle risorse idriche nel decreto legislativo 152/2006*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 2008; A. FIORITTO, *Servizi idrici*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, III, Milano, 2003, p. 2528 ss.; A. PIEROBON, *Piani regionali in materia di rifiuti e loro attuazione: provincia, Ato, comune*, in *Azienditalia*, 2008, p. 322 ss.; S. CIMINI, *Il servizio idrico integrato alla luce del Codice dell'ambiente e delle ultime novità normative*, in *giustamm*, 2008, p. 7 ss.

² Art. 8, legge n. 36/1994, attuato dalla legislazione regionale e attualmente abrogato, laddove la nozione di ambito è ora richiamata dal T.u. in materia ambientale avvicendatosi a disciplinare il settore idrico.

³ Art. 23 del d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, pure abrogato ad opera del citato T.u. ambientale che, all'art. 200, detta la rinnovata disciplina dell'ambito per la gestione dei rifiuti urbani.



In realtà, la nozione di ambito ha origini più remote ed è mutuata da un contesto molto diverso rispetto all'industria dei servizi idrici e di igiene ambientale, nascendo nel settore socio-sanitario. Già negli anni '70, subito dopo l'istituzione delle regioni, in molti territori della repubblica, si avvertirono invero criticità nell'amministrazione e gestione di alcuni servizi sociali, specie servizi alla persona⁴, dovute sia al ridotto dimensionamento dei comuni che rendeva difficoltoso il pieno esercizio delle funzioni amministrative, sia alla necessità di garantire unitarietà nella gestione e amministrazione dei servizi citati; basti pensare, in proposito, al bisogno di assicurare esigenze di prevenzione, cura, riabilitazione per l'effettiva tutela del corrispondente diritto alla salute⁵.

Occorreva dunque trovare uno strumento di amministrazione e gestione associata delle funzioni di organizzazione, attinenti ai servizi sociali, e dei servizi sociali stessi. Alcune regioni, anticipando il d.P.R. n. 616/1977, costituirono, così, con legge, gli ambiti territoriali delle Unità locali dei servizi⁶, in cui da quell'epoca venne ripartito il territorio regionale.

Dall'esame di tali risalenti leggi regionali si evince che detti Ambiti rappresentano la dimensione territoriale sulla quale si articola il complesso integrato di tutti i servizi di base che costituiscono, nel loro insieme, l'Unità Locale dei Servizi, la cui gestione è unica, ma decentrata in capo a comuni e comunità montane. L'ambito diviene, insomma, strumento per garantire una gestione associata e coordinata, di matrice esclusivamente amministrativa.

Dall'Unità locale dei servizi così organizzati si passa poi alla costituzione dei consorzi socio-sanitari per la migliore gestione unitaria delle funzioni, pur restando invariati gli ambiti, ed in seguito, alla creazione delle Unità socio-sanitarie locali. Come si diceva, sono questi gli anni a ridosso dell'approvazione del d.P.R. n. 616/1977 che condurrà ad una progressiva istituzionalizzazione dell'evoluzione in atto. Nello stesso decreto del '77 (art. 25) si prevede infatti che «La regione determina con legge, sentiti i comuni interessati, gli ambiti territoriali adeguati alla gestione dei servizi sociali e sanitari, promuovendo forme di cooperazione fra gli enti locali

⁴ Il riferimento è a consultori, asili nido, servizi di medicina del lavoro, per le tossicodipendenze, per i portatori di handicap, per la salute mentale e così via.

⁵ Configurato dalla scienza giuridica come diritto fondamentale, assoluto ed inviolabile, e dai più ricondotto nel novero dei diritti sociali, piuttosto che dei diritti della personalità, in tema si veda S. PANIZZA - E. STRADELLA, *Diritto pubblico*, Santarcangelo di Romagna, 2013, p. 391 ss.; S. ZULLO, *I diritti sociali come diritti umani e diritti fondamentali*, in *La dimensione normativa dei diritti sociali*, Torino, 2013, p. 93 ss.; C. COLAPIETRO - M. RUOTOLO, *Diritti e libertà*, Torino, 2014, pp. 106-107; A. CATELANI, *La sanità pubblica*, Padova, 2010, p. 25 ss.

⁶ Si veda, ad esempio, l.r. Piemonte 9 luglio 1976, n. 41, nonché la successiva l.r. Piemonte 8 agosto 1977, n. 39; ma si veda anche Regione Liguria, *Proposta per l'istituzione delle Unità locali dei servizi socio-sanitari e per la delimitazione dei relativi ambiti territoriali: documenti per la consultazione degli enti locali, delle forze politiche e sindacali e delle categorie*, Dipartimento della sicurezza sociale e culturale, Genova, 1976.



territoriali, e, se necessario, promuovendo ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 117 della Costituzione forme anche obbligatorie di associazione fra gli stessi. Gli ambiti territoriali di cui sopra devono concernere contestualmente la gestione dei servizi sociali e sanitari».

Successivamente, la formula del decentramento in cooperazione attraverso gli ambiti viene ripresa dalla legge n. 142/1990 sull'ordinamento delle autonomie locali (se ne vedano gli artt. 9, 11, 19), dove già si riconosceva alla regione la possibilità di definire ambiti sovracomunali per l'esercizio associato di funzioni in materia di servizi a rete (art. 19, lett. *b*)), «raccolta, distribuzione e depurazione delle acque» (art. 19, lett. *f*) e «smaltimento dei rifiuti» (art. 19, lett. *g*). Tali disposizioni sono poi confluite nel testo unico degli enti locali⁷.

Ancora, un richiamo agli ambiti, può rinvenirsi anche nell'art. 2, comma 5, del d.lgs. n. 112/1998, dove si ammettono le regioni, nell'esercizio della propria autonomia legislativa, a prevedere «strumenti e procedure di raccordo e concertazione, anche permanenti, che diano luogo a forme di cooperazione strutturali e funzionali, al fine di consentire la collaborazione e l'azione coordinata fra regioni ed enti locali nell'ambito delle rispettive competenze».

Quando questo modello di organizzazione dell'esercizio della funzione amministrativa di programmazione e gestione dei servizi stessi viene ripreso dalla legislazione di settore, per i citati servizi a rete a rilevanza economica – gestione dei rifiuti e servizio idrico integrato –, si registra un mutamento già nella concezione stessa della dimensione ottimale di erogazione dei servizi, perché essa diviene adesso non più accezione solo territoriale ma anche socio-economica.

In specie, la valenza dell'ambito si snoda tra programmazione per piani e regolazione economica su base territoriale.

La programmazione per piani – calibrati all'ambito geografico interessato – sembra assimilabile al versante più tradizionale dell'intervento pubblico sull'impresa, sia ai fini di tutela ambientale, sia per la soddisfazione degli interessi dell'utenza. Si pensi, ad esempio, alle misure di pianificazione dell'economia idrica, introdotte dalla legge Galli attraverso il c.d. piano d'ambito per il servizio idrico, ora disciplinato dall'art. 149 del d.lgs. n. 152/2006⁸; ovvero ai piani regionali per la gestione integrata dei rifiuti attuati nei piani d'ambito e nei piani settoriali per riduzione, recupero, e così via, pure già previsti dal decreto Ronchi e adesso disciplinati agli artt. 199-203 e 197 del d.lgs. n. 152/2006.

⁷ Cfr. artt. 13, 24, 33, d.lgs. n. 267/2000.

⁸ Come modificato in ultimo dall'art. 7, comma 1, lett. *a*) e lett. *b-bis*), d.l. 12 settembre 2014, n. 133 (conv. nella legge 11 novembre 2014, n. 164), c.d. «Sblocca Italia».



Per entrambi i settori, i piani prevedono la programmazione degli interventi infrastrutturali, il piano finanziario ed il connesso modello gestionale ed organizzativo idoneo a garantire l'obbligo del raggiungimento dell'equilibrio economico-finanziario della gestione, peraltro ribadito, sebbene ancora una volta senza sanzione, dalla legge generale di regolazione dei servizi di pubblica utilità risalente al 1995⁹.

La regolazione economica degli ambiti avviene mediante il potere tariffario e l'esternalizzazione, la quale si realizza attraverso il ricorso alle procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento a terzi della gestione.

Sicché gli ambiti non vengono più delineati in base a parametri meramente geografici, ma anche tecnici ed economici.

A metà degli anni 2000, il processo di liberalizzazione del mercato del gas naturale – peraltro di matrice europea –, ha condotto l'ordinamento nazionale all'adozione del modello della gestione d'ambito anche per tale servizio (art. 46-*bis* d.l. n. 159/2007). Pure in relazione ad esso si è posta l'esigenza di intervenire tramite regolazione economica, per governare la variabilità dei costi al mutare delle caratteristiche dell'interconnessione degli impianti di distribuzione in base alle specificità geografiche.

Inoltre, per la prima volta, il legislatore prevede l'introduzione di misure per l'incentivazione delle operazioni di aggregazione dei gestori, oltre all'impulso già rappresentato di per sé dall'istituzione della c.d. gara d'ambito¹⁰.

Viene allora da chiedersi se la ricerca della dimensione ottimale dei servizi miri ancora alla soddisfazione dei bisogni dell'utenza, come all'origine, o non piuttosto alla limitazione dei costi.

In realtà, astrattamente, non vi dovrebbero essere contraddizioni di fondo tra le due finalità. Infatti, gli ATO, per un verso, corrispondono ad ambiti territoriali in grado di rappresentare bacini ottimali di utenza, e dall'altro, per essere tali, contemporaneamente rispondono anche all'efficienza e alla riduzione dei costi (economicità), insita nel relativo sistema tariffario, a favore

⁹ Si veda il combinato disposto dagli artt. 1, comma 1, e 2, commi 12 lett. e), 18 e 19 lett. c), legge n. 481/2995, da cui si evince che l'esercente i servizi di pubblica utilità di rilevanza economica deve garantire il tendenziale equilibrio di bilancio della gestione, svolgendo l'attività «in condizioni di economicità e di redditività», grazie ad un sistema tariffario volto alla copertura dei costi. Richiamando tale combinato normativo, propende per l'esistenza a carico dei gestori di un obbligo di pareggio di bilancio da garantirsi attraverso le entrate tariffarie G. DI GASPARE, *La decostruzione dello Stato democratico di diritto*, in *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, 2a ed., Padova, 2015, p. 302.

¹⁰ Art. 46-*bis*, comma 2, d.l. n. 159/2007.



dell'utente finale; in altre parole, l'obiettivo della costituzione dell'ambito è ottimizzare il rapporto tra costi e risultati¹¹.

Diverso è, almeno in parte, ripensare agli ambiti quali strumenti per la riduzione *tout court* delle spese, salvo si voglia operare un'incidenza sulla spesa pubblica, attraverso la riduzione *una tantum* delle risorse destinate a garantire i servizi erogati da imprese in proprietà degli enti locali.

2. La regolazione economica degli ambiti

L'estensione degli ambiti dall'originario comparto socio-sanitario al settore dei servizi a rete a rilevanza economica è certamente segnato, come si è detto, dal fenomeno della privatizzazione risalente agli anni '90 del secolo scorso, il cui precipitato pratico è stato di chiamare il privato a gestire le *utilities*, nel tentativo di confinare il pubblico a regolare e controllare siffatte gestioni.

In questo nuovo quadro giuridico, gli ambiti non sono allora più solo l'unità territoriale di organizzazione e gestione dei servizi, come era accaduto per i citati servizi sociali, ma finiscono per rappresentare anche l'unità territoriale su cui operare l'eventuale regolazione pro-concorrenziale e di poi – a liberalizzazione avvenuta –, su cui esercitare la funzione di conformazione dei privati gestori.

A seguito della privatizzazione formale, vengono infatti meno i presupposti per erogare il servizio ad un prezzo politico determinato in base a regole non di mercato, con conseguente tentativo di governare i prezzi del settore attraverso il metodo del *price cap*, consistente – in estrema sintesi – nel rimettere la determinazione di prezzo alle dinamiche dei costi, «mimando» il mercato, fissandone, però, un tetto massimo a garanzia dell'utente¹².

Si tratta di un ulteriore elemento di diversità rispetto alla disciplina degli ambiti socio-assistenziali, dove i prezzi delle prestazioni restano tutt'oggi stabiliti in via esclusivamente amministrativa¹³, a

¹¹ Si tenga conto che, al momento, per il settore del gas, gli Ambiti Territoriali sono definiti Minimi (Atem), cioè di estensione sufficiente e non ottimale a garantire l'efficienza; per maggiori approfondimenti si rinvia a L. AMMANNATI - A. CANEPA, *Un difficile percorso verso la concorrenza. Gli ambiti di gara per la distribuzione locale del gas*, in M. PASSALACQUA (a cura di), *Il «disordine» dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*, Torino, in corso di pubblicazione, p. 83 ss.

¹² Per una completa ricostruzione dei metodi tariffari nei servizi pubblici, sia consentito il rinvio a M. PASSALACQUA, *Le tariffe dei servizi pubblici tra price cap e bisogni sociali*, in E. BANI (a cura di), *Il «giusto» prezzo tra Stato e mercato*, Torino, 2009, pp. 19-54.

¹³ Diverso il caso del prezzo dei farmaci che in Italia è il frutto di negoziazioni tra pubblica autorità e produttori. In ordine a questo mercato, va sottolineato che seppur astrattamente applicabili, le tecniche per la fissazione di limiti massimi di prezzo ai farmaci, non più protetti da brevetto, non sono mai state impiegate in Italia, e del resto, poco diffuse anche in Europa, se si escludono Regno Unito, Austria, Francia, Grecia e Portogallo, ne dà conto in dettaglio, in uno studio commissionato dalla Commissione Europea, S. VOGLER, *Pharmaceutical Pricing and Reimbursement Information, Final country report*, giugno 2008;



lungo attraverso il ricorso al criterio della spesa storica, di recente grazie al diverso e più complesso sistema dei costi-fabbisogni standard¹⁴.

Le tariffe sociali risultanti dall'applicazione di un limite massimo al prezzo, si fondano sulla necessità di offrire i servizi essenziali ad un «prezzo abbordabile»; esse sono dunque una componente del servizio universale espressamente prevista dalle normative di liberalizzazione dell'Unione. Per prezzo abbordabile, le diverse direttive europee di creazione dei mercati, riferite ai differenti servizi d'interesse generale, intendono un prezzo definito a livello nazionale dagli Stati membri in base alle specifiche circostanze interne, che può comprendere la definizione di una tariffa comune indipendente dall'ubicazione geografica o formule tariffarie speciali destinate a rispondere alle esigenze degli utenti a basso reddito. Dal punto di vista del consumatore, l'abbordabilità dei prezzi è legata alla possibilità di sorvegliare e controllare le proprie spese ed è, dunque, legata alle informazioni ricevute dagli utenti stessi sui costi di accesso al servizio.

È proprio la decisione di applicare il metodo del *price cap* a consigliare di convergere verso la costituzione degli ATO. Infatti, tra i coefficienti per la determinazione della tariffa così regolata, vi è la variazione del tasso annuale di produttività. Ma per incrementare la produttività, si deve individuare l'ambito territoriale ottimale di erogazione del servizio, che, per molti servizi pubblici locali – si pensi in particolare ai servizi di gestione dei rifiuti e a quelli relativi alla gestione del ciclo dell'acqua –, muta, a seconda delle variegate situazioni esistenti sul territorio. Da qui l'esigenza di una regolazione rimessa alle autonomie locali. Ben presto, però, queste vengono in gran parte soppiantate da un'autorità nazionale – il riferimento è all'Aeeg –, per esigenze di omogeneizzazione tariffaria, strumentali alla futura possibile apertura alla concorrenza, quanto meno sotto forma di «turnazione» della gestione. Emerge, infatti, l'esigenza di garantire la parità tra gli operatori, non esponendoli, nelle future gare per gli affidamenti, a regolazioni tariffarie dissimili. Pertanto, se, in origine, la stessa architettura territoriale degli ambiti è il riflesso dell'esigenza di curare le specifiche realtà economico-sociali locali, in breve tempo, si assiste ad un vero e proprio ribaltamento, per cui, le articolazioni territoriali devono essere omogeneizzate in

si veda anche S. VOGLER - K. HABIMANA, *Pharmaceutical pricing policies in Europe*, Vienna, novembre 2014, in www.ctwinvestmentgroup.com.

¹⁴ Sulla cui articolazione giuridica si rinvia a G.F. FERRARI, *I costi standard nel settore sanitario: alcune considerazioni generali*, in *Ragiusan*, n. 356/2014, p. 52 ss.; F. PICA, *I costi standard e il finanziamento delle prestazioni di assistenza sanitaria*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 2012, p. 31 ss.; E. JORIO, *Una prima lettura del parere definitivo della «bicameralina» sulla finanza di regioni e province, sulla perequazione e sui costi/fabbisogni standard nella sanità*, in www.aspid-online.it, 2011; L. SANFILIPPO, *Costi e fabbisogni standard nel settore sanitario: prospettive legislative*, in *Ragiusan*, n. 120/2010, p. 60 ss.

chiave strumentale al realizzarsi delle condizioni che meglio assicurino una parità di accesso agli operatori economici.

Come noto, tuttavia, la regolazione del prezzo, pur prevista dalle norme per i servizi economici, si è caratterizzata per un'attuazione spesso inadeguata. Basti ricordare come la tariffa normalizzata per il settore idrico non sia mai stata applicata¹⁵ e, nelle more, sostituita nel 2012 dal metodo tariffario transitorio introdotto dall'Aeegsi¹⁶ subentrata – sulla carta – alle Autorità d'ambito – di fatto – al Cipe che surrogava, in regime di *prorogatio*, le relative competenze¹⁷. Al momento, la tariffa è «a regime», ma ancora non si è approdati ad una tariffa unica di ambito territoriale ottimale, poiché, a monte, i tempi di realizzazione della gestione unica non si prospettano brevi, atteso l'orizzonte almeno decennale della scadenza della concessioni salvaguardate¹⁸ nonostante le disposizioni di favore verso i processi di aggregazione contenuti nel Decreto c.d. «Sblocca Italia»¹⁹. Quest'ultima norma ha ripristinato il requisito dell'unicità della gestione, in luogo di quello (meno stringente) dell'unitarietà, che era stato introdotto nel testo del Codice dell'ambiente dal d.lgs. n. 4/2008 (c.d. secondo correttivo)²⁰. Al fine di accelerare il perfezionarsi di una

¹⁵ Per una ricostruzione della vicenda, si veda in dottrina M. ATELLI, *Il ruolo della tariffa nella disciplina del servizio idrico integrato*, in *Analisi giur. economia*, 2010, p. 221 ss., più di recente A. TONETTI, *Investimenti infrastrutturali e (in)certezza delle regole: il caso del servizio idrico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, p. 1109 ss.; per una ricostruzione in chiave economica A. AMATO - D. BALDI, *Il regime tariffario dei servizi idrici in Italia dal 1994 ad oggi e le proposte di modifica: alcune valutazioni*, in *Economia e dir. del terziario*, 2005, p. 745.

¹⁶ Sull'affidamento di compiti di regolazione dei servizi idrici alla ridenominata Autorità per l'energia elettrica il gas e il sistema idrico, si veda G. NAPOLITANO, *La rinascita della regolazione per autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, p. 229 ss.

¹⁷ L'esercizio del potere tariffario dell'Aeegsi è, al momento, passato indenne dal vaglio del giudice amministrativo che lo ha giudicato legittimo, per un'analisi del contenzioso di primo grado, si veda L. MUSSELLI, *Regolazione tariffaria dei servizi idrici e prime pronunce del giudice amministrativo*, in *www.astrid-online.it*, 2014, p. 5 ss.

¹⁸ Laboratorio servizi pubblici locali, *Servizio Idrico Integrato: l'Agenda 2015*, in *www.astrid-online.it*, novembre 2014, p. 9.

¹⁹ Art. 7 del d.l. n. 133/2014, conv. in legge n. 164/2014, cit.

²⁰ L'art. 7, comma 1, lett. i) del d.l. n. 133/2014 riscrive, infatti, i commi da 1 a 5 dell'articolo 172 del Codice dell'ambiente, al fine di garantire che in tutti gli ambiti territoriali il servizio idrico sia affidato a gestori unici e non più semplicemente idonei a garantire una gestione unitaria. In proposito si deve comunque ricordare quanto rilevato dalla Corte costituzionale, la quale, nell'analizzare il contesto normativo relativamente alla non separabilità tra gestione della rete ed erogazione del servizio idrico, sottolinea che «indipendentemente da ogni considerazione sul valore semantico dei termini “unicità” ed “unitarietà” della gestione, è, infatti evidente che parlare di “unitarietà”, anziché di “unicità” delle gestioni, non vale a consentire l'opposto principio della separazione delle gestioni stesse. In altri termini, le due gestioni, quella delle reti e quella dell'erogazione, alla luce della sopravvenuta disciplina statale, potranno anche essere affidate entrambe a più soggetti coordinati e collegati fra loro, ma non potranno mai fare capo a due organizzazioni separate e distinte» (così Corte cost., 20 novembre 2009, n. 307, in *Riv. giur. ambiente*, 2010, p. 341 ss., con nota di R. TUMBILOLO, *Servizio idrico integrato: separazione della gestione delle reti dall'attività di erogazione e affidamento di quest'ultima unicamente mediante gara*).

Il decreto disciplina poi il caso in cui l'ambito territoriale ottimale coincida con l'intero territorio regionale,



regolazione d'ambito, qualora il piano di ambito non sia stato redatto o l'ente di governo dell'ambito non abbia ancora scelto la forma di gestione e avviato le procedure di affidamento, è stato introdotto il termine perentorio del 30 settembre 2015²¹ per la conclusione di procedure di affidamento ad un gestore unico, con la conseguente decadenza degli affidamenti non conformi alla disciplina *pro tempore* vigente²². Di contro, gli ulteriori soggetti operanti all'interno del medesimo ambito territoriale, in base ad un affidamento a suo tempo assentito in conformità alla normativa e non dichiarato cessato *ex lege*, permarranno fino alla data di scadenza prevista²³.

Criticità si sono, inoltre, registrate per la tariffazione del settore dei rifiuti urbani, dove la tariffa di riferimento non è determinata secondo il metodo di *price cap* puro. Infatti, il tetto di crescita non è applicato alle tariffe, bensì ai costi effettivamente sostenuti dal gestore nell'anno precedente, inoltre per gli investimenti è prevista una remunerazione non associata a tetti²⁴.

consentendo – ove si renda necessario al fine di conseguire una maggiore efficienza gestionale ed una migliore qualità del servizio all'utenza – l'affidamento del servizio idrico integrato in ambiti territoriali comunque non inferiori al territorio delle province o delle città metropolitane (art. 147, comma 2-*bis* del Codice). La scelta della forma di gestione e delle modalità di affidamento del servizio idrico, secondo la nuova disciplina, spetta all'ente di governo d'ambito, chiamato a deliberare l'affidamento al gestore unico nel rispetto della disciplina europea e nazionale (149-*bis* del Codice). Da notare che la novella è stata da taluni erroneamente interpretata nel senso di aver imposto al gestore del servizio idrico integrato di svolgere unicamente tale attività. In realtà, l'eliminazione del consenso dell'Autorità d'ambito per la gestione di altri servizi pubblici, oltre a quello idrico, «con questo compatibili, anche se non estesi all'intero ambito territoriale ottimale» (come era previsto dall'abrogato comma 7 dell'art. 151 del Codice), non fa riemergere un inesistente divieto o una radicale preclusione allo svolgimento da parte del gestore di servizi ulteriori e complementari rispetto alla prestazione del siii. Anzi, in proposito, l'Agcm ha ritenuto preferibile optare per l'assenza di vincoli per i soggetti gestori dei servizi idrici allo svolgimento di attività economiche ulteriori, invocando a fondamento dell'assunto il rispetto dei principi di concorrenza e di libera iniziativa economica (cfr. parere AS1182 del 14 aprile 2015, *Provincia di La Spezia - gestione del servizio idrico integrato*).

²¹ Vale a dire un anno dall'entrata in vigore del decreto «Sblocca Italia».

²² Art. 172, comma 1, Codice dell'ambiente.

²³ Il comma 3 prevede che, «fuori dai casi contemplati dal comma 1», ossia nelle ipotesi in cui il piano di ambito sia stato redatto e l'ente di governo dell'ambito abbia scelto la forma di gestione e avviato le procedure di affidamento, in sede di prima applicazione, l'ente di governo dell'ambito dispone l'affidamento ad un gestore unico alla scadenza di una o più gestioni esistenti, tra quelle fatte salve dall'ultimo periodo del comma 2, aventi un bacino complessivo almeno pari al 25% della popolazione dell'ambito. Nelle more del raggiungimento della citata percentuale del 25%, l'ultimo periodo del comma 3 prevede un affidamento «temporaneo», per una durata in ogni caso non superiore a quella necessaria al raggiungimento di detta soglia, ovvero per una durata non superiore alla durata residua delle menzionate (dall'ultimo periodo del comma 2) gestioni esistenti, la cui scadenza sia cronologicamente antecedente alle altre, ed il cui bacino affidato, sommato a quello delle gestioni oggetto di affidamento, sia almeno pari al 25% della popolazione ricadente nell'ambito territoriale.

²⁴ Cfr. P. BARONI, *La regolazione e il controllo nei servizi di gestione dei rifiuti urbani*, in AA. VV., *La regolazione e il controllo dei servizi di gestione dei rifiuti urbani. Buone pratiche di regolazione locale*, Milano, 2010, p. 57.



Per il trasporto pubblico locale, il metodo del *price cap* non pare obbligatorio, salvo diverse disposizioni normative regionali, alla luce di quanto disposto dalla lett. g) dell'art. 18 del decreto Burlando (d.lgs. n. 422/1997), secondo cui gli enti locali determinano le tariffe «in analogia, *ove possibile*, a quanto previsto dall'art. 2 della legge 14 novembre 1995, n. 481».

In definitiva, scopo principale della previsione degli ambiti è adesso rinvenibile, sia nel regolare per garantire un'integrazione territoriale che non può cessare di essere funzionale alla tutela dell'utente; sia nel costituire una dimensione regolatoria preposta al recupero di produttività a fini tariffari: i costi operativi incidono sulle tariffe e più diminuiscono, più le tariffe dovrebbero risultare abbordabili.

In astratto, non siamo dinnanzi ad ambiguità di fondo tra due esigenze contrapposte, si tratta infatti di necessità concorrenti per soddisfare gli interessi degli utenti. A questi ultimi, non basta fruire del servizio, ma è essenziale che possano accedervi a prezzi abbordabili, secondo l'illustrata accezione mutuata dal diritto europeo.

In concreto, tuttavia, l'utente abituato ad un prezzo politico, non è verosimilmente propenso a considerare positivamente tutele sull'abbordabilità del prezzo, per cui non sempre giudicherà il recupero di produttività come volto a proteggere anche le sue esigenze. Il metodo del *price cap* garantisce, in realtà, che ciò possa essere assicurato anche da gestioni privatizzate, affiancandovi maggiori tutele per l'utente marginale, rappresentate dal rispetto degli obblighi di servizio universale per l'utente periferico, cui si aggiungono tariffazioni agevolate per le fasce deboli di utenza. L'obiettivo è allora di ridurre i costi operativi per recuperare produttività, o comunque di garantire al gestore il recupero integrale dei costi attraverso i ricavi tariffari, nel rispetto dei limiti invalicabili di cui sopra, necessari per garantire la tutela effettiva dell'utente, la quale sussisterà se questi possa accedere al servizio ad un prezzo sostenibile. Evidentemente, il binomio copertura dei costi-abbordabilità del prezzo, non può essere scisso neppure in epoca di *spending review*, dove plurimi provvedimenti normativi e amministrativi impediscono di addossare alle finanze pubbliche eventuali inefficienze dei gestori²⁵; la revisione della spesa pubblica non può infatti

²⁵ Il modello di revisione della spesa avviatosi negli ultimi decenni in Italia, presenta aspetti di analogia con la contemporanea esperienza francese, attualmente culminata nella *Révision Générale des Politiques Publiques* (RGPP), introdotta nel 2007. Certamente, negli anni '90, si è tentato di instaurare anche in Italia una *performance review*, ancorata all'ammodernamento dell'organizzazione dell'amministrazione e all'introduzione di controlli di risultato. In epoca più recente l'operazione di revisione della spesa è consistita nell'ancorarla alla legge di bilancio e all'esigenza di riclassificare la spesa stessa, allo scopo di migliorare «la scelta allocativa». Da ultimo, le tanto altisonanti leggi di revisione della spesa succedutesi nel tempo si sono, in realtà, limitate, da un lato, a contenere la spesa destinata al funzionamento di enti e organismi pubblici, dall'altro, a ridurre le inefficienze nell'intervento pubblico, attraverso misure di riorganizzazione dei servizi



fungere da giustificazione di una lievitazione delle tariffe che per fronteggiare i costi pongano in discussione la capacità dell'utente medio di acquisire i servizi. Anche perché la funzione della *spending review* in senso proprio non è affatto di ridurre la spesa sottesa alle funzioni principali e agli obiettivi strategici da perseguire, bensì di accrescere la qualità dei servizi erogati, attraverso un migliore acclaramento delle attività finanziate dai programmi di spesa ed una più precisa quantificazione dei fabbisogni delle risorse ad essi attribuite.

2.1. Regolazione amministrativa contro tutela della concorrenza

Vi è poi un'ulteriore problematica da affrontare. Questo tipo di regolazione amministrativa che spinge ad organizzare i servizi per bacini ottimali di utenza rappresenta, di per sé, un modo per tutelare la concorrenza? Sicuramente serve a razionalizzare l'offerta, superando la frammentazione delle gestioni, come è espressamente dichiarato già nel 1994 dalla legge Galli²⁶, ma non può sostenersi aprioristicamente che ciò implichi una forma di tutela della concorrenza.

Intanto, se si pensasse all'ambito come dimensione minima di gara, più esso è esteso, ad esempio, risultando di livello regionale, più l'operazione conduce a privilegiare i gestori di maggiore dimensione, in ossequio a logiche antitetiche rispetto alle dinamiche concorrenziali, quanto meno per la parte in cui si consideri il bene giuridico «concorrenza» come comprensivo anche di elementi strutturali, rappresentati da un certo grado di pluralismo e dal valore della «democrazia economica»²⁷. È poi vero che si possono coinvolgere piccole e medie imprese attraverso il ricorso a raggruppamenti o associazioni temporanee, ma non è detto che nella gara queste risultino aggiudicatrici.

Inoltre, l'ambito di per sé può ben conciliarsi con un affidamento diretto nelle forme dell'*in house providing*, che dunque neppure garantisce concorrenza per il mercato. Anzi, prima della pronuncia di illegittimità costituzionale del corpo normativo generato all'esito del noto referendum

pubblici – quali scuola, sanità, giustizia, trasporto pubblico ecc. –, ovvero mediante l'introduzione di innovazioni anche tecnologiche (si pensi all'informatizzazione delle procedure) che conducano ad una razionalizzazione della spesa, o ancora, migliorando la valorizzazione del patrimonio immobiliare pubblico.

²⁶ V. art. 8, comma 1, lett. b), legge n. 36/1994, cit.

²⁷ In questo senso G. GHIDINI - E. AREZZO, *La tutela della concorrenza nella costituzione economica comunitaria e nazionale*, in C. RABITTI BEDOGNI - P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010, p. 221 ss. Ma la nozione del bene concorrenza è assai controversa in dottrina, dà conto del dibattito in corso M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 2 ss., cui si rinvia, anche per i completi riferimenti bibliografici in tema.

abrogativo²⁸, lo stesso legislatore introduceva per legge la società *in house* d'ambito²⁹. Gli affidamenti *in house* rappresentano, infatti, volendo rifarsi ad una terminologia invocata dallo stesso giudice costituzionale, «una regolazione strumentale a garantire la tutela anche di interessi diversi rispetto a quelli correlati all'assetto concorrenziale del mercato garantito»³⁰. Altra cosa è ritenere, al fine del riparto delle competenze Stato-regione, che la disciplina dell'affidamento *in house*, oltre a rilevare per l'esigenza di gestione unitaria del servizio, abbia un'incidenza sul mercato, restringendone i confini (art. 117, lett. e), Cost.).

Insomma, misure di regolazione del mercato, eventualmente anche per fini di politica sociale, ed interventi a tutela della concorrenza non necessariamente coincidono.

Ciò stante, dapprima, il noto art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008³¹, come in più occasioni interpretato dalla Corte costituzionale, e poi, come vedremo meglio a breve (*infra* par. 3), il Decreto c.d. «Cresci-Italia» (d.l. 24 gennaio 2012, n. 1), nell'introdurre l'art. 3-*bis* nel d.l. n. 138/2011, sembrano voler ascrivere l'ambito territoriale agli strumenti per la tutela della concorrenza.

Se questo poteva avere una sua *ratio* nell'architettura dell'art. 23-*bis*, dove effettivamente il legislatore manifestava un'ispirazione filoconcorrenziale, sintetizzata nella scelta di conferire in via ordinaria e principale la gestione dei servizi pubblici locali attraverso l'esternalizzazione a favore di operatori di mercato, non altrettanto sembra potersi sostenere per il decreto approvato successivamente all'espressione della volontà referendaria, come ridimensionato dall'intervento

²⁸ Corte cost., 20 luglio 2012, n. 199 (in *Giur. cost.*, 2012, con nota di R. PINARDI, *Volontà referendaria e legislazione successiva tra regime formale e forza politica della pronuncia popolare abrogativa*), che ha dichiarato incostituzionale l'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011 n. 138, conv. in legge 14 settembre 2011 n. 148. Per una ricostruzione dell'evoluzione normativa che ha riguardato i servizi pubblici locali, si rinvia a P. ROSSI, *Regolazione e mercato nei servizi pubblici locali. Quale riordino*, in M. PASSALACQUA (a cura di), *Il «disordine» dei servizi pubblici locali*, cit., p. 3 ss.; P. SABBIONI, *Servizi pubblici locali: il cambio di paradigma*, in *Amministrare*, n. 1/2015, p. 75 ss.

²⁹ Di diverso avviso, erroneamente, L. PASSERI, *L'organizzazione dei servizi pubblici locali fra tutela della concorrenza ed efficienza pubblica*, in *Munus*, n. 3/2012, p. 546.

³⁰ Corte cost., 22 luglio 2010, n. 270, in *Giur. cost.*, n. 4/2010, 3296, con nota di M. LIBERTINI, *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del «decreto Alitalia»*; decisione richiamata anche da Corte cost., 17 novembre 2010, n. 325, in *Giur. cost.*, n. 6/2010, p. 4645 ss., con nota di A. LUCARELLI, *La corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia*.

³¹ Cfr. art. 23-*bis*, comma 7, d.l. 25 giugno 2008, n. 112 (conv. legge 6 agosto 2008, n. 133), il quale recitava «Le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze e d'intesa con la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, possono definire, nel rispetto delle normative settoriali, i bacini di gara per i diversi servizi, in maniera da consentire lo sfruttamento delle economie di scala e di scopo e favorire una maggiore efficienza ed efficacia nell'espletamento dei servizi, nonché l'integrazione di servizi a domanda debole nel quadro di servizi più redditizi, garantendo il raggiungimento della dimensione minima efficiente a livello di impianto per più soggetti gestori e la copertura degli obblighi di servizio universale».

demolitorio della dichiarazione di illegittimità costituzionale, da cui resta esente solo il disposto dell'art. 3-*bis*³².

Nondimeno, la Corte costituzionale, in riferimento all'art. 23-*bis*³³, si è, in passato, espressa in modo diverso, ma – val la pena sottolineare –, al solo fine di risolvere il nodo del riparto di competenze, individuando la concorrenza (*rectius*: il mercato) quale materia oggetto di intervento, senza indagare sugli effetti sostanziali derivanti da tali pronunce qualora astratte da una logica puramente semantica e descrittiva³⁴. Il giudice supremo ha infatti sostenuto che «l'ambito [...] attiene alla materia “tutela della concorrenza”, avendo per oggetto la determinazione della dimensione ottimale della gestione del servizio»³⁵. Peraltro, l'ambito di cui all'art. 23-*bis* era, sempre e comunque, il bacino minimo di gara, ma di ciò non vi è adesso più riscontro di diritto

³² Sul tentativo fallito di esautorare gli enti locali dal controllo diretto sui servizi pubblici M. DUGATO, *L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici e l'irresistibile forza dell'ente pubblico*, in *Munus*, 2012, p. 505 ss., specialmente pp. 520-522.

³³ Precisamente alla lettera *b*) del comma 10, dell'art. 23-*bis*, d.l. n. 112/2008, il quale attribuiva allo Stato la potestà di prevedere con regolamento che i comuni con un limitato numero di residenti potessero svolgere le funzioni relative alla gestione dei servizi pubblici locali in forma associata.

³⁴ Si è infatti sostenuto in dottrina che «la tesi centrale affermata dalla Corte, secondo cui la concorrenza, come bene giuridicamente tutelato, è una materia “finalistica e trasversale”, non è sempre applicata con coerenza: per alcuni aspetti (in particolare per tutta la materia delle gare pubbliche, ma non solo) la Corte finisce infatti per coprire, con la formula “tutela della concorrenza”, intere materie definite con criteri oggettivi e non finalistici», infatti, ad esempio, «le norme sugli appalti pubblici hanno interferenze con la tutela della concorrenza, ma non possono considerarsi interamente attuative di tale principio», così M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione. Una rassegna critica della giurisprudenza costituzionale italiana dell'ultimo decennio*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2014, p. 508, il quale non manca di interrogarsi su quali possano essere i fini della tutela/regolazione della concorrenza, ignorati dalla Consulta, che quindi finisce per non individuare i contenuti del bene giuridico protetto: «benessere del consumatore? Efficienza allocativa? Efficienza dinamica? Democrazia economica? Pluralismo imprenditoriale? ecc.», p. 520; e ancora, lo stesso autore sottolinea come «lo stato della giurisprudenza costituzionale in materia non presenta ancora una chiara costruzione concettuale del principio di tutela della concorrenza, e sembra piuttosto ispirarsi ad un tendenziale e generico *favor* per gli interventi statali in materia di economia, con relativa compressione delle competenze regionali».

³⁵ Così Corte cost., 17 novembre 2010, n. 325, cit., dove, a sua volta, si richiama la sentenza n. 246/2009, punti 12.2. e 12.5. del Considerato in diritto, secondo cui atterrebbe alla tutela della concorrenza la disciplina che prevede il superamento della frammentazione della gestione delle risorse idriche attraverso l'individuazione di un'unica Autorità d'ambito, allo scopo di consentire la razionalizzazione del mercato, con la determinazione della tariffa del servizio secondo un meccanismo di *price cap*, diretto a garantire la concorrenzialità e l'efficienza delle prestazioni (art. 148 del d.lgs. n. 152/2006) o meglio del mercato stesso (cfr. anche sentenze n. 142 e n. 29 del 2010). Critica quest'ultima sentenza, fondatrice di una sorta di presunzione legale di proconcorrenzialità di tutta la regolazione amministrativa dei servizi d'interesse economico generale, dimenticando che «la regolazione di settore, anche quella tariffaria, ha scopi più complessi, che vanno dalla politica industriale in senso stretto – cioè di sostegno discrezionalmente dato a certi tipi di investimento imprenditoriale – alla garanzia di servizio universale, che può giustificare anche prezzi “fuori mercato”, con relativa compensazione a favore del gestore del servizio», M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione*, cit., pp. 530-531.

positivo³⁶, laddove, in armonia con il diritto europeo, si è generalizzata la possibilità del ricorso all'*in house*. Con la conseguenza che l'ambito può non sottendere un mercato.

La questione merita un approfondimento. Se è vero che nella ricostruzione offerta dalla giurisprudenza europea, l'affidamento *in house* si configuri quale eccezione alla regola dell'evidenza pubblica, non si deve dimenticare come simili orientamenti nascano nel settore degli appalti pubblici, e quindi, non risultino completamente traslabili al diverso settore dei servizi essenziali. Occorre, infatti, tener distinta la liberalizzazione del mercato degli appalti pubblici, finalizzata a garantire la libera circolazione delle merci e dei servizi e l'apertura alla concorrenza (prescindendo dalla disamina dei fini) nella misura più ampia possibile in tutti gli Stati membri³⁷, dalla garanzia della prestazione dei servizi essenziali ai cittadini. La prima riguarda le forniture commerciali di cui la PA deve approvvigionarsi per svolgere i propri compiti istituzionali, la seconda rientra, a pieno titolo, nell'ambito dei compiti istituzionali degli enti.

Sicché, laddove la PA si atteggia ad acquirente, sebbene collettivo, la si piega, attraverso le norme Ue in materia di appalti, all'obiettivo del rafforzamento dei mercati delle merci e dei servizi, con la conseguenza che qualsiasi deroga all'applicazione di tale obbligo dev'essere interpretata restrittivamente³⁸.

Al contrario, un'autorità pubblica ha sempre la possibilità di adempiere i compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti o anche in collaborazione con altre autorità pubbliche, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi³⁹.

³⁶ Nel ricostruire l'evoltersi delle pronunce del giudice costituzionale nel passaggio dall'art. 23-*bis* al d.l. n. 178/2011, rileva come l'intera vicenda denoti notevoli incertezze nell'orientamento complessivo della Corte, M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione*, op. cit., p. 513.

³⁷ Cfr. Conclusioni dell'Avvocato Generale, Paolo Mengozzi, presentate il 27 febbraio 2014, in causa C-574/12 *Centro Hospitalar de Setúbal*, pt. 32; nello stesso senso anche la giurisprudenza della Corte, cfr. Corte giustizia UE, sez. IV, 23 dicembre 2009, C-305/08, *CoNISMa*, pt. 37 e giurisprudenza ivi citata (in part. sentenza *Bayerischer Rundfunk e a.*, pt. 39), nonché Id., sez. I, 11 maggio 2006, C-340/04, *C-Carbotermo e Consorzio Alisei*, pt. 58; Id., sez. I, 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle e RPL Lochau*, pt. 44.

³⁸ V., *inter alia*, sentenza *Stadt Halle e RPL Lochau*, cit., punti 44 e 46.

³⁹ Come è già emerso nella sentenza *Coditel Brabant* (Corte giustizia UE, sez. III, 13 novembre 2008, C-324/07, pt. 48). Si veda anche Corte giustizia UE, 9 giugno 2009, grande sezione, C-480/06, *Commissione c. Germania*, pt. 45-46 e soprattutto pt. 47, dove si precisa «da una parte, va rilevato che il diritto comunitario non impone in alcun modo alle autorità pubbliche di ricorrere ad una particolare forma giuridica per assicurare in comune le loro funzioni di servizio pubblico. Dall'altra, una cooperazione del genere tra autorità pubbliche non può rimettere in questione l'obiettivo principale delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici, vale a dire la libera circolazione dei servizi e l'apertura alla concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri, poiché l'attuazione di tale cooperazione è retta unicamente da considerazioni e prescrizioni connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico (corsivo di chi scrive) e poiché viene salvaguardato il principio della parità di trattamento degli interessati di cui alla direttiva 92/50, cosicché nessun impresa privata viene posta in una situazione



In effetti, alcune ambiguità si riscontrano negli orientamenti del giudice europeo, nella parte in cui, imponendo, nell'affidamento a terzi di concessioni di servizi pubblici, il rispetto degli artt. 43 TCE (ora 49 TFUE *libertà di stabilimento*) e 49 TCE (ora 56 TFUE *libera prestazione dei servizi*), uniti ai principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza, ammettono l'affidamento *in house*, a condizioni di ammissibilità da interpretarsi restrittivamente⁴⁰, in analogia alla giurisprudenza in materia di appalti.

A ben vedere, ciò significa semplicemente che i requisiti dell'*in house*, nato come eccezione alla regole della liberalizzazione degli acquisti, devono essere oggetto di interpretazione restrittiva perché in tale contesto e secondo tale *ratio* sono stati elaborati, ma non anche che debba essere inteso quale ipotesi eccezionale il ricorso all'affidamento *in house* di comparti non completamente liberalizzati perché prioritariamente finalizzati al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico, come appunto i servizi essenziali.

In altre parole, in conformità ai principi generali del diritto comunitario, è certamente consentito che gli enti pubblici scelgano di espletare tali servizi pubblici tramite terzi, rivolgendosi quindi al mercato (inteso come platea indistinta di operatori che possono fornire utilità) e alle sue regole di parità concorrenziale, individuando diverse possibili forme di esternalizzazione, ivi compreso l'affidamento a società partecipate dall'ente pubblico medesimo.

Del pari, tuttavia, gli stessi enti pubblici, in virtù del principio di autorganizzazione amministrativa, noto al nostro ordinamento giuridico prima ancora del recepimento dell'*acquis* comunitario, hanno la facoltà – cui ricorrere in via principale e non meramente eccezionale –, di erogare i servizi pubblici direttamente, senza avvalersi del mercato, ovviamente purchè ciò sia finanziariamente ed economicamente sostenibile, ricorrendo all'autoproduzione, dunque, attraverso la gestione in economia ovvero tramite affidamento diretto a società c.d. *in house*⁴¹, i cui

privilegiata rispetto ai suoi concorrenti (v., in tal senso, sentenza *Stadt Halle e RPL Lochau*, cit., punti 50 e 51)».

⁴⁰ Corte giustizia CE, sez. I, 6 aprile 2006, C-410/04, *ANAV*, pt. 24 e 26; nonché ID., 13 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen*, pt. 62-63. Al riguardo, si veda anche il paragrafo 38 delle Conclusioni dell'Avvocato Generale, Paolo Mengozzi, nella causa *Datenlotsen Informationssysteme* e Corte giustizia UE, sez. III, 29 novembre 2012, cause riunite C-182/11 e C-183/11, pt. 26, così come Id., sez. III, 10 settembre 2009, C-573/07, *Sea*, pt. 31-40.

⁴¹ Adesso considerato anche dalla prevalente giurisprudenza nazionale una forma di affidamento che «– lungi dal configurarsi come un'ipotesi eccezionale e residuale di gestione dei servizi pubblici locali – costituisce una delle (tre) normali forme organizzative delle stesse, con la conseguenza che la decisione di un Ente in ordine alla concreta gestione costituisce frutto di una scelta ampiamente discrezionale, seppur soggetta all'onere motivazionale» (cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 settembre 2014, n. 4599). E ancora, «deve ritenersi acclarata la legittimità della internalizzazione, essendo venuto meno il principio con tali disposizioni perseguito della eccezionalità della gestione diretta o in economia per la gestione dei servizi



requisiti di esistenza – e si badi, solo quelli – effettivamente, stante l'apparente alterità, devono essere oggetto d'interpretazione restrittiva.

Della ricostruzione qui proposta vi è adesso pieno riscontro nella nuova direttiva europea sulle concessioni che espressamente riconosce alle autorità pubbliche il potere di decidere liberamente se espletare i propri compiti d'interesse pubblico «avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici» oppure se «conferirli a operatori economici esterni» (art. 2, par. 1, Dir. 2014/23/UE del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione⁴², rubricato *Principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche*⁴³).

Tornando all'impostazione della Corte costituzionale italiana, va inoltre ricordato, che, i precedenti sul punto richiamati dalla Consulta, volti a funzionalizzare l'ambito alla tutela della concorrenza, attengono al *price cap* del settore idrico; ma, come si è visto, dubbi possono nutrirsi sul qualificare tale metodo tariffario come strumento diretto a garantire la concorrenzialità, perché, esso ben può essere applicato anche da una gestione amministrativa, in regime di esclusiva, che con la concorrenza, anche a prescindere dalla *querelle* sui suoi contenuti, ha evidentemente ben poco a che fare.

Ad ogni modo, sarebbe erroneo ritenere che ogni modello organizzativo mirante all'efficienza debba necessariamente essere sinonimo di una gestione concorrenziale; va, infatti, escluso che efficienza, efficacia ed economicità possano essere garantite solo dal mercato concorrenziale, e di ciò vi è granitico riscontro nell'art. 1 della legge n. 241/1990.

D'altro canto, questo sarebbe già negabile a livello empirico, poiché, per un certo periodo storico, le aziende speciali, in regime di esclusiva, e nel pieno alveo pubblico, risultarono caratterizzarsi per l'efficienza della gestione dei servizi pubblici locali⁴⁴. Attenta dottrina, ha infatti, da tempo,

pubblici locali di rilevanza economica» (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 762; Id., sez. V, 27 maggio, 2014, n. 2716). Orientamento condiviso anche da Corte dei Conti, sez. Lombardia, parere 22 ottobre 2013 n. 457.

⁴² Se ne veda il quinto Considerando: «[...] In particolare, la presente direttiva non dovrebbe in alcun modo incidere sulla libertà degli Stati membri e delle autorità pubbliche di eseguire lavori o fornire servizi direttamente al pubblico o di esternalizzare tale fornitura delegandola a terzi».

⁴³ Il cui comma 1 recita: «La presente direttiva riconosce il principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione. Tali autorità sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici. Dette autorità possono decidere di espletare i loro compiti d'interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli a operatori economici esterni».

⁴⁴ Diffusamente e motivatamente G. DI GASPARO, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, 2a ed., Padova, 2010, pp. 18-19.

correttamente rilevato che all'inizio del '900, in Italia, così come nella maggior parte degli Stati europei, vigeva il principio dell'autonomia e dell'autosufficienza finanziaria dei comuni, tenuti a rispettare l'obbligo del pareggio di bilancio e ad esercitare le relative funzioni grazie all'impiego delle entrate ricavate dalle comunità di riferimento. Perciò «se c'era un aumento dei costi nei servizi e non si voleva coprirlo con l'aumento delle tariffe bisognava allora aumentare le imposte locali a carico dei contribuenti. Tra cittadini e Comune si innestava dunque un conflitto di interessi positivo un *trade off* che garantiva l'efficienza del servizio. I cittadini “*tax payers*” in alcuni Stati, come in Italia con la legge n. 103/1903, potevano, nei casi di cattiva gestione, agire in giudizio con l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori: la cosiddetta “azione popolare” che viene introdotta sull'esempio della *class action* statunitense. Il principio del pareggio di bilancio funzionava così come correttivo sistemico, innestando quell'interno circolo virtuoso di efficienza e di economicità che si realizzava attraverso il conflitto trasparente di interessi, creando le condizioni per una conduzione efficiente delle aziende»⁴⁵.

A ben vedere, verosimilmente e ancora una volta, il Decreto «Cresci-Italia» invoca la tutela della concorrenza e dell'ambiente come fine della regolazione semplicemente per fondare la legittimità del potere legislativo statale nella materia. Del resto, dal punto di vista del riparto delle competenze, certamente la tenuta costituzionale della norma è comunque fatta salva dalla possibilità di ancorare la potestà legislativa statale alla tutela dell'ambiente, sempre invocabile quando si tratti di servizi pubblici a rete, se non, per tutti i motivi esposti, alla materia riguardante livelli essenziali delle prestazioni⁴⁶.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 19.

⁴⁶ Per una sintesi sulla nozione di lep, sia consentito il rinvio a M. PASSALACQUA, *Convergenza e livelli essenziali delle prestazioni*, in *Istit. federalismo*, n. 2/2011, p. 344 ss. e alla dottrina ivi richiamata: C. PINELLI, *Sui «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali» (art. 117, comma 2, lett. m, Cost)*, in *Dir. pubb.*, 2002, p. 87 ss.; E. BALBONI, *Il concetto di «livelli essenziali e uniformi» come garanzia in materia di diritti sociali*, in *Istit. federalismo*, n. 6/2001, pp. 1103, 1106 ss.; ID., *Livelli essenziali: il nuovo nome dell'uguaglianza? Evoluzione dei diritti sociali, sussidiarietà e società del benessere*, in E. BALBONI - B. BARONI - A. MATTIONI - G. PASTORI (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del titolo quinto della Costituzione*, Milano, 2003, p. 30 ss.; M. LUCIANI, *I diritti costituzionali tra stato e regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lettera m, della Costituzione)*, in *Politica del diritto*, 2002, p. 345 ss.; A. D'ALOIA, *Diritti e stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, n. 6/2003, p. 1068 ss.; E.A. FERIOLI, *Sui livelli essenziali delle prestazioni: le fragilità di una clausola destinata a contemperare autonomia e uguaglianza*, *ivi*, n. 2-3/2006, p. 564; A. MORRONE, *Costituzione finanziaria e livelli essenziali delle prestazioni*, in AA.VV., *Processi di devolution e transizioni costituzionali negli Stati unitari*, Torino, 2007, p. 171 ss. Per più recenti ricostruzioni del dibattito si rimanda a G. GUIGLIA, *I livelli essenziali delle prestazioni alla luce della recente giurisprudenza costituzionale e dell'evoluzione interpretativa*, Padova, 2007; C. TUBERTINI, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni. Il caso della tutela della salute*, Bologna, 2008, p. 33 ss.; A. GUAZZAROTTI, *Diritti fondamentali e regioni: il nuovo Titolo V alla prova della giurisprudenza costituzionale*, in *Istit. federalismo*, n. 5/2008, p. 604 ss.; G. DELLEDONNE,



È dunque preferibile ritenere che la regolazione dell'ambito non concerna la concorrenza in senso proprio, trattandosi piuttosto di una regolazione economica avente ad oggetto la conformazione di attività verso l'efficienza, ottenuta tramite economie di scala, cioè attraverso la promozione di processi produttivi connotati da costi medi di produzione resi più bassi grazie alla dilatazione dell'estensione territoriale dell'erogazione.

Tale regolazione economica sussiste a prescindere dalla disciplina dell'affidamento del servizio, che si atteggia a separato e consequenziale corollario, diversamente normato, a seconda che si faccia o meno ricorso al mercato. Nel primo caso, l'affidamento sarà «filtrato» dall'applicazione per i profili giuridici di regole pro-concorrenziali, per consolidato orientamento della stessa Corte costituzionale, certamente da ascrivere alla materia concorrenza in senso dinamico; la Corte sostiene infatti – correttamente – che la regolamentazione delle modalità di affidamento del servizio a terzi imprenditori «non riguarda un dato strutturale del servizio né profili funzionali degli enti locali ad esso interessati ma l'assetto competitivo da dare al mercato di riferimento»⁴⁷. Nella seconda ipotesi, la gestione *intramoenia* si connoterebbe per il ricorso alle regole interne all'amministrazione.

Insomma, non appare corretto associare gli ambiti alla creazione di mercati rilevanti⁴⁸. Al più si potrà sostenere che l'ambito, coniugato all'esternalizzazione, possa generare un mercato rilevante. Si ricordi che, nel diritto antitrust, il c.d. mercato «rilevante» ha una connotazione sia merceologica sia geografica. Quanto al primo aspetto, esso si definisce con riferimento ai tipi di prodotto o servizio oggetto di scambio, i quali debbono essere intercambiabili o sostituibili dal consumatore, in ragione delle caratteristiche dei prezzi e dell'uso finale. L'ambito geografico – qui di maggior interesse – va inteso come area in cui le condizioni di concorrenza siano sufficientemente omogenee, a differenza di zone geografiche contigue. Ma i gestori di servizi pubblici locali in monopolio legale, perché ancora retti da regimi di esclusiva, difficilmente possono essere considerati operativi in mercati rilevanti, salvo che con eventuale riferimento ad altri mercati ai primi collegati⁴⁹. Invero, la stessa Commissione europea⁵⁰, definisce il mercato

Federalismo, livelli essenziali, diritti, in M. CAMPEDELLI - P. CARROZZA - L. PEPINO (a cura di), *Welfare, diritti, cittadinanza. Percorsi di cultura sociale per gli operatori del diritto*, Bologna, 2010, p. 251 ss.

⁴⁷ Corte cost., 27 luglio 2004, n. 272, in *Servizi pubbl. e appalti*, n. 4/2004, p. 831 ss., con nota di A. POLICE - W. GIULIETTI, *Servizi pubblici, servizi sociali e mercato: un difficile equilibrio*.

⁴⁸ In questo senso sembra orientarsi una parte dei commentatori, cfr. A.M. ALTIERI, *I servizi pubblici locali organizzati in ambiti territoriali ottimali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, p. 1194.

⁴⁹ Si pensi al caso dell'Acquedotto pugliese, dove l'Agcm rilevava che l'ente aveva esteso il monopolio legale di cui gode ai sensi del decreto legislativo n. 141/1999, ricomprendendo nel medesimo anche l'attività di realizzazione degli allacci delle abitazioni alla rete idrica o fognaria (c.d. impiantiini), la quale ai sensi della normativa non risulta direttamente rientrante tra quelle costituenti il servizio idrico integrato.



rilevante come lo «strumento per individuare e definire l'ambito nel quale le imprese sono in concorrenza tra loro», nonché mezzo per «individuare in modo sistematico le pressioni concorrenziali alle quali sono sottoposte le imprese interessate»⁵¹.

In altre parole, la costituzione di un mercato rilevante può conseguire ad una gestione d'ambito, proprio perché la descritta regolazione economica favorisce l'omogeneizzazione tariffaria, ma ciò non è né necessario, né obbligatorio.

Ulteriore riprova che la regolazione d'ambito dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica concerne esclusivamente l'organizzazione territoriale del servizio, ancorché finalizzata all'efficienza, sta nel fatto che, inizialmente, nel gennaio 2012, non si è introdotto un «affidamento d'ambito» (c.d. gara unica), inteso come unità minima per il conferimento della gestione; confermandosi che, nelle stesse intenzioni del legislatore, l'affidamento d'ambito sia un *posterius* rispetto al *prius* rappresentato dall'organizzazione istituzionale d'ambito del servizio. A ciò si giunge, infatti, solo nel giugno 2012, con le modifiche apportate dal decreto sviluppo⁵², secondo una disposizione normativa di breve durata, perché anch'essa dichiarata incostituzionale dalla Consulta⁵³.

3. La generalizzazione della gestione d'ambito ai servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica

Fino all'emanazione del più volte citato Decreto «Cresci-Italia»⁵⁴, solo alcune normative statali di settore in materia di servizi pubblici locali, relative a servizi idrici, gestione dei rifiuti e distribuzione del gas, prevedevano la loro organizzazione in bacini territoriali.

Analoghe autonome disposizioni volte ad imporre gestioni d'ambito si rinvenivano, inoltre, in alcune leggi regionali, che talvolta hanno esteso gli ambiti a settori non contemplati dal legislatore

Tale attività, in quanto estranea a quelle oggetto di affidamento *ex lege* al gestore unico, è stata considerata soggetta alle regole di concorrenza, cfr. Agcm, A395 - *Acquedotto Pugliese*, 30 ottobre 2008, n. 19045, con cui sono stati resi obbligatori gli impegni presentati da Acquedotto Pugliese s.p.a.

⁵⁰ Commissione europea, *Comunicazione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza* (97/C 372/03).

⁵¹ Secondo la giurisprudenza amministrativa, il mercato rilevante si costruisce come quella «zona geograficamente circoscritta dove, dato un prodotto o un gamma di prodotti considerati tra loro sostituibili, le imprese che forniscono quel prodotto si pongono fra loro in rapporto di concorrenza» (Cons. Stato, sez. VI, 20 maggio 2011, n. 3013, *Batterie al piombo*; Cons. Stato, sez. VI, 25 marzo 2009, n. 1794, *Atac*; T.A.R. Lazio-Roma, sez. I, 24 dicembre 2011, n. 10180, *Saint Gobain*; Cons. Stato, sez. VI, 14 marzo 2000 n. 1348, *Italcementi*; Cons. Stato, sez. VI, 12 febbraio 2001 n. 652, *Vendomusica*).

⁵² Cfr. art. 53, comma 1, lett. *b*), n. 6, d.l. 22 giugno 2012, n. 83 (conv. legge 7 agosto 2012, n. 134), il quale introduceva il comma 35-*bis* nell'art. 4 del d.l. n. 138/2011, recante la disciplina dei servizi pubblici locali.

⁵³ Nella nota sent. n. 199/2012, già richiamata *supra* nota n. 28.

⁵⁴ D.l. 24 gennaio 2012, n. 1 (conv. legge 24 marzo 2012, n. 27).

nazionale, come nel caso del trasporto pubblico locale⁵⁵, o comunque, più in generale, hanno tentato di assicurare l'esercizio associato delle funzioni dei comuni, dai più considerate comprensive dell'erogazione di servizi pubblici, ancor prima che il legislatore provvedesse ad individuare le funzioni fondamentali dei comuni stessi, a norma dell'art. 117, lett. p) Cost.⁵⁶.

Il citato decreto legge n. 1/2012, introducendo l'art. 3-*bis* al corpo del d.l. n. 138/2011, annovera invece, tra le misure volte a favorire lo sviluppo economico⁵⁷, la generalizzazione della gestione per ambiti dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica.

Detti ambiti devono essere «ottimali» e «omogenei», allo scopo di consentire il perseguimento di «economie di scala», ben potendosi differenziare nei vari territori anche oltre la tipica dimensione provinciale. La differenziazione⁵⁸ consente, infatti, sia di tener conto delle peculiarità geografiche che possono originare specifici vincoli infrastrutturali connessi alla rete – si pensi ai rischi di congestione –, o generare insostenibili impatti ambientali⁵⁹, sia di soddisfare determinate esigenze socio-economiche, correlate, ad esempio, alla densità demografica o alle caratteristiche produttive dell'area di riferimento, in modo comunque da massimizzare l'efficienza del servizio.

In particolare, dalla legislazione nazionale di contabilità pubblica, si evince come l'efficienza sia rappresentata dal rapporto tra risorse utilizzate e quantità di servizi prodotti. In sostanza, si tratta di individuare un'estensione geografica della gestione tale da garantire che i costi sopportati (*input*) risultino razionali rispetto agli obiettivi perseguiti (*output*); con manifesto scopo di ridurre i costi per l'erogazione dei servizi pubblici, con conseguente aumento dell'efficienza della spesa.

⁵⁵ Provvede a fornirne una prima elencazione G. CARULLO, *Obbligo di esercizio «associato» delle funzioni e modelli di cooperazione a livello comunale*, in *Foro amm.-CdS*, n. 10/2013, p. 2900 ss.

⁵⁶ Con il d.l. 31 maggio 2010, n. 78, su cui meglio *infra* par. 4.

⁵⁷ Lo si evince dalla rubrica del titolo II in cui è inserita la norma, intitolata «*liberalizzazioni, privatizzazioni ed altre misure per favorire lo sviluppo*», come pure dall'incipit dello stesso art. 3-*bis* d.l. n. 138/2011, dove si invoca la tutela della concorrenza a giustificazione della novella disciplina; per una visione critica di tale impostazione, si veda *supra* par. 2.1.

⁵⁸ Su differenziazione e adeguatezza per l'attuazione del principio di sussidiarietà, si veda S. MANGIAMELI, *Il federalismo alla prova: la differenziazione regionale*, in *www.astridonline.it*, 9 marzo 2012; L. VANDELLI, *Il federalismo alla prova: le regioni tra uniformità e differenziazione*, *ivi*, 21 novembre 2011; F. CORTESE, *Le competenze amministrative nel nuovo ordinamento della Repubblica. Sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza come criteri allocativi*, in *Istit. federalismo*, 2003, p. 5 ss.

⁵⁹ Per questi motivi si ritiene non corretto considerare la rete come elemento univocamente suscettibile di ampliare l'ambito territoriale del servizio, in ossequio ad economie di scala, in questo senso si è invece espressa V. MACCOLINI, *La dimensione degli interessi pubblici nella riorganizzazione dei servizi pubblici locali (a rete) di rilevanza economica*, in *Riv. trim. appalti*, 2012, pp. 292-293, la quale giunge a ritenere che «la dimensione del servizio possa coincidere con la rete quando questa risulti essere la modalità più efficiente»; in realtà, ciò rappresenta, invece, una mera evenienza, mentre è rilevante che il legislatore abbia ammesso una deroga all'efficienza proprio per tener conto delle specificità connesse alla rete indicate nel testo.

L'individuazione degli ambiti, l'organizzazione delle connesse funzioni amministrative – talvolta corrispondenti, come si vedrà (*infra* par. 4), a funzioni fondamentali dei comuni –, e l'istituzione o designazione dei relativi enti di governo, sarebbe dovuta esser predisposta dalle autonomie territoriali (regioni e province autonome), entro i successivi cinque mesi (30 giugno 2012).

Alla potestà regionale non solo spetta quindi la definizione degli ambiti territoriali ottimali e omogenei, ma anche di istituire, o designare tra gli enti già esistenti, gli organi di governo dell'ambito, al fine di rendere coincidente con l'ambito territoriale la struttura amministrativa deputata al governo del medesimo (principalmente tramite la programmazione del servizio e l'espletamento delle gare per la relativa gestione)⁶⁰. In definitiva, l'ambito territoriale di per sé dovrebbe consentire di migliorare l'esercizio delle funzioni di programmazione delle amministrazioni pubbliche regionali e locali e di alleviare il possibile conflitto di interessi tra enti locali e gestori.

Inizialmente, non era contemplata alcuna sanzione per il caso di inerzia degli enti coinvolti a procedere a tali incombenzi, lacuna presto colmata⁶¹ dall'introduzione, nel caso di omessa predisposizione dell'ambito, dell'intervento sostitutivo del Consiglio dei ministri⁶² – peraltro già previsto in talune disposizioni di settore⁶³ –, cui si è aggiunto il potere sostitutivo del Prefetto territorialmente competente⁶⁴ per supplire alla mancata indicazione dell'ente di governo⁶⁵.

⁶⁰ Già l'art. 23-*bis*, sanciva che «i bacini di gara per i diversi servizi sono definiti, nel rispetto delle normative settoriali, dalle regioni e dagli enti locali d'intesa con la Conferenza unificata di cui all'art. 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281» (art. 23-*bis*, comma 7, lett. *f*), d.l. 112/2008).

⁶¹ Con una modifica al testo normativo predisposta, appena prima della scadenza dell'originario termine, dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. in legge 7 agosto 2012, n. 134.

⁶² Per una ricostruzione del potere sostitutivo esercitato in nome dell'unità giuridica ed economica della Repubblica (art. 120 Cost.), si rimanda a M. MICETTI, *Titolo V e potere sostitutivo statale. Profili ricostruttivi ed applicativi*, in www.issirfa.cnr.it, ottobre 2012, anche con riferimento alla bibliografia ivi citata; si veda, inoltre, M.G. PUTATURO DONATI, *Note in tema di esercizio del potere sostitutivo nella giurisprudenza della corte costituzionale*, in www.federalismi.it, 2014; Q. CAMERLENGO, *Potere sostitutivo (diritto costituzionale)*, [aggiornamento-2008], in *Digesto pubbl.*, II, Torino, p. 652 ss.

⁶³ Si pensi, ad esempio, all'art. 19 della legge n. 36/1994, il quale attribuiva al Presidente del Consiglio dei ministri il potere sostitutivo nei confronti delle regioni che non avessero provveduto all'individuazione degli ambiti territoriali ottimali nel termine di sei mesi dall'entrata in vigore della legge stessa, o alla stipulazione delle intese tra regioni nel caso di bacini il cui territorio superasse i confini delle medesime.

⁶⁴ Art. 13, comma 2, d.l. 30 dicembre 2013, n. 150, conv. nella legge 27 febbraio 2014, n. 15 (Milleproroghe).

⁶⁵ Oltre che per l'ipotesi di mancata deliberazione dell'affidamento dei servizi *de qua* entro il termine del 30 giugno 2014. In particolare, i Prefetti erano tenuti a completare la procedura di affidamento entro il termine del 31 dicembre 2014, scaduto il quale, gli affidamenti s'intendono cessati a tale data. Sui rapporti tra organizzazione d'ambito e affidamento dei servizi si veda anche *infra* par. 4-5.

La norma fa comunque salva l'organizzazione di specifici servizi pubblici locali in ambiti o bacini territoriali ottimali già prevista nelle discipline di settore ovvero nelle disposizioni regionali che avessero già avviato la loro costituzione⁶⁶, purchè nel rispetto dei nuovi tempi di attuazione.

Riteniamo che ciò non significhi possibilità di istituzione di ambiti «a grappolo», quanto piuttosto che per questi settori gli ambiti siano quelli delineati dalle norme speciali o regionali, sebbene l'inconveniente sia di incidere per sottrazione allo spettro di applicazione della normativa generale.

Ad oggi, sovente con ritardi rispetto alle prescrizioni di legge, la maggior parte delle regioni e province autonome si è limitata ad adempiere alla delimitazione degli ambiti – per rifiuti, servizio idrico e trasporto pubblico locale⁶⁷ –, senza che si sia reso necessario l'intervento sostitutivo dello Stato⁶⁸; ma molte autonomie risultano ancora inadempienti nella costituzione degli enti di governo degli ambiti⁶⁹, nonostante sia stato previsto anche un accesso prioritario ai trasferimenti finanziari aggiuntivi di cui all'art. 119 Cost., per incentivare gli enti a provvedere in tal senso⁷⁰, come pure un più favorevole regime di proroghe per i gestori i cui enti di governo d'ambito abbiano dato attuazione alla nuova dimensione degli affidamenti⁷¹.

⁶⁶ Art. 3-*bis*, comma 1, d.l. n. 138/2011, come modificato dal citato d.l. n. 83/2012.

⁶⁷ Fonti: Invitalia, *Riepilogo su base nazionale degli assetti territoriali ed organizzativi*, maggio 2013; Id., *Assetti organizzativi del trasporto pubblico locale stato di attuazione dei processi di riordino*, agosto 2015.

⁶⁸ Gli ambiti nel settore del gas naturale sono stati fissati per regolamento ministeriale (D.M. 19 gennaio 2011) nel numero di 177, con dimensioni ritenute adeguate per lo sfruttamento di economie di scala, secondo il parere del Commissario straordinario per la revisione della spesa, *Programma di razionalizzazione delle partecipate locali*, 7 agosto 2014, p. 25. Per maggiori approfondimenti si rinvia ancora a L. AMMANNATI - A. CANEPA, *Un difficile percorso verso la concorrenza*, cit.; S. MONZANI, *Il periodo transitorio relativo al servizio di distribuzione del gas tra mercato, certezza del diritto e individuazione dei bacini ottimali di utenza*, in *Ammin. it.*, 2008, p. 1322; sullo stato delle gare si veda anche G. FRACCASTORO, *La nuova disciplina in materia di gare per il servizio di distribuzione del gas*, in *Corr. merito*, n. 12/2012, p. 1083 ss.; C. GUARDAMAGNA, *Il regime d'ambito nel settore del gas: verso la chiusura di un mercato liberalizzato*, in *Riv. it. dir. pubb. comunitario*, n. 5/2012, p. 946 ss.; G. CAIA, *Concorrenza e qualità nel servizio pubblico di distribuzione del gas: le gare per l'affidamento in ambiti territoriali minimi*, in *Giustizia amm.*, n. 3/2008, p. 53 ss.

⁶⁹ Fonte: Ministero dello sviluppo economico. Ancora nel giugno 2015, ormai a venti anni di distanza dalla legge Galli impositiva dell'obbligo, il Consiglio dei Ministri ha diffidato le Regioni Calabria, Molise, Campania e Sicilia a provvedere alla costituzione degli Enti di governo degli ambiti nel settore idrico. In proposito, per una rassegna delle legislazioni regionali e degli enti di governo degli ambiti idrici da queste individuati in luogo delle sopresse AATO, si veda Autorità per l'energia elettrica il gas e il sistema idrico, *Relazione annuale*, marzo 2014, p. 226, tavola 4.1.; per un'indicazione circa gli aspetti organizzativi di tali enti A. LUCARELLI, *L'organizzazione amministrativa delle nuove autorità d'ambito tra principio di sussidiarietà verticale, ruolo delle regioni e vincoli referendari*, in *www.federalismi.it*, 16 aprile 2014.

⁷⁰ Cfr. comma 4 dell'art. 3-*bis* nella versione sia antecedente sia successiva alle modifiche apportate dalla legge di stabilità per il 2015.

⁷¹ Art. 13, comma 1, d.l. n. 150/2013, cit., il quale ha prorogato al 31 dicembre 2014 i servizi non conformi al diritto europeo, al fine di garantirne la continuità, laddove l'ente di governo dell'ambito abbia già avviato le procedure di affidamento.



Ancora più critica è la situazione dell'adesione dei comuni a tali enti, infatti, sebbene l'ultima legge di stabilità l'abbia resa sempre obbligatoria⁷² per tutti i servizi a rete⁷³, nella maggior parte delle regioni essa non risulta esser stata completata⁷⁴. Tale inerzia si è perpetrata sebbene la mancata adesione degli enti locali entro il 1o marzo 2015, oppure entro sessanta giorni dall'istituzione o designazione dell'ente di governo dell'ambito territoriale ottimale, consenta un intervento del Presidente della Regione di diffida e, trascorsi trenta giorni, l'esercizio di poteri sostitutivi⁷⁵.

Ciò desta particolare preoccupazione soprattutto perché le funzioni inerenti l'organizzazione dei suddetti servizi a rete, la scelta della forma di gestione, la determinazione delle tariffe (per quanto di competenza), l'affidamento della gestione degli stessi in modo da evitare l'aggiudicazione a micro-aziende ed il relativo controllo «sono esercitate unicamente dagli enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei»⁷⁶.

Inoltre, la geografia degli ATO risulta multiforme nelle varie aree del Paese, con una significativa presenza di ambiti di dimensione ridotta: in molti casi accanto all'ATO di dimensione regionale, valido soprattutto ai fini della programmazione, sono stati istituiti diversi *sub* ATO, di dimensioni molto più contenute, per l'effettiva organizzazione e gestione dei servizi⁷⁷.

⁷² Art. 1, comma 609, lett. a), della legge 23 dicembre 2014, n. 190 (legge di stabilità per il 2015), che ha introdotto una modifica al comma 1-*bis* del più volte richiamato art. 3-*bis*.

⁷³ L'art. 7, comma 1, lett. b), del d.l. 12 settembre 2014, n. 133, cit., già prevedeva per il settore idrico, l'obbligatorietà della partecipazione degli enti locali agli enti d'ambito e il conseguente trasferimento, a tali enti di governo, delle competenze spettanti agli enti locali in materia di gestione delle risorse idriche, ivi comprese le funzioni di programmazione delle infrastrutture idriche (cfr. nuovo ultimo periodo del comma 1 dell'art. 147 del Codice). Si tratta di una norma che riproduce, per i nuovi enti d'ambito, quanto già disposto per le autorità d'ambito (AATO) dall'art. 148 del Codice.

⁷⁴ Fonte: Ministero dello sviluppo economico.

⁷⁵ Cfr. art. 3-*bis*, come modificato dalla legge di stabilità del 2015. Con riferimento al servizio idrico integrato, per cui l'originaria disciplina speciale prevedeva l'adesione facoltativa dei comuni fino a 1.000 abitanti, si veda adesso il comma 1-*bis* dell'art. 147, d.lgs. n. 152/2006, come modificato dall'articolo 7 del decreto «Sblocca Italia» (d.l. n. 133/2014, cit.), dove si prevedono poteri sostitutivi in capo alla regione, nei casi di mancata adozione (entro 60 giorni dall'entrata in vigore del decreto legge) da parte dell'ente locale della delibera di adesione all'ente d'ambito, con addebito delle relative spese a carico dell'ente inadempiente. Tale norma riproduce, nella sostanza, quanto già previsto dal comma 4 dell'art. 172 del Codice, nel testo previgente. Si veda anche l'art. 174, comma 2, del d.lgs. n. 152/2006, che consente al Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio di attivare i poteri sostitutivi negli ambiti territoriali ottimali in cui vi siano agglomerati a carico dei quali pendono procedure di infrazione per violazione della direttiva 91/271/CEE; su come i ritardi nel rendere operative le Autorità d'ambito, abbiano inciso sull'adempimento degli obblighi europei in materia di tutela delle acque e sul ruolo dei poteri sostitutivi dello Stato centrale, si veda P. BERTOLINI, *Il colpevole ritardo italiano nella realizzazione di adeguate reti fognarie e di impianti di trattamento delle acque reflue*, in *Riv. giur. ambiente*, 2013, p. 57 ss.

⁷⁶ Così è, infatti, disposto dal comma 1-*bis* dell'art. 3-*bis*, inserito dall'art. 34, comma 23, del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. in legge 17 dicembre 2012, n. 221 (c.d. «Decreto Crescita 2»).

⁷⁷ Fonte: Commissario straordinario per la revisione della spesa, *Programma di razionalizzazione delle*



Venendo adesso alla disamina delle problematiche sollevate dalla norma appena illustrata, merita preliminarmente sottolineare che nel quadro legislativo descritto, l'attività di coordinamento e organizzazione regionale dei servizi⁷⁸ ruota attorno al concetto di rete, con la conseguenza che per definire l'estensione applicativa della norma occorre muovere da tale nozione, affatto definita dal diritto positivo.

In dottrina, si è sostenuto che le reti siano beni riconducibili ad unità dal punto di vista teleologico, rappresentato dalla realizzazione dello scopo unitario dell'erogazione del servizio⁷⁹.

In realtà, un criterio individuatore della rete era contenuto nel noto art. 4 del d.l. n. 138/2011, poi dichiarato incostituzionale⁸⁰, dove si sposava una visione economicistica, assai condivisibile. Le reti, infatti, non si connoterebbero solo per la strumentalità all'erogazione del servizio, quanto per l'essere non duplicabili a costi socialmente sostenibili, in ossequio alla nota teoria dell'*essential facility*⁸¹.

Ma anche tale impostazione non pare comunque risolutiva degli esposti problemi interpretativi, perché, in mancanza di un'espressa indicazione chiarificatrice del legislatore, nazionale e regionale, diviene assai problematico qualificare *essential facilities* le dotazioni funzionali all'esercizio di molti servizi.

In effetti, ad esempio, in materia di trasporto pubblico locale su gomma, proprio l'esperienza delle gare italiane ha dimostrato quanto sia controversa e variabile l'individuazione dei beni essenziali all'erogazione, tant'è che vi sono stati casi in cui gli enti coinvolti non individuavano

partecipate locali, cit., p. 24. Per alcune ipotesi di cattiva applicazione della norma si veda Agcm, Audizione presso la IX Commissione della Camera dei Deputati del Presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, *Indagine conoscitiva sul settore del trasporto pubblico locale*, 3 dicembre 2013, p. 4.

⁷⁸ In proposito si veda anche l'art. 3, comma 5, d.lgs. n. 112/1998, di cui già si è detto *supra* par. 1.

⁷⁹ Sembra propendere per questa soluzione G. DELLA CANANEA, *Stato e mercato: le infrastrutture per i servizi pubblici*, in *Munus*, 2013, p. 5, dello stesso autore si veda anche *Per un nuovo assetto delle reti di servizi pubblici*, *ivi*, 2011, p. 103 ss. Più in generale, sul tema delle reti, utile la ricostruzione di F. DI PORTO, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, Padova, 2008, *passim* e in part. p. 83 ss., la quale sembra comunque aderire alla tesi indicata nel testo.

⁸⁰ Per una ricostruzione delle vicende normative dei servizi pubblici locali, si rimanda ancora una volta a P. ROSSI, *Regolazione e mercato nei servizi pubblici locali*, cit.

⁸¹ Per cui si rinvia alle ricostruzioni di L. TOFFOLETTI, *La nozione di essential facility*, in *Mercato concorrenza e regole*, 1998, p. 329 ss.; A. ALBORS LLORENS, *The «Essential Facilities» Doctrine in EC Competition Law*, in *Cambridge Law Journal*, 1999, p. 490 ss.; A.G. DE CAPITE, *Essential facility doctrine: una disciplina in cerca d'identità*, in *Riv. dir. impresa*, 1999, p. 579 ss.; G. COLANGELO, *Le public utilities tra regolazione e concorrenza. Là dove porta la dottrina dell'Essential facility*, in *Enti pubb.*, 2001, p. 451; D. DURANTE - G.G. MOGLIA - A. NICITA, *La nozione di Essential facility tra regolamentazione e antitrust*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2001, p. 257 ss.



alcun bene essenziale, altri che hanno fatto rientrare in questo concetto i depositi ed altri ancora che hanno definito come beni essenziali sia le rimesse che i mezzi di trasporto⁸².

Certamente possiamo considerare rete in senso tecnico, ogni infrastruttura fissa – per restare all'esempio del tpl: la filovia ed in linea di massima, salvo grandi centri urbani, la rete viaria –, in quanto non facilmente replicabili, e dunque generanti un monopolio naturale il cui utilizzo comporta una struttura dei costi (economie di scala e subadditività) tale da suggerire la presenza sul mercato di un solo operatore⁸³. Difatti, per quanto riguarda il trasporto su gomma, se è vero che la rete viaria è più agevolmente adoperabile da una pluralità di operatori, ciò può comportare costi di congestione (da amministrare con appositi sistemi di tariffazione dell'uso della rete stessa).

Ciò stante, sicuramente nel caso di specie, sovente, le autorità pubbliche coinvolte hanno deciso di considerare «beni essenziali» per l'esercizio del trasporto locale su gomma, una vasta varietà di beni che non è detto integrino la nozione di rete invalsa nel diritto della regolazione, ma che comunque conformano la destinazione dei beni in forza della loro rilevanza pubblicistica⁸⁴. Analogamente, in relazione al trasporto ferroviario, è stato deciso che le infrastrutture proprie di una «stazione» non sono costituite da ogni edificio solo perché contiguo alla rete ferroviaria, a prescindere dalla destinazione dello stesso, bensì unicamente da quegli immobili funzionalmente qualificabili come infrastrutture della rete stessa, quali i piazzali per viaggiatori, merci, gli accessi stradali o anche edifici adibiti ad uso specifico della struttura ferroviaria⁸⁵.

Occorre, tuttavia, ricordare come la normativa in materia di contratti pubblici, nella parte dedicata ai settori speciali, ammetta l'esistenza di una rete anche con riferimento al trasporto su gomma, altrimenti non si comprenderebbe perché l'articolo 210 del Codice si riferisca testualmente alla «messa a disposizione o alla gestione di reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel campo del trasporto ferroviario, tranviario, filoviario, *ovvero mediante autobus* o sistemi automatici o cavo»⁸⁶.

⁸² Fonte: Senato della Repubblica, Servizio studi, Dossier su *Trasporto pubblico locale*, aprile 2011, n. 286.

⁸³ Così sostengono C. BENTIVOGLI - R. CULLINO - D. M. DEL COLLE, *Regolamentazione ed efficienza del trasporto pubblico locale: i divari regionali*, Roma, 2008, p. 5.

⁸⁴ Possono, ad esempio, considerarsi beni funzionali all'esercizio del tpl, le rimesse, i relativi impianti fissi, il parco veicoli, perché considerati di difficile fungibilità o specialistici.

⁸⁵ Così Cons. Stato, ad. plen., 23 luglio 2004, n. 9, *Soc. Grandi Stazioni s.p.a.*

⁸⁶ In senso contrario, ha ritenuto non configurabile il tpl come servizio a rete M.A. SANDULLI, *Affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale su strada e riforma dei servizi pubblici locali*, in www.federalismi.it, 30 giugno 2010, p. 15, perché il concetto di rete dovrebbe ritenersi limitato ai servizi su impianti fissi (in primo luogo quelli ferroviari), laddove per i servizi di trasporto su strada nessuna infrastruttura, ivi compresi i depositi, presenterebbe tali caratteristiche.



Si comprenderà, allora, che se è agevole considerare a rete i servizi locali di distribuzione del gas, di gestione del servizio idrico integrato, o di trasporto ferroviario regionale, si sia reso necessario un intervento di interpretazione autentica del legislatore per sussumervi i servizi di gestione dei rifiuti urbani ed il già menzionato tpl, il primo oggetto di un riferimento puntuale, il secondo sottoposti, adesso a prescindere dalla legislazione regionale, perché settore oggetto di regolazione ad opera di un'autorità indipendente⁸⁷, rappresentata dall'Autorità di regolazione dei trasporti, la quale vanta poteri regolatori anche per i trasporti locali in relazione all'accesso alle reti, alla determinazione delle tariffe, alla qualità dei servizi, alla tutela degli utenti e alle gare per l'assegnazione dei servizi di trasporto in esclusiva⁸⁸.

Tuttavia, i problemi definitivi, non paiono completamente superati.

In primo luogo, il riferimento allo spettro regolatorio della nuova Autorità dei trasporti sembrerebbe far propendere per la qualificazione di servizi economici a rete anche dei servizi portuali.

Inoltre, viene da chiedersi se, in base al descritto presupposto teleologico proprio di talune dotazioni strumentali, anche altre ipotesi, ad esempio rappresentate dai servizi cimiteriali o dai servizi di parcheggio su area pubblica, siano da considerarsi, o meno, a rete, e dunque sottoposti alla gestione d'ambito.

Ulteriore criticità da evidenziare è che la norma, di portata generale, sebbene speciale perché riferita ai soli servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, non associa espressamente l'ambito alla regolazione economica tramite una tariffazione rispondente al metodo del *price cap*, diversamente da quanto disposto dalle discipline di settore per acqua, rifiuti e gas (per maggiori approfondimenti si rinvia *supra* par. 2). Il legislatore ha, infatti, preferito riferirsi ad economie di scala volte a massimizzare l'efficienza, piuttosto che alla generalizzazione dell'obbligo di modulare tariffe parametriche ai costi e corrette dall'incremento di produttività, con tetto massimo⁸⁹.

⁸⁷ Così il comma 6-*bis* dell'art. 3-*bis*, aggiunto dalla legge di stabilità per il 2015, il quale recita «Le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, comprese quelle di carattere speciale, in materia di servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica si intendono riferite, salvo deroghe espresse, anche al settore dei rifiuti urbani e ai settori sottoposti alla regolazione ad opera di un'autorità indipendente».

⁸⁸ Art. 37, commi 1 e 2, lett. a)-f), del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 (conv. legge n. 214/2011, c.d. «Salva-Italia»); si veda anche il comma 4, nella parte in cui fa salve le competenze delle regioni in materia di definizione degli ambiti del servizio pubblico.

⁸⁹ A ciò sembra voler porre rimedio da ultimo la legge delega Madia, nella parte in cui, in via generale, per tutti i servizi d'interesse economico, impone al legislatore delegato la «individuazione dei criteri per la definizione dei regimi tariffari che tengano conto degli incrementi di produttività al fine di ridurre l'aggravio sui cittadini e sulle imprese» (art. 19, comma 1, lett. g), legge 7 agosto 2015 n. 124, su cui *infra*

Simile lacuna si manifesta come occasione mancata soprattutto per il comparto del tpl, poiché – contrariamente agli altri servizi pubblici a rete –, l’evidenza empirica sembra suggerire che le economie di scala (e di varietà) siano moderate e si verifichino in corrispondenza di bassi livelli di dimensione e diversificazione delle imprese, tali da sconsigliare ambiti di dimensione regionale⁹⁰. Ne segue che la regolazione, protesa ad incidere sugli attuali alti costi di gestione del servizio⁹¹, dovrebbe concentrarsi proprio sulla leva tariffaria.

Inoltre, gli ambiti territoriali sono pensati senza alcun riferimento alla natura dei servizi offerti, non incentivando alcun tipo di integrazione modale, tant’è che si invoca la realizzazione di economie di scala adesso non più associate alle economie di gamma, cui si riferiva invece l’abrogato art. 23-*bis*.

Infine, sul piano dell’organizzazione, la generalizzazione degli ambiti si è rivelata occasione perchè le regioni ammettessero la costituzione di nuove autorità d’ambito, secondo una logica distonica rispetto agli obiettivi di revisione della spesa pubblica. Tale riassetto pare peraltro ingenerato dall’andamento a dir poco altalenante della stessa legislazione. Per un verso, inizialmente, si è inteso snellire l’apparato organizzativo preposto all’organizzazione di alcuni servizi locali, abolendo le autorità d’ambito per rifiuti e servizi idrici⁹², e più in generale, imponendo la soppressione o l’accorpamento, nonché il divieto di nuova costituzione, di tutti gli enti chiamati ad esercitare le funzioni fondamentali in titolarità degli enti locali ovvero le funzioni amministrative conferite in sussidiarietà alle regioni⁹³, al contempo inducendo gli enti locali ad associarsi per lo svolgimento delle loro funzioni fondamentali (*infra* par. 4). Per altro verso, norme successive – come lo stesso art. 3-*bis* modificato dal decreto sviluppo⁹⁴ – hanno

par. 5).

⁹⁰ Agcm, Regione Liguria. *Organizzazione dei servizi di trasporto pubblico in ambito regionale e locale*, AS1116, 6 marzo 2014, pp. 1-2.

⁹¹ Rileva come si tratti di un settore in costante perdita, richiedente un elevato livello di compensazioni pubbliche sia in termini di costi unitari (60 per cento circa), che in termini assoluti (7,2 mld annui), il Commissario straordinario per la revisione della spesa, *Programma di razionalizzazione delle partecipate locali*, cit., p. 26.

⁹² Cfr. art. 2, comma 186-*bis*, della legge 23 dicembre 2009 n. 191 che disponeva la soppressione delle autorità d’ambito entro l’1 gennaio 2011, termine prorogato, dapprima al 31 marzo 2011, dall’art.1, d.l. 29 dicembre 2010, n. 225 (conv. legge n. 10/2011), poi al 31 dicembre 2011, dall’art. 1 del D.P.C.M. 25 marzo 2011, ed infine, al 31 dicembre 2012, dall’art. 13 del d.l. 29 dicembre 2011, n. 216 (conv. legge n. 14/2012).

⁹³ Così disponeva l’art. 9 del d.l. n. 95/2012, rubricato *Razionalizzazione amministrativa, divieto di istituzione e soppressione di enti, agenzie e organismi*, con disposizioni poi abrogate dalla legge di stabilità per il 2014 (legge 27 dicembre 2013, n. 147).

⁹⁴ Cfr. art. 53, comma 1, del d.l. n. 83/2012 (decreto sviluppo), convertito con legge n. 134/2012, che modifica il comma 1 dell’art. 3-*bis* d.l. n. 138/2011, citato nel testo.



rappresentato la base per consentire alle regioni la creazione di nuovi enti di governo dei bacini territoriali⁹⁵, attribuendo loro espressamente il potere di istituirli, provvedendo poi ad abrogare le precedenti disposizioni di segno opposto.

Preferibile sarebbe stato, al contrario, attribuire alle regioni esclusivamente il potere di designare gli enti d'ambito, conferendo così le relative funzioni ad enti già esistenti, ovvero rimettendo il nodo dell'esercizio delle funzioni all'organizzazione della gestione associata, evitando così l'appesantimento dell'apparato.

4. L'esercizio delle funzioni fondamentali dei comuni nella dimensione territoriale ottimale

Subito dopo che gli ambiti territoriali sono divenuti la modalità consueta e generale di organizzazione e gestione dei servizi locali a rete, sui medesimi è sopraggiunta l'incidenza della già menzionata legislazione di revisione della spesa.

L'obiettivo di riduzione della spesa, per questi profili, è destinato a non restare un mero proclamo confinato all'intitolazione delle norme: matura un espresso legame tra la realizzazione dell'ambito territoriale ottimale e la riduzione delle unità organizzative ad esso preposte, spesso rappresentate da costosi enti intermedi – consorzi o autorità altrimenti denominate –, istituzionalmente collocate tra Stato e autonomie territoriali. L'effetto è che l'ambito non resta più finalizzato solo all'efficienza delle gestioni, quanto alla riduzione *tout court* delle spese di funzionamento.

Tale obiettivo si è tentato di ottenere nel c.d. decreto legge *spending review 2*, sia con una norma che imponeva alle regioni obblighi di accorpamento o razionalizzazione di enti, agenzie o organismi deputati all'espletamento di funzioni fondamentali (o amministrative)⁹⁶, sia nella parte

⁹⁵ Dà conto dei modelli adottati dalle regioni E.M. PALLI, *La (prorogata) soppressione delle Autorità d'ambito territoriale ottimale nei servizi pubblici ambientali*, in *Istit. Federalismo*, 2012, pp. 896-900.

⁹⁶ L'art. 9, del d.l. n. 95/2012, contrariamente a quanto disposto per gli enti locali, non precludeva infatti alle Regioni la costituzione di detti enti; tale interpretazione, oltre al dato letterale, pare coerente con la permanente attribuzione alla legislazione concorrente fra Stato e regioni, anche dopo la legge costituzionale n. 1/2012, della materia del «coordinamento della finanza pubblica», così Corte conti, reg. Lombardia, 26 febbraio 2013, par. n. 71. Perciò, anche ove non trovasse applicazione il divieto di costituzione, l'eventuale istituzione di nuovi enti doveva comunque permettere, a regime, l'ottenimento dei risparmi percentuali minimi da razionalizzazione imposti dalla *spending review*; i commi 1 e 5 dell'art. 9 citato imponevano, infatti, la riduzione dei relativi oneri finanziari in misura non inferiore al 20 per cento, in mancanza, a nove mesi dall'entrata in vigore del decreto, gli enti che esercitavano funzioni fondamentali o amministrative sarebbero stati soppressi, con conseguente nullità degli atti successivamente adottati dai medesimi, a favore del perseguimento di maggiori economie nelle spese di funzionamento di altri enti o agenzie già istituite o partecipate dalla regione (come evidenziato da Corte conti, reg. Lombardia, 10 gennaio 2013, par. n. 25). Tuttavia, la legge di stabilità per il 2014 ha abrogato tale normativa, in forza dell'introduzione di una nuova disciplina vincolistica delle società partecipate dalle pubbliche

preposta alla soppressione delle province, dove si ampliava, in via normativa, l'estensione dell'ambito territoriale, dilatato fino all'ambito metropolitano⁹⁷; ma, come è noto, quest'ultima previsione è stata poi dichiarata incostituzionale, stante l'impossibilità di trasformare, per decretazione d'urgenza, l'intera disciplina ordinamentale di un ente locale territoriale – come appunto la provincia –, previsto e garantito dalla Costituzione⁹⁸. Nondimeno la successiva legge Delrio ha attribuito alle città metropolitane la funzione fondamentale di «organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito metropolitano»⁹⁹, con il pregio di associare all'ambito un ente di governo¹⁰⁰.

All'art. 19, sopravvissuto all'intervento della Consulta, lo stesso decreto n. 95/2012 potenzia lo strumento dell'esercizio in forma associata delle funzioni fondamentali, comprensive dell'erogazione di taluni servizi pubblici municipali, orientandolo finalisticamente al contenimento della spesa pubblica¹⁰¹.

Le funzioni fondamentali dei comuni¹⁰², espressamente contemplate all'art. 117, lett. p) della Costituzione, sono da considerarsi funzioni ineliminabili degli enti¹⁰³. Ne consegue che esse

amministrazioni locali. Nella sostanza, si è abrogato in parte il fitto reticolo di divieti e limiti eretto dalla legislazione dell'emergenza ad imbrigliare l'attività delle società partecipate, a prescindere dai loro risultati di bilancio. Vengono così meno le norme sulla sottoposizione delle società *in house* al patto di stabilità e crescita; sul divieto di costituire nuovi enti e sugli obblighi di dismissione societaria. La nuova disciplina è incentrata sui rapporti finanziari con l'ente proprietario, al fine di introdurre una miglior trasparenza ed un più immediato collegamento tra i risultati delle partecipate ed il bilancio delle amministrazioni partecipanti, con una precisa responsabilizzazione finanziaria che si determina anche sui bilanci delle amministrazioni in relazione alle eventuali perdite degli enti partecipati (risultato di esercizio o saldo finanziario negativo). Camera dei deputati, Servizio studi, Schede di lettura, parte I, t. II, 2 dicembre 2013.

⁹⁷ Così disponeva l'art. 18, comma 7, lett. b), pt. 2, del d.l. 6 luglio 2012 n. 95 (conv. legge 7 agosto 2012, n. 135), il quale attribuiva alle città metropolitane le funzioni fondamentali di «strutturazione di sistemi coordinati di gestione dei servizi pubblici, nonché organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito metropolitano».

⁹⁸ Corte cost., 19 luglio 2013, n. 220, in *Giur. cost.*, 2013, p. 3249 ss., con nota di G. SAPUTELLI, *Quando non è solo una «questione di principio». I dubbi di legittimità non risolti della «riforma delle province»*.

⁹⁹ Art. 1, comma 44, lett. c), legge 7 aprile 2014, n. 56, *Disposizioni sulle città metropolitane, sulle province, sulle unioni e fusioni di comuni* (meglio nota come riforma Delrio sull'abolizione delle province).

¹⁰⁰ Per una disamina delle caratteristiche della città metropolitana come disciplinata dalla legge Delrio, si rinvia a P. PANTALONE, *Città metropolitane e riordino degli enti di area vasta: forse è la volta buona?*, in *Dir. economia*, 2015, p. 121 ss.; F. PIZZETTI, *Le città metropolitane per lo sviluppo strategico del territorio: tra livello locale e livello sovranazionale*, in *www.federalismi.it*, n. 12/2015; A. SPADARO, *Le città metropolitane, tra utopia e realtà*, *ivi*, n. 1. Sulla recente pronuncia della Corte costituzionale in tema, cfr. A. LUCARELLI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 50 del 2015. Considerazioni in merito all'istituzione delle città metropolitane*, *ivi*, n. 8.

¹⁰¹ Così ha autorevolmente interpretato la stessa Corte suprema (Corte cost., 11 febbraio 2014), secondo cui si è creato «un sistema tendenzialmente virtuoso di gestione associata di funzioni (e, soprattutto, quelle fondamentali) tra Comuni, che mira ad un risparmio di spesa sia sul piano dell'organizzazione «amministrativa», sia su quello dell'organizzazione «politica»».

¹⁰² Sulla nozione di funzioni fondamentali dell'ente locale, da tenersi distinte dalle funzioni proprie e dalle funzioni conferite, si rinvia a P. PAPADIA, *Gli effetti giuridici della l. cost. n. 3 del 2001 sul d.lg. n. 267 del 2000*

debbano essere integralmente finanziate, ancorchè sulla base del fabbisogno standard, e debbano restare in titolarità dei singoli comuni, anche se facenti parte dell'ambito, in quanto trattasi di funzioni non trasferibili, sebbene passibili di un esercizio coordinato mediante loro accorpamento gestionale su base territoriale, come vedremo, secondo modelli adesso codificati.

In realtà, norme in materia di obbligatoria gestione associata dei servizi, rivolte ai piccoli enti locali¹⁰⁴, erano già state emanate nel recente passato, sebbene mai divenute efficaci¹⁰⁵.

La vera novità è che, anche per attutire gli effetti delle misure di revisione della spesa, il novero delle funzioni fondamentali viene ora ampliato per legge¹⁰⁶, in modo da assicurarne il finanziamento, ricomprendendovi molte più funzioni rispetto a quanto prevedeva in via transitoria la legge delega Calderoli¹⁰⁷.

Per quanto qui d'interesse, diviene così funzione fondamentale dei comuni, l'«organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito comunale», con un esplicito riferimento anche all'organizzazione dei servizi di trasporto pubblico comunale¹⁰⁸, fino a questo momento di

e sui nuovi contenuti autonomi ed indipendenti di statuti e regolamenti, rispetto alle funzioni fondamentali, proprie e conferite degli enti locali, in *Comuni Italia*, 2002, p. 1249 ss.; T. NICOLAZZI, *Servizi pubblici locali: funzioni fondamentali degli enti locali o prodotti del mercato?*, in *Servizi pubbl. e appalti*, 2005, p. 553 ss.; R. BIN, *La funzione amministrativa*, in S. MANCINI (a cura di), *Il nuovo Titolo V della parte II della Costituzione*, Milano, 2002, p. 111 ss.; ID., *Il codice delle Autonomie locali e i nodi irrisolti*, in *Le Regioni*, 2006, p. 1051 ss.; F. MERLONI, *Una «new entry» tra i titoli di legittimazione di discipline statali in materie regionali: le «funzioni fondamentali» degli enti locali*, *ivi*, 2010, p. 794 ss.; G. MELONI, *Le funzioni fondamentali dei comuni*, in F. PIZZETTI - A. RUGHETTI (a cura di), *Il nuovo sistema degli enti territoriali dopo le recenti riforme*, Bologna, 2012, anche in *www.federalismi.it*, 19 dicembre 2012; G. MARCHETTI, *Il sistema di governo regionale integrato. Alla ricerca di un equilibrio tra esigenze di riordino territoriale, razionalizzazione della spesa pubblica e garanzia dei diritti*, Milano, 2012, p. 34 ss., cui si rinvia per la bibliografia in tema citata alla nota n. 39.

¹⁰³ G. MELONI, *Le funzioni fondamentali dei comuni*, cit., le definisce «funzioni caratterizzanti, essenziali ed imprescindibili», al contempo la legge afferma che «L'esercizio delle funzioni fondamentali dei Comuni è obbligatorio per l'ente titolare» (art. 14, comma 26, d.l. 31 maggio 2010, n. 78, conv. legge 30 luglio 2010, n. 122).

¹⁰⁴ Comuni e comunità montane.

¹⁰⁵ Il riferimento è all'art. 14, comma 28, del d.l. 31 maggio 2010, n. 78. In dottrina si veda S. IOMMI, *Governo locale e benessere dei cittadini: i costi evitabili della frammentazione*, in *Istit. Federalismo*, n. 2/2013, p. 617 ss.; C. TUBERTINI, *La razionalizzazione del sistema locale in Italia: verso quale modello?*, *ivi*, n. 3/2012, p. 696 ss.; sulla disciplina costituzionale e legislativa dell'unione di comuni F. POLITI, *Dall'Unione alla fusione dei comuni: il quadro giuridico*, *ivi*, n. 1, p. 5 ss.

¹⁰⁶ Cfr. art. 19, comma 1, lett. a), d.l. 31 maggio 2010, n. 78.

¹⁰⁷ Precisamente, art. 21, comma 3, della legge 5 maggio 2009, n. 42, recante *Delega al Governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell'articolo 119 della Costituzione*, dove le funzioni fondamentali dei comuni si esaurivano in: funzioni generali di amministrazione, di gestione e di controllo; funzioni di polizia locale; funzioni di istruzione pubblica, ivi compresi i servizi per gli asili nido e quelli di assistenza scolastica e refezione, nonché l'edilizia scolastica; funzioni nel campo della viabilità e dei trasporti; funzioni riguardanti la gestione del territorio e dell'ambiente, fatta eccezione per il servizio di edilizia residenziale pubblica e locale e piani di edilizia nonché per il servizio idrico integrato; funzioni del settore sociale.

¹⁰⁸ Art. 19, comma 1, lett. a), d.l. n. 95/2012, nella parte in cui sostituisce il comma 27, lett. b), dell'art. 14 del d.l. n. 78/2010.



competenza delle province¹⁰⁹. Rientrano poi nelle funzioni fondamentali dei comuni, non solo l'organizzazione, ma anche la gestione di altre tre categorie di servizi: «raccolta, avvio e smaltimento e recupero dei rifiuti urbani [...]», con la conseguente abrogazione tacita delle norme che riconoscevano funzioni di organizzazione in capo alle province¹¹⁰, salvo ovviamente il coordinamento con la legislazione relativa agli enti di governo degli ATO (su cui *infra* nel testo); «progettazione e gestione del sistema locale dei servizi sociali ed erogazione delle relative prestazioni ai cittadini»; «organizzazione e gestione dei servizi scolastici»¹¹¹.

Occorre subito sottolineare come rientri tra le funzioni fondamentali dei comuni l'organizzazione dei servizi pubblici «di ambito comunale», con la conseguenza che ne restano esclusi tutti i servizi erogati su ambito sovracomunale. Tant'è che, al fine di ricomprenderli in tale categoria, la norma espressamente contempla il tpl – altrimenti da espungersi, in quanto il bacino di erogazione è, in linea di massima, provinciale – ed il servizio di gestione dei rifiuti urbani, per il quale addirittura erano state a suo tempo istituite e poi soppresse le autorità d'ambito.

Per questi motivi, in mancanza di una specifica menzione, si deve ritenere che resti esclusa dal novero delle funzioni fondamentali comunali, l'organizzazione sia del servizio idrico integrato, sia del servizio di distribuzione del gas, non suscettibili di trovar collocazione nella previsione generale dei servizi di ambito comunale, stante l'operatività di una pregressa normativa che ha a suo tempo ampliato il livello territoriale dell'erogazione.

Il tenore letterale della norma, nella parte in cui annovera, tra le funzioni fondamentali dei comuni, oltre all'organizzazione anche la «gestione» del ciclo dei rifiuti urbani, genera difficoltà interpretative. Sebbene, infatti, la *vis attractiva* della funzione fondamentale sembra essersi dispiegata anche ai servizi sociali ed ai servizi scolastici, in tali ipotesi restano maggiormente ridimensionati i possibili rischi di interferenza con l'applicazione delle regole del mercato, stante la possibilità per gli enti locali di considerare detti servizi privi di rilevanza economica¹¹², quando

¹⁰⁹ In forza della riforma Delrio, resta però alle province la pianificazione dei servizi di trasporto in ambito provinciale, cfr. art. 1, comma 85, lett. *b*), legge 7 aprile 2014, n. 56, cit.

¹¹⁰ Art. 2, comma 38, lett. *a*), legge 24 dicembre 2007, n. 244.

¹¹¹ Art. 19, comma 1, lett. *a*), d.l. n. 95/2012, nella parte in cui sostituisce il comma 27, lett. *f*)-*g*)-*h*), dell'art. 14 del d.l. n. 78/2010. Si ricordi che resta alle province la funzione di programmazione provinciale della rete scolastica.

¹¹² Sono privi di rilevanza economica i servizi per cui non esista un mercato in cui operino almeno due fornitori. I servizi non economici sono solitamente prestati mediante un'apposita organizzazione amministrativa, attraverso cui il soggetto pubblico è chiamato ad erogare servizi talmente «essenziali» da doversi porre il costo dei medesimi totalmente, o in massima parte, a carico delle finanze pubbliche e proprio per questo difficilmente potrà crearsi un mercato concorrenziale. Nondimeno, quanto più aumenti la presenza di fornitori di servizi a pagamento, tanto più si dovrà ammettere che quei servizi abbiano assunto, in concreto, rilevanza economica divenendo in quei casi specifici contendibili sul

addirittura non siano già configurati come tali dall'ordinamento positivo – come è appunto il caso dei servizi scolastici –.

Intanto, vien da chiedersi quale sia la *ratio* che ammette tale capacità pervasiva delle funzioni fondamentali solo per i rifiuti e non, ad esempio, anche per il pur contemplato trasporto pubblico locale. Inoltre, dalla dizione letterale della disposizione, si potrebbe dedurre, che, essendo la gestione attratta tra le funzioni fondamentali, dunque non trasferibili, essa possa essere svolta solo dall'ente locale in via diretta¹¹³, in cooperazione con gli altri enti facenti parte dell'ambito, ovvero tramite affidamento ad una società *in house*, ma non attraverso altre forme societarie terze, sintomatiche dell'esternalizzazione della funzione al mercato. In altre parole, se tra le funzioni fondamentali è compresa la gestione, come può il comune trasferirla a terzi? La norma apre, dunque, a diverse ipotesi interpretative.

La soluzione, di tipo minimale e tradizionale, che, per svariate ragioni appare da preferirsi, potrebbe essere di continuare a considerare la titolarità della «gestione» in capo al soggetto pubblico, anche quando il relativo esercizio sia stato affidato a terzi.

Infatti, interpretando diversamente la norma, si potrebbe rischiare di attribuirle un significato incostituzionale, poiché la Corte ha già escluso che la gestione dei servizi pubblici sia «una

mercato. In definitiva, come sostenuto dalla giurisprudenza amministrativa, a fronte della rilevata inidoneità di criteri distintivi di natura astratta, sostanzialistica e/o ontologica a discernere la natura delle due categorie di servizi pubblici – economici e non economici –, 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 espletarlo, la disciplina normativa del servizio. Sicché, la scelta delle modalità di erogazione e del regime giuridico, al quale le varie attività sono sottoposte, dipende più da valutazioni politiche che dai caratteri intrinseci dei servizi stessi (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 18 dicembre 2012, n. 6488; Id., sez. V, 10 settembre 2010, n. 6529).

¹¹³ Tradizionalmente, mediante gestioni in economia, ovvero tramite costituzione di azienda speciale, modello quest'ultimo attualmente non più esperibile nell'ordinamento nazionale, poiché vi osta l'ancora vigente art. 35, comma 8, della legge n. 448/2001, il quale ha imposto l'obbligatoria trasformazione delle aziende speciali di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica in società di capitali. In questo senso anche G. CAIA, *Finalità e problemi dell'affidamento del servizio idrico integrato ad aziende speciali*, in *Foro amm.-Tar*, 2012, p. 2. ss.; di segno opposto l'opinione di A. LUCARELLI, *I modelli di gestione dei servizi pubblici locali dopo il decreto Ronchi. Modelli alternativi per un governo pubblico partecipato dei beni comuni*, in *Analisi giur. dell'economia*, 2010, p. 1 ss.; A. CONTIERI, *Prime riflessioni sulle modalità di gestione del servizio idrico integrato a seguito del referendum del 12 e 13 giugno 2011*, in *giustamm*, 2011; A. LUCARELLI - L. LONGHI, *La trasformabilità di una società per azioni in house in azienda speciale*, in A. LUCARELLI (a cura di), *Nuovi modelli di gestione dei servizi pubblici locali. Studio sulla trasformazione della società per azioni in Azienda speciale. Analisi, criticità, proposte*, Torino, 2014, p. 3 ss.; ID., *La legittimità della gestione pubblica (azienda speciale) secondo il diritto interno*, *ivi*, p. 15 ss.; L. COZZARELLI, *Fondamenti giuridici della trasformazione di una s.p.a. totalmente pubblica in azienda speciale: aspetti di diritto societario*, *ivi*, p. 63 ss. Questi ultimi autori, tuttavia, sembrano ignorare il principio di tipicità delle forme di gestione dei servizi pubblici locali, per il cui rispetto, il citato art. 35 della legge finanziaria per il 2002, rappresenta un vincolo insuperabile, salvo un espresso intervento del legislatore ad eliminare l'obbligo di trasformazione.



funzione propria e indefettibile dell'ente locale», non riguardando «profili funzionali degli enti locali» stessi¹¹⁴.

Nondimeno, l'opposta soluzione condurrebbe inevitabilmente a chiedersi se lo Stato possa arrogarsi il potere di decidere che la gestione di un determinato servizio sia aprioristicamente funzione fondamentale degli enti pubblici sottraendola così in via automatica al mercato. Probabilmente, in questo caso, i maggiori problemi interpretativi si porrebbero, prima ancora che sotto il profilo costituzionale, in relazione alla compatibilità di una tale posizione statale con il diritto europeo.

Ebbene, come già abbiamo illustrato (*supra* par. 2.1.), il diritto europeo ammette le gestioni dirette dei servizi pubblici d'interesse economico generale. Occorre, in ogni caso, rispettare il disposto dell'art. 106 del TFUE. Pertanto, uno Stato nazionale potrà decidere di riservarsi la gestione del servizio qualora ritenga che l'applicazione delle regole di concorrenza e, quindi, anche di quel bagaglio minimale rappresentato dall'esternalizzazione, ostacoli, in diritto od in fatto, la «speciale missione» dell'ente pubblico. In questo caso, il sindacato della Corte di giustizia è sull'errore manifesto, quindi, per usare una terminologia invalsa nel diritto processuale interno, diremo un sindacato debole. Tuttavia sembra difficile considerare compatibile con il diritto europeo un'eccezione generale e aprioristica che si avrebbe se noi interpretassimo la norma nazionale in questione nel senso che il servizio di gestione dei rifiuti urbani si debba sempre e comunque garantire con una società *in house* da parte di tutti gli enti locali della repubblica¹¹⁵.

In merito, va ricordata una importante pronuncia della grande sezione della Corte di giustizia¹¹⁶, che potrebbe aver impropriamente influenzato il legislatore nazionale. In quell'occasione, la Commissione aveva avviato la procedura precontenziosa e poi contenziosa, a seguito del reclamo

¹¹⁴ Corte cost., 27 luglio 2004, n. 272, cit.; Corte cost., 20 novembre 2009, n. 307, cit., punto 6.1., entrambe richiamate da Corte cost., 17 novembre 2010, n. 325, cit.

¹¹⁵ Come è noto, poi, la giurisprudenza costituzionale ha interpretato, con orientamenti peraltro non sempre condivisibili ed in parte da noi criticati (v. *supra* par. 2.1.), le norme europee sui servizi d'interesse economico generale (art. 106 TFUE) nel senso che «una regolazione strumentale a garantire la tutela anche di interessi diversi rispetto a quelli correlati all'assetto concorrenziale del mercato garantito» ha carattere «derogatorio e per ciò stesso eccezionale» e deve costituire «la sola misura in grado di garantire al giusto la tutela di quegli interessi» (sentenza n. 270/2010; sentenza n. 325/2010). I legislatori nazionali possono poi contemperare la regola della massima tutela della concorrenza con le eccezioni derivanti dal perseguimento della speciale missione pubblica da parte dell'ente locale, ponderando i diversi interessi: da un lato, quello generale alla tutela della concorrenza; dall'altro, quello specifico degli enti locali a gestire direttamente il servizio pubblico.

¹¹⁶ Corte giustizia UE, grande sezione, 9 giugno 2009, in causa C-480/06, *Repubblica federale di Germania*, cit. Si trattava di un ricorso per inadempimento intrapreso dalla Commissione per mancanza di procedura formale europea di aggiudicazione di un appalto per l'attribuzione di servizi di trattamento dei rifiuti, gestiti, invece, attraverso la cooperazione tra enti locali.

di un cittadino tedesco, che riteneva di versare canoni troppo elevati per fruire del servizio di smaltimento dei rifiuti. La Corte di giustizia ha ritenuto legittimo il contratto relativo allo smaltimento dei rifiuti in termovalorizzatore, stipulato da alcune circoscrizioni amministrative tedesche (*Landkreise*) direttamente con i servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo. La grande sezione ha, infatti, ricordato, che un'autorità pubblica può 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 e può farlo altresì in collaborazione con altre autorità pubbliche¹¹⁷. Il diritto comunitario, afferma la Corte, non impone infatti in alcun modo alle autorità pubbliche di ricorrere ad una particolare forma giuridica per assicurare in comune le loro funzioni di servizio pubblico¹¹⁸. Da notare che il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica di Finlandia sono stati autorizzati ad intervenire nella causa a sostegno delle conclusioni della Repubblica federale di Germania, che poi risulterà vittoriosa sulla Commissione. In definitiva, sebbene il quadro giuridico interno possa palesarsi contraddittorio, anche a causa di taluni orientamenti non sempre lucidi della stessa Corte costituzionale¹¹⁹, o comunque per il succedersi giammai lineare delle norme di diritto positivo in materia di servizi pubblici locali – si pensi soprattutto alle sorti dell'azienda speciale, cui sopra si è fatto riferimento¹²⁰ –, possiamo concludere che l'interpretazione da noi proposta sia da condividere anche perché consente di escludere l'esistenza di un contrasto tra l'ordinamento interno ed il diritto europeo, laddove la libertà dell'amministrazione sembra assurgere a principio generale da ultimo codificato nelle fonti (v. *supra* par. 2.1).

Il legislatore si è poi curato di assicurare un coordinamento tra l'appena illustrata normativa sulle funzioni fondamentali dei comuni e la disciplina generale degli ambiti territoriali per i servizi

¹¹⁷ Si veda anche Corte giustizia UE, sez. III, 13 novembre 2008, in causa C-324/07, *Coditel Brabant*, punti 48 e 49.

¹¹⁸ Orientamento poi ripreso dalla giurisprudenza nazionale, cfr. T.A.R. Sardegna-Cagliari, sez. I, 17 marzo 2010, n. 337; T.A.R. Liguria-Genova, sez. II, 23 novembre 2011, n. 1594; T.A.R. Toscana-Firenze, sez. I, 6 aprile 2011, n. 593, dove si afferma che «l'amministrazione, sulla base di una ragionevole valutazione, ben può optare per la gestione diretta del servizio». Più di recente, T.A.R. Lombardia-Brescia, sez. II, 7 aprile 2015, n. 490, che dopo aver richiamato la pronuncia del giudice costituzionale, sul ricorso alla c.d. «autoproduzione» (Corte cost., 28 marzo 2013 n. 50), correttamente afferma che «il diritto comunitario consente alle amministrazioni pubbliche di adempiere le funzioni di interesse pubblico a esse incombenti mediante propri strumenti amministrativi, tecnici o di altro tipo, senza necessariamente far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi. In tali casi, non sussistono i presupposti per applicare le norme comunitarie a tutela della concorrenza purché siano integrati i requisiti stabiliti dalla Corte di Giustizia (cfr. per tutte 18 novembre 1999, causa C-107/98, *Teckal*)».

¹¹⁹ Si veda quanto argomentato *supra* par. 2.1. e nota n. 114.

¹²⁰ Vedi *supra* nota n. 112.

pubblici locali a rete¹²¹, a valere, al momento, certamente per tpl e gestione dei rifiuti, ovvero per gli eventuali altri servizi a rete per i quali le regioni abbiano individuato specifici bacini territoriali di dimensione comunale, sulla base di motivate esigenze di differenziazione, adeguatezza ed efficienza (v. *supra* par. 3).

Per un verso, si ribadisce che tutte le funzioni fondamentali – quindi anche comprensive dei citati servizi a rete di rilievo economico –, dei piccoli comuni, con popolazione fino a 5000 abitanti, ovvero 3000 per i comuni facenti parte – anche solo in epoca precedente – di comunità montane, devono essere esercitate obbligatoriamente in forma associata, mediante unione di comuni o convenzione¹²².

Per tutti gli altri comuni¹²³, spetta alla regione di competenza¹²⁴ individuare la dimensione territoriale ottimale e omogenea per area geografica per lo svolgimento, in forma obbligatoriamente associata (sub *specie* di unione o assemblee costituite per convenzione)¹²⁵, delle funzioni fondamentali, che, come abbiamo visto, in parte coincidono con l'organizzazione e talvolta anche con la gestione di taluni servizi pubblici¹²⁶. Tuttavia, la disposizione si rivela, nella

¹²¹ Posto che, ai sensi dell'art. 3-*bis* d.l. n. 138/2011, per questi ultimi l'ambito di erogazione di norma deve essere almeno non inferiore al territorio provinciale.

¹²² Per una ricostruzione di tali istituti, in dottrina, si veda G. CARULLO, *Obbligo di esercizio «associato»*, cit., p. 35 ss.; P. BILANCIA, *L'associazionismo obbligatorio dei Comuni nelle più recenti evoluzioni legislative*, in www.federalismi.it, 2012, n. 16; M. MASSA, *L'esercizio associato delle funzioni e dei servizi dei piccoli comuni. Profili costituzionali*, in *Forum quad. cost.*, 9 marzo 2012. Si ricordi, inoltre, l'art. 19, comma 2, d.l. n. 95/2012, il quale sostituiva i commi da 1 a 16 dell'art. 16 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, cit., per cui i comuni fino a 1.000 abitanti, in alternativa a quanto indicato nel testo, potevano «esercitare in forma associata, tutte le funzioni e tutti i servizi pubblici loro spettanti» mediante un'unione di comuni cui si applicava una disciplina speciale in deroga all'art. 32 TUEL, poi soppressa dalla riforma Delrio. Si veda anche il comma 28-*bis* d.l. n. 78/2010, come modificato dalla legge n. 56/2014.

¹²³ Cfr. comma 30 dell'art. 14 d.l. n. 78/2010, come sostituito dall'art. 19, comma 1, lett. d), del d.l. n. 95/2012.

¹²⁴ Previa concertazione con i comuni interessati nell'ambito del Consiglio delle autonomie locali. Sul ruolo che le regioni hanno avuto nell'organizzare la cooperazione anche strutturale tra enti locali, si veda C. TUBERTINI, *Il ruolo della regione nei processi di razionalizzazione del sistema locale*, in www.federalismi.it, n. 5/2013.

¹²⁵ F. FERRARO, *Ambiti territoriali ottimali*, in G. DI COSIMO (a cura di), *Rapporto sulla razionalizzazione istituzionale e amministrativa nella regione Marche*, in www.forumcostituzionale.it, 28 febbraio 2013, p. 66, richiamando la Relazione annuale del Conviri del 2011, evidenzia come «la spesa corrente, media per ATO e per abitante costituito in forma di consorzio è quasi pari al doppio di quella registrata dagli Ambiti territoriali costituiti in forma di convenzione: a livello nazionale la spesa corrente, media, annuale per l'ATO costituito in consorzio ammonta a e 739.000 e per ciascun abitante a e 1,22, a fronte dei e 454.000 per l'ATO costituito mediante convenzione e per abitante a e 0,72».

¹²⁶ Da segnalare che la legislazione sulle gestioni associate illustrata nel testo ha superato la questione di legittimità costituzionale sollevata dalle regioni, in forza della competenza statale in materia di «coordinamento della finanza pubblica», il cui esercizio ha comunque lasciato alle regioni l'esercizio contiguo della competenza materiale ad esse costituzionalmente garantita, si veda sul punto Corte cost., 11 febbraio 2014, n. 22, cit.

sostanza, meno prescrittiva di quanto possa a prima vista apparire, poiché l'avvio dell'esercizio delle funzioni fondamentali in forma associata, se concernenti materie di competenza concorrente o esclusiva delle regioni come, appunto, quelle attinenti i servizi pubblici locali, deve avvenire entro un termine completamente rimesso alla stessa legislazione regionale. In effetti, viste le plurime violazioni dei termini a suo tempo imposti per i servizi a rete (*supra* par. 3), l'omessa indicazione di una data di scadenza, non fa propendere per un'immediatezza dell'attuazione, salva ovviamente la cogenza dei termini già prescritti per i primi dal noto art. 3-*bis* (v. *supra* par. 3).

Dall'assunto normativo derivano diversi corollari.

Il primo, a scanso di equivoci, è ormai testualmente trascritto nella norma e presente fin dall'originario testo del decreto legge anticrisi: l'ambito territoriale ottimale non è più associato soltanto ai principi di efficacia, economicità ed efficienza, bensì pure al principio di riduzione delle spese, espressamente ed autonomamente menzionato nell'articolo¹²⁷.

In verità, il riferimento alla riduzione della spesa o implica una nozione scorretta di *spending review* o si risolve in un'endiadi. Spieghiamoci meglio. Se è vero che, una volta introdotta un'organizzazione d'ambito, si contribuisce ad una gestione più efficiente, per tutti i motivi su cui ci siamo dilungati, allora non dovrebbe più esserci bisogno di *spending review*, salvo che la si intenda come revisione della spesa efficiente dunque un sinonimo del taglio lineare; se invece, per *spending review* intendiamo riduzione di spesa inefficiente, il riferimento è pleonastico, perché già il meccanismo dell'ATO, associato alle economie di scala e più in generale all'efficienza produttiva, dovrebbe raggiungere il risultato.

Ulteriore precipitato della norma è che la dimensione territoriale ottimale ed omogenea subisce un'ennesima generale estensione, non concernendo solo i servizi a rete ma tutti i servizi d'interesse generale, come appunto tutti i servizi sociali (peraltro menzionati), anche non relativi alla tutela della salute.

Infine, qualora le funzioni fondamentali dei comuni riguardino servizi non a rete, la gestione associata è assicurata quanto meno attraverso la stipulazione di una convenzione tra tutti gli enti facenti parte dell'ambito geografico indicato nella normativa regionale.

Negli altri casi, invece, cioè quando le funzioni fondamentali si sostanzino nella doverosa erogazione di servizi a rete di ambito comunale, si rende necessario un raccordo con il noto art. 3-*bis* del d.l. n. 138/2011 (v. *supra* par. 3), perciò dette funzioni resteranno nella titolarità dei

¹²⁷ All'art. 14, comma 30, nella versione approvata con il d.l. n. 78/20210, poi modificato dal d.l. n. 95/2012.

comuni, sebbene il loro «esercizio» debba obbligatoriamente avvenire in forma associata grazie all'attività amministrativa degli enti di governo degli ambiti (o bacini) territoriali ottimali¹²⁸, i quali, molto spesso, per disposto delle leggi regionali, sono stati individuati nelle province, intese come enti territoriali di area vasta¹²⁹. In questa specifica ipotesi, la gestione associata è comunque investita da una sorta di «entificazione».

Infatti, gli enti di governo dell'ambito devono essere configurati dalle regioni come soggetti che fungono da strumento per l'esercizio associato delle funzioni attribuite agli enti locali dalla legge. Come già ricordato, non va dimenticato in proposito che grazie ad una norma di coordinamento della finanza pubblica il legislatore statale aveva soppresso le autorità d'ambito, sebbene, dopo innumerevoli proroghe, l'abolizione abbia avuto effetto solo dal 1° gennaio 2013¹³⁰, cioè quasi in contemporanea alla norma che abilitò le regioni ad istituire (oltre che a designare) i menzionati enti di governo degli ambiti¹³¹. Dopo pochi mesi, tuttavia, il decreto *spending review* 2 introdusse le norme sopra descritte, finalizzate a rendere più efficiente l'esercizio associato delle funzioni e a ridurre le spese.

Si ricordi che, da ultimo, la legge Delrio impone alle regioni di effettuare una ricognizione dei servizi a rilevanza economica sul territorio per poi procedere con legge all'affidamento dell'esercizio associato delle funzioni alle Province, con soppressione di eventuali enti o agenzie¹³², fioriti tra le maglie delle suddette varie riforme succedutesi nel tempo.

¹²⁸ Cfr. comma 1-*bis* dell'art. 3-*bis* del d.l. n. 138/2011, su cui si rinvia a quanto già esposto *supra* par. 3.

¹²⁹ Al contrario, in attesa della riforma del titolo V della parte seconda della Costituzione, le province con territorio interamente montano e confinanti con Paesi stranieri, esercitano direttamente le funzioni fondamentali di gestione di servizi in forma associata in base alle specificità del territorio medesimo (art. 1, comma 86, lett. *a*), legge 7 aprile 2014, n. 56, cit.).

¹³⁰ In tema, M. LEGNAIOLI, *Le prospettive di riforma del governo dei servizi idrico integrato e di gestione integrata dei rifiuti dopo la soppressione delle autorità d'ambito territoriali*, in *Foro amm.-CdS*, n. 11/2011, p. 3315 ss.; con specifico riferimento alla sola gestione dei rifiuti E.M. PALLI, *La (prorogata) soppressione delle autorità*, cit., p. 26 ss., ma si veda anche F. FABRIZZI, *Sul riordino delle province contenuto nel decreto legge «Salva Italia»*, in *www.federalismi.it*, 2011, n. 24, pp. 4-5, la quale a commento dei decreti legge di contenimento delle spese degli enti locali, risalenti agli anni 2010, osservava «Se vengono aboliti gli ATO e le loro funzioni debbono essere riassegnate alle Province, ma contestualmente si riducono al minimo le funzioni delle Province e tra esse non rientra quella della gestione del sistema idrico e dei rifiuti, a quale soggetto spetterà il compito di occuparsi di questi due settori così cruciali?», la risposta all'interrogativo sta nell'evoluzione normativa successiva di cui si dà conto nel testo.

¹³¹ In quest'ottica, è accaduto, ad esempio, che la regione Lombardia, per il tpl ha individuato 5 bacini ottimali di utenza, con costituzione di cinque agenzie regionali, cfr. art. 7, l.r. Lombardia n. 6/2012.

¹³² Così art. 1, comma 90, legge n. 56/2014: «nello specifico caso in cui disposizioni normative statali o regionali di settore riguardanti servizi di rilevanza economica prevedano l'attribuzione di funzioni di organizzazione dei predetti servizi, di competenza comunale o provinciale, ad enti o agenzie in ambito provinciale o sub-provinciale, si applicano le seguenti disposizioni, che costituiscono principi fondamentali della materia e principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica ai sensi dell'articolo 117,



L'attuazione della gestione d'ambito, attualmente, deve avvenire assorbendo in via progressiva tutte le funzioni fondamentali individuate dal decreto *spending review*, secondo un cronoprogramma che per le funzioni ricadenti nelle materie di competenza esclusiva dello Stato, grazie ad una serie di proroghe, scadrà al 31 dicembre 2015¹³³. Ed infatti, le prime funzioni fondamentali trasmigranti sono state quelle attinenti funzioni pubbliche¹³⁴, piuttosto che servizi, perché per questi ultimi le normative regionali hanno potuto prevedere tempistiche diverse, inoltre è molto più semplice riassetare uffici che trovare intese concernenti organizzazioni spesso in forma societaria.

Pertanto, la riforma dell'organizzazione amministrativa e dell'accorpamento delle funzioni fondamentali per ambiti ottimali è *in itinere*¹³⁵; sebbene ciò non sia suscettibile di incidere né sul numero totale dei comuni italiani¹³⁶, né sulla complessiva organizzazione amministrativa locale, poiché il ricorso all'unione non è obbligatorio¹³⁷.

comma 3 della Costituzione: a) il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri di cui al comma 92 ovvero le leggi statali o regionali, secondo le rispettive competenze, prevedono la soppressione di tali enti o agenzie e l'attribuzione delle funzioni alle province nel nuovo assetto istituzionale, con tempi, modalità e forme di coordinamento con regioni e comuni, da determinare nell'ambito del processo di riordino di cui ai commi da 85 a 97, secondo i principi di adeguatezza e sussidiarietà, anche valorizzando, ove possibile, le autonomie funzionali; b) per le regioni che approvano le leggi che riorganizzano le funzioni di cui al presente comma, prevedendo la soppressione di uno o più enti o agenzie, sono individuate misure premiali [...].».

¹³³ La prima proroga è stata concessa dalla legge di stabilità per il 2014 e l'ultima perfezionatasi ad oggi è quella ad opera del decreto *Milleproroghe 2015* (art. 4, comma 6-*bis* d.l. 31 dicembre 2014 n. 192, conv. nella legge 27 febbraio 2015, n. 11).

¹³⁴ Ad esempio, la prima Unione di comuni toscani costituita il 30 ottobre 2008, ex art. 32 TUEL, è stata l'Unione comuni della Valdera, la quale esercita in via unitaria, principalmente funzioni pubbliche, oltre che alcuni servizi sociali e il servizio di raccolta e trasporto della nettezza urbana. Antecedenti le più recenti riforme anche le Unioni del Veneto centrale: si tratta di 26 Unioni per 98 comuni. In seguito, leggi regionali di Emilia-Romagna, Lombardia e Toscana hanno garantito un buon numero di fusioni di piccoli Comuni tra i 4.000 e i 5.000 abitanti, anche grazie ai cospicui incentivi finanziari previsti sia dalla d.l. n. 955/2012, sia dalle stesse leggi regionali, Fonte: Anci.

¹³⁵ Per una valutazione della mancata attuazione della riforma Delrio, si rinvia a Corte conti, sez. autonomie, *Il riordino delle province. Aspetti ordinamentali e riflessi finanziari*, 30 aprile 2015, delib. n. 17/SEZAUT/2015/FRG, dove, fra l'altro, si rileva che solo in quattro casi (Toscana, Liguria, Umbria e Marche) i provvedimenti attuativi della legge n. 56/2014 sono stati approvati definitivamente dai Consigli regionali. Inoltre, l'esame delle leggi e dei disegni di legge di riordino pone in luce la mancanza di disposizioni specifiche volte a dare attuazione alle previsioni della legge n. 56/2014 in materia di soppressione di enti ed agenzie che svolgono, in ambito provinciale, funzioni di organizzazione di servizi pubblici di rilevanza economica, oltre all'assenza di specifiche disposizioni sulla determinazione degli ambiti territoriali ottimali per l'esercizio delle funzioni.

¹³⁶ I dati Istat non sono molto consolanti; al 30 gennaio 2015, infatti, il numero dei comuni italiani è pari a 8.047 unità, in lieve calo rispetto agli 8092 rilevati al 14 gennaio 2014. Come noto, l'Istituto in grado di avere un'influenza sul numero dei comuni è invece la fusione di enti, su cui si rinvia a F. POLITI, *Dall'Unione alla fusione*, cit.

¹³⁷ Va comunque dato atto che qualora i comuni si avvalsero delle convenzioni, la cui durata è almeno



5. Per non concludere: la legge delega Madia e il riordino dei servizi pubblici locali

L'assetto che abbiamo cercato di descrivere, cui si sono sovrapposte pure riforme istituzionali dal sapore paracostituzionale, come è evidente, richiede un periodo di «decantazione» per trovare completa attuazione e probabilmente necessiterebbe di una più consapevole esplicazione di come si vuole delineare il futuro del settore, secondo una visione d'insieme in cui si abbiano chiari gli obiettivi finali. Al contrario, il diritto positivo sembra completamente ripiegarsi sugli strumenti giuridici, i quali rischiano di venire impiegati senza una cura attenta del fine. Anche perché i mutevoli confini dell'ambito territoriale (mezzo oggetto di disamina in questo contributo) sembrano frammettersi alle diramazioni della rappresentanza politica e della geografia amministrativa, che per i servizi pubblici locali, erano tradizionalmente associabili a comuni e province. Questo processo pare, allora, destinato a creare delicati problemi di *governance*, probabilmente non risolvibili con soli istituti di raccordo; si impone, infatti, un «adattamento» degli strumenti in grado di assicurare la soddisfazione degli interessi di comunità locali che, di fatto, si espandono oltre la dimensione provinciale, in un quadro legislativo in cui le funzioni fondamentali di organizzazione dei servizi restano però in capo all'unità amministrativa di base rappresentata dai comuni, ai quali dovrà essere assicurata fattiva partecipazione agli enti di governo dell'ambito¹³⁸. In altre parole, occorre evitare che la disciplina degli ambiti possa, in concreto, fungere da occasione per ledere i principi di sussidiarietà e adeguatezza (art. 118 Cost.), quando non addirittura l'autonomia degli enti (art. 114 Cost.), a detrimento della migliore soddisfazione di interessi, peraltro assolutamente essenziali, delle comunità. Pertanto, vi è la necessità di rodare formule di gestione associata che non si esauriscano in passive e vuote prassi di consultazione.

D'altro canto, l'incessante succedersi delle norme spesso ha interrotto – e poi dato nuovo corso – a processi ormai perennemente in atto, i cui esiti si palesano all'interprete come la sperata

triennale, ove alla scadenza i comuni aderenti non provino il conseguimento di significativi livelli di efficacia ed efficienza nella gestione, sarebbero obbligati ad esercitare le funzioni fondamentali esclusivamente mediante unione di comuni (art. 14, comma 31-*bis*, d.l. n. 78/2010).

¹³⁸ La stessa Corte costituzionale, con riferimento al servizio idrico integrato, ha già avuto modo di esortare a non trascurare il ruolo degli enti locali, «allo scopo di mantenere un costante rapporto tra programmazione e gestione del servizio su scala regionale ed esigenze dei singoli territori compresi nell'ambito complessivo» (Corte cost., 28 marzo 2013, n. 50). In dottrina, pure, si è osservato che la stessa legge Galli affidava alla regione l'individuazione dei modi e delle forme della cooperazione degli enti locali, da intendersi quale «modulo di azione integrato e non già come semplice consultazione tra enti locali coinvolti», sebbene, nel silenzio della legge n. 142/1990, spesso le norme regionali siano risultate incapaci di introdurre reali moduli di co-decisione, cfr. A.M. ALTIERI, *I servizi pubblici locali organizzati in ambiti territoriali ottimali*, cit., p. 1193.



rinascita di una mitica fenice, che, però, nel mondo reale, tarda pericolosamente a risorgere dalle sue ceneri.

È così accaduto che da una pluralità di versanti si siano levati nuovi aneliti riformatori.

Il legislatore ha attribuito al Commissario straordinario per la revisione della spesa il pervasivo potere di predisporre, anche ai fini di una valorizzazione industriale, un programma di razionalizzazione delle aziende speciali, delle istituzioni e delle società direttamente o indirettamente controllate dalle amministrazioni locali, chiamandolo ad individuare specifiche misure per la liquidazione o trasformazione, per l'efficientamento della loro gestione, e per la cessione di rami d'azienda o anche di personale. Di estremo rilievo è che tali decisioni del Commissario, contenute nel Piano presentato il 7 agosto 2014¹³⁹, dovevano per legge essere inserite nel disegno di legge di stabilità per il 2015 e rese così operative e vincolanti per gli enti locali¹⁴⁰.

Al di là dei dubbi di legittimità costituzionale di simili previsioni, univocamente miranti ad assicurare riduzioni di spesa, a detrimento dell'autonomia delle amministrazioni territoriali, fa riflettere l'ingerenza accordata ad un organo tecnico rispetto al processo legislativo.

In altri termini, è piuttosto originale per una democrazia parlamentare che ad un commissario straordinario vengano conferiti poteri pseudo legislativi, piuttosto che amministrativi.

Merita, allora, chiedersi se per attuare processi di revisione della spesa sia effettivamente necessaria la costituzione di simili organizzazioni amministrative di livello governativo, quali quelle recentemente costituite in Italia, ovvero se sia preferibile un maggiore coinvolgimento dell'organismo parlamentare, stante l'incidenza di tale modalità di riduzione del debito sull'effettività della tutela dei diritti costituzionalmente garantiti.

L'esperienza internazionale in tema depone apparentemente in tal senso, accentrando i poteri di impulso nella revisione della spesa sugli organi governativi piuttosto che parlamentari. In Australia ogni *review* viene gestita dal Ministero delle Finanze, cui si accompagnano *programme*

¹³⁹ Il quale si apre enunciando l'obiettivo di «ridurre il numero delle partecipate [locali] “da 8.000 a 1.000” nel giro di un triennio, di favorirne l'aggregazione e lo sfruttamento di economie di scala e, anche per questa via, di migliorarne l'efficienza, con benefici per la finanza pubblica (i possibili risparmi a regime sono stimati in almeno 2-3 miliardi [l'anno]) e per la qualità dei servizi offerti», v. anche Commissario straordinario per la revisione della spesa, *Programma di razionalizzazione delle partecipate locali*, cit., pp. 35-36.

¹⁴⁰ Vedi art. 23, d.l. 24 aprile 2014, n. 66., conv. nella legge n. 95/2014, *Misure urgenti per la competitività e la giustizia sociale*. In tema, sia consentito il rinvio a M. PASSALACQUA, *La «spending review» en la legislación italiana. Crónica de una muerte anunciada*, in AA.VV., *La reacción formal y sustancial de los derechos frente a la crisis económica*, México, Escuela Libre de Derecho, 2015, pp. 256-288.



evaluations condotti dalle singole agenzie governative¹⁴¹; in Canada la revisione è rimessa a Ministri, vice Ministri e comitati interministeriali¹⁴²; in Giappone si è istituita un'apposita unità governativa inserita nel Governo¹⁴³; al Governo inglese, infine, spetta la Revisione Globale della Spesa¹⁴⁴. In alcuni casi, come ad esempio in Giappone, il procedimento di revisione si apre alla partecipazione anche dei cittadini; ma certamente pur essendovi una sorta di condivisione essa non condurrà a quel tipo di co-decisione che solo gli organi rappresentativi possono assicurare.

In tutte le ipotesi menzionate, tuttavia, se è sempre previsto l'ausilio di un gruppo di tecnici, questi restano sussidiari all'esecutivo.

Nel caso italiano, invece, l'impressione è che, nel quadro legislativo delineato, l'organo tecnico tenda a fungere da surrogato all'esecutivo. E ciò non può andare esente da critiche. Infatti, nella migliore delle ipotesi, vi è il rischio che il governo si dissoci dall'operato del Commissario, nella peggiore, che si assista ad uno svuotamento delle garanzie offerte dalla dialettica parlamentare.

Per quanto interessa ai nostri fini, nel Piano, all'insegna dell'efficienza, si è finito per suggerire di incrementare ulteriormente la descritta discrasia tra comunità di utenti, geograficamente in via di dilatazione, ed enti titolari delle funzioni di organizzazione. Si promuove, infatti, «l'aggregazione di partecipate che offrono servizi simili», come ad esempio acqua e rifiuti, per sfruttare economie di scala mediante il potenziamento della disciplina sugli ambiti territoriali ottimali per promuovere gare e affidamenti su territori sufficientemente ampi¹⁴⁵, attraverso un sistema di incentivi, quali ausili pubblici, anche sotto forma di sgravi fiscali ai processi di fusione; mantenimento delle concessioni in essere a favore del subentrante; deroghe al Patto di stabilità interno per le entrate provenienti dalle dismissioni funzionali alle aggregazioni.

Ed effettivamente, come abbiamo visto, l'ultima legge di stabilità, dopo aver modificato in più parti l'art. 3-*bis* del d.l. n. 138/2011, per superarne criticità e dubbi interpretativi (v. *supra* par. 3), ha anche adempiuto alle indicazioni del Piano, al fine di promuovere processi di aggregazione e di rafforzare la gestione industriale dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica. È stata così prevista la facoltà di subentro nelle concessioni a favore dell'operatore economico succeduto

¹⁴¹ Servizio del bilancio del Senato, *La spending review nell'esperienza internazionale: una breve analisi*, febbraio 2012, n. 57, p. 5.

¹⁴² *Ivi*, pp. 7-8.

¹⁴³ *Ivi*, p. 10.

¹⁴⁴ *Ivi*, pp. 12-13.

¹⁴⁵ «Secondo la banca dati del MEF, le partecipate dei comparti elettrico, gas, idrico e dei rifiuti erano circa 1.500 a fine 2012. Di queste ben il 62 per cento è rappresentato da piccole imprese (valore della produzione inferiore a 10 mln), che nell'insieme coprono soltanto il 7 per cento della produzione e che si presentano concentrate prevalentemente al Sud», Commissario straordinario per la revisione della spesa, *Programma di razionalizzazione delle partecipate locali*, cit., p. 22.

al concessionario iniziale a seguito di operazioni di fusione o acquisizione¹⁴⁶; sono stati introdotti incentivi finanziari a promozione di tali aggregazioni (di cui si è detto *supra* par. 3) e si sono esclusi dai vincoli del patto di stabilità interno i proventi derivanti dalla dismissione totale o parziale, anche a seguito di quotazione, di partecipazioni in società¹⁴⁷.

Ma questo non bastava ancora, perché nel c.d. processo di bilancio, il Def 2014 prometteva alle istituzioni europee, di attuare entro settembre 2014, un complessivo riordino della normativa sui servizi pubblici locali in funzione di una maggiore apertura al mercato (quasi a rinnegare, almeno nelle intenzioni, parte delle argomentazioni sopra esposte sul c.d. principio della libera amministrazione) e dell'aggregazione degli stessi in ambiti territoriali più ampi.

Ha visto così la luce la legge delega «in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche»¹⁴⁸, dove si affida al governo (art. 16) il compito di emanare testi unici di semplificazione, coordinamento e «riordino», sia in materia di partecipazioni societarie delle pubbliche amministrazioni (art. 18)¹⁴⁹, sia in tema di servizi pubblici locali d'interesse economico generale (art. 19), con tutti gli evidenti rischi di sovrapposizioni normative.

In particolare, la delega in materia di servizi prende le mosse dalle funzioni fondamentali di comuni e città metropolitane, le quali dovranno ricomprendere, sia il tradizionale potere di individuazione delle attività di interesse generale, la cui erogazione è doverosa, sia il potere di organizzazione dei servizi, in modo da garantirne l'accessibilità fisica ed economica, nonché il rispetto dei noti principi di continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza¹⁵⁰.

La delega sembra poi riconoscere il potere di libera amministrazione delle autorità pubbliche, sebbene si evinca, a tratti, un qualche *favor* per il ricorso al mercato in luogo della gestione interna. Pur ammettendosi espressamente il regime dell'autoproduzione, essa, infatti, pare ridimensionata rispetto alle prospettive europee di cui sopra si è dato conto, poiché, una formula ambigua desta il dubbio che il delegante ceda alla tentazione di ricondurla ai servizi per cui «non sussistano i presupposti della concorrenza nel mercato»¹⁵¹, laddove il diritto europeo ne dà un riconoscimento

¹⁴⁶ Cfr. comma 2-*bis* dell'art. 3-*bis*, del d.l. n. 138/2011, introdotto dalla l. 23 dicembre 2014, n. 190, cit.

¹⁴⁷ Cfr. comma 4-*bis* dell'art. 3-*bis*, del d.l. n. 138/2011, introdotto dalla l. 23 dicembre 2014, n. 190, cit.

¹⁴⁸ Legge 7 agosto 2015 n. 124, meglio nota come riforma Madia della PA.

¹⁴⁹ In realtà, il Piano del Commissario straordinario proponeva la definizione di un testo unico sulle partecipate locali, cfr. Commissario straordinario per la revisione della spesa, *Programma di razionalizzazione delle partecipate locali*, cit., p. 31.

¹⁵⁰ Art. 19, comma 1, lett. a), legge n. 124/2015.

¹⁵¹ Art. 19, comma 1, lett. e), legge n. 124/2015: «individuazione, anche per tutti i casi in cui non sussistano i presupposti della concorrenza nel mercato, delle modalità di gestione o di conferimento della gestione dei servizi nel rispetto dei principi dell'ordinamento europeo, ivi compresi quelli in materia di autoproduzione, e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di autonomia organizzativa,



più ampio, coniugandola all'esistenza di compiti d'interesse pubblico, connessi alla promozione dell'accesso e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici, a prescindere dall'esistenza di un mercato per l'erogazione del servizio che, anche qualora vi sia, non può mai comprimere la libera scelta, purchè motivata, dell'amministrazione.

Inoltre, in una visione opposta alla neutralità della suddetta scelta di fondo, sono previsti incentivi o altre forme di premialità per gli enti locali che favoriscano «l'eliminazione del controllo pubblico»¹⁵².

Il legislatore indirizza poi il governo ad introdurre nuovi ausili e facilitazioni amministrative a sostegno degli enti locali che promuovano l'aggregazione delle attività e delle gestioni¹⁵³. Al futuro testo unico è rimessa la «definizione, anche mediante rinvio alle normative di settore e armonizzazione delle stesse, dei criteri per l'organizzazione territoriale ottimale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica»¹⁵⁴. In questo passaggio, il legislatore delegante sembra, effettivamente, avere a mente l'esigenza di superare le illustrate possibili distonie tra le ragioni dell'efficienza, connaturate agli ATO, ed il riconoscimento di funzioni fondamentali in capo ad enti di livello territoriale inferiore, che per non essere pregiudicate devono trovare moduli di esercizio congiunto.

Varrebbe però la pena di chiedersi a chi giovi il sovradimensionamento dei gestori. Indubbiamente, esso è difficilmente conciliabile con il sistema delle funzioni fondamentali dei comuni, rappresentativi di comunità territorialmente più ristrette. Non può dirsi unico strumento di ricerca dell'efficienza, perché, come abbiamo visto, l'equilibrio finanziario degli enti locali imposto dal legislatore degli anni '30 era in grado di restituirci aziende pubbliche che conseguivano il pareggio di bilancio pur di non aumentare le leve tariffarie; ciò insegna come la chiave dell'efficienza dei servizi risieda nell'autonomia finanziaria locale. E qui sarebbe probabilmente stato opportuno che il legislatore si fosse preoccupato di tessere le fila tra la riforma dell'art. 97 Cost. e la centralizzazione del potere tariffario, ormai operativa anche per alcuni servizi locali. Infine, se la crescita dei gestori fosse giustificata dal raggiungimento di dimensioni tali da renderli appetibili in prossime cessioni a operatori stranieri, sarebbe, in primo luogo, probabilmente preferibile effettuare una chiara scelta di fondo sul sistema di incentivi e disincentivi all'autoproduzione dei servizi, ma non senza aver preliminarmente individuato le

economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità».

¹⁵² Art. 19, comma 1, lett. *f*), legge n. 124/2015.

¹⁵³ Art. 19, comma 1, lett. *f*) e *q*), nonché art. 18, comma 1, lett. *m*), legge n. 124/2015.

¹⁵⁴ Art. 19, comma 1, lett. *d*), legge n. 124/2015.



ragioni di politica industriale e di politica sociale poste a giustificazione della propensione per un subentro nel settore di imprese straniere.

Temiamo allora che non sarà la delega Madia a restituirci una legge organica in materia di servizi pubblici locali, perché dalla sommaria disamina appena svolta, è facile evincere la mancanza di una chiara prospettiva degli obiettivi prioritari, anzi i principi che dovrebbero fungere da sfondo, si ergono spesso in contraddizione reciproca. Indirizzi e criteri direttivi sono, infatti, affastellati su aspetti puntuali che incrociandosi tra loro ci rimandano ad un quadro complessivo, che è poco più di un'impressione¹⁵⁵: concorrenza, insieme ad autoproduzione; funzioni fondamentali degli enti locali unite ad una non meglio precisata «organizzazione» territoriale ottimale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica; soppressione dei regimi di esclusiva, ma definizione dei criteri per l'attribuzione di diritti speciali o esclusivi; tensione verso il continuo contenimento dei costi aumentando nel contempo gli standard qualitativi dei servizi.

Manca una chiara indicazione dei fini sociali e industriali di cui il potere politico si assuma la responsabilità.

Il testo ripiega così sulla tecnica, strumentale all'esigenza di ridurre la complessità di un'organizzazione amministrativa in divenire verso ambiti territoriali più fluidi ed estesi; di un mercato che resta solo atteso, pur recando seco le complicità delle sue regole intrinseche; di una finanza pubblica in perenne affanno, ma dissociata dal centro amministrativo di livello locale cui va, invece, ricondotta la responsabilità del servizio; di un utente che deve essere tutelato, attraverso tariffe contenute e trasparenti a remunerazione di imprese spesso frammentate ed inefficienti.

Non è dunque questo il contesto in cui possa rifiorire un'interpretazione di tipo sistematico, ormai in fase di desuetudine. Perché ciò accada, è indispensabile, preliminarmente, ricostruire una intelaiatura organica, imperniata sulla delineazione chiara degli interessi che si vogliono tutelare, per poi procedere a rinvenire le modalità della tutela, affidandosi quando alla riorganizzazione amministrativa, quando alla riforma della finanza locale, quando al mercato ecc., e solo in fase successiva soffermarsi sulle modalità di perfezionamento di *governance* ed efficienza.

Erroneo, invece, è muovere da questi ultimi aspetti – si pensi appunto alla vicenda degli ambiti –, svincolandoli dal contesto amministrativo in cui incidono; l'effetto sarà di dover poi continuamente correggersi il tiro per ricucire antinomie di fondo, radicatesi sugli interessi lasciati orfani spesso della storia e talvolta, purtroppo, della Costituzione.

¹⁵⁵ Il riferimento vuol essere a Claude Oscar Monet, *Impression: soleil levant* (1873).