

La disciplina dei servizi di interesse (economico) generale tra diritto interno e diritto europeo di Luigi Alla

SOMMARIO: I. Premessa. – 2. La disciplina dei servizi pubblici locali nel diritto interno: uno studio diacronico. – 3. I servizi di interesse economico generale tra autoproduzione ed esternalizzazione. – 4. (Segue) ed i tentativi di liberalizzazione del legislatore nazionale – 5. Recenti orientamenti del giudice costituzionale: verso nuovi assetti o semplice ritorno al passato?

I. Premessa

I servizi pubblici locali da diversi anni sono oggetto di grande attenzione da parte della dottrina che ha approfonditamente e diffusamente indagato i molteplici profili di interesse e di criticità che vengono in rilievo nella (affannosa) definizione della relativa disciplina. Ai fini della auspicata *effettiva* stabilizzazione, appare ormai pacifico che in un sistema di *governance* multilivello si dovrà riuscire a trovare un equilibrio che sappia coniugare al meglio, nell'osservanza dei principi derivanti dall'ordinamento europeo, gli obiettivi di riforma strategica del settore indicati dal Legislatore nazionale¹, con il rispetto dell'assetto delle competenze, costituzionalmente garantite, delle Regioni e degli Enti locali, *responsabili* della loro organizzazione ed erogazione e soggetti più prossimi alle collettività destinatarie dei servizi pubblici locali.

Indubbiamente, la grande attenzione al tema dei SPL è dipesa anche all'incessante e non sempre coerente produzione normativa che nell'ultimo decennio ha contraddistinto il settore, tanto da dar luogo ad uno stato di riforma e di transizione permanente, nel quale, subito dopo l'adozione di un determinato intervento normativo, iniziava a montare l'aspettativa di ulteriori interventi, rettificativi, integrativi, correttivi, quando non addirittura di contro-riforma o, comunque, di ridefinizione delle relative dinamiche temporali di entrata a regime, alimentando dunque il senso di incertezza in ordine alla chiarezza e stabilità del quadro giuridico di riferimento con effetti disincentivanti per le scelte di investimento nel settore².

In questo complesso ed articolato quadro di riferimento, un ruolo di assoluto rilievo è stato svolto dall'intervento della giurisprudenza, anche costituzionale, che, da un lato, con alcuni importanti

¹ Obiettivi che si inseriscono nell'ambito del più generale contesto delle politiche di liberalizzazione a fini di sviluppo economico e connessa sostenibilità finanziaria. Sulla rilevanza del settore dei servizi pubblici locali ai fini delle azioni volte al rilancio della crescita del sistema nazionale, si vedano anche le osservazioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM): nella Segnalazione AS901 - *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza* (5/01/2012) Sull'importanza della liberalizzazione ed apertura alla concorrenza del settore dei servizi pubblici locali, anche nell'ottica del conseguimento degli obiettivi di riforma economica del sistema Paese e della loro valutazione in prospettiva europea (Annual Growth Survey 2012; Raccomandazioni relative all'Italia 2011) si veda Ministero dell'Economia e delle Finanze, *Documento di Economia e Finanza 2012, Sez. Programma Nazionale di Riforma*, pp.144.

² Ulteriore profilo di criticità è da ricondursi alla tecnica di normazione che ha indubbiamente contribuito alla ulteriore complicazione del quadro normativo; cfr. al riguardo G. Di Gaspare, *Servizi pubblici locali, le riforme degli anni 2000*, in G. Di Gaspare (a cura di), *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Cedam, Padova, 2010, p. 90

interventi ha svolto una funzione integrativa, esplicativa e chiarificatrice dei concetti utilizzati dal legislatore ed, in alcuni casi, addirittura anticipativa di interventi normativi successivi, dall'altro, non ha mancato di introdurre essa stessa delle ulteriori variabili nel sistema³.

Come noto, poi, un ulteriore elemento di instabilità è stato introdotto a seguito della consultazione referendaria svoltasi nel giugno dello scorso anno che ha finito per travolgere l'intero assetto normativo applicabile alla generalità dei SPL fondato sull'articolo 23 bis del d.l. 112/2008⁴.

Da qui, dunque, l'esigenza della definizione di una nuova disciplina dettata dall'articolo 4 del decreto legge 138/2011, convertito con modifiche, dalla legge 148/2011 a sua volta modificato ed integrato, a più riprese tra la fine del 2011 ed il primo semestre del 2012. Anche questo regime, però, avrà vita breve perché proprio mentre sembrava in via di stabilizzazione e si era in attesa dell'adozione del relativo regolamento attuativo⁵, è stato dichiarato incostituzionale dalla Corte Costituzionale con sentenza 20 luglio 2012, n. 199⁶, che ha dunque riaperto – ove mai questo fosse stato chiuso – il cantiere per l'adozione di una (ennesima) nuova disciplina dei servizi pubblici locali.

Obiettivo del presente contributo è dunque quello di ripercorrere l'evoluzione normativa in materia di servizi pubblici locali e di concentrare l'attenzione su alcuni dei profili di maggiore interesse che, nell'avvicinarsi e stratificarsi dei vari regimi normativi dell'ultimo decennio⁷ continuano a rappresentare delle questioni aperte e dei nodi cruciali della disciplina. Nella parte finale si cercherà di individuare, partendo dagli ultimi interventi normativi e seguendo le indicazioni della più recente giurisprudenza costituzionale, alcune coordinate su cui delineare, in chiave prospettica, l'avvio di un percorso di effettiva stabilizzazione normativa e di riforma di questi importanti comparti economici.

2. La disciplina dei servizi pubblici locali nel diritto interno: uno studio diacronico

Ripercorrendo in ottica retrospettiva l'evoluzione del quadro normativo in materia di servizi pubblici locali è possibile osservare come l'estrema dinamicità, al limite della frenesia, che contraddistingue da poco più di un decennio la disciplina dei SPL non sia stata una costante storica.

³ Al riguardo, si pensi, ad esempio, alla pronuncia resa dal Consiglio di Stato, sezione V, 26 gennaio 2011, n. 552, che in vigenza della disciplina dettata dall'articolo 23 bis in cui era sostanzialmente pacifica l'opinione secondo cui per i servizi pubblici locali di rilevanza economica fosse assolutamente esclusa la possibilità di una gestione in economia, afferma espressamente che «*appartiene, in realtà, alla dimensione dell'inverosimile immaginare che un comune di non eccessiva grandezza non possa gestire direttamente un servizio come quello dell'illuminazione votiva cimiteriale, esigente solo l'impegno periodico di una persona e la spesa annua di qualche migliaio di euro, laddove l'esborso sarebbe notoriamente ben maggiore solo per potersi procedere a tutte le formalità necessarie per la regolare indizione di una gara pubblica*». Con la gestione diretta non vi sarebbe, quindi, violazione del principio di concorrenzialità e contrasto con normative comunitarie o nazionali. Su tale pronuncia si vedano: G. Guzzo, *Il "nuovo corso" della disciplina dei SPL: Corte Costituzionale e Consiglio di Stato ancora alla ricerca di una strada comune*, (22 febbraio 2011) e G. Nicoletti, *"Inverosimile" l'obbligo di esternalizzare i servizi pubblici locali (a rilevanza economica)*, (21 marzo 2011), entrambi in www.dirittodeiservizipubblici.it.

⁴ Art. 23-bis del d.l. n. 112/2008, conv., con mod., nella l. n. 133/2008, modificato dall'art. 15 del d.l. n. 135/2009, conv. con mod. nella l. n. 166/2009, cui fa seguito, nel 2010, il relativo regolamento di attuazione emanato con D.P.R. 7 settembre 2010, n. 168.

⁵ Si veda, al riguardo, lo schema di Regolamento di attuazione dell'articolo 4, comma 33-ter, del D.L. 13 agosto 2011, n. 138, recante i criteri per la verifica della realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, per l'adozione della delibera quadro nonché disposizioni attuative per il progressivo miglioramento, mediante un sistema di *benchmarking*, della qualità ed efficienza di gestione dei medesimi servizi, ed ulteriori necessarie misure di attuazione, sul quale il Consiglio di Stato (cfr. Consiglio di Stato, 11/6/2012 n. 2805) aveva espresso il proprio parere positivo subordinato all'introduzione di modifiche ad alcune sue disposizioni.

⁶ Su cui cfr. infra.

⁷ Dall'art. 35 della legge 448/2001 all'art. 4 del d.l. 183/2011.

Anzi, tutto il contrario.

È possibile operare una suddivisione dell'evoluzione della disciplina sui SPL in tre fasi: la prima fase compresa tra gli inizi del novecento e gli anni '90; la seconda compresa tra l'inizio degli anni '90 del secolo scorso e la fine del 2001; la terza fase che prende avvio sul finire del 2001 e che può considerarsi tuttora in corso.

Il primo periodo si caratterizza per una sostanziale stabilità della disciplina materia di servizi pubblici locali che trova il suo riferimento normativo fondamentale nella legge 103 del 29 marzo 1903 – cd. legge Giolitti – che costituì, per l'allora Regno di Italia, la prima normativa «*sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni*»⁸.

Con tale intervento normativo si pose dunque fine al periodo di attivismo ed interventismo spontaneo e non regolato degli Enti locali nell'intrapresa di attività economiche di rilievo ed interesse per la collettività rappresentata.

I servizi pubblici locali vennero ricompresi e cristallizzati nell'elenco⁹, contenuto articolo. 1, l. 29 marzo 1903, n. 103 che piegava, riducendola e limitandola, l'autonoma iniziativa gestionale dei comuni alla logica della tipicità delle figure gestorie¹⁰.

Con la legge 103/1903, infatti, non venne fornita una definizione di servizio pubblico, né furono delineati i connotati essenziali per individuarlo.

L'articolo 1 si limitava ad enumerare¹¹, in modo non tassativo, la maggior parte dei servizi pubblici che i comuni potevano gestire direttamente tramite la costituzione di un'azienda speciale distinta dall'amministrazione comunale e si incentrava prevalentemente sulle condizioni ed i presupposti necessari per procedere alla loro assunzione da parte dei comuni, stabilendo una serie di regole amministrative ed organizzative per la gestione diretta dei servizi di primaria necessità in alternativa alla concessione ai privati.

⁸ A seguito della legge 103 del 1903 è stato poi emanato il relativo regolamento 10 marzo 1904 n. 108. La legge 103/1903 è rimasta formalmente in vigore fino a tempi recentissimi, venendo abrogata dall'articolo 24 del D.L. 25 giugno 2008, n. 112, convertito dalla legge 6 agosto 2008 n. 133. Sulle finalità ed obiettivi della legge 103/1903, si veda la ricostruzione di recente effettuata da G. Palliggiano, *L'evoluzione legislativa della gestione dei servizi pubblici locali dalla legge Giolitti al Testo unico degli enti locali*, 2009, pubblicato in www.giustizia-amministrativa.it.

⁹ L'elenco, che pure era meramente dimostrativo, rimarrà, peraltro, invariato nella successiva disciplina legislativa. Sul punto si veda G. Di Gaspare, *Servizi pubblici locali tra teoria e storia*, in G. Di Gaspare, (a cura di) *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Cedam 2010, il quale nel ricostruire l'evoluzione del concetto di servizi pubblici locali individua i presupposti dell'originaria nozione di servizio pubblico nella costituzione economica liberale nella sussistenza di interesse generale; nella presenza di situazioni di cd. fallimento del mercato e nel rispetto dell'equilibrio finanziario nella gestione.

¹⁰ Alla legge 103 del 1903 fece quindi seguito il r.d. 30 dicembre 1923, n. 3047, che, da un lato, consentiva, entro limiti precisi, anche alle province l'assunzione di alcuni pubblici servizi, dall'altro, autorizzava il Governo a riunire e coordinare in un testo unico l'intera disciplina della materia. Fu quindi emanato il r.d. n. 2578 del 15 ottobre 1925, contenente il testo unico sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle province, testo che ha costituito, anche nei decenni successivi, la disciplina fondamentale della materia. Come l'art. 1 della L. 103 del 1903, così il r.d. 2578 del 1925 confermava il carattere semplicemente esemplificativo nell'indicazione dei servizi pubblici dei quali i comuni potevano assumere la gestione diretta. In argomento si veda la ricostruzione di G. Piperata, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, Giuffrè, 2005.

¹¹ L'elenco, che pure era meramente dimostrativo, rimarrà, peraltro, invariato nella successiva disciplina legislativa. Sul punto si veda G. Di Gaspare, *Servizi pubblici locali tra teoria e storia*, in G. Di Gaspare, (a cura di) *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Cedam 2010, il quale nel ricostruire l'evoluzione del concetto di servizi pubblici locali individua i presupposti dell'originaria nozione di servizio pubblico nella costituzione economica liberale nella sussistenza di interesse generale; nella presenza di situazioni di cd. fallimento del mercato e nel rispetto dell'equilibrio finanziario nella gestione.

I servizi municipalizzati potevano essere amministrati o in regime di “gestione diretta”, vale a dire a cura degli stessi organi del comune ovvero dandoli in concessione a privati. La gestione diretta poteva svolgersi “in economia” o con la costituzione di “aziende speciali”.

Nei successivi cento anni l’assetto normativo non è sostanzialmente cambiato.

Per molti anni, quindi, l’uniformità è stato il tratto caratterizzante la disciplina dei servizi pubblici locali, soprattutto considerato che l’uso di modelli organizzativi predeterminati ha rappresentato un indice di identificazione di un concetto – quello del servizio pubblico – altrimenti difficilmente definibile. L’uniformità, inoltre, è stata rafforzata dalla tipicità dei modelli organizzativi, nel senso di riconoscere agli enti locali solo la possibilità di organizzare i servizi di riferimento ricorrendo esclusivamente ai modelli precostituiti legislativamente¹².

Tuttavia, alla formale rigidità nella scelta dei moduli e dei vincoli organizzativi previsti dal diritto positivo ha corrisposto, nel diritto vivente, una maggiore dinamicità e flessibilità. La predefinizione dei modelli organizzativi dei servizi pubblici locali, infatti, non ha impedito ad alcune amministrazioni territoriali di sperimentare percorsi alternativi e differenziati di gestione delle attività di erogazione¹³.

In altri termini, la dinamica istituzionale ha visto prevalere le logiche della differenziazione sulla tipicità e uniformità del regime giuridico di riferimento, con la conseguenza che la naturale emersione e progressiva affermazione ed evoluzione dei “diversi” strumenti organizzativi e gestionali ha reso necessario – *ex post* – un intervento normativo statale. Tale intervento è stato realizzato con la legge 8 giugno 1990, n. 142 sull’ordinamento degli Enti locali, intervento con cui, per ciò che riguarda più direttamente la disciplina sui servizi pubblici locali, si è perseguito l’obiettivo di ricondurre le nuove forme organizzative gestionali in un coerente quadro ordinamentale¹⁴.

L’adozione della legge 142/1990¹⁵, segna dunque l’avvio della seconda fase della disciplina dei SPL e, nell’ambito di un disegno volto nel complesso al potenziamento delle autonomie, introduce alcune importanti novità. Al riguardo, due aspetti assumono importanza centrale: da un lato, il cambiamento di approccio alla individuazione dei servizi pubblici locali, dall’altro, l’ampliamento delle modalità tipizzate di gestione.

In relazione al primo profilo, la novità più rilevante fu costituita dall’abbandono nel criterio di individuazione dei servizi pubblici locali mediante il riferimento ad un elenco degli stessi a favore di una formulazione *aperta* contenuta originariamente nell’articolo 22 della legge 142/1990¹⁶.

Con riferimento alle modalità gestionali, l’art. 22 della L. 142 del 1990 disponeva che i pubblici servizi potessero essere gestiti nelle seguenti forme: a) in economia¹⁷; b) mediante concessione a

¹² In argomento si veda la ricostruzione di G. Piperata, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, Giuffrè, 2005.

¹³ Si pensi, ad esempio, alla diffusione del modello della società mista, inizialmente non previsto dal legislatore, ma adottato da alcune amministrazioni per far fronte a specifiche esigenze organizzative del servizio o, ancora, alla dinamica dell’affidamento diretto del servizio a fondazioni cd. di partecipazione, costituite dagli stessi enti affidanti e caratterizzate da una atipicità anche rispetto al più tradizionale modello della fondazione di matrice civilistica.

¹⁴ cfr. G. Piperata, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, Giuffrè, 2005.

¹⁵ Con la legge 142/1990 si intendeva imprimere una energica evoluzione al sistema delle autonomie locali, riconoscendo potestà statutaria a comuni e province ed aprendo la via verso una differenziazione tra le diverse realtà territoriali, fermo rimanendo il rispetto dei principi generali ed unitari dell’ordinamento.

¹⁶ Anche se il servizio pubblico è condotto secondo schemi prevalentemente imprenditoriali intesi a fornire al cittadino un’utilità pubblica, di regola, in regime di diritto comune, va tuttavia rilevato come nell’articolo 22, comma 1, della legge 142/1990, il riferimento al concetto di servizio pubblico appaia più ampio di quello che in passato si ricavava dal testo unico sulla municipalizzazione perché comprendeva, oltre alle attività imprenditoriali, rivolte alla produzione di utilità a favore dell’utenza pubblica, anche le attività non imprenditoriali dirette a promuovere lo sviluppo economico e sociale. Per tali attività è peraltro suggerita alla lettera d) del comma 3, la forma di gestione mediante “istituzione” (comma 3, lett. d, articolo 22 della legge 142/1990).

terzi¹⁸; c) a mezzo di azienda speciale¹⁹; d) a mezzo d' istituzione²⁰; e) a mezzo di società per azioni, inizialmente con il vincolo, che verrà successivamente rimosso²¹, della prevalenza del capitale pubblico²².

La disciplina dei servizi pubblici locali dettata dalla legge 142/90 è stata successivamente trasfusa negli articoli 112²³ e seguenti del d. lgs. 267 del 10 agosto 2000, recante il testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (TUEL).

La terza fase, prende avvio sul finire del 2001 con l'articolo 35 della legge n. 448/2001 (legge finanziaria per il 2002) con il quale si ha un ulteriore cambiamento della impostazione generale nella disciplina in materia di SPL: si introduce la distinzione tra servizi pubblici locali «a rilevanza industriale» e servizi «privi di tale rilevanza» – distinzione che nel 2003 sarà sostituita da quella tra servizi «di rilevanza economica» e servizi «privi di rilevanza economica» – delineando due differenti regimi.

Per i primi, si prevede, da un lato, la possibilità della separazione tra l'attività di gestione delle reti e degli impianti destinati alla produzione dei servizi pubblici locali, dalla attività di erogazione²⁴, dall'altro, si opta, con riferimento alle modalità di erogazione del servizio, per un sistema di *privatizzazione forzata* prevedendo come unica modalità di individuazione del soggetto gestore lo svolgimento di gare ad evidenza pubblica nel rispetto dei principi derivanti dal diritto europeo (cfr. articolo 113 del TUEL, mod. art. 35 legge Finanziaria 2002).

Il sistema della privatizzazione forzata dell'erogazione dei servizi a rilevanza economica, viene però ben presto superato dal momento che con diversi interventi normativi operati nel corso del 2003 (d.l. n. 269/2003, conv. in l. n. 326/2003 e poi dalla legge 350/2003 – Legge finanziaria 2004) si decide di riattribuire agli Enti locali un ampio margine di scelta in ordine all'adozione dei modelli gestionali per l'organizzazione dei servizi pubblici locali.

Il nuovo quadro normativo, consente, alternativamente, di fare ricorso a tre modelli gestionali liberamente scelti dall'Ente locale:

a) l'affidamento diretto della gestione del servizio all'affidatario cd. *in house* nel rispetto dei vincoli delineati a livello europeo per tale particolare modalità gestionale²⁵;

¹⁷ Quando le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio rendevano non opportuna la costituzione di un'azienda o di un'istituzione.

¹⁸ Qualora sussistevano ragioni di carattere tecnico (per il fatto che le attrezzature tecnologiche di gestione richiedevano professionalità, esperienze o ingenti capitali di cui l'amministrazione normalmente non dispone) ovvero di natura economica (allorché il costo del servizio affidato a terzi comportasse un costo di gran lunga inferiore alla gestione diretta).

¹⁹ Quando lo svolgimento del servizio implicava un'attività imprenditoriale per il cui svolgimento erano necessarie snellezza, managerialità ed autonomia d'azione.

²⁰ Per l'esercizio di servizi sociali che non avessero rilevanza imprenditoriale.

²¹ Con la legge 498/1992 che ha ammesso la costituzione di società miste a maggioranza privata, prevedendo lo svolgimento di procedure di evidenza pubblica per la selezione del socio privato in base alla procedura che sarà poi delineata dal D.P.R. 553/1996.

²² Qualora si fosse ravvisata l'opportunità in relazione alla natura del servizio da erogare di fare partecipare alla gestione altri soggetti pubblico o privati.

²³ L'art. 112, comma 1, d. lgs. 267/2000 chiarisce che gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano «per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali». Il secondo comma attribuiva alla legge il compito di riservare alcuni servizi in via esclusiva ai comuni e alle province. Tale ultima previsione è stata in seguito abrogata dall'articolo 35, comma 12, della legge 28 dicembre 2001, n. 448.

²⁴ Da osservare però che la concreta scelta in ordine alla separazione tra gestione della rete ed erogazione del servizio era demandata alle «discipline di settore».

²⁵ Vincoli che, all'epoca, erano riconducibili alla necessità di rispettare i principi derivanti dalla sentenza *Teckal* (cfr. Corte di Giustizia UE, sentenza 18 novembre 1998, C-107/1998) in base alla quale ai fini del modello *in house* dovevano

b) l'affidamento mediante gara a un gestore terzo;

c) l'affidamento (diretto) ad società mista il cui socio doveva essere scelto con gara.

Diversa e ancora più articolata la gamma delle soluzioni organizzative e gestionali previste per i servizi privi di rilevanza economica. La disciplina delineata dall'articolo 113 *bis*, introdotto dall'art. 35 della legge 448/2001, infatti, riteneva ammissibile la gestione diretta, in economia o mediante istituzioni o aziende speciali, ovvero mediante affidamento diretto a società di capitali costituite o partecipate dagli enti locali. Tale previsione, sarà successivamente dichiarata incostituzionale dalla Corte costituzionale con sentenza n. 272/2004 dal momento che, per i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica, l'impossibilità di ricondurre la relativa disciplina al tema della «tutela della concorrenza» ex art. 117, co.2, let. e) della Costituzione, determina l'illegittimità dell'intervento statale per violazione della competenza residuale legislativa regionale a dettare disposizioni in tema di servizi pubblici privi di rilevanza economica²⁶.

Con la successiva serie di interventi operati nel periodo 2008-2010 a partire dall'introduzione dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008²⁷ si opera, ancora una volta, un radicale mutamento di approccio, riportando al centro del quadro normativo disciplinante la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica la prospettiva della privatizzazione/esternalizzazione, più o meno completa, della gestione²⁸.

essere sussistenti il requisito del «controllo analogo» a quello esercitato sui propri «organi interni» da parte dell'Ente affidante sul soggetto *in house* affidatario diretto ed il requisito della «prevalenza dell'attività» svolta dall'affidatario *in house* per l'ente locale affidante. A tali requisiti, se ne aggiungerà successivamente, sempre per via giurisprudenziale (cfr. *ex multis*: sentenza 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle*; sentenza 13 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen*) anche il requisito della totale natura pubblica del capitale della società *in house*. Su tali profili cfr. C. Volpe, *La Corte di Giustizia continua la rifinitura dell'in house providing, ma il diritto interno va in controtendenza* in *Urbanistica e appalti*, n. 1/2010; Volpe, C., *In house providing, Corte di giustizia, Consiglio di Stato e legislatore nazionale. Un caso di convergenze parallele?*, in *Urbanistica e appalti* n. 12/2008.

²⁶ Sulla pronuncia della Corte Costituzionale n. 272/2004 si vedano: G. F. Ferrari, *Servizi pubblici locali e forme miste di gestione pubblico-privati*, Relazione al Convegno di Varenna, 16/18 settembre 2004; G. Sciullo, *Stato, Regioni e servizi pubblici locali nella pronuncia n. 272/04 della Consulta*, reperibile sul sito www.lexitalia.it, 2004, n. 7/8; T. Tessaro, *Miti e no: l'Idra di Lerna e i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica (commento a Corte cost., sent. 27 luglio 2004, n. 272)*, reperibile sullo stesso sito; L. Olivieri, *E' esclusiva la competenza legislativa dello Stato sulla materia dei servizi pubblici a rilevanza economica?*, reperibile sullo stesso sito, 2004, n. 7/8; C. Deodato, *Luci ed ombre sul riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni in materia di servizi pubblici locali*, disponibile sul sito www.federalismi.it, n. 21/2004; F. Casalotti, *La Corte costituzionale e i criteri di riparto delle competenze con riferimento ai servizi pubblici locali dopo la riforma del Titolo V Parte II della Cost.: la sentenza n. 272 e l'ordinanza n. 274 del 2004*, in *Le Regioni*, 1/2005.

²⁷ Cfr. l'art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008, conv. con mod. nella l. n. 133/2008, modificato da art. 15 del d.l. n. 135/2009, conv. con mod. nella l. n. 166/2009, cui fa seguito, nel 2010, il relativo regolamento di attuazione emanato con D.P.R. 7 settembre 2010, n. 168.

²⁸ Sulla riforma del 2008 si vedano: S. Colombari, *La disciplina dei servizi pubblici locali: carattere integrativo e non riformatore dell'art.23 bis del d.l. n.112/2008*, in www.giustamm.it; R. De Nictolis, *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Urb. app.*, 2008, 1109 ss.; A. Lucarelli, *La riforma dei servizi pubblici locali: i modelli di gestione*, in *Quale Stato*, n.1, 2009, 372; O. Forlenza, *Affidamento in house limitato e motivato*, in *Guida al dir.*, n.37, 2008, 103-106; G. GUZZO, *Le società costituite e partecipate dagli enti locali tra incertezze giurisprudenziali e codificazione legislativa*, in www.lexitalia.it; A. Purcaro, *Servizi pubblici locali: gli affidamenti in house providing dopo la conversione del decreto legge 112/2008. Brevi note all'art.23 bis*, in www.lexitalia.it; F. Lilli, *La nuova disciplina di riforma dei servizi pubblici locali*, in www.giustamm.it; A. Massera, *Le società pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, n.8, 2009, 889 ss.; G. Bassi, *La riforma dei servizi pubblici locali*, Rimini, Maggioli, 2008, E. Furno, *Modelli di gestione e soggetti strumentali dei comuni: appaltatori, concessionari, società holdings*, in AA.VV., *Governo e gestione dei rifiuti. Idee, percorsi, proposte*, a cura di A. Lucarelli e A. Pierobon, Napoli, Esi, 2009, 114 ss.; G. Di Gaspare (a cura di), *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Cedam, Padova, 2010.

Ed infatti, nel nuovo quadro normativo, gli enti locali vengono sostanzialmente messi di fronte alla possibilità di scelta tra due *ordinarie* forme di gestione:

- a) la completa esternalizzazione/privatizzazione attraverso l'individuazione di un gestore privato scelto tramite procedure di gara;
- b) la realizzazione di una forma di partenariato pubblico privato attraverso la costituzione di una società mista il cui socio privato, scelto con procedure di gara a cd. "doppio oggetto", doveva avere i requisiti del socio "operativo" ed una partecipazione al capitale della società mista non inferiore al 40%²⁹.

La possibilità di fare ricorso all'affidamento diretto *in house* viene fortemente circoscritto: oltre alla sussistenza dei requisiti derivanti dal diritto europeo, sono previste ulteriori limitazioni di carattere sostanziale e procedurale che, di fatto, lo configurano come una forma gestione residuale utilizzabile in ipotesi eccezionali³⁰.

Anche questo assetto normativo, fortemente limitativo dei margini di manovra sia delle Regioni che degli Enti locali nella scelta delle forme gestionali dei SPL – che pure è stato ritenuto costituzionalmente legittimo con la sentenza della Corte Costituzionale 325/2010³¹ –, però non si stabilizza perché destinato ad essere travolto dalla consultazione referendaria del giugno 2011³².

A tale disciplina seguirà una ulteriore serie di interventi normativi inaugurati dall'articolo 4 del d.l. 138/2011, conv. con mod., nella legge 148/2011, le cui disposizioni saranno successivamente integrate e modificate dalla legge 183/2011 (cd. Legge di stabilità 2012), dal d.l. 1/2012, convertito con modificazioni dalla legge 27/2012 e, da ultimo novellato anche dall'articolo 53 del d.l. 83/2012. Tale quadro normativo³³, seppure per certi versi indubbiamente in linea di sostanziale continuità con la disciplina previgente, tanto di grado primario (art. 23 *bis*) quanto con quella di fonte regolamentare

²⁹ Sulla gestione dei servizi pubblici locali attraverso il modulo delle società miste, oltre ai contributi indicati nella nota precedente, si vedano: C. Volpe, *In house providing, Corte di giustizia, Consiglio di Stato e legislatore nazionale. Un caso di convergenze parallele?*, in *Urbanistica e appalti* n. 12/2008; C. Volpe, *La Corte di Giustizia continua la rifinitura dell'in house providing, ma il diritto interno va in controtendenza* in *Urbanistica e appalti*, n. 1/2010 e, più di recente, M. A. Sandulli, *Il partenariato pubblico privato istituzionalizzato nell'evoluzione normativa*, in www.federalismi.it, n. 3/2012.

³⁰ Più precisamente, in base al 3 comma dell'articolo 23 bis, il ricorso all' *in house* era consentito, in deroga alle modalità di affidamento ordinario, solo «per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace ed utile ricorso al mercato».

³¹ Su cui cfr. *infra*.

³² Sugli effetti del referendum, I. Rizzo, *La disciplina dei servizi pubblici locali dopo il referendum*, in *Urb. app.*, n.8, 2011, 899 ss.; F. Caporale, *Legislatore, Consulta, democrazia diretta: i nodi irrisolti dei servizi idrici*, in *Giorn. dir. amm.*, n.9, 2011, 1022 ss.; L. Perfetti, *La disciplina dei servizi pubblici locali ad esito del referendum ed il piacere dell'autonomia locale*, *ivi*, 906 ss.; G. Bassi, *Quali scenari per i servizi pubblici locali di rilevanza economica dopo il referendum abrogativo*, in www.appalti&contratti.it; D. Masetti, *La nuova (?) disciplina dei servizi pubblici locali dopo il referendum abrogativo del 12-13 giugno 2011*, in www.giustamm.it; C. De Vincenti e A. Vigneri, *I servizi pubblici locali tra riforma e referendum*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2011.

³³ Tra i primi commenti, A. Lucarelli, *Prmissime considerazioni a margine degli artt.4 e 5 decreto legge n.138 del 13 agosto 2011 e relativo impatto sui servizi pubblici locali*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; G. Caruso, *Sui servizi pubblici locali scatta la liberalizzazione*, in *Guida al dir.*, n.35, 2011, 36 ss.; G. Guzzo, *I spl di rilevanza economica dopo il restyling del d.l. n.138/2011: "nuove" regole e vecchie questioni*, in www.lexitalia.it; C. Rapicavoli, *L'affidamento dei servizi pubblici locali. La manovra estiva-decreto legge 13 agosto 2011, n.138*, *ivi*; F. Scura, *La "nuova" disciplina dei servizi pubblici locali nella "manovra di Ferragosto"*, in www.dirittodeiservizipubblici.it; M. Lombardo, *La governance delle società a controllo pubblico: riflessioni a margine della nuova disciplina normativa dei servizi pubblici locali*, *ivi*, e S. Staiano, *I servizi pubblici locali nel decreto legge n.138 del 2011. Esigenze di stabile regolazione e conflitto ideologico immaginario*, in www.federalismi.it; E. Furno, *La never ending story dei servizi pubblici locali di rilevanza economica tra aspirazioni concorrenziali ed esigenze sociali: linee di tendenza e problematiche aperte alla luce del d.l. n.138/2011, convertito nella l. n.148/2011*, in www.giustamm.it, n.9, 2011; C.

(D.P.R.168/2010), oggetto di abrogazione referendaria³⁴, si caratterizzava però per un approccio alla organizzazione, gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali diverso e, nel complesso, innovativo rispetto al regime del periodo 2008-2010.

Ed infatti, se il quadro normativo del 2008 era, al fondo, ispirato dalla finalità di promuovere una *privatizzazione forzata* della gestione dei servizi pubblici locali, da realizzare sia attraverso la completa esternalizzazione della gestione, sia attraverso il ricorso alla forma del partenariato pubblico istituzionalizzato attraverso una società mista pubblico-privato³⁵, il quadro normativo del 2011 era, invece, incentrato sulla (prospettiva della) liberalizzazione dei servizi pubblici e dunque, alla costruzione di sistema aperto all'ingresso di una pluralità di operatori nella prestazione, in concorrenza, di tali servizi pubblici.

Anche il quadro normativo delineato dall'articolo 4 del d.l. 138/2011 condividerà con i suoi predecessori la caratteristica della transitorietà ed instabilità in quanto, mentre sembrava in via di stabilizzazione e si era in attesa dell'adozione del relativo regolamento attuativo³⁶, è stato dichiarato incostituzionale dalla Corte Costituzionale con sentenza 20 luglio 2012, n. 199³⁷, che ha dunque riaperto – ove mai questo fosse stato chiuso – il *cantiere* per l'adozione di una (ennesima) nuova disciplina dei servizi pubblici riproponendo nuovamente al centro dell'attenzione alcuni dei temi e delle questioni di fondo che nell'ultimo periodo hanno più fortemente interessato il settore dei servizi pubblici locali e contribuito a determinarne la sua perdurante instabilità³⁸.

Volpe, *Appalti pubblici e servizi pubblici. Dall'art.23 bis al decreto legge manovra di agosto 2011 attraverso il referendum: l'attuale quadro normativo*, in www.giustamm.it, n. 10, 2011, 25.

³⁴ Tale sostanziale continuità, è stata rilevata fin dai primi commenti della dottrina successivi all'adozione dell'articolo 4 del d.l. 138/2011, ed ha posto subito, in chiave problematica, il tema della legittimità costituzionale, a così breve distanza dallo svolgimento della consultazione referendaria, di una disciplina per larghi versi riprodotiva di quella abrogata dal referendum. Sul tema, si vedano: A. Lucarelli, *Prmissime considerazioni a margine degli artt.4 e 5 decreto legge n.138 del 13 agosto 2011 e relativo impatto sui servizi pubblici locali*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; S. Staiano, *I servizi pubblici locali nel decreto legge n.138 del 2011. Esigenze di stabile regolazione e conflitto ideologico immaginario*, in www.federalismi.it; E. Furno, *La never ending story dei servizi pubblici locali di rilevanza economica tra aspirazioni concorrenziali ed esigenze sociali: linee di tendenza e problematiche aperte alla luce del d.l. n.138/2011, convertito nella l. n.148/2011*, in www.giustamm.it; A. Vigneri e C. De Vincenti, *Il punto sui SPL a rilevanza economica dopo il referendum del giugno 2011 e i successivi interventi legislativi*, Astrid (aprile 2012).

³⁵ Nella società mista era dunque individuabile, almeno in linea di principio, una chiara divisione di ruoli tra il socio privato (cd. socio operativo) chiamato alla effettiva gestione del servizio ed il soggetto pubblico chiamato a svolgere – dall'interno della compagine sociale – una funzione di controllo sulla correttezza delle attività del socio privato. Tale sistema se, da un lato, contribuisce a ridurre la asimmetrie informative tra soggetto pubblico affidante e soggetto privato (reale) affidatario del servizio, dall'altro, presenta dei profili di indubbia criticità per quanto riguarda la posizione del soggetto pubblico che può trovarsi a svolgere – contemporaneamente – la funzione di controllore e controllato e rende necessario un attento disegno della *governance* societaria per la risoluzione dei problemi derivanti da possibili conflitti di interesse.

³⁶ Si veda, al riguardo, lo schema di Regolamento di attuazione dell'articolo 4, comma 33-ter, del D.L. 13 agosto 2011, n. 138, recante i criteri per la verifica della realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, per l'adozione della delibera quadro nonché disposizioni attuative per il progressivo miglioramento, mediante un sistema di *benchmarking*, della qualità ed efficienza di gestione dei medesimi servizi, ed ulteriori necessarie misure di attuazione, sul quale il Consiglio di Stato (cfr. Consiglio di Stato, 11/6/2012 n. 2805) aveva espresso il proprio parere positivo subordinato all'introduzione di modifiche ad alcune sue disposizioni.

³⁷ Su cui cfr. *infra*.

³⁸ Nonostante il pronunciamento della Corte Costituzionale che ha rilevato l'illegittimità costituzionale della disciplina, nel successivo paragrafo 4 saranno sinteticamente illustrati alcuni dei tratti fondamentali della disciplina definita tra la fine del 2011 ed il primo semestre del 2012, perché in tale quadro normativo sono contenuti principi e disposizioni che, opportunamente riadattati e messi a punto, potranno trovare spazio in interventi normativi successivi.

3. I servizi di interesse economico generale tra autoproduzione ed esternalizzazione.

Nell'avvicinarsi e stratificarsi dei regimi normativi disciplinanti i SPL nell'ultimo decennio, molteplici sono state le questioni oggetto di riflessione ed approfondimento sia da parte della dottrina che della giurisprudenza³⁹.

Nei limiti del presente contributo non essendo ovviamente possibile ripercorrerli tutti, si concentrerà l'attenzione su alcuni temi che ruotano intorno alla questione di fondo che sembra sottesa alla definizione della disciplina dei SPL: chi è competente a fare cosa ed entro quali margini di manovra può agire, nell'esercizio della propria discrezionalità e responsabilità, l'Ente locale cui compete la scelta in ordine alla soluzione organizzativa e gestionale.

In tale linea di ragionamento, tre appaiono gli aspetti meritevoli di considerazione anche alla luce delle indicazioni derivanti dalla più recente giurisprudenza costituzionale: a) la nozione di SPL e la differenza tra servizi di «rilevanza economica» e servizi «privi di rilevanza economica»; b) il rapporto tra privatizzazione e liberalizzazione; c) il rapporto tra autoproduzione ed esternalizzazione. Prima di dedicare alcune sintetiche riflessioni a tali profili, merita però effettuare due osservazioni di carattere generale che attengono al rapporto tra *uniformità/accentramento* e *differenziazione/autonomia* e a quello tra *unitarietà* e *frammentarietà* della disciplina in materia di servizi pubblici locali.

Tali riflessioni vanno effettuate in un contesto nel quale, come reso evidente dalla sintetica ricostruzione dell'evoluzione della disciplina svolta in precedenza, gli interventi normativi statali più recenti, almeno per ciò che concerne i servizi pubblici a rilevanza economica, sono andati nella direzione della prevalenza delle esigenze di uniformità-accentramento e dunque, di una forte compressione dei margini di manovra degli enti locali nonostante un contesto che dopo la riforma del Titolo V della Costituzione avrebbe dovuto favorire, anche in riferimento ai servizi pubblici locali, le esigenze di autonomia e differenziazione degli Enti locali⁴⁰.

³⁹ Contributi che si sono interessati delle modalità organizzative e gestionali ora riguardanti la disciplina di carattere generale, altre volte delle discipline settoriali (ad es. servizio idrico integrato, gestione dei rifiuti), altre volte ancora si sono occupate, anche seguendo le indicazioni provenienti dal versante europeo, di aspetti specifici: condizioni di ammissibilità degli affidamenti diretti *in house* o alle società miste, i vincoli imposti alle relative attività, divieti di partecipazione alle gare per affidamenti in ambiti territoriali e/o per servizi diversi, limiti alle procedure di acquisto di beni o servizi o alle modalità di assunzione del personale, ecc.. Si vedano, al riguardo, oltre ai contributi indicate nelle note precedenti anche: F. Bassanini, *La riforma dei servizi pubblici locali dopo la crisi*, in *Astrid Rassegna*, n. 146, 2011; M. Cammelli, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, a cura di E. Bruti Liberati e F. Donati, Giappichelli, Torino, 2010, 127 ss.; F. Cintioli, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, Giuffrè, 2010, 219 ss.; R. De Nictolis, *La riforma dei servizi pubblici locali*, in «Urbanistica e appalti», 2008, 1109 ss.; Astrid, *I servizi pubblici locali tra riforma e referendum*, scritti di C. De Vincenti e A. Vigneri, Rimini, Maggioli editore, 2011; M. Dugato, *La riforma dei servizi pubblici locali tra concorrenza e conservazione*, in «Rivista trimestrale degli appalti», 2010, 41 ss.; F. Merusi, *Le modalità ordinarie di gestione dei servizi pubblici locali*, in «Nuove autonomie», 2009, 307 ss.; G. Piperata, *Il cammino lento e incerto dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, in «Munus», 2011, 33 ss., e Id., *La disciplina dei servizi pubblici locali negli ultimi interventi legislativi di stabilità economica*, in «Giornale di diritto amministrativo», 2012; *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. Villata, Torino, Giappichelli, 2011; F. Trimarchi Banfi, *La gestione dei servizi pubblici locali e la tutela della concorrenza*, in «Amministrare», 2010, 349 ss.

⁴⁰ Sulla riforma del Titolo V della Costituzione si vedano, *ex multis*: ; G. Berti, G. C. De Martin, (a cura di), *Il sistema amministrativo dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Roma, Luiss, 2002; T. Groppi, M. Olivetti, (a cura di), *La Repubblica delle Autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, Giappichelli, Torino, 2003; F. Bassanini, (a cura di), *Legge La Loggia. Commento alla L. 5 giugno 2003, n. 131 di attuazione del F. Titolo V della Costituzione*, Maggioli, 2003; G. Berti, G. C. De Martin, (a cura di), *Le garanzie di effettività dei diritti nei sistemi policentrici*, Giuffrè, 2003; G. C. De Martin, *Conati di riforma della riforma (costituzionale) tra ambiguità e neocentralismo*, in *Le istituzioni del*

Inoltre, l'evoluzione normativa offre, ad uno sguardo d'insieme, *una disciplina*⁴¹ dei servizi pubblici locali che si presenta estremamente frammentato, nella misura in cui è dato trovare accanto a discipline generali/orizzontali dettate, per i servizi locali di rilevanza economica, dal legislatore statale – contenute, fino alla sentenza della Corte Costituzionale 199/2012, nell'art. 4, d.l. n. 138 del 2011 e succ. mod. ed integrazioni – diverse discipline settoriali statali, a volte di matrice/derivazione europea, applicabili ai singoli settori riconducibili ai servizi pubblici locali (il d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164, relativo al settore del gas naturale, o il d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79, relativo al servizio di distribuzione di energia elettrica), nonché apparenti «vuoti legislativi» (come è il caso del servizio idrico integrato) nonché, infine, spazi regolativi aperti all'intervento regionale, come accade, ad esempio, in linea generale nel caso dei servizi privi di rilevanza economica⁴².

In tale prospettiva, può osservarsi che il problema dell'individuazione del contenuto della nozione di servizi pubblici locali sia stato di recente oggetto di grande attenzione in particolare per quanto riguarda la distinzione tra servizi pubblici locali aventi «rilevanza economica» e servizi «privi di rilevanza economica».

Si tratta di questione che nonostante l'esistenza di dissonanze terminologiche e concettuali tra diritto nazionale e diritto europeo deve essere inquadrata in prospettiva europea. È noto, infatti, come, dal punto di vista terminologico, il diritto dell'Unione europea non si esprime in termini di servizi pubblici o simili, ma di servizi di interesse generale, ed in particolare di servizi di interesse economico generale⁴³.

federalismo, n. 4, 2003; G. C. De Martin, *Autonomie e policentrismo normativo prima e dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, contributo per gli Studi in onore di Fausto Cuocolo, 2003; G. C. De Martin, *Funzioni fondamentali degli enti locali matrici per l'attuazione dell'art. 118 Cost.*, in *Anci Rivista*, 1/2003, pp. 57 e ss.; P. Caretti, *Stato, regioni, enti locali tra innovazione e continuità. Scritti sulla riforma del Titolo V della Costituzione*, Varenna 16-18 settembre 2004, in www.federalismi.it; B. Caravita, (a cura di), *I processi di attuazione del federalismo in Italia*, Giuffrè, Milano 2004; G. C. De Martin, *La funzione amministrativa tra regioni ed enti locali*, in *Diritto Pubblico*, 3/2005, pp. 975 – 997; A. Ruggeri, *Riforma del Titolo V ed esperienze di normazione, attraverso il prisma della giurisprudenza costituzionale: profili processuali e sostanziali, tra continuo e discontinuo*, in www.federalismi.it, 6 ottobre 2005; D'Atena, *Giustizia costituzionale e autonomie regionali. In tema di applicazione del nuovo titolo V*, in www.issirfa.it, 24 maggio 2006;; G. C. De Martin, *Il problema dello sviluppo dell'autonomia nella Repubblica*, in *Jus*, 1/2007, pp. 157 – 169;; G. C. De Martin, *Per il completamento e l'attuazione della riforma costituzionale sulle Autonomie territoriali*, in A. Piraino, (a cura di), *Verso la Carta della Autonomie locali : novità, limiti, proposte*, Donzelli, Roma, 2007; G. C. De Martin, *Le autonomie tra vincoli di sistema e attuazione della sussidiarietà*, in S. Pensabene Lioni, (a cura di), *Tutela dei diritti e policentrismo giuridico tra rivendicazioni regionalistiche e dinamiche dell'integrazione comunitaria*, Giappichelli, Torino, 2008; P. Caretti, *Le sentenze nn. 303/2003 e 14/2004: due letture "creative" del nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni* 4-5/2008, pp. 807-81; F. Pizzetti, *A dieci anni dalla riforma del titolo V: perché il federalismo per l'Italia*, in *Le Regioni*, 5/2010, pp. 1013-1020; S. Mangiameli, *Il significato della riforma a dieci anni dalla revisione del Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni* 6/2010, pp. 1235-1246; G. Falcon, *Dieci anni dopo. Un bilancio della riforma del Titolo V*, in *Le Regioni* 2-3/2011, pp. 241-250;

⁴¹ In linea più generale si pone, in modo problematico, la questione del se, alla luce della moltiplicazione dei regimi giuridici valevoli per i diversi servizi pubblici degli enti locali, abbia ancora senso parlare di *una* – declinandola al singolare - *disciplina* dei servizi pubblici locali o se tale espressione non rappresenti ormai solo una sintesi verbale cui però non corrisponde dal punto di vista giuridico un regime unitario date le molteplici discipline dettate per le varie attività economiche convenzionalmente riconducibili al concetto di servizi pubblici locali.

⁴² In riferimento alle recenti esperienze regionali in tema di disciplina dei servizi pubblici locali, si veda G. Piperata, *I servizi pubblici locali*, Nota per il gruppo di studio di Astrid "Dove va il regionalismo", marzo 2012.

⁴³ È altresì noto, inoltre, come dal punto di vista concettuale, l'ordinamento europeo ignori il dibattito nostrano tra concezione soggettiva ed oggettiva di pubblici servizi. Al riguardo, cfr. D. Sorace, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 371, il quale osservava come fosse «... in corso un mutamento nella disciplina dei servizi pubblici che sembra tale da coinvolgere anche le rappresentazioni giuridiche del fenomeno e le parole che lo designano». Più di recente, dello stesso Autore, si veda: *I servizi «pubblici» economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Dir. amm.*, 2010, 1.; D. Gallo, *I servizi di interesse economico*

La distinzione tra servizi di interesse economico generale e servizi di interesse generale è riconducibile alla *natura* dell'attività svolta, dal momento che sono servizi di interesse economico generale, quelli che implicano lo svolgimento di una «attività economica». Secondo le Istituzioni europee «ogni attività che implica l'offerta di beni e servizi su un dato mercato è un'attività economica».

Sul punto, va rilevato come l'esigenza di aggancio al diritto europeo sia stata di recente affermata dalla stessa Corte Costituzionale che ha espressamente osservato come «*La nozione di SPL di rilevanza economica un significato corrispondente a quello di "servizi di interesse generale in ambito locale" di rilevanza economica, di evidente derivazione comunitaria. Entrambe le suddette nozioni, interna e comunitaria, fanno riferimento infatti ad un servizio che: a) è reso mediante un'attività economica (in forma di impresa pubblica o privata), intesa in senso ampio, come "qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato" (come si esprimono sia la citata sentenza della Corte di giustizia UE, 18 giugno 1998, C-35/96, Commissione c. Italia, sia le sentenze della stessa Corte 10 gennaio 2006, C-222/04, Ministero dell'economia e delle finanze, e 16 marzo 2004, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, AOK Bundesverband, nonché il Libro verde sui servizi di interesse generale del 21 maggio 2003, al paragrafo 2.3, punto 44); b) fornisce prestazioni considerate necessarie (dirette, cioè, a realizzare anche "fini sociali") nei confronti di una indifferenziata generalità di cittadini, a prescindere dalle loro particolari condizioni (Corte di giustizia UE, 21 settembre 1999, C-67/96, Albany International BV)*»⁴⁴.

Ci si trova, dunque, di fronte ad un criterio discrezionale che sebbene chiaro dal punto di vista teorico, può presentare sul piano applicativo alcuni problemi applicativi, dal momento che i suoi punti di forza – flessibilità del concetto, carattere evolutivo e dinamico suscettibile di modifica in ragione del mutamento del contesto economico-giuridico nel quale si svolge effettivamente l'attività – rappresentano, al contempo, dei limiti per quanto concerne, in concreto, l'attrazione di determinate attività alla disciplina prevista per le «attività economiche».

In tale linea di ragionamento, in coerenza con le indicazioni provenienti dal diritto europeo, dovrebbe concludersi che nessuna istituzione nazionale o infranazionale, possa pretendere di offrire una volta per tutte *la definizione* di servizi di interesse generale, economici o meno⁴⁵.

generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea, Giuffrè, 2011; F. Cintioli, *La dimensione europea dei servizi di interesse economico generale*, in www.federalismi.it (30 maggio 2012).

⁴⁴ Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 325/2010, § 6.1. del considerando in diritto. La stessa Corte afferma altresì – con una affermazione che forse va un po' oltre rispetto a quanto effettivamente ricavabile dal diritto europeo – che «*Le due nozioni, inoltre, assolvono l'identica funzione di identificare i servizi la cui gestione deve avvenire di regola, al fine di tutelare la concorrenza, mediante affidamento a terzi secondo procedure competitive ad evidenza pubblica*».

⁴⁵ In argomento, si vedano le osservazioni critiche di R. Caranta alla posizione espressa dalla Corte Costituzionale nella sentenza 325/2010 – (cfr. R. Caranta, *Il diritto dell'UE sui servizi di interesse economico generale e il riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, 6/2011, pp. 1176-1192) secondo cui «*Su tale base, nessuna istituzione nazionale o infranazionale può pretendere di offrire la definizione di servizi di interesse generale, economici o meno. Tale constatazione mette in dubbio, sul punto, la saldezza sia del ragionamento che delle conclusioni cui giunge la menzionata sentenza della corte costituzionale. ...Si passa così da un preteso divieto di individuazione della distinzione incombente sugli Stati membri e sulle loro articolazioni territoriali ad una competenza dello Stato ad effettuare la distinzione mentre il divieto rimane solo per le Regioni! In realtà, è la premessa ad essere contestabile. Ogni istituzione statale o sub-statale, nell'ambito delle proprie competenze legislative e a volte anche amministrative, sarà chiamata a qualificare i servizi in questione in base ai parametri fissati a livello europeo e sotto il controllo delle istituzioni dell'Unione, uniche competenti a dire l'ultima parola in questione*». Sulla nozione di servizi di rilevanza economica, si veda altresì la posizione espressa dal Consiglio di Stato, Sez. V, 10/9/2010 n. 6529 secondo cui ai fini della distinzione tra servizi pubblici locali di rilevanza economica e servizi privi di tale rilevanza è necessario far ricorso ad un criterio relativistico che tenga conto delle peculiarità del caso concreto, quali, ad esempio, la concreta struttura del servizio, le

Sulla relazione tra *privatizzazione e liberalizzazione* dei servizi pubblici locali e, dunque, sul rapporto tra le forme di concorrenza – concorrenza *per o nel* mercato – che in prospettiva ci si proponeva di raggiungere in esito al percorso di riforma avviato nel 2001, il quadro normativo ha a lungo mantenuto un notevole margine di ambiguità.

Appare evidente che la previsione contenuta nell'articolo 35 della legge 448/2001 che prevedeva la possibilità, demandandone la relativa scelta alla legislazione settoriale, della divisione tra la gestione della rete e l'erogazione del servizio aveva un senso solo nella prospettiva in cui si immaginava il superamento della gestione "in esclusiva dei servizi" e l'introduzione della concorrenza *nel* mercato attraverso l'ammissione all'esercizio delle attività economiche di erogazione di una *molteplicità* di operatori.

Ciononostante, il tema della liberalizzazione è stato messo in secondo piano rispetto alle modalità di affidamento⁴⁶ delle gestioni dei servizi per le quali si è continuato a ragionare come se il relativo regime "in esclusiva" fosse un dato assolutamente scontato⁴⁷.

Altro rilevante profilo di criticità è quello che ha interessato il rapporto tra (diritto di) autoproduzione e (obbligo di) esternalizzazione, questione intorno alla quale hanno ruotato le riflessioni sul più generale tema della ripartizione delle competenze a disciplinare i servizi pubblici locali di rilevanza economica e, quindi, all'individuazione dei vincoli derivanti dall'ordinamento europeo e di quelli legittimamente imponibili dal legislatore nazionale agli enti locali più direttamente ed immediatamente *responsabili* della loro organizzazione e gestione.

Ai fini dell'individuazione del regime europeo vengono essenzialmente in rilievo i seguenti riferimenti normativi: l'articolo 14 del TFUE; il Protocollo sui servizi di interesse generale aggiunto al Trattato; l'articolo 106 del TFUE (che definisce il cd. speciale statuto concorrenziale per imprese incaricate della gestione di SIEG); ed, infine, l'articolo 345 del TFUE (nel quale si afferma il principio della neutralità del diritto UE in relazione al regime proprietario adottati dagli Stati membri).

Le richiamate previsioni danno luogo ad un sistema che, se da un lato mantiene la responsabilità primaria degli organi nazionali nell'individuazione dei servizi che si intendono qualificare di interesse generale, nella definizione del livello territoriale al quale intendono organizzarli e nella scelta delle modalità di erogazione e finanziamento, dall'altro, prevede in modo espresso un nuovo titolo di competenza in capo alle Istituzioni europee nella definizione dei principi e delle condizioni per la fornitura e il finanziamento dei servizi nella misura in cui prevede che «...*il Parlamento europeo ed il Consiglio deliberando mediante la procedura ordinaria stabiliscono con regolamenti tali principi e fissano tali condizioni, fatta salva la competenza degli Stati membri*».

Tali precisazioni, importanti per salvaguardare il potere degli Stati membri di individuare i servizi che intendono considerare come "*pubblici*" nonché il livello territoriale al quale intendono prestarli,

concrete modalità del suo espletamento, i suoi specifici connotati economico-organizzativi, la natura del soggetto chiamato ad espletarlo, la disciplina normativa del servizio, ecc.

⁴⁶ Ed invero, la *scelta* tra le diverse modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali cui facevano rispettivamente riferimento il comma 2, lett. a) e b) dell'articolo 23 bis (regime ordinario) ed i commi 3, 4 e 4 bis (regime derogatorio), seppure importante era un'opzione che si chiaramente si pone "a valle" di quella – che la precede logicamente "a monte" – relativa al *se e quanto spazio* lasciare a forme *dirette* di concorrenza (concorrenza *nel* mercato) rispetto alla concorrenza *indiretta* introdotta tramite la concorrenza *per* il mercato.

⁴⁷ Al riguardo, si può osservare, infatti, che l'unico riferimento riconducibile alla prospettiva di liberalizzazione lo si rinveniva solo nell'articolo 23 bis del d.l. 112/2008 che, peraltro, si limitava, con la lettera g), comma 10, a rinviare al regolamento attuativo il compito di «*limitare, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale e razionalità economica, i casi di gestione in regime d.'esclusiva dei servizi pubblici locali, liberalizzando le altre attività economiche di prestazione di servizi di interesse generale in ambito locale compatibili con le garanzie di universalità ed accessibilità del servizio pubblico locale*».

vanno dunque inquadrare in una prospettiva di fondo in cui appare ormai acquisita l'attrazione nella disciplina europea di *alcuni aspetti* relativi alle modalità di scelta dei soggetti chiamati a prestare il servizio nel rispetto delle regole di concorrenza⁴⁸.

Diverso, invece, è il trattamento riservato ai servizi di interesse generale non economico; per questi ultimi, infatti, il richiamato Protocollo, stabilisce espressamente che *«le disposizioni dei trattati lasciano impregiudicata la competenza degli Stati membri a fornire, a commissionare e ad organizzare servizi di interesse generale non economico»*⁴⁹.

In tale contesto, la definizione della disciplina applicabile alle modalità di organizzazione ed affidamento della gestione dei servizi ha assunto, accanto al tema del relativo finanziamento e sostegno pubblico⁵⁰, un ruolo di primaria rilevanza ai fini della ricostruzione del regime giuridico applicabile alle attività di interesse economico generale.

Al riguardo, va rilevato che in base al combinato disposto degli articoli 106 e 345 del TFUE, fornitura *diretta/autoproduzione* e *affidamento/esternalizzazione* rappresentano due modalità (estreme) di organizzazione e gestione dei SIEG che, dal punto di vista del diritto europeo, sono considerati come legittimi strumenti di organizzazione dei servizi di interesse economico generale, la cui scelta è rimessa alla libera determinazione dei competenti organi degli Stati membri⁵¹.

La Corte di giustizia ha, infatti, costantemente affermato che *«un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi»*⁵².

⁴⁸ Si veda E. Moavero Milanese, *I servizi d'interesse generale e d'interesse economico generale*, in F. Bestagno e L.G. Radicati Di Brozolo (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Milano, Giuffrè, 2007, 27, 93, secondo il quale il Protocollo sarebbe «più che rivelatore di un'accresciuta attenzione, tanto politica che giuridica». Si veda altresì la Comunicazione della Commissione CE del 20 novembre 2007 su *I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo*, COM(2007) 725 def, punto 2: *«spetta fundamentalmente alle autorità pubbliche, al pertinente livello, decidere sulla natura e sulla portata di un servizio d'interesse generale [...]. Al contempo, i fornitori di tali servizi devono rispettare le norme stabilite dal trattato CE e dal diritto UE derivato, ove applicabili»*.

⁴⁹ Al riguardo, si veda anche la disciplina dettata dalla Direttiva 2006/123/CE – cd. direttiva servizi - in base all'art. 2, comma 2, lett. a), essa non si applica ai servizi non economici d'interesse generale.

⁵⁰ La definizione del regime applicabile al finanziamento dei servizi di interesse economico generale e dei rapporti tra disciplina in materia di aiuti di Stato e le compensazioni per obblighi di servizio pubblico è un tema che, dopo la fondamentale pronuncia resa dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Altmark* (cfr. Corte di Giustizia, sentenza 24 luglio 2003, *Altmark Trans GmbH e Regierungspräsidium Magdeburg contro Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, Causa C-280/00 con la quale la Corte ha affermato le condizioni in presenza delle quali misure di ausilio statale volte alla compensazione degli obblighi di servizio pubblico non rientrano nella nozione di «aiuto di Stato») è stato oggetto di grande attenzione da parte delle Istituzioni europee che sono intervenute, una prima volta nel 2005, dettando una compiuta disciplina con il cd. Pacchetto del 2005. Tale articolata disciplina è stata di recente sostituita dal Pacchetto di misure del dicembre 2011/2012. Tutti i testi sono consultabili su: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/sgei.html. Tra i primi commenti al nuovo pacchetto del 2011 si vedano: D. Geradin, *Public Compensation for Services of General Economic Interest: An Analysis of the 2011 European Commission Framework* http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2031564; N. Pesaresi, A. Sinnavee, V. Guigue-Koepfen, J. Wiemann, M. Radulescu, *The New State Aid Rules for Services of General Economic Interest (SGEI)*, in Competition policy newsletter n.1/2012.

⁵¹ Ad es. A. Sánchez Graells, *Public Procurement and EU Competition Rules*, Oxford, Hart, 2011, pp. 27 e 232 ss.; F. Avarkioti, *The Application of EU Public Procurement Rules to "In-house" Arrangements*, in *Public Procurement Law Rev.*, 2007, p. 22; D.U. Galletta, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed in house providing nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2007, pp. 22 s.

⁵² Punto 48 della motivazione di Corte giust. CE, 11 gennaio 2005 (causa C-26/03), *Stadt Halle*, in *Urbanistica e appalti*, 2005, 288, con nota di R. De Nictolis, *La Corte CE si pronuncia in tema di tutela nella trattativa privata, negli affidamenti in house e a società mista*. in *Foro amm. CdS*, 2005, 665, con nota di E. Scotti, *Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico privato: osservazioni a margine di una recente pronuncia della Corte di giustizia*; in

Di converso, nel momento in cui l'amministrazione pubblica decida – in via autonoma e senza essere a ciò obbligata dal diritto europeo – di fare ricorso ad un operatore economico privato per la gestione del servizio di interesse economico generale, anche se non esistono – allo stato attuale – disposizioni di diritto europeo derivato che disciplinano in modo specifico tale affidamento⁵³, si impone comunque il rispetto dei principi derivanti dalle libertà fondamentali del Trattato che, dunque, rendono necessario lo svolgimento di una procedura competitiva per la selezione del soggetto affidatario.

Ovviamente, le modalità attraverso le quali, in ottica europea, è possibile per le amministrazioni nazionali organizzare la gestione di servizi di interesse economico generale non si limitano alle due soprarichiamate ipotesi della gestione diretta *tout court* e dell'esternalizzazione completa dell'attività. Accanto a tali due forme gestionali, infatti, vengono in rilievo due ulteriori ipotesi (intermedie) che, sebbene considerate legittime dal punto di vista europeo, sono da questo circondate da particolari *cautele* per evitare possibili distorsioni del mercato.

Da un lato, abbiamo un'altra forma di gestione diretta – e dunque, ancora una volta, un regime di sostanziale autoproduzione del servizio – che si realizza grazie al ricorso a soggetti (solo) *giuridicamente terzi* (cd. affidamento *in house*) rispetto all'amministrazione pubblica affidante; dall'altro, l'organizzazione della gestione dei servizi di interesse economico generale attraverso la realizzazione di forme di partenariato cd. *istituzionalizzato*⁵⁴ che danno luogo a società miste tra soggetti pubblici ed operatori privati⁵⁵.

Nonostante il riconoscimento di tale ampio margine di manovra, deve però rilevarsi come la giurisprudenza della Corte di giustizia si sia progressivamente orientata in senso sempre più restrittivo circa le condizioni di legittimità del ricorso all'*in house*⁵⁶ o sia giunta a ritenere legittimo l'affidamento diretto a società mista pubblico-privato solo in relazione a quelle ipotesi in cui l'amministrazione pubblica affidante abbia scelto il partner privato – socio operativo – della società mista attraverso una cd. gara a «doppio oggetto»⁵⁷. Le condizioni ed i limiti di ammissibilità costruiti intorno a tali modalità gestionali sono infatti volti a limitare i rischi di alterazione della parità di condizioni competitive che potrebbero derivare da una loro illegittimità utilizzazione.

Foro it, 2005, IV, 136, con nota di R. Ursi, *Una svolta nella gestione dei servizi pubblici locali: non c'è «casa» per le società a capitale misto*; in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2005, 1004, con nota di V. Ferraro, *La nuova ricostruzione dell'in house providing proposta dalla Corte di giustizia nella sentenza Stadt Halle*.

⁵³ In argomento, si vedano alcune recenti proposte della Commissione UE volte a disciplinare alcuni aspetti del conferimento/affidamento della gestione di servizi di interesse economico generale: la proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio *sugli appalti pubblici*, Bruxelles, 20.12.2011COM(2011) 896 def., e la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio *sull'aggiudicazione dei contratti di concessione*, Bruxelles, 20.12.2011, COM(2011) 897 def.

⁵⁴ Cfr. Commissione UE, Comunicazione interpretativa *Sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)*, 2008/C 91/02, in *GUCE*, C 91 del 12.4.2008.

⁵⁵ Nonostante il riconoscimento di tale ampio margine di manovra, deve però rilevarsi come la giurisprudenza della Corte di giustizia si sia progressivamente orientata in senso sempre più restrittivo circa le condizioni di legittimità del ricorso all'*in house* o sia giunta a ritenere legittimo l'affidamento diretto a società mista pubblico-privato solo in relazione a quelle ipotesi in cui l'amministrazione pubblica affidante abbia scelto il partner privato – socio operativo – della società mista attraverso una cd. gara a «doppio oggetto» (Cfr. Corte di Giustizia UE, sentenza 15 ottobre 2009, C-196/08.). Le condizioni ed i limiti di ammissibilità costruiti intorno a tali modalità gestionali sono infatti volti a limitare i rischi di alterazione della parità di condizioni competitive che potrebbero derivare da una loro illegittimità utilizzazione.

⁵⁶ La nozione di legittimo affidamento diretto è stata così costruita con grande prudenza, facendo riferimento ai requisiti del controllo analogo da parte dell'amministrazione aggiudicatrice sulla persona giuridica *de qua*, sulla destinazione prevalente dell'attività di quest'ultima a favore della controllante e sulla integrale natura pubblica del capitale sociale in modo da evitare commistioni di interessi con operatori economici privati.

⁵⁷

Alla luce delle considerazioni che precedono, appare chiaro che dall'ordinamento europeo non derivano obblighi o limitazioni alle amministrazioni pubbliche responsabili dell'organizzazione della prestazione di servizi di interesse economico generale in ordine alla scelta delle diverse formule gestionali teoricamente utilizzabili, in quanto, purché – ed è bene ripeterlo – se ne faccia legittimo ricorso, le seguenti formule organizzative e gestionali utilizzabili sono poste su un piano di sostanziale parità: a) autoproduzione in regime di gestione diretta *tout court*; b) autoproduzione attraverso il ricorso ad un soggetto (solo) giuridicamente terzo rispetto all'amministrazione affidante (affidamento cd. *in house*); c) organizzazione in regime partenariato pubblico-privato istituzionalizzato (società mista); d) esternalizzazione attraverso selezione dell'affidatario con gara. È in tale contesto di riferimento, dunque, che va ad inquadrarsi, la questione che ha interessato il nostro ordinamento sulla ammissibilità di una normativa nazionale che riduce lo spazio di manovra degli Enti locali affidanti prevedendo dei limiti ulteriori e più stringenti rispetto a quelli derivanti dal quadro giuridico europeo.

Come noto, la Corte Costituzionale, con la sentenza 325/2010 ha ritenuto ammissibile tale soluzione⁵⁸. Secondo il giudice delle leggi, infatti, la disciplina dettata a livello europeo, «*in quanto diretta a favorire l'assetto concorrenziale del mercato, costituisce solo un minimo inderogabile per gli Stati membri. È infatti innegabile l'esistenza di un "margine di apprezzamento" del legislatore nazionale rispetto a principi di tutela, minimi ed indefettibili, stabiliti dall'ordinamento comunitario con riguardo ad un valore ritenuto meritevole di specifica protezione, quale la tutela della concorrenza "nel" mercato e "per" il mercato. Ne deriva, in particolare, che al legislatore italiano non è vietato adottare una disciplina che preveda regole concorrenziali – come sono quelle in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento di servizi pubblici – di applicazione più ampia rispetto a quella richiesta dal diritto comunitario*».

In sostanza, dunque, la Corte Costituzionale ha affermato che l'identità del "verso" – pro-concorrenziale – delle discipline interna ed europea esclude che la diversa intensità degli interventi in ordine alle limitazioni della discrezionalità degli Enti locali affidanti possa dar luogo ad ipotesi di contrasto od incompatibilità tra i due sistemi normativi⁵⁹.

La soluzione accolta dalla Corte Costituzionale che, nel caso di specie, potrebbe anche essere corretta non si presta però a facili e semplificanti generalizzazioni. Infatti, essa non affronta la questione – evidentemente, dandola per implicitamente risolta in un senso – del *tipo* di disciplina derivante dal diritto UE.

Al riguardo, va però tenuto presente che nel rapporto tra diritto europeo e diritti nazionali i margini di manovra di questi ultimi sono sostanzialmente diversi nel caso in cui la disciplina europea si ponga come obiettivo l'armonizzazione minima ovvero l'armonizzazione completa. Solo nel primo caso, infatti, sarebbe ammissibile un intervento dello Stato membro volto ad innalzare il livello di tutela di un determinato interesse rispetto alla soglia fissata dal diritto sovranazionale, mentre nel caso di armonizzazione completa, il bilanciamento tra i vari interessi connessi ad una determinata disciplina sarebbe già stato oggetto di ponderazione con la conseguenza che al diritto nazionale non sarebbe comunque consentito di prevedere requisiti supplementari ulteriori rispetto a quelli previsti dal diritto europeo perché ciò determinerebbe una evidente alterazione dell'equilibrio di interessi raggiunti dalla disciplina UE.

⁵⁸ Tale approccio è stato successivamente confermato con la pronuncia del gennaio 2011 (in particolare sentenza 24/2011) con le quali la Corte costituzionale ha statuito l'ammissibilità dei requisiti referendari volti all'abrogazione dell'articolo 23 bis del d.l. 112/2008.

⁵⁹ Cfr. Corte Costituzionale, 17 novembre 2010, n. 325. Per una ricostruzione critica della posizione assunta dalla Corte, si veda R. Caranta, *Il diritto dell'UE sui servizi di interesse economico generale e il riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *Le Regioni* 6/2011.

In tale linea di ragionamento, alcuni commenti alla sentenza 325/2010 hanno posto in chiave problematica, alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia nel caso *Sintesi*,⁶⁰ l'obbligo di esternalizzazione previsto dalla disciplina nazionale.

A tali considerazioni si aggiunga che la scelta tra forme di autoproduzione dei servizi pubblici locali ed esternalizzazione è una evidente scelta di politica legislativa, come dimostrato dal *referendum* del giugno 2011, con la conseguenza che sembra riproporsi in un sistema rispettoso delle autonomie, il tema della compatibilità costituzionale di una scelta effettuata - una volta per tutte e a livello centrale - posto che gli indirizzi e le diverse sensibilità politiche in relazione all'organizzazione dei servizi pubblici locali potrebbero diversificarsi a livello regionale.

Infine, per chiudere sulle questioni che hanno interessato il settore dei SPL può accennarsi a due temi che ancora oggi restano aperti soprattutto alla luce della sentenza 199/2012: a) l'esigenza di realizzazione una (effettiva) separazione tra gestione del servizio e relativa regolazione e controllo; b) la necessità di superare, anche attraverso un adeguato ricorso a meccanismi premiali ed incentivanti, le frammentazioni gestionali esistenti favorendo processi di riorganizzazione, sia organizzativi che industriali, per ambiti territoriali e gestionali ottimali.

Con riferimento al primo profilo - separazione tra gestione e regolazione dei servizi - può rilevarsi come a fronte di una pressoché unanime posizione della dottrina che ha ripetutamente evidenziato come tra le principali esigenze di riforma del settore dei servizi pubblici locali vi fosse quella della definizione da parte degli Enti locali di un efficace sistema di regolazione dei SPL⁶¹, gli interventi normativi succedutisi nel corso del tempo abbiano dimostrato scarsa attenzione a tale profilo⁶².

⁶⁰ Corte Giustizia CE, 7 ottobre 2004 (in causa C-247/02), *Sintesi s.p.a.*, in *Giust. civ.*, 2004, I, 2893, con osservazioni di R. Baratta, *Sul criterio di aggiudicazione dell'appalto di lavoro pubblico di cui all'art. 30, n. 1, della direttiva 93/37/CEE*: «L'art. 30, n. 1, della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, dev'essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale la quale, ai fini dell'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici mediante procedure di gara aperte o ristrette, imponga, in termini generali ed astratti, alle amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere unicamente al criterio del prezzo più basso». Sul punto cfr. R. Caranta, *Il diritto dell'UE sui servizi di interesse economico generale e il riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *Le Regioni 2011* osserva che «la prudenza avrebbe dunque consigliato un rinvio pregiudiziale prima di affermare che la normativa nazionale in materia di divieto di autoproduzione è in linea con il diritto europeo. D'altra parte, una richiesta in tal senso era stata formulata dalla difesa della Regione Piemonte, la quale aveva fatto riferimento proprio al caso *Sintesi*. L'istanza relativa è però stata respinta dalla Corte costituzionale sulla base di un ragionamento che ci sembra inadeguato rispetto alla complessità della questione sollevata».

⁶¹ Anche nell'ipotesi di esternalizzazione, va osservato che la gara, anche se ben strutturata, non risolve tutti gli aspetti di promozione dell'efficienza, di tutela contro possibili abusi dell'affidatario e di garanzia di adeguati livelli di qualità dei servizi per gli utenti. In un contesto come quello dei SPL, caratterizzato da elevati livelli di complessità, rischi economici tutt'altro che marginali ed elevati livelli di incertezza e di incompletezza dei contratti, occorre, definire modelli di *governance* del servizio una volta che è stato affidato in gestione, in grado di stabilire incentivi adeguati a comportamenti efficienti, disincentivare comportamenti abusivi, definendo i presupposti per la rinegoziazione dei contratti, la sostenibilità della gestione del servizio nel tempo, modalità di subentro nella gestione del servizio, ecc.. In riferimento al tema della separazione tra gestione e regolazione dei servizi può rilevarsi come a fronte di una pressoché unanime posizione della dottrina che ha ripetutamente evidenziato come tra le principali esigenze di riforma del settore dei servizi pubblici locali vi fosse quella della definizione da parte degli Enti locali di un efficace sistema di regolazione dei SPL, gli interventi normativi succedutisi nel corso del tempo abbiano dimostrato scarsa attenzione a tale profilo. Per un quadro di insieme sulla autorità amministrative indipendenti si vedano: F. Merusi - M. Passaro, *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2003, 11 ss.; M. De Benedetto, *Autorità indipendenti*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, I, 588 ss. Per una ricostruzione della parabola - nascita, ascesa e crisi - del modello delle autorità si veda M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, 21 ss.. Più di recente si vedano G. Napolitano, A. Zoppini, *Le autorità al tempo della crisi. Per una riforma della regolazione e della vigilanza sui mercati*, Bologna, 2009; Astrid, *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, (a cura di M. D'Alberti e A. Pajno), il Mulino, Bologna, 2010, C. De Vincenti, A. Vigneri, *I servizi pubblici locali tra riforma e referendum*, cit.. Sui recenti interventi normativi - D.L. 201/2011, conv., con mod., legge 214/2011, cd. decreto "Salva Italia - che delineano un

Anche per quanto concerne il secondo aspetto, è possibile osservare come alla enunciazione degli obiettivi di riorganizzazione e razionalizzazione da perseguire, sia sul versante amministrativo – creazione di soggetti/autorità d'Ambito – sia sul versante gestionale, che pure sono stati a più riprese contenuti negli interventi normativi che si sono seguiti nell'ultimo decennio, non abbiano corrisposto dei coerenti percorsi applicativi. Emblematica, al riguardo, la vicenda della creazione di autorità d'Ambito prima previste in alcuni interventi normativi settoriali – servizi idrici e gestione dei rifiuti – e poi superati con successivi interventi normativi⁶³ e poi da ultimo nuovamente riproposti nell'articolo 3 *bis* del d.l. 138/2011 e ss. mm. ii.⁶⁴

Anche in relazione a tali profili alcune positive indicazioni erano rinvenibili nel quadro della disciplina prevista dall'articolo 4 de d.l. 138/2011, che meritano alcune specifiche considerazioni.

4. (Segue) ed i tentativi di liberalizzazione del legislatore nazionale

Successivamente alla abrogazione della disciplina contenuta nell'articolo 23 bis del 112/2008⁶⁵, il legislatore statale è nuovamente intervenuto nella materia dei servizi pubblici locali con l'articolo 4 del d.l. n. 138/2011, conv., con modif., dalla l. n. 148/2011, recante adeguamento della disciplina dei SPL al referendum popolare⁶⁶.

Il regime delineato dall'articolo 4 del d.l. 138/2011, sembrava portare a compimento, almeno sulla carta, il lungo e tormentato percorso del legislatore nazionale, che partendo dalla privatizzazione

percorso volto a far riacquisire un ruolo centra alla regolazione indipendente del mercato, con la sua espansione ai settori dell'acqua, delle poste e dei trasporti, si veda G., Napolitano, *La rinascita della regolazione per autorità indipendenti*, in *Giornale di diritto amministrativo* 3/2012, pp. 229-236.

⁶² Per un quadro di insieme sulla autorità amministrative indipendenti si vedano: F. Merusi - M. Passaro, *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2003, 11 ss.; M. De Benedetto, *Autorità indipendenti*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, I, 588 ss. Per una ricostruzione della parabola – nascita, ascesa e crisi – del modello delle autorità si veda M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, 21 ss.. Più di recente si vedano G. Napolitano, A. Zoppini, *Le autorità al tempo della crisi. Per una riforma della regolazione e della vigilanza sui mercati*, Bologna, 2009; Astrid, *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, (a cura di M. D'Alberti e A. Pajno), il Mulino, Bologna, 2010, C. De Vincenti, A. Vigneri, *I servizi pubblici locali tra riforma e referendum*, cit.. Sui recenti interventi normativi – D.L. 201/2011, conv., con mod., legge 214/2011, cd. decreto "Salva Italia – che delineano un percorso volto a far riacquisita un ruolo centra alla regolazione indipendente del mercato, con la sua espansione ai settori dell'acqua, delle poste e dei trasporti, si veda G. Napolitano, *La rinascita della regolazione per autorità indipendenti*, in *Giornale di diritto amministrativo* 3/2012, pp. 229-236.

⁶³ Il riferimento è all'art. 1, comma 1-quinquies, del decreto-legge 25 gennaio 2010, n. 2 (Interventi urgenti concernenti enti locali e regioni), introdotto dalla legge di conversione 26 marzo 2010, n. 42, Sul punto si veda la sentenza della Corte Costituzionale n. 128/2011 in cui la Corte ha ritenuto legittimo e non invasivo della competenza regionale l'intervento statale con il quale è stata disposta la soppressione delle Autorità d'Ambito (AATO) in materia di servizio idrico e di gestione dei rifiuti..

⁶⁴ Sul regime delineato dall'articolo 3 bis, del d.l. 138/2011, cfr. *infra*.

⁶⁵ Cfr. il Decreto del Presidente della Repubblica 18 luglio 2011, n. 113 Recante Abrogazione, a seguito di referendum popolare, dell'articolo 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 133 del 2008, e successive modificazioni, nel testo risultante a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 325 del 2010, in materia di modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

⁶⁶ Successivamente alla sua adozione l'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 ha subito numerose modifiche, oltre che in sede di conversione in legge 148/2011, anche per effetto dell'art. 9, comma 2, lettera n), della legge 12 novembre 2011, n. 183 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – Legge di stabilità 2012) e dell'art. 25 del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1 (Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 24 marzo 2012, n. 27, nonché dell'art. 53, comma 1, lettera b), del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83 (Misure urgenti per la crescita del Paese).

formale (trasformazione delle aziende speciali in società per azioni⁶⁷), è passato attraverso reiterati, e non felici, tentativi di privatizzazione sostanziale (obblighi di esternalizzazione/affidamento a terzi con gara e/o a società miste⁶⁸), fino ad arrivare a prevede un vero e proprio *obbligo di liberalizzazione* dei servizi pubblici locali a carico degli Enti locali.

Tali interventi, tuttavia, al di là della sostanziale condivisibilità della relativa *ratio* ispiratrice, delineavano, un quadro che poneva gravosi limiti alle autonomie locali, chiamate a disporre la liberalizzazione delle attività economiche, in modo da garantire che i servizi pubblici locali fossero *sempre e comunque* resi in regime concorrenziale.

Come accennato in precedenza, anche questo regime è stato però presto superato da una pronuncia della Corte Costituzionale che con sentenza 199/2012 ne ha dichiarato l'illegittimità per violazione del divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare desumibile dall'articolo 75 della Costituzione⁶⁹, derubricando il relativo regime al ruolo di mera ulteriore tappa dell'interminabile transizione che da più di dieci anni interessa il settore dei servizi pubblici locali.

Si trattava di una disciplina che, se da un lato, si caratterizzava indubbiamente per l'essere riprodotiva di (una larga) parte delle previsioni contenute nell'articolo 23 *bis*, dall'altro aveva introdotto alcuni elementi di novità nel delineare l'assetto complessivo del settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica⁷⁰.

Nonostante la pronuncia della Corte, appare, quindi, opportuno ripercorrere brevemente alcuni degli aspetti innovativi e maggiormente rilevanti del regime normativo delineato dall'articolo 4 del d.l. 138/2011 che potrebbero, opportunamente riadattati e calibrati, essere riproposti in un (molto probabile) nuovo intervento normativo del legislatore statale.

Il primo e principale aspetto innovativo riguarda l'inversione del rapporto tra privatizzazione/esternalizzazione della gestione da un lato e (prospettive di) liberalizzazione dall'altro. Infatti, prima del regime delineato dall'articolo 4 del d.l. 138/2011, il fulcro intorno al quale ha sostanzialmente ruotato il discorso sull'assetto gestionale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica ha dato sempre per scontata la gestione in esclusiva degli stessi e si è essenzialmente interessato di chi e come doveva diventare affidatario di tale gestione.

⁶⁷ Cfr. l'articolo 35, comma 8, della legge 28 dicembre 2001, n.448.

⁶⁸ Cfr. l'articolo 23 *bis* del d.l. 25 giugno 2008, n.112, convertito, con modificazioni, nella l. n.133 del 2008 e succ. mod. ed int.

⁶⁹ Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 20 luglio 2012 n. 199, che ha decretato la illegittimità costituzionale dell'articolo 4 del d.l. n. 138/2011, conv. con modif., dalla l. n. 148/2011, sia nel testo originario che in quello risultante dalle ss. mm., recante adeguamento della disciplina dei SPL al referendum popolare.

⁷⁰ In estrema sintesi, la disciplina dettata nell'articolo 4 bis, del d.l. 138/2011 prevedeva: a) ai comma 1-7 i principi e la disciplina di carattere sostanziale e procedurale della liberalizzazione dei SPL; b) ai comma 8-13 e 28,29,30, 31 e 33, la disciplina dell'attribuzione, mediante gara, dei diritti di gestione in esclusiva dei servizi pubblici locali; c) ai comma 14-18, la disciplina dei vincoli (ad es., assoggettamento al Patto di stabilità interno, disciplina delle modalità di acquisizione di beni e servizi, conferimento di incarichi, reclutamento del personale) per le società a partecipazione pubblica; d) ai comma 18-27, le disposizioni volte a garantire la separazione tra, da un lato, affidamento, regolazione e controllo e dall'altro la gestione del servizio pubblico locale di rilevanza economica; e) ai comma 32, 32 *bis* e 33 *ter* la disciplina del periodo transitorio e delle cessazioni anticipate per gli affidamenti incompatibili con la disciplina e previsioni volte ad assicurarne il relativo rispetto attraverso la previsione di poteri sostitutivi in caso di inadempimenti; f) al comma 33 bis, disposizioni sul miglioramento dei livelli qualitativi di prestazioni dei servizi; g) al comma 33 *ter*, rinvio alla fonte regolamentare per completamento della disciplina in particolare relativa alla disciplina volta a garantire la gestione liberalizzata dei servizi pubblici locali di rilevanza economica; h) al comma 34 la disciplina relativa all'individuazione dell'ambito di applicazione e dei settori/servizi esclusi dalla disciplina di carattere trasversale; i) ai comma 34 *ter* e 34 *quater* disposizioni specifiche relative al settore dei trasporti; l) al comma 35 *bis* la disciplina volta a mettere in connessione alcune disposizioni dell'articolo 4 con quella dettata dall'articolo 3 *bis* relativamente alla gestione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica.

L'articolo 4 del d.l. 138/2011, invece, delineava un percorso diverso in quanto imponeva di verificare *«nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, dopo avere individuato i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e universale, ...la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali...liberalizzando tutte le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità ed accessibilità...»*.

Solo nel caso in cui, all'esito di una apposita «analisi di mercato», fosse risultata l'inefficienza della *«libera iniziativa economica privata...a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità»* era possibile *«l'attribuzione di diritti esclusivi»*.

Gli enti locali erano poi chiamati alla adozione di una *«delibera quadro»* – sulla quale era chiamata anche a pronunciarsi in funzione consultiva, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM)⁷¹ – in cui doveva essere illustrata *«...l'istruttoria compiuta ed evidenzia[te], per i settori sottratti alla liberalizzazione, le ragioni della decisione e i benefici per la comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio»*⁷².

In tale prospettiva, dunque, l'analisi di mercato era preordinata non già a dimostrare che un determinato servizio si potesse liberalizzare, quanto, piuttosto, le situazioni e circostanze che non rendevano possibile il regime liberalizzato: una relazione chiara tra regola (liberalizzazione) ed eccezione (attribuzione di diritti di esclusiva).

Ovviamente, data la particolarità dell'attività in questione – servizi di utilità generale in relazione ai quali viene in rilievo un bisogno pubblico suscettibile di tutela per la soddisfazione del quale occorre garantire determinati requisiti in termini di universalità, accessibilità, qualità e sostenibilità economica – nel valutare la percorribilità della soluzione della concorrenza nel mercato e dunque la liberalizzazione delle attività di prestazione dei servizi pubblici locali, un ruolo centrale avrebbe dovuto svolgere la definizione di una adeguata disciplina regolatoria⁷³.

⁷¹ Si veda, in particolare, il comma 3 e 4 dell'articolo 4. In riferimento al ruolo dell'AGCM, chiamata a collaborare in prima linea al rilancio dell'economia attraverso la valorizzazione dell'effettività della concorrenza, va inoltre richiamato, nel più generale contesto delle disposizioni che, a partire dal d.l. n. 138 del 2011, le attribuiscono nuovi poteri e nuovi compiti all'AGCM, l'art. 35 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 (così detto decreto "Salva Italia"), con il quale è stato attribuito All'AGCM un nuovo potere di legittimazione a ricorrere a tutela della concorrenza. Tale previsione, infatti, ha aggiunto, nella legge 287/1990, l'articolo 21 bis che ha attribuito il potere di ricorrere dinanzi al giudice amministrativo *«contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato»*. Per i primi commenti a tale previsione si vedano le relazioni presentate all'incontro di studio su il nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis della l. n. 287 del 1990, svoltosi in collaborazione tra l'AGCM e la cattedra di giustizia amministrativa della facoltà di giurisprudenza dell'università di Roma Tre presso l'auditorium dell'AGCM il 31 maggio 2012, pubblicate, in data 6 giugno 2012, sulla rivista www.federalismi.it di: M. A. Sandulli, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'Agcm nell'art. 21 bis l.n. 287 del 1990*; R. Politi, *Ricadute processuali a fronte dell'esercizio dei nuovi poteri rimessi all'agcm ex art. 21-bis della legge 287/1990. Legittimazione al ricorso ed individuazione dell'interesse alla sollecitazione del sindacato*; F. Cintioli, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*.

⁷² In base al comma 2, dell'articolo 4, *«con la stessa delibera gli enti locali valutano l'opportunità di procedere all'affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi pubblici locali nei casi in cui possa essere dimostrato che tale scelta sia economicamente vantaggiosa»*. Tale delibera quadro era assoggettata ad una serie di obblighi procedurali dettati dai commi 3 e 4 dell'articolo 4 che, nella sostanza, prevedevano, da un lato, delle scadenze temporali entro le quali essa doveva essere adottata, dall'altro, l'invio, al superamento di determinate soglie dimensionali degli enti locali e di valore del servizio, all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato per l'espressione di un parere obbligatorio.

⁷³ È evidente come la concreta messa a punto di tale sistema ponesse molti e delicati problemi ai fini della relativa implementazione. Si pensi, ad esempio, all'individuazione dei bisogni e dei caratteri del servizio pubblico locale al fine di valutare l'eventuale esistenza e consistenza numerica di operatori privati interessati alla relativa prestazione secondo le modalità indicate dall'amministrazione; alla individuazione dello strumento attraverso il quale consentire l'ingresso nel mercato di una pluralità di operatori e delle modalità atte a garantire da parte di tutti i soggetti il rispetto degli obblighi di

In tale prospettiva, dunque, la mera previsione di un sistema autorizzatorio all'esercizio del servizio poteva non essere sufficiente a garantirne lo svolgimento nel rispetto degli obblighi di servizio pubblico ed universale e di accessibilità dei servizi dal momento che l'autorizzazione di per sé non impegnava allo svolgimento di attività che, invece, si caratterizzano per la loro doverosità⁷⁴.

La possibilità di affidamento in esclusiva era circondata da particolari cautele volte a garantire il rispetto dei principi della concorrenza, poiché, da un lato, si prevedeva che « *il conferimento della gestione di servizi pubblici locali avviene in favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica* »⁷⁵, dall'altro, si (ri)afferma che l'attribuzione dei diritti di esclusiva ad una impresa incaricata della gestione di servizi pubblici locali faceva comunque salvo, in base a quanto disposto in via generale dall'articolo 9 della legge 287/1990, il diritto di autoproduzione del servizio per le imprese interessate⁷⁶.

Veniva confermata, infine, per quanto riguarda le modalità di gestione in esclusiva dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, la disciplina estremamente restrittiva per i cd. affidamenti diretti a « *favore di società a capitale interamente pubblico che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento europeo per la gestione cosiddetta "in house"* ».

servizio pubblico previsti dall'ente locale; ai meccanismi attraverso cui garantire eventuali interventi finanziari in funzione compensativa degli obblighi di servizio pubblico (cfr. art. 4, co. 5), ecc.. In riferimento al tema della separazione tra gestione e regolazione dei servizi può rilevarsi come a fronte di una pressoché unanime posizione della dottrina che ha ripetutamente evidenziato come tra le principali esigenze di riforma del settore dei servizi pubblici locali vi fosse quella della definizione da parte degli Enti locali di un efficace sistema di regolazione dei SPL, gli interventi normativi succedutisi nel corso del tempo abbiano dimostrato scarsa attenzione a tale profilo. Per un quadro di insieme sulla autorità amministrative indipendenti si vedano: F. Merusi - M. Passaro, *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2003, 11 ss.; M. De Benedetto, *Autorità indipendenti*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, I, 588 ss. Per una ricostruzione della parabola – nascita, ascesa e crisi – del modello delle autorità si veda M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, 21 ss.. Più di recente si vedano G. Napolitano, A. Zoppini, *Le autorità al tempo della crisi. Per una riforma della regolazione e della vigilanza sui mercati*, Bologna, 2009; Astrid, *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, (a cura di M. D'Alberti e A. Pajno), il Mulino, Bologna, 2010, C. De Vincenti, A. Vigneri, *I servizi pubblici locali tra riforma e referendum*, cit.. Sui recenti interventi normativi – D.L. 201/2011, conv., con mod., legge 214/2011, cd. decreto "Salva Italia – che delineano un percorso volto a far riacquisire un ruolo centrale alla regolazione indipendente del mercato, con la sua espansione ai settori dell'acqua, delle poste e dei trasporti, si veda G., Napolitano, *La rinascita della regolazione per autorità indipendenti*, in *Giornale di diritto amministrativo* 3/2012, pp. 229-236.

⁷⁴ Per garantire tali esigenze dunque sarebbe stato necessario definire, almeno, due ordini di requisiti: da un lato quelli, per così dire, oggettivi, consistenti nell'indicazione degli obblighi di servizio pubblico a cui chi opera in questo mercato doveva sottostare, dall'altro quelli soggettivi relativi all'affidabilità, competenza, esperienza, eventuale possesso di certificazioni di qualità e ambientali, ecc. di cui deve avrebbe dovuto essere in possesso l'operatore per accedere a questo mercato. Solo a coloro che fossero stati disponibili a rispettare le suddette condizioni ed in possesso dei suddetti requisiti sarebbe stato possibile rilasciare le relative licenze. Si tratta di profili di grande rilievo ed estremamente delicati; per alcuni approfondimenti si vedano C. De Vincenti, A. Vigneri, op. cit. 2012, pp. 39 e ss; C. Volpe, *Servizi pubblici locali e legge di stabilità 2012. Il dinamismo normativo continua*, in www.giustamm.it, n. 12-2011; C. Volpe, *Servizi pubblici locali e liberalizzazioni. Dall'art. 23-bis al decreto legge "crescita": la produzione normativa non ha mai fine*, in www.giustamm.it, n. 7-2012.

⁷⁵ Tali procedura, oltreché ad individuare l'affidatario del servizio (cfr. co. da 9 a 11), potevano anche avere «...ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio, al quale deve essere conferita una partecipazione non inferiore al 40 per cento, e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio» (cfr. co. 12).

⁷⁶ Cfr. in particolare i comma 6 e 7 dell'articolo 4 del d.l. 138/2011 in base ai quali «6. All'attribuzione di diritti di esclusiva ad un'impresa incaricata della gestione di servizi pubblici locali consegue l'applicazione di quanto disposto dall'articolo 9 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, e successive modificazioni. 7. I soggetti gestori di servizi pubblici locali, qualora intendano svolgere attività in mercati diversi da quelli in cui sono titolari di diritti di esclusiva, sono soggetti alla disciplina prevista dall'articolo 8, commi 2-bis e 2-quater, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, e successive modificazioni».

Questi, infatti, si configuravano come ulteriore eccezione al (già eccezionale) affidamento con gara ed erano ammessi solo «*se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento è pari o inferiore alla somma complessiva di 200.000 euro annui*» (cfr. co. 13, art. 4)⁷⁷.

Nel sistema delineato dall'articolo 4, inoltre, nel caso in cui, per la presenza di alcune caratteristiche tecniche ed economiche dell'attività – ad esempio, per la presenza di condizioni di cd. monopolio naturale in alcuni segmenti/fasi del servizio – non fosse risultata possibile la gestione dello stesso, unitariamente considerato, in regime della concorrenza nel mercato, avrebbe dovuto essere valutata la possibilità di realizzare una *separazione* delle attività, limitando il regime di esclusiva solo alle fasi contraddistinte dalle caratteristiche di monopolio naturale e aprendo, attraverso il riconoscimento di un diritto di accesso regolato e non discriminato all'infrastruttura fissa, le altre fasi della filiera alla gestione concorrenziale⁷⁸.

Alla disciplina delineata dall'articolo 4 si andavano ad affiancare le previsioni contenute nell'articolo 3 *bis* del d.l. 138/2011⁷⁹ con il quale si ritornava⁸⁰ a prefigurare un riassetto dell'organizzazione dei servizi pubblici locali per ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei.

Più nel dettaglio l'articolo 3 *bis* – disposizione che, di per sé, non è interessata dalla pronuncia della Corte Costituzionale 199/2012 – prevede che, per i servizi pubblici locali a rete⁸¹ di rilevanza economica, l'organizzazione del servizio avvenga «di norma» per ambiti o bacini ottimali di dimensione non inferiore a quella del territorio provinciale.

In base a tale disciplina, le regioni erano chiamate ad organizzare, entro il 30 giugno 2012⁸², «...lo svolgimento dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica definendo il perimetro degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei tali da consentire economie di scala e di

⁷⁷ Cfr., comma 13, dell'articolo 4, che inizialmente individuava tale soglia nel valore complessivo di 900.000 euro annui, valore che sarà successivamente ridotto a 200.000 euro annui in seguito alle modifiche apportate dall'articolo 25 del d.l. 1/2012. Dal punto di vista pratico ciò, implicava, che l'esenzione dalle gare dei contratti di minor valore poteva trovare applicazione nei settori/servizi pubblici locali economici "innominati" (parcheggi, trasporto scolastico, assistenza domiciliare non sanitaria, e simili), non a rete e di minore impatto economico, localizzati nei Comuni di più modeste dimensioni. Cfr. C. De Vincenti, A. Vigneri, op. cit. 2012 secondo cui «questo risultato, del resto, corrisponde alle esplicite finalità del legislatore volte a restringere al massimo gli affidamenti diretti riducendoli ad un ruolo del tutto marginale».

⁷⁸ In tale linea di ragionamento, va altresì rilevato che l'articolo 4 apriva alla possibilità di superare i vincoli, previsti da alcune discipline di settore – si pensi alla gestione del servizio idrico o a quello dei rifiuti – che prevedevano la gestione in esclusiva dell'intera filiera. Cfr. sul punto C. De Vincenti, A. Vigneri, op. cit. 2012 pp. 42-43.

⁷⁹ L'articolo 3 bis è stato inserito nel d.l. 138/2011, dal successivo d.l. 1/2012, conv. con mod., dalla legge 27/2012.

⁸⁰ Emblematica degli ondeggiamenti del legislatore, è la vicenda della creazione di autorità d'Ambito prima previste in alcuni interventi normativi settoriali – servizi idrici e gestione dei rifiuti – e poi superati con successivi interventi normativi – Il riferimento è all'art. 1, comma 1-quinquies, del decreto-legge 25 gennaio 2010, n. 2 (Interventi urgenti concernenti enti locali e regioni), introdotto dalla legge di conversione 26 marzo 2010, n. 42, Sul punto si veda la sentenza della Corte Costituzionale n. 128/2011 in cui la Corte ha ritenuto legittimo e non invasivo della competenza regionale l'intervento statale con il quale è stata disposta la soppressione delle Autorità d'Ambito (AATO) in materia di servizio idrico e di gestione dei rifiuti – e poi da ultimo nuovamente riproposti nell'articolo 3 *bis* del d.l. 138/2011 e ss. mm. ii.

⁸¹ Ai fini dell'individuazione dei servizi assoggettati a tale disciplina può osservarsi che devono considerarsi come servizi a rete non sono soltanto quelli che sono dotati di una infrastruttura fisica (binari ferroviari, acquedotti) che garantisce la distribuzione del servizio agli utenti finali ma, più ampiamente, quelli che dipendono da infrastrutture tecniche localizzate sul territorio e/o seguono un criterio a rete (la distribuzione postale, il servizio di trasporto su gomma a percorsi fissi). Sono a reti i trasporti, di qualsiasi tipo, il servizio rifiuti, la depurazione delle acque reflue, oltre alla distribuzione del gas, dell'energia elettrica, ecc..

⁸² In relazione al termine del 30 giugno 2012 indicato dall'articolo 3-*bis* per la definizione regionale degli ambiti o bacini, a misura dei quali debbono essere organizzati i singoli servizi, va rilevato che il d.l. Milleproroghe (DL n. 216/2011, conv. in l. 14/2012) stabilisce il 31 dicembre 2012 quale termine entro cui debbono essere individuati i soggetti cui attribuire le funzioni prima spettanti alle Autorità d'Ato.

differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio e istituendo o designando gli enti di governo degli stessi»⁸³.

La prescrizione ha carattere generale (per tutti i servizi a rete), ma fa salve le norme di settore già esistenti che prevedono l'organizzazione per ambiti ottimali (come è il caso dell'acqua), e quindi i relativi criteri (il bacino idrico), con la sola previsione che la dimensione non sia *di norma* inferiore a quella provinciale.

Tali disposizioni erano poi rafforzate dalla previsione di poteri sostitutivi del Governo in caso di inadempienze e/o ritardi delle Regioni⁸⁴.

In definitiva, in base al combinato disposto dall'articolo 3 *bis* del d.l. 138/2011⁸⁵ e dall'articolo 4 del medesimo decreto, si delineava un articolato sistema di regole previsto per i servizi pubblici locali di rilevanza economica assoggettati a regimi parzialmente differenziati.

Più nel dettaglio, si prevedeva che:

- i servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica erano assoggettati ad una disciplina di carattere (tendenzialmente) generale relativa alla gestione per ambiti territoriali ottimali di cui all'articolo 3 *bis*⁸⁶;
- i servizi pubblici locali di rilevanza economica, anche "innominati", erano assoggettati – in quanto non esclusi ex comma 34, articolo 4 – alla disciplina trasversale dettata dall'articolo 4⁸⁷;
- alcuni servizi pubblici locali di rilevanza economica erano assoggettati ad una disciplina settoriale specifica.

Questo complesso assetto è stato rimesso in discussione dalla pronuncia 199/2012 della Corte Costituzionale che – fatte salve le discipline di settore di alcuni servizi pubblici locali (ad esempio, per le farmacie, per l'energia elettrica ed il gas, per i trasporti) per i quali esiste una normativa ad hoc non toccata dalla richiamata pronuncia – determina, per gli *altri* servizi pubblici locali di rilevanza economica, l'esigenza di ricostruire, in via interpretativa, la relativa disciplina in coerenza con il quadro dei principi europei sopra delineato e che, dunque, restituisce agli Enti locali *ampi margini* di manovra (e di apprezzamento) nella scelta delle modalità di gestione dei servizi pubblici locali.

⁸³ La dimensione degli ambiti o bacini territoriali ottimali di norma deve essere non inferiore almeno a quella del territorio provinciale. Le regioni possono individuare specifici bacini territoriali di dimensione diversa da quella provinciale, motivando la scelta in base a criteri di differenziazione territoriale e socio-economica e in base a principi di proporzionalità, adeguatezza ed efficienza rispetto alle caratteristiche del servizio, anche su proposta dei comuni.

⁸⁴ Cfr. il comma 1, ultimo cpv dell'articolo 3 *bis* del d.l. 138/2011 «Decorso inutilmente il termine indicato, il Consiglio dei Ministri, a tutela dell'unità giuridica ed economica, esercita i poteri sostitutivi di cui all'articolo 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131, per organizzare lo svolgimento dei servizi pubblici locali in ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei, comunque tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio».

⁸⁵ Dal rilevare che il comma 35 bis dell'articolo 4 del d.l. 138/2011, prevedeva che «fatto salvo quanto previsto dal comma 35, a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto-legge 24 gennaio 2012 n. 1, convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012 n. 27, la verifica di cui ai commi 1, 2, 3 e 4, le attività di cui al comma 5 e le procedure di cui ai commi 8, 12 e 13 per il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, sono effettuate unicamente per ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei di cui all'articolo 3-bis dagli enti di governo degli stessi istituiti o designati ai sensi del medesimo articolo».

⁸⁶ Con il d.l. 1/2012 è stata prevista la generalizzazione a tutti i servizi a rete dell'organizzazione a livello di ambito o bacino, di norma con dimensione almeno provinciale, corredata di poteri sostitutivi.

⁸⁷ In argomento, infatti, va ricordato che la disciplina di carattere trasversale dettata dall'articolo 4 del d.l. 138/2011 e succ. modd. ed intt., si applicava a tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica non esclusi – ai sensi di quanto disposto dal comma 34 - dal relativo ambito di applicazione.

5. Recenti orientamenti del giudice costituzionale: verso nuovi assetti o semplice ritorno al passato?

Alla luce delle riflessioni effettuate nelle pagine precedenti ci si può allora chiedere quali prospettive è possibile delineare per la futura definizione della disciplina in materia di SPL.

Al riguardo, interessanti indicazioni provengono da un'altra recente pronuncia della Corte Costituzionale di poche settimane precedenti la sentenza con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'articolo 4 del d.l. 138/2011⁸⁸.

Il riferimento è alla sentenza 21 marzo 2012, n. 62 con la quale la Corte si è espressa sulla legge regionale Puglia 20 giugno 2011, n. 11, che disponeva la "pubblicizzazione" della gestione del servizio idrico mediante la costituzione di una azienda pubblica regionale.

Tale pronuncia sebbene adottata con riferimento a un particolare servizio pubblico locale di rilevanza economica – il servizio idrico integrato – contiene indicazioni che possono essere estese alla generalità degli altri servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Per quanto attiene alle finalità di questa indagine, assumono particolare rilievo le osservazioni del giudice costituzionale effettuate con riferimento all'art. 2, comma 1, della citata legge regionale, al quale aveva stabilito che «...il servizio idrico integrato della Puglia è affidato a un'azienda pubblica regionale che realizza la parte prevalente della propria attività con l'ente pubblico che la controlla, anche per beneficiare delle economie di scala e di scopo e favorire una maggiore efficienza ed efficacia nell'espletamento del servizio e con l'obbligo del reinvestimento nel servizio di almeno l'80 per cento degli avanzi netti di gestione».

Ad avviso della Corte, tali disposizioni regionali risultano in contrasto con l'articolo 117, secondo comma, lettere e) ed s) della Costituzione, poiché, «la disciplina dell'affidamento della gestione del SII attiene, come più volte affermato..., alle materie tutela della concorrenza e tutela dell'ambiente, riservate alla competenza legislativa esclusiva dello Stato (ex plurimis, sentenze n. 187 del 2011; n. 128 del 2011; n. 325 del 2010; n. 142 del 2010; n. 307 del 2009; n. 246 del 2009)».

In tale linea di ragionamento, dunque, «la norma regionale impugnata si pone in contrasto con la suddetta normativa statale, perché – disponendo che la gestione del SII è affidata ad un'azienda pubblica regionale avente determinate caratteristiche – da un lato esclude che l'ente regionale successore delle competenze dell'AATO (ossia l'Autorità idrica pugliese) deliberi con un proprio atto le forme di gestione del SII e provveda all'aggiudicazione della gestione del servizio al soggetto affidatario e dall'altro, con disposizione che tiene luogo di un provvedimento, stabilisce essa stessa che il SII sia affidato ad un'azienda pubblica regionale, da identificarsi necessariamente nell'unica (a quanto consta) azienda pubblica regionale istituita al fine di detta gestione, cioè nell'azienda denominata "Acquedotto pugliese – AQP", prevista dalla medesima legge reg. Puglia n. 11 del 2011 (artt. da 5 a 14).

In sostanza, dunque, la Corte Costituzionale ha censurato, per violazione delle prerogative esclusive del legislatore statale in materia di tutela della concorrenza e tutela dell'ambiente, non già la possibilità di adottare – in quanto tale – un modello di gestione diretta del servizio idrico integrato, né la regionalizzazione dell'Autorità d'Ambito, ma la scelta del legislatore regionale di stabilire ed

⁸⁸ Tra le più significative pronunce della Corte Costituzionale che si sono occupate del riparto di competenza tra Regioni e legislatore nazionale nella definizione della disciplina dei servizi pubblici locali, vanno ricordate, oltre alle pronunce richiamate nel testo (272/2004; 325/2010; 62/2012 e 199/2010), anche le sentenze 187/2011; 307/2009; 80/2006; 29/2006.

imporre, una volta per tutte e con lo strumento della legge regionale, il modello gestionale della autoproduzione pubblica.

Le recenti pronunce della Corte 62/12 e 199/12, pur affrontando il tema della disciplina dei SPL alla luce di differenti parametri di legittimità costituzionale evocati nei diversi giudizi, contribuiscono a delineare un quadro nel quale, in coerenza con i principi europei, la scelta in ordine alle varie modalità di organizzazione e gestione – gestione diretta, gestione attraverso aziende speciali, *in house providing*, forme di partenariato pubblico-privato, esternalizzazione/privatizzazione mediante gara pubblica dei servizi pubblici locali di rilevanza economica – *ritorna* ad essere una scelta (di tipo amministrativo) affidata alla cura degli Enti locali, istituzionalmente competenti e responsabili della prestazione di tali servizi e non effettuabile a priori, in senso più o meno *market oriented*, né dal legislatore nazionale, né da quello regionale.

Appare dunque chiaro che, nel caso – invero molto probabile – in cui il legislatore nazionale sarà chiamato nuovamente ad intervenire con l'obiettivo, in linea di principio condivisibile, di liberalizzare il settore e di rimuovere gli ostacoli che limitano la partecipazione di una pluralità di operatori alla erogazione di servizi pubblici locali, dovrà essere percorsa una strada alternativa rispetto a quella finora intrapresa.

L'esperienza di questi anni dimostra chiaramente come l'approccio volto ad *imporre* l'adozione di determinati moduli organizzativi e gestionali, da un lato, ha alimentato un continuo e crescente conflitto tra legislatore nazionale e Regioni per invadenza delle reciproche e rispettive competenze normative, dall'altro, ha finito per sovraccaricare gli Enti locali di una nutrita serie di stringenti vincoli operativi, senza riuscire a conseguire l'obiettivo di definire un assetto normativo e regolatorio stabile e capace di *resistere* alle turbolenze del settore e di delineare con coerenza la prospettiva della liberalizzazione ed apertura alla concorrenza dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Strappi e fughe in avanti (...e/o in dietro...) da parte del legislatore nazionale (o di quelli regionali) con interventi normativi, in alcuni casi invero discutibili⁸⁹, sortiscono solo l'effetto di contribuire ad incrementare la mole dei contributi dottrinari e/o i pronunciamenti della giurisprudenza in materia, non certamente a quello di avviare finalmente un credibile percorso di riforma del settore.

In un quadro rispettoso delle autonomie delle Regioni e degli Enti locali, dovrebbe ritenersi ammissibile un intervento del legislatore statale che – oltre ad esercitare le competenze costituzionalmente riconosciute in via esclusiva ed impattanti sulla disciplina dei SPL (si pensi, ad esempio, alla materia della «tutela della concorrenza» ex art. 117, co. 2, lett. e) Cost.) – decida, attraverso meccanismi premiali ed incentivanti, opportunamente disegnati e calibrati, di perseguire una propria *policy* in materia di SPL.

In tale linea di ragionamento, appare dunque auspicabile la definizione, con un intervento normativo statale, di un quadro normativo volto a *favorire* l'introduzione, da parte di Regioni e Enti locali, di dinamiche e pressioni competitive sempre più pronunciate – sia, quando possibile, nella forma della concorrenza *nel* mercato (liberalizzazione) che, negli altri casi, nella forma della concorrenza *per* il mercato – senza tuttavia compromettere oltremodo i margini di autonomia delle autonomie locali.

In altri termini, il futuro assetto dei SPL dovrà essere disegnato in modo tale da consentire al legislatore nazionale di perseguire, in considerazione di obiettivi di crescita economica generale del Paese, di aumento della competitività di alcuni settori economici e di riduzione dei costi di funzionamento e finanziamento dei servizi, l'obiettivo di realizzazione un (desiderabile) assetto

⁸⁹ Come la richiamata legge regionale Puglia 11/2012, censurata dalla Corte Costituzionale con sentenza 62/2012, che utilizzando un approccio diametralmente opposto a quello del legislatore nazionale, aveva imposto con legge regionale la gestione pubblica provvedendo contestualmente – con la medesima fonte – all'individuazione del soggetto gestore Acquedotto Pugliese, privando gli Enti locali responsabili dei margini di autonomia nella scelta della modalità organizzativa e gestionale più adatte alle caratteristiche tecniche, economiche, sociali e del contesto di riferimento.

liberalizzato e concorrenziale dei SPL utilizzando, a tal fine, tutti gli strumenti di *legittima pressione* su Regioni ed Enti locali, lasciandoli comunque liberi di determinarsi *in modo alternativo* e, dunque, di optare per formule organizzative e gestionali più o meno internalizzate di prestazione di tali servizi.

Si intravedono, ovviamente, le difficoltà ed i potenziali rischi connessi al sistema appena tratteggiato. Da un lato, impone soluzioni efficaci il non irrilevante problema della concreta definizione di un sistema che sappia effettivamente svolgere la funzione di incentivo alla adozione da parte degli Enti locali di soluzioni organizzative e gestionali *coerenti* con gli obiettivi previsti dal legislatore nazionale; dall'altro, la (probabile) eterogeneità delle soluzioni organizzative e gestionali concretamente adottabili a livello locale potrà verosimilmente generare alcune difformità, anche non trascurabili, in termini di livelli qualitativi, accessibilità, universalità, condizioni economiche, delle varie gestioni con intuibili effetti sui livelli delle prestazioni erogate nei vari contesti locali.

Il rischio esiste e, di per sé, non è eliminabile.

Si può, però, (tentare di) gestirlo: Regioni ed Enti locali, posto il rispetto del quadro ordinamentale europeo, potrebbero scegliere in autonomia un assetto organizzativo e gestionale dei SPL difforme dai *desiderata* del legislatore statale, ma dovranno assumersene la responsabilità, in termini di reperimento e gestione delle risorse economiche necessarie, anche nel rispetto del Patto di stabilità.

La strada da percorrere è quella che porta a coniugare necessariamente autonomia e libertà da un lato, con la responsabilità delle decisioni assunte dall'altro⁹⁰.

In un quadro di *autonomia e libertà responsabile*, nel caso di conclamata inadeguatezza dei risultati economici-gestionali e dei livelli qualitativi delle prestazioni e di inefficacia degli ordinari meccanismi *sanzionatori*, anche di natura politico-elettorale, ad evitare che le amministrazioni pubbliche locali (ab)usino irresponsabilmente dell'autonomia loro riconosciuta, potrebbe prevedersi, opportunamente disegnato e calibrato dal punto vista sostanziale e procedurale, l'intervento sostitutivo del Governo ex articolo 120 della Costituzione, pienamente giustificato ed anzi doveroso quando è diretto ad assicurare la «*tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali da garantirsi in modo unitario su tutto il territorio nazionale*».

⁹⁰ Anche alla luce della attuazione dell'autonomia finanziaria di cui all'articolo 119 della Costituzione. Sul tema di vedano: P. Giarda, *Le regole del federalismo fiscale nell'articolo 119: un economista di fronte alla nuova Costituzione*, in *Le Regioni*, 6/2001, pp. 1425-1484; G. Pitruzzella, *Problemi e pericoli del "federalismo fiscale" in Italia*, in *Le Regioni* 5/2002, pp. 977-988; G. Della Cananea, *Autonomie e perequazione nell'art. 119 della costituzione*, in *Istituzioni del Federalismo*, 1/2005, pp.127-142; G. Falcon, *Che cosa attendersi, e che cosa non attendersi, dal federalismo fiscale*, in *Le Regioni* n. 4-5/2008, pp. 765-770; S. Gambino, *Autonomia, asimmetria e principio di eguaglianza: limiti costituzionali al federalismo fiscale*, in *Politica del diritto* n. 1/2009, pp. 3-44; V. Nicotra, F. Pizzetti, S. Scozzese (a cura di), *Il federalismo fiscale*, Donzelli, Roma, 2009; G. C. De Martin *Le funzioni amministrative delle Regioni e degli enti locali dopo la legge n. 42/09*, in *Amministrare* n. 3/2010, pp. 485-494; A. De Petris, (a cura di), *Federalismo fiscale 'learning by doing': modelli comparati di raccolta e distribuzione del gettito tra centro e periferia*, Cedam, Padova, 2010; G. Rivosecchi, *Il federalismo fiscale tra giurisprudenza costituzionale e legge n. 42/2009, ovvero: del mancato coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario*, in *Rivista di diritto tributario*, n. 1/2010, pp. 49-60; M. Clarich, *Federalismo fiscale e federalismo amministrativo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1/2012, pp. 105-111.