

Atti del
Seminario di approfondimento

SERVIZI PUBBLICI LOCALI

l'orientamento della
Commissione Europea,
il Libro Verde sui servizi
di interesse generale,
le procedure di infrazione

17 settembre 2003

*Sala Affreschi
Consiglio Regionale della Toscana*

con appendice di aggiornamento - Gennaio 2004

SOMMARIO

Chair man Stefano Grassi ordinario di Diritto costituzionale generale (Università di Firenze Facoltà di Giurisprudenza) Comitato Scientifico Cispel Confservizi Toscana	9
Interventi Alfredo De Girolamo presidente Cispel Confservizi Toscana Le osservazioni di Confservizi al "Green Paper" sui servizi di interesse generale	13
Federico Bona Galvagno Capo Ufficio legislativo della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per le politiche comunitarie. L'orientamento del governo italiano	17
Sabina Armati Utilità La vigilanza sull'applicazione delle norme comunitarie in materia di appalti e concessioni di servizi pubblici	27
Gianfranco Simoncini Presidente ANCI Toscana La proposta di legge regionale toscana e il punto di vista dei comuni	33
Appendice I Marco Giorello Direzione Generale Mercato Interno Unità Appalti pubblici II "Concezione del diritto degli appalti pubblici, delle concessioni e del partenariato pubblico-privato" Intervento al "Seminario sugli appalti pubblici e sui servizi di interesse generale" organizzato dalla Sede Comune di Bruxelles delle Regioni del Centro Italia, tenutosi a Bruxelles il 18 e 19 settembre u.s. L'affidamento dei servizi pubblici locali tra diritto comunitario e diritto Italiano	37
Appendice II Lorenzo Bardelli Direttore CRS Proaqua La Public Public Partnership: aspettando novità da Bruxelles gennaio 2004	45

INTRODUZIONE

Il dibattito sulla normativa sui servizi pubblici è stato negli ultimi anni molto animato. Il 2004, in seguito all'approvazione della Legge Finanziaria da parte del Governo Italiano, si è aperto con un quadro legislativo più chiaro in cui le aziende di servizio pubblico possono operare con certezza. Anche a livello europeo un passo avanti è stato fatto nel 2003 con la pubblicazione del *Green Paper on services of general interest*, a cui seguirà nei prossimi mesi la pubblicazione di un altro *Green Paper* dedicato al tema della public-private partnership, che chiarirà questa formula già utilizzata in molti Paesi per la gestione di servizi. La mancanza di Direttive specifiche di settore a livello europeo non ha consentito in questi anni politiche di armonizzazione delle diverse modalità organizzative e di gestione definite dalle normative nazionali. Al tempo stesso il richiamo al rispetto dei principi del Mercato interno (concorrenza) ha comportato uno stato di crescente tensione fra i Paesi e la Commissione, considerata la diffusa presenza di gestioni pubbliche in questi settori, basate su procedure di affidamento non competitive (affidamenti diretti). Al quadro nazionale e europeo si affianca quello regionale, molte regioni in Italia hanno varato o stanno per approvare leggi regionali sui servizi pubblici, grazie anche alla competenza acquisita dal Titolo V riformato della Costituzione. La proposta di Legge Regionale Toscana è ora in discussione in Consiglio regionale e il 2004 sarà l'anno in cui si chiuderà, speriamo, anche questo capitolo.

Cispel Confservizi Toscana, si è impegnata in questi mesi per tenere alto il livello di attenzione e dibattito su questi temi e la discussione scaturita da un seminario dedicato al *Green Paper*, tenutosi nel settembre scorso, ha approfondito molti temi che risultano ancora oggi attuali, che presentiamo con questa pubblicazione a cui abbiamo aggiunto due appendici dedicate alla più recente discussione a livello europeo.

Stefano Grassi

Buongiorno. Come coordinatore di questa mattina, credo di avere il dovere, non solo di ringraziare la Cispel Confservizi Toscana di aver organizzato l'incontro, ma anche di sottolineare come il green paper, che è oggetto del nostro dibattito, sia un documento di grande rilievo per il tema dei servizi pubblici locali e per il tema dei servizi in generale. La sua pubblicazione si colloca in un momento in cui l'Europa incontra gravi difficoltà sia in relazione agli orizzonti internazionali del mercato mondiale sia per i problemi posti dall'allargamento ai nuovi stati membri. Sul tema specifico dei servizi pubblici locali, si deve peraltro sottolineare il dato positivo che l'Europa sta per giungere all'approvazione della nuova Costituzione (che speriamo possa essere formulata a Roma, nell'arco del semestre italiano). Si tratta di un evento che costituirà un passaggio di qualità importantissimo: da un'Europa economica, che sviluppa il mercato, ad un'Europa politica che, anche e proprio con riferimento a questi temi, potrà dare un'indicazione essenziale per creare una cittadinanza europea, con il riconoscimento di diritti che devono essere garantiti in modo uguale a tutti i cittadini europei. Sappiamo, infatti, che i servizi pubblici, i servizi di interesse generale, hanno questa caratteristica, quella di essere funzionali ai diritti ed all'uguaglianza fra i cittadini, quella di essere lo strumento per garantire quel tessuto connettivo della cittadinanza che si identifica nello Stato sociale (principio già vero nel nostro sistema costituzionale ma anche coerente con gli obiettivi di coesione sociale della Comunità Europea e dell'Unione Europea): il punto di arrivo per l'individuazione di quella che è la qualità della vita è la qualità dei servizi essenziali, che in una comunità devono essere condivisi e devono essere garantiti in modo eguale.

I green paper sono strumenti utilissimi nel sistema di formazione delle norme comunitarie, poiché avviano un processo di consultazione che si conclude con un obiettivo normativo finale, che sarà il risultato di un processo partecipato: si tratta di una tecnica normativa che è essenziale per temi come quelli affrontati dal green paper di cui ci occupiamo oggi. Questo green paper pone tre domande essenziali, sulle quali gli interessati, tutti gli Stati e tutti i soggetti attivi, sono stati chiamati a rispondere: un primo obiettivo è quello di giungere alla stessa definizione dei servizi di interesse generale; il secondo gruppo di domande tende a stabilire qual è lo spazio che occorre dare ad una legislazione di livello comunitario; ed infine, l'altra domanda essenziale è su quali debbono essere i livelli di governo ed i criteri per l'organizzazione del servizio. Domandarsi che cosa sono i servizi di interesse generale è necessario: ed infatti, il green paper esclude la possibilità di usare il termine servizio pubblico perché dà luogo ad equivoci (questo è scritto con molta chiarezza). Si tratta di una domanda centrale, perché implica una risposta che non può che essere una risposta condivisa, partecipata; una risposta su cui bisogna avere le idee chiare, perché le norme da dettare in questo campo sono delicatissime e qualificanti per il livello di democrazia del sistema. Il green paper richiama ai "servizi di interesse economico generale" allargando la definizione ai "servizi di interesse generale" (e quindi anche ad una concezione più ampia, estesa anche ai servizi non economici) e richiama anche il concetto dinamico, flessibile (e quindi anche

un po' incerto, da precisare di volta in volta, in relazione ai singoli settori) di "servizio universale", che occorre garantire secondo i criteri di parità e di trasparenza nell'accesso che la Commissione ha già definito nelle note "comunicazioni" degli ultimi anni. Su questa richiesta definitoria, io credo che lo Stato italiano – dotato di una Costituzione che è viva e vitale – possa dare risposte coerenti con gli artt. 3 e 4 Cost., che definiscono il nostro Stato sociale, che garantisce che i servizi debbono essere svolti con controlli e programmi opportuni, per perseguire i fini sociali che la Costituzione pone come obiettivo generale del nostro ordinamento. C'è un concetto di "servizi pubblici essenziali", nell'articolo 43 della nostra Costituzione, che ha inciso sul nostro sistema e che deve trovare uno sviluppo non tanto in una definizione del servizio di interesse generale come servizio pubblico o come servizio da privatizzare, quanto come servizio di cui occorre sempre e comunque garantire l'efficacia e l'efficienza (con forme di privatizzazione che siano strumento di tale risultato). Nella nostra Costituzione è quindi già presente una risposta: c'è un'esigenza pubblica di controllo dei servizi, che è finalizzata alla garanzia dei diritti. Si tratta di un punto esplicito e chiaro, che può essere anche punto di riferimento, credo, nel dibattito europeo. Per quel che riguarda, in secondo luogo, lo spazio che occorre dare ad una legislazione di livello comunitario, le domande che pone il green paper, sono oggetto del dibattito più acceso e più difficile. Il principio probabilmente prevalente è quello che impone che la concorrenza ed il mercato debbano entrare in questo sistema. Il sistema dei servizi è anche un sistema economico molto complesso ed i principi cui occorre attenersi vanno cercati nel punto di equilibrio già sancito dall'articolo 86 della versione consolidata del trattato e nell'articolo 16 introdotto ad Amsterdam. Si tratta di indicazioni precise, che sono coerenti con quelle in cui già la Costituzione italiana si muove: stabilire un rapporto equilibrato tra le esigenze del mercato (esigenze di garanzia della concorrenza, della parità degli attori che si muovono nell'ambito di questo particolare mercato) e le esigenze della qualità del servizio, dell'uguaglianza e della garanzia dei diritti, e cioè della coesione sociale, di cui parla espressamente l'articolo 16 del Trattato.

Da questo punto di vista, il progetto di Costituzione Europea dà una risposta ulteriore. Credo sia bene rileggere la proposta della Convenzione europea, che riprende letteralmente l'articolo 16 del Trattato, con alcune precisazioni che sono utili per il dibattito di stamani. "Fatti salvi gli articoli 73, 86 e 87 (cioè fatti salvi i principi della concorrenza), in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico-generale, l'Unione e gli stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione della Costituzione, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e a condizioni segnatamente economiche e finanziarie che consentano loro di assolvere i rispettivi compiti". Sono principi che sono già vigenti (nell'articolo 86 del Trattato si dice "valgono le regole di concorrenza"); ma occorre che questi principi non danneggino la missione per cui i servizi sono stati istituiti. Nel progetto di Costituzione il principio viene introdotto in modo esplicito, tanto che si dice che "la legge europea" (è questa la novità più rilevante rispetto alla formulazione passata) definisce detti "principi e condizioni"; si ritiene cioè necessaria una legge che disciplini in via generale lo svolgimento di questo servizio. Ma una legge che disciplini i servizi deve stabilire quali sono gli equilibri, le modalità organizzative e il Green Paper, infatti, richiama i criteri dettati per il servizio universale. Si tratta del problema posto dal terzo quesito di fondo indicato dal Green Paper: quello dei livelli di governo e dei

criteri per l'organizzazione del servizio. Su questo punto il nostro ordinamento ha delle criticità che non sono legate soltanto all'articolo 35 della legge finanziaria del 2002, ed alle proposte di modifica recentemente approvate (che vanno nella direzione giusta, verso l'adeguamento ai principi costituzionali e comunitari, di cui stiamo parlando). La risposta è più difficile, perché siamo nella critica e delicata fase di attuazione del nuovo Titolo V della nostra Costituzione, che ha modificato fortemente il nostro ordinamento in senso regionale (e ciò è dovuto al nostro inserimento nella Comunità Europea ed alla necessità di giungere a modelli di amministrazione che siano più coerenti con quelli degli altri stati dell'Unione europea). Oggi il criterio comunitario nell'attribuzione delle competenze, il principio di sussidiarietà, è in qualche modo il presupposto per il funzionamento dell'intero sistema del nuovo Titolo V.

Non si procede secondo il criterio delle competenze per materie nettamente separate ed identificabili, ma per obiettivi e attraverso l'individuazione del livello di governo che riesce meglio a raggiungere questi obiettivi. Questo è un criterio molto importante che permette, in tema di servizi, di far sì che lo Stato garantisca l'unità e l'uguaglianza dei cittadini, la cittadinanza in senso pregnante e più ampio. Lo Stato ha competenza, infatti, a dettare le norme in materia di concorrenza, in materia di tutela dell'ambiente, può determinare i livelli essenziali dei diritti sociali, la qualità dei servizi, e gli standard generali.

Le Regioni debbono, invece, svolgere quella che è la gestione del territorio, la gestione dei servizi, la gestione delle attività economiche che sono strumentali rispetto all'effettività dei diritti, e dei servizi che li garantiscono, nella concreta realtà delle singole comunità locali. Questa è la logica, a mio avviso del Titolo V, e da questo punto di vista lo spazio per la legislazione regionale sui servizi pubblici è molto ampio. Ed è una competenza che si spinge non solo a partecipare a questo processo comunitario aperto dal Green Paper, ma anche a contribuire, rispetto allo Stato, all'individuazione ed alla definizione dei servizi e del loro modello organizzativo. Su questo tema i vincoli posti dallo Stato e dalla Comunità non possono essere oltremodo rigidi, devono considerare uno sviluppo che tenga conto delle esperienze concrete e delle attività già vissute ed elaborate anche dalle singole comunità locali. Le regioni e le comunità locali devono partecipare attivamente a questo processo, poiché ciò è il presupposto per la garanzia dei diritti proprio al livello degli enti locali e della capacità che questi hanno di attuare i principi fissati dalle norme comunitarie e nazionali. Quest'ultima osservazione mi permette di ribadire quanto accennato all'inizio di questa mia premessa. La bozza di Costituzione europea che verrà discussa nella prossima conferenza intergovernativa ha una caratteristica essenziale: è stata elaborata da una convenzione in cui partecipavano i parlamenti ed i rappresentanti delle regioni; non è stata elaborata solo dai governi. La conferenza intergovernativa si trova di fronte ad un risultato che viene, non dico dal basso, ma che, comunque è frutto di un'ampia partecipazione istituzionale. Sui servizi pubblici è ancora più importante che ci sia la partecipazione, perché ogni comunità in qualche modo ha una propria visione dei servizi e della qualità che essi debbono avere. Solo in questa prospettiva i diritti di cittadinanza saranno diritti di cittadinanza europea, saranno il tessuto connettivo del sistema politico europeo, della nuova costituzione europea. Credo che questo nostro incontro sia molto importante, in questa prospettiva, e quindi ringrazio chi interverrà, per il contributo che ci darà in proposito. Passerei la parola ad Alfredo De Girolamo per il suo intervento sul green paper.

Alfredo De Girolamo

Ringrazio molto il professor Grassi con il quale abbiamo preparato questo appuntamento. Il nostro obiettivo era quello di fare una discussione ragionata, che riprendiamo oggi anche dopo l'approvazione del Green Paper nel mese di maggio e dopo un anno ormai di riflessione, che in Toscana vede protagonisti i comuni, rappresentati oggi qui da Gianfranco Simoncini, presidente di ANCI Toscana, Regione Toscana, le aziende, che aspettano ormai da troppo tempo un quadro normativo il più certo, il più chiaro, il più efficace possibile. Quindi l'iniziativa di oggi è un appuntamento che ci permette di completare questa riflessione. Il Green Paper è l'occasione che ci permette di poter entrare nel merito; il dibattito e la futura discussione sull'eventuale direttiva che dovrà seguire al Green Paper sui servizi è l'occasione per mettere un po' di ordine da questo punto di vista. Dopo una fase molto conflittuale tra Regioni, Stato ed Unione Europea, recentemente l'orientamento in materia di affidamenti e concorrenza appare convergente.

Dopo l'approvazione del Green Paper avvenuta nel mese di maggio, la fase conclusiva di consultazione terminerà nel mese di settembre, e questo ci permetterà di chiarire in modo definitivo qual è la normativa rispetto alla materia degli affidamenti che noi dobbiamo prevedere. Questa iniziativa della Commissione si inserisce in una fase estremamente delicata e controversa del dibattito nazionale sui servizi pubblici, infatti oggi le aziende operano in un quadro normativo incerto e confuso. L'attuale normativa nazionale, l'articolo 35, che manca del suo regolamento attuativo è stata poi parzialmente modificata al Senato attraverso l'inserimento di un articolo all'interno della Legge di Delega Ambientale che è stata approvata al Senato e che ora è in discussione alla Camera in Commissione Ambiente. Quindi la presenza dell'Avvocato Bona Galvagno ci aiuta anche ad avere notizie più aggiornate sui processi che stanno andando avanti. L'articolo 35 è stato contestato dal basso, con il ricorso che le Regioni hanno fatto un anno e mezzo fa, e dall'alto con la minacciata procedura di infrazione da parte della Commissione che ha fatto poi prendere l'iniziativa al Governo di modificare la situazione di stasi seguita all'approvazione dell'articolo 35. Nello stesso tempo alcune regioni stanno approvando leggi proprie; il già citato Titolo V modificato della Costituzione, ha dato avvio infatti a leggi organiche o leggi di settore, che le regioni stanno approvando: la Lombardia, l'Emilia Romagna l'hanno già fatto, e anche la Toscana, sostanzialmente dopo i passaggi fatti al tavolo di concertazione a luglio, discuterà la proposta di Legge in Giunta entro il mese di ottobre per poi iniziare l'iter in Consiglio. Anche noi, in Toscana, abbiamo voluto uscire da questo quadro di incertezza normativa. Restano per fortuna i riferimenti comunitari, poiché il Green Paper è uno strumento di orientamento sul quale costruire i provvedimenti legislativi. I riferimenti comunitari restano però ancora confusi per quanto ci riguarda non esistendo direttive in materia di servizi. I motivi del conflitto riguardano sostanzialmente due aspetti: la competenza, fatta propria dalle Regioni che hanno ricorso alla Corte Costituzionale, e la concorrenza perché i limiti dell'affidamento diretto, l'obbligo delle gare, non sono sanciti da nessuna Direttiva, c'è solo un orientamento della Commissione, che potrebbe in qualche modo essere posto alla base delle normative nazionali e regionali, e infatti proprio su questa si sta provando a modificare l'articolo 35, rendendolo anche compatibile con la Legge Regionale in Toscana. Provo adesso a riassumere questo aspetto della concorrenza, chiedendo all'Avvocato Bona Galvagno di seguirmi con attenzione; il Green Paper sembra prevedere su questo tre punti.

Primo il riconoscimento della possibilità di affidamento in house, con limiti di attività imprenditoriali per le aziende che operano in questo settore; a noi non convince questo tipo di approccio, che si sta affermando e che comunque è prerogativa dei Comuni applicare o meno.

Secondo riguarda la questione su cui vorremmo che si concretizzasse anche l'orientamento della Direttiva della Commissione e del Governo Italiano, cioè la possibilità di affidamento diretto ad aziende pubbliche purché queste procedano ad una gara ad evidenza pubblica per la scelta del partner per quote rilevanti, o decidano la quotazione in borsa. Nell'ambito delle concessioni questa strada è quella percorribile e verso questa sta andando l'orientamento della Commissione, e del Governo. **L'ultimo punto** è quello dell'affidamento tramite gara per la concessione con la procedura tutta ad evidenza pubblica. Su questo la Commissione ha proposto una classificazione interessante, anche se per certi versi incompleta, che può essere riassunta secondo lo schema 1, che riassume le tipologie di servizi dividendoli in servizi di interesse economico generale forniti dai grandi gruppi industriali: in cui si inseriscono le telecomunicazioni, l'elettricità, il gas, il trasporto, intendendo la grande viabilità, l'aereo, il marittimo. Su questo ci sono direttive specifiche dell'Unione Europea e su questo le leggi come è già avvenuto in Italia, recepiscono quelle che sono le direttive comunitarie.

Il terzo gruppo, comprendente i servizi privi di rilevanza economica e privi di effetti sugli scambi, presenta una novità rispetto all'orientamento che la Commissione aveva avuto; i servizi non sono definiti ma sostanzialmente sono tutti quelli che riguardano i servizi sociali, culturali, il welfare in generale, che non sono regolati da direttive specifiche dell'Unione Europea e non sono sottoposte alle regole del mercato interno, quindi per fare un esempio, un comune affida il servizio della biblioteca comunale in modo diretto senza fare gare o lo gestisce per conto proprio attraverso una sua società. Quindi questo è il punto rilevante, perché qui vi è un orientamento nuovo, il Green Paper ci dà in elemento in più rispetto a prima ed anche più chiaro. Sul secondo punto invece i servizi di interesse economico generale, cioè quelli che riguardano i rifiuti, l'acqua, le televisioni, che non sono regolati da direttive specifiche dell'Unione Europea ma sottoposte, dice il Green Paper, solo alle regole del mercato interno. Su questi servizi si sono creati i contenziosi, e su questi noi dovremmo chiarire anche perché grande è la disomogeneità a livello europeo ed anche le posizioni che ci sono, per esempio la Germania o la Francia già criticano il Green Paper e la possibilità di classificazione attraverso le famiglie. Questo ci fa capire come in questi settori, restando ancora una tale situazione di conflittualità a livello europeo, tra gli Stati, tra le aziende stesse tra l'altro, questo passaggio è veramente complicato e difficile.

Schema 1

Tipologie di servizi	Servizi inclusi nella tipologia	Normativa comunitaria
Servizi di interesse economico generale forniti da gruppi industriali	Telecomunicazioni, elettricità, gas, trasporto	Regolati da direttive specifiche della UE
Altri servizi di interesse economico generale	Gestione dei rifiuti, servizi idrico e televisioni	Non regolati da direttive specifiche della UE, ma sottoposti alle regole del mercato interno
Servizi privi di rilevanza economica e privi di effetti sugli scambi	Non definiti	Non regolati da direttive specifiche della UE e non sottoposti alle regole del mercato interno

Come Cispel Confservizi Toscana, auspichiamo che nel passaggio dal Green Paper alla Direttiva Comunitaria, si possa non solo classificare le famiglie, le tipologie dei servizi, ma anche definire, classificare le forme di affidamento possibili nelle quali e sulle quali, poi ogni Stato costruisce la sua particolarità di affidamento del servizio.

Nello schema 2 è illustrata la colonna aggiuntiva che ricapitola per i servizi di interesse economico generali fornite da grandi gruppi industriali le due possibilità: la prima è quella della gara per la concessione, la seconda quella dell'affidamento diretto con gara per il partner o la quotazione in borsa rispetto alle direttive che ci sono.

Sul secondo invece le tre possibilità: la gestione in house, che è l'orientamento che sembra prevalere, la gara per la concessione del 100% del servizio, l'affidamento diretto in una gara per il partner o la quotazione in borsa. Questo è ciò che possiamo chiedere alla Commissione, potremmo chiedere in una discussione più avanzata del Green Paper, quando si parlerà di approvare la Direttiva, che in qualche modo manca e che vorremmo prevedere. Ricapitolando, mi sembra opportuno centrare il dibattito su questi tre punti: è ormai assodato che nei settori regolamentati da direttive specifiche sulla questione del mercato, queste sono senz'altro applicate, nei settori a rilevanza economica non regolamentati da direttive, si usano le tre modalità ricordate prima, nei settori privi di rilevanza industriale non si applicano norme in materia di concorrenza ed ogni Comune può affidare o gestire in proprio il servizio in modo diretto.

Schema 2

Tipologie di servizi	Servizi inclusi nella tipologia	Normativa comunitaria	Forme di affidamento
Servizi di interesse economico generale forniti da gruppi industriali	Telecomunicazioni, elettricità gas, trasporto non locali	Quella prevista dalle Direttive di settore	Per le attività non liberalizzate in concessione. .Gara per la concessione .Affidamento diretto con gara per il partner o quotazione in Borsa
Altri servizi di interesse economico generale	Gestione dei rifiuti, servizi idrico, trasporto pubblico locale		Per le concessioni: .Gestione in house .Gara per la concessione .Affidamento diretto con gara per il partner o quotazione in Borsa
Servizi privi di rilevanza economica e privi di effetti sugli scambi	Servizi culturali e socioassistenziali, edilizia residenziale, etc		Secondo modalità decise autonomamente dagli Stati membri e senza l'obbligo di utilizzare la Direttiva servizi

Federico Bona Galvagno

Vi ringrazio per l'invito, che ho accolto con molto piacere, anche perché in occasione dei vari seminari tecnici sull'argomento ho avuto modo di notare che le Regioni stanno intervenendo con normative regionali in materia verso le quali esprimo una certa soddisfazione in quanto, salvo qualche piccola modifica da apportare, sono coerenti con l'orientamento attuale del Governo, concordato con la Commissione Europea. Vorrei fare un po' di cronistoria. Sono all'Ufficio Legislativo della Presidenza del Consiglio, Dipartimento per le politiche comunitarie dal 1999, come Vice Capo dell'Ufficio Legislativo prima ed ora, negli ultimi due anni, quale Capo dell'Ufficio Legislativo. Il primo argomento con cui mi sono dovuto scontrare, nelle mie dette funzioni, è stato nel 1999 la procedura di infrazione in materia di servizi pubblici locali aperta dalla Commissione europea in quell'anno. Come sapete esistono, nella sostanza, due contrapposte scuole di pensiero che si ritrovano esattamente identiche tanto nel passato Governo di centrosinistra che nel Governo di centrodestra attuale. La prima vorrebbe che tutti i servizi pubblici locali siano affidati mediante gare alle imprese private, sulla base dell'assunto che tale sistema di affidamento e gestione consenta di autoregolare le criticità proprie dei servizi pubblici garantendo, attraverso i meccanismi del libero mercato, un miglioramento dei servizi ed un abbassamento delle tariffe. A questa scuola si contrappone il diverso orientamento di chi sostiene che, trattandosi di servizi "pubblici" locali, occorre salvaguardare un sistema di affidamento e gestione degli stessi che comunque contempli la presenza di soggetti aventi natura sostanzialmente pubblicistica. Personalmente, conoscendo questa contrapposizione tra le due diverse posizioni presenti nelle due coalizioni di governo – centro destra e centro sinistra - per le quali ho lavorato, mi sono reso conto che l'unica possibilità di riuscire a portare avanti una norma tecnica che ottenesse l'approvazione di tutta la coalizione di Governo e quindi dal Parlamento, consentendo al Governo di chiudere la procedura di infrazione in corso con la Commissione europea, era quella di riuscire a convincere la stessa Commissione della possibilità di costruire un modello di società mista che risulti compatibile con le norme del Trattato in materia di rispetto della concorrenza e non discriminazione tra gli operatori del settore. Una sostanziale apertura della Commissione europea nei confronti del sistema delle società miste, quale modello di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali compatibile con i principi del Trattato in materia di concorrenza e non discriminazione tra gli operatori del settore, l'ho potuta constatare nel gennaio del 2003 quando, nel corso di una c.d. "riunione pacchetto" il Capo Unità della D.G. Mercato interno, trattando il caso di un affidamento diretto da parte di un Comune, disse "ma qui bisogna vedere se effettivamente è legittimo o è illegittimo l'affidamento diretto in esame perché, a monte, la scelta del socio è stata fatta con procedura di evidenza pubblica". Constatata l'apertura della Commissione a questa soluzione che avevamo tentato di sostenere già dal 2000 con scarso successo, ho suggerito al Ministro per le politiche comunitarie, On.le Prof. Rocco Buttiglione, di chiedere l'autorizzazione al Consiglio dei Ministri a predisporre, in sostanziale accordo con la Commissione europea, un documento di lavoro propedeutico a sbloccare e sanare la procedura di

infrazione, da sottoporre successivamente all'approvazione dello stesso Consiglio dei Ministri. Il Consiglio dei Ministri del 28 marzo del 2003 ha, quindi, dato mandato al Ministro Buttiglione di predisporre questo documento allo scopo di risolvere la procedura di infrazione in corso. Vorrei ricordare, per inciso, che le procedure di infrazione partono con un primo atto formale, che consiste in una lettera con la quale la Commissione chiede chiarimenti su norme dello Stato membro sospettate di essere in contrasto con principi o norme comunitarie. Tale primo atto, che fa attribuire un numero alla procedura di pre – contenzioso, si chiama lettera di messa in mora. La procedura è del 1999 ed oggi siamo ancora ad una lettera di messa in mora sia, pure reiterata in conseguenza dell'avvenuta modifica legislativa nel frattempo intervenuta con l'approvazione dell'articolo 35 della legge n. 448 del 2001. Come ex avvocato mi permetto di sottolineare la mia soddisfazione nell'essere riuscito ad ottenere questo risultato, perché fino a quando rimaniamo nell'alveo della lettera di messa in mora abbiamo più margini di manovra nell'andare poi a concordare i necessari interventi correttivi della normativa nazionale con la Commissione. Infatti, nel momento in cui la Commissione trasforma la lettera di messa in mora in parere motivato non ritenendo sufficienti i chiarimenti forniti fino a quel punto dallo Stato membro, cristallizza i propri rilievi, imponendo, spesso, una determinata scelta allo Stato membro per la soluzione della procedura di infrazione sotto minaccia di ricorso alla Corte del Lussemburgo.

Su questa delicata ed importante materia abbiamo continui incontri e trattative con la Commissione europea: per ultimo, ad esempio, abbiamo avuto una riunione, tre giorni addietro, dove abbiamo discusso anche della Legge Regionale dell'Emilia Romagna perché presenta alcuni profili che dovranno essere modificati apparendo in contrasto con principi comunitari.

Dunque, riprendendo il discorso, a marzo il Consiglio dei Ministri ha dato mandato al Ministro Buttiglione per elaborare una norma tecnica che consentisse di chiudere la procedura di infrazione. Il Ministro Buttiglione, a sua volta, mi ha incaricato di predisporre il documento tecnico idoneo a raggiungere il risultato, approvato nelle riunioni del Consiglio dei Ministri del 4 ed 11 aprile 2003 (perché nella prima riunione mancava il Ministro Bossi) .

Nel documento che ho messo a punto, la filosofia che ci ha guidati è stata quella di capire cosa chiedeva il settore. In più occasioni ho registrato la difficoltà da parte degli operatori in assenza di un quadro normativo certo di riferimento. Gestire i servizi pubblici significa, infatti, fare investimenti anche di notevole portata, e se l'operatore che è chiamato a fare tali investimenti non è sicuro che l'affidamento di quel servizio a suo favore sia legittimo e quindi che non corre il rischio che qualcuno possa impugnarlo e farlo cadere, è in una situazione di incertezza che ne paralizza di fatto l'azione.

Questa incertezza è evidente che non contribuisce al corretto funzionamento del mercato dei servizi pubblici. Inoltre vi è la richiesta delle stazioni appaltanti, che sono, di fatto, i Comuni, di poter contare su un quadro normativo che contenga una disciplina legittima sulle modalità per effettuare gli affidamenti in modo da essere a loro volta garantiti sulla correttezza del proprio operato. L'attuale formulazione dell'art. 35 della legge finanziaria del 2001, infatti, presenta, come noto, profili di criticità quanto alla legittimità delle modalità di affidamento che disciplina.

Nel predisporre la norma tecnica, si è pensato che il migliore risultato fosse quello di contemplare tutti i possibili sistemi di affidamento dei servizi pubblici locali che siano legittimi sotto il profilo interno e comunitario, lasciando poi

alla "autonomia" della stazione appaltante e cioè, in pratica, ai Comuni – quali titolari del servizio – la scelta del modello di gestione che ritengano, caso per caso, più coerente con la realtà socio economica locale, nel pieno rispetto dei principi di sussidiarietà, verticale ed orizzontale, delle norme del Trattato e della Costituzione.

Occorre essere molto attenti al fatto che la disciplina di questo settore deve essere adeguata anche alla nuovo sistema di riparto delle competenze tra Stato e Regioni delineato dall'art. 117 della Costituzione come modificato dalla Legge costituzionale n. 3 del 2001. Qui ritengo che non vi siano stati ancora i dovuti approfondimenti e confronti sul tema ma quello che sicuramente non può essere oggetto di contestazione è che allo Stato è sicuramente rimasta la competenza in materia di "tutela della concorrenza".

Chiaramente il mandato ricevuto dal Consiglio dei Ministri a nome del Governo non comprendeva la disciplina dei singoli settori nei quali incidono i servizi pubblici locali e, devo aggiungere, "per fortuna", in quanto come giurista, avrei seri dubbi nel sostenere che la materia sia rimasta di competenza statale.

Dovendomi occupare, pertanto, del solo profilo della disciplina necessaria a garantire una corretta tutela della concorrenza, per dare strumenti operativi legittimi alle stazioni appaltanti, ho provveduto a fare una ricognizione dei metodi utilizzati sia in Italia che negli altri Stati membri al fine di individuare quali metodi possano ritenersi legittimi per l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali. All'esito di tale ricognizione è risultato che tali modelli risultano essere quattro, ed in particolare:

1. la stazione appaltante, sicuramente nell'ipotesi in cui il servizio pubblico non ha rilevanza economica (essendo in questi casi inutile fare una gara, perché fare una gara è costoso e nessuno parteciperebbe ad essa se non ha la possibilità di ricavarne un utile), decide di gestire il servizio al suo interno utilizzando gli strumenti autoritativi del diritto amministrativo. L' esempio può essere quello di un Comune che decide di acquistare uno scuola-bus e di farlo guidare da un dipendente del Comune per risolvere il problema degli studenti da accompagnare alla scuola dell'obbligo.

Nessuno potrà mai sollevare dubbi di illegittimità né comunitaria né nazionale per violazione dei principi di concorrenza e non discriminazione. Tale modello è insito nel sistema, e non necessita pertanto di una apposita previsione normativa con riferimento ai servizi pubblici locali.

2. Con il secondo sistema, che può considerarsi un sotto sistema rispetto al precedente, la stazione appaltante decide di creare un ente di diritto privato per avvantaggiarsi della possibilità di utilizzare lo strumento del diritto civile, più duttile e flessibile alle esigenze del mercato, per gestire sempre in maniera diretta quel determinato pubblico servizio di cui ha la titolarità a monte. La gestione di quell'ente diventa così più snella, più veloce, più efficace e si sburocratizza, pur mantenendo nel settore pubblico il totale controllo sulla gestione di quel determinato servizio pubblico nel territorio di competenza. L'orientamento della Commissione europea e della Corte di giustizia del Lussemburgo sulla possibilità di utilizzare questo metodo di gestione, cioè sulla possibilità che un Ente pubblico crei una società di natura privatistica e gli affidi direttamente la gestione dei servizi senza procedura di gara, è positivo. Occorre però subito chiarire, che un ufficio della pubblica amministrazione può considerarsi pubblico, anche quando formalmente ha la veste di una società di capitali, solo ed esclusivamente allorchè la stazione appaltante eserciti un controllo equivalente, ai fini degli effetti pratici, a quello che

la stessa esercita sui propri uffici. Nella famosa sentenza Teckal, che deve essere considerata la bussola che indica la strada da percorrere se si intende seguire la strada del c.d. "affidamento in house", è previsto che il controllo della stazione appaltante deve essere un controllo gestionale e finanziario stringente. Non è, invece, espressamente previsto che a tale scopo il capitale debba essere integralmente pubblico. Noi abbiamo ritenuto di aggiungere quest'ulteriore elemento perché laddove il capitale non è integralmente pubblico significa, ovviamente, che si è di fronte ad una società mista di capitale pubblico – privato. Poiché le modalità di affidamento a tale società dei servizi pubblici locali sono oggetto di specifica disciplina, concordata con la Commissione europea, è ovvio che in questi casi si applica tale disciplina e non sia consentito il ricorso alla diversa modalità di affidamento di cui stiamo parlando. D'altra parte, francamente, al fine di garantire quell'equiparazione della società ad un ufficio pubblico che è necessaria per la legittimità dell'affidamento diretto a suo favore mi risulta difficile sostenere l'esistenza nel nostro sistema di uffici pubblici in cui vi siano soggetti privati ad occuparsi della gestione di servizi e funzioni di loro competenza. Se quella società deve considerarsi ad ogni effetto null'altro che un ufficio pubblico, sia pure costruito in forma societaria di diritto privato, mi pare difficilmente discutibile che l'affidamento in house deve essere fatto solo ed esclusivamente a favore di una società che sia di integrale capitale pubblico. Integrale capitale pubblico non significa che si debba trattare di società il cui capitale sia di proprietà di un unico ente pubblico, in quanto il capitale può essere detenuto anche da una pluralità di soggetti pubblici diversi (basta pensare ad un consorzio di Comuni). In Francia, ad esempio, il sistema più utilizzato per la gestione del servizio idrico è proprio quello del consorzio dei comuni insistenti nell'Ato, controllati da un altro soggetto pubblico che da noi può essere rappresentato dal Presidente della Provincia.

Personalmente ho fatto presente, ai funzionari della Commissione europea, che ben poteva essere lecito anche in Italia un sistema "tipo quello francese", dove alcuni Comuni si consorziavano, l'affidamento avveniva direttamente e il controllo era esercitato da un organo pubblico sovraordinato, ad esempio, il Presidente della Provincia. L'unico profilo di eventuale difficoltà per la Commissione europea è solo quello di individuare in maniera coerente ai principi della sentenza Teckal l'organo pubblico che deve avere sulla società l'effettivo controllo stringente finanziario e gestionale sull'intero sistema. Ma questo deve essere fatto, caso per caso, analizzando statuto e quant'altro necessario per una corretta valutazione a tale fine.

Questo requisito, mi permetto di sottolineare, pare trascurato nella bozza di Legge Regionale Toscana, che non prevede espressamente il controllo analogo a quello che la stazione appaltante ha di norma sui propri servizi ed uffici. L'importanza del corretto e puntuale rispetto di tutti i requisiti che il diritto comunitario richiede per poter considerare legittimo l'affidamento c.d. in house discende dal fatto che deve essere ben chiaro a tutti che tale affidamento non è la regola nel diritto comunitario ma è l'eccezione.

Pertanto, ne deriva che per essere considerato legittimo devono essere rigorosamente rispettati tutti i "paletti" indicati sia nella famosa sentenza Teckal che nella Comunicazione interpretativa della Commissione europea, interpretati in modo se mai restrittivo ma non certo estensivo od analogico. Questo modello di affidamento – gestione, normalmente dovrebbe essere scelto dalle stazioni appaltanti solo quando ritengano opportuno seguire questo metodo per essere in grado di garantire ai propri cittadini migliori

servizi a tariffe più basse, ove ne ricorrano le necessarie condizioni. Se da un lato si può sostenere che essendo eliminato o comunque attenuato il fine di lucro, gli enti pubblici che partecipano a questa società potrebbero essere in grado di garantire una miglior tariffazione, ciò può essere vero, nella maggior parte dei casi, laddove non c'è bisogno di quel know how industriale di gestione del servizio, che normalmente è necessario per i servizi più complessi e che potrebbe essere fornito da una società privata operante nel settore e non in possesso dell'ente pubblico locale. Laddove è necessaria, o comunque opportuna, la partecipazione di un partner privato o la totale gestione da parte di un privato che ha il necessario know how ed una maggiore capacità imprenditoriale ed organizzativa, ovviamente i modelli gestionali cui il Comune potrà far ricorso saranno i due modelli successivi dell'affidamento a società di capitali mista ovvero a privati mediante l'espletamento di gare riservate agli stessi in quanto solo attraverso tali modelli sarà in grado di garantire il raggiungimento di quell'obiettivo di fornire ai cittadini un miglior servizio ad una tariffazione più bassa.

Proprio per questi motivi, a mio parere, la scelta sul modello di affidamento ritenuto il migliore deve essere lasciata alla stazione appaltante che è l'unica a poter concretamente valutare, caso per caso, quale può essere la soluzione più idonea per la corretta gestione di quel particolare servizio pubblico tenuto conto del reale tessuto socio economico. Ogni scelta imposta a monte in via generale ed astratta potrebbe, infatti, nell'applicazione concreta risultare inadeguata per quella singola situazione particolare ed ingessare inopportuno il sistema che deve risultare flessibile.

3. Il terzo modello è quello pacifico per tutti: si mette a gara l'affidamento della gestione del servizio tra i privati e vinca la società migliore, quella che fa la migliore offerta. In questo caso la stazione appaltante prima di fare la gara deve preparare con molta attenzione il capitolato, e cioè un contratto di servizio nel quale disciplinare con accuratezza le modalità con le quali dovrà essere gestito il servizio e la tariffazione al fine di evitare che le bollette aumentino a dismisura senza alcun miglioramento del servizio ed a scapito dell'inflazione. Per questo può risultare utile l'intervento di organi sovraordinati, quale ad esempio la Regione, che metta a punto e sia in grado di fornire schemi di capitolati per le gare nei vari settori che siano complessi e puntuali, per aiutare anche i piccoli comuni, dove manca spesso da parte del Sindaco la conoscenza giuridica necessaria ad evitare il rischio di affidare servizi senza idonee garanzie sulla sua corretta gestione e sulla tariffazione.

4. Quanto al modello che prevede la possibilità di affidamento dei servizi pubblici locali a società miste pubblico - privato, una considerazione preliminare appare opportuna: il modello della società mista ben può rappresentare, ed anzi ha rappresentato già oggi in Italia, una valida alternativa all'affidamento dei servizi ai privati mediante gare coniugando, se correttamente applicato, il buono di entrambi i sistemi dell'affidamento al pubblico e dell'affidamento ai privati. Il frequente ricorso a questo modello da parte degli enti locali italiani è comprensibile se si pensa che normalmente il cittadino, in presenza di un disservizio, come la mancanza di acqua potabile nella sua abitazione, non se la prende con l'Amministratore Delegato della società che gestisce il servizio idrico, che spesso non sa minimamente chi sia, ma se la prende con il proprio Sindaco il quale, conseguentemente, ha tutto l'interesse a garantirsi che i servizi del proprio Comune funzionino in maniera ottimale. Il modello misto, dicevo, presenta proprio questi vantaggi:

da un lato, consente i vantaggi della gestione attraverso società private che sono in possesso di quelle conoscenze, capacità industriali e capitali per gestire al meglio quel servizio; dall'altro presenta il vantaggio di consentire all'ente pubblico, originario titolare di quel servizio, di esercitare un controllo sulla società e su come vengono gestiti quei servizi dall'interno della società stessa. Il Comune è dentro quella società e quindi la può controllare molto di più di quanto potrebbe fare, in base ad un capitolato magari scritto male prima della gara e che non può più essere modificato dopo l'aggiudicazione.

Se dunque questo modello è stato molto apprezzato fino ad oggi in Italia è perché ha rappresentato il giusto compromesso tra un'apertura al mercato dei servizi pubblici e la possibilità di mantenere da parte della stazione appaltante un controllo più stringente sul loro funzionamento operando dall'interno della società stessa. Il problema che andava risolto, alla luce delle contestazioni comunitarie al modello italiano, era quello di trovare il modo che consentisse di garantire il pieno rispetto dei principi e delle normative comunitarie in materia di concorrenza e non discriminazione.

Per ottenere questo risultato siamo riusciti a convincere la Commissione europea che il nostro sistema, laddove prevede obbligatoriamente che la scelta del socio privato avvenga mediante il ricorso a gare, se unito ad altri elementi da introdurre obbligatoriamente nel bando per tale scelta, rappresenta un sistema perfettamente compatibile con il diritto comunitario. In questo modello, infatti, il momento del rispetto dei principi e delle norme in materia di concorrenza e non discriminazione è anticipato al momento dello svolgimento della gara per la scelta del socio privato. E' in quel momento che tutti i privati che operano nel settore vengono messi sullo stesso piano in quanto sono nella possibilità, leggendo il bando di gara, di conoscere tutti gli elementi ad essi necessari per avanzare le proprie offerte valutando compiutamente la reale ed effettiva appetibilità o meno della possibilità offerta ad essi di entrare a far parte di quella società in parternariato con il soggetto pubblico. Certo, per garantire l'effettiva anticipazione della concorrenza i bandi dovranno essere fatti in maniera seria e completa ed a tale fine stiamo mettendo a punto con la Commissione europea gli elementi che necessariamente dovranno essere in essi inseriti.

Nel documento approvato dal Consiglio dei Ministri ad aprile di quest'anno sono stati, quindi, disegnati questi quattro modelli ai quali possono ricorrere le stazioni appaltanti per l'affidamento o la gestione di un servizio pubblico locale.

Il punto più delicato che richiede una disciplina più dettagliata è quello relativo all'individuazione degli elementi da indicare necessariamente nel bando per la costituzione delle società miste perché, come ho detto, non basta solo la scelta del socio tramite gara ad evidenza pubblica, ma il bando di gara deve essere idoneo con il proprio contenuto a garantire l'effettivo rispetto della concorrenza tra tutti gli operatori del settore: quale tipo di servizio viene affidato in gestione alla costituenda società, quanto dura questo affidamento, cosa succede quando scade il termine dell'affidamento alla società mista. A questo proposito dovranno, ad esempio, essere stabiliti criteri congrui ed equi ai fini di consentire una corretta valutazione della quota che il socio privato dovrà eventualmente restituire all'Ente pubblico una volta terminato l'affidamento del servizio se la società non avrà più ragione di esistere cessato l'affidamento in quanto ha svolto solo quell'attività. Al termine dell'affidamento, infatti, l'Ente pubblico si troverà nuovamente ad essere

titolare del servizio ed a dover decidere nuovamente sulla sua gestione ritrovandosi nuovamente a poter decidere sulla base dei quattro modelli che abbiamo disegnato.

Potrà rimettere nuovamente in gara la stessa quota, una quota minore o maggiore; potrà decidere che l'esperienza con il privato non ha fornito gli esiti sperati, e decidere di gestirlo direttamente in house; oppure, valutando positivamente l'operato del privato, decidere di assegnarlo totalmente in concessione a privati mediante espletamento di gare.

Questo modello, sul quale è stata riscontrata la sostanziale apertura della Commissione può ben funzionare e garantire il rispetto delle norme comunitarie e la Commissione lo ha apprezzato come dimostra il fatto che sta studiando in un libro verde la possibilità di intervenire a livello dell'Unione europea per dettare norme specifiche per la disciplina delle società miste.

Non bisogna dimenticare che, da un punto di vista strategico-politico, l'Italia ha dovuto fronteggiare il problema del nanismo delle imprese italiane rispetto alle imprese degli altri Stati membri nel settore dei servizi pubblici locali. Il Governo Italiano, pertanto, ha sempre cercato di dare tempo alle imprese italiane affinché le stesse potessero strutturarsi meglio mediante aggregazioni che consentissero loro di competere con le società straniere, ed è riuscita così ad ottenere un regime transitorio fino al 31 dicembre 2006. Questa però è la scadenza massima che la Commissione europea ci ha concesso e, francamente, non ritengo che sia poco visto che si tratta di una proroga rispetto ad affidamenti illegittimi che, pertanto, in quanto tali dovrebbero essere immediatamente eliminati dall'ordinamento giuridico. Per questo, mi auguro che le legislazioni regionali, coerentemente con quanto informalmente "negoziato" con la Commissione europea, stabiliscano che la data massima del periodo transitorio in materia di servizi pubblici locali sia quella del 31 dicembre 2006.

In conclusione, vorrei quindi richiamare l'attenzione sui due punti chiave di questa riforma dei servizi pubblici locali:

1. l'intenzione del Governo è stata quella di disciplinare con questo intervento normativo di riforma la sola tutela della concorrenza, la cui competenza è ed è rimasta dello Stato anche dopo la riforma Costituzionale della legge n. 3 del 2001;
2. l'intenzione del Governo è stata quella di prevedere che le stazioni appaltanti siano i soggetti ai quali è demandata la scelta tra i modelli legittimi di affidamento e gestione, ossia tra i quattro modelli che prima vi ho indicato. Gli enti appaltanti devono poter scegliere tra questi modelli che garantiscono tutti il pieno rispetto dei principi in materia di concorrenza e, personalmente, ritengo che questo sia un enorme passo avanti della nostra disciplina in materia.

La riforma predisposta, inoltre appare del tutto neutra rispetto ad altri aspetti normativi che devono essere oggetto di specifica disciplina da parte delle normative di settore nel rispetto del nuovo sistema di riparto delle competenze che il nuovo articolo 117 della Costituzione ha imposto. Il modello messo a punto dal Governo, infine, evita di ingessare il sistema, limitandosi ad un'opera ricognitiva di tutti i modelli di gestione – affidamento legittimi sia sotto un profilo nazionale che sotto il profilo comunitario, lasciando alle stazioni appaltanti, come già detto, il compito e la responsabilità di individuare e scegliere il migliore modello idoneo a garantire ai loro cittadini servizi pubblici sempre più efficienti a tariffe eque.

A questo punto, passando all'esame della legge regionale della Toscana, in

materia di servizi pubblici locali, all'art. 9 della predetta legge occorrerebbe precisare nella definizione dell'affidamento in house che la maggior parte dell'attività dell'ente affidatario deve essere svolta a favore degli enti titolari del capitale sociale; questo è tra l'altro quello che è stato stabilito espressamente nella sentenza Teckal e nella Comunicazione interpretativa della Commissione europea. Se tale requisito non viene inserito nella norma regionale, la Commissione europea quasi sicuramente aprirà una procedura d'infrazione sostenendo che nella norma non è contenuto uno degli elementi necessari perché l'affidamento in house sia riconosciuto come legittimo.

Un'altra piccola annotazione necessaria è che nell'art. 35 è stata espunta la distinzione tra servizi pubblici a rilevanza "industriale" e "non industriale", come pure nel Testo Unico degli Enti Locali: sarebbe pertanto coerente che fosse eliminata anche nelle legislazioni regionali.

Nell'art. 5, che riguarda la gestione della rete non è compresa la possibilità della società mista, che è meglio mantenere.

Nell'art. 7 si prevede che la scelta del soggetto avvenga con l'espletamento di gare ma, anche per uniformità, dovrebbero essere sanciti i tre modelli a meno che la Regione non ritenga di voler andare nella direzione della "liberalizzazione" di tale tipo di servizio pubblico locale e ritenga che tale materia rientri tra quelle di competenza regionale e non statale.

Argomento quest'ultimo non ancora sufficientemente approfondito e studiato sia a livello centrale che regionale. È vero, poi, che negli articoli 8 e 9, sono previsti gli altri due sistemi ma, semmai, inserirei i tre modelli in una norma iniziale a carattere generale e poi nei successivi articoli scenderei nella disciplina di dettaglio di come si espleta ogni modalità.

L'art. 9 contiene un dubbio interpretativo nel comma 1 perché sembrerebbe distinguere tra le società interamente partecipate da enti pubblici e organismi che devono avere le caratteristiche di cui la comma 2, che certamente devono avere anche i primi, poiché sono i requisiti fondamentali per un affidamento in house; semmai occorre alla fine del comma 2 aggiungere che "lo svolgimento della parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti che la controllano.

Un altro dubbio interpretativo riguarda l'art. 16, comma 2, dove per il servizio idrico integrato sembra escludere la possibilità di andare a gara tra società private. Inserire in una Legge Regionale che l'unica procedura esclusa è quella delle gare tra privati lo reputo illegittimo oltre che inopportuno, se non altro per il fatto che a livello comunitario la regola sarebbe quella di fare le gare e questa è l'unica legge regionale che nella disciplina di un singolo settore esclude tale possibilità.

Inoltre, per il comma 1 dell'art. 17 sembra che sia sufficiente individuare il socio privato con procedura ad evidenza pubblica, questa precisazione mi sembra ovvia e quindi superflua perché se così non fosse si andrebbe in contrasto non con la norma comunitaria ma con quella nazionale; bisognerebbe, piuttosto, inserire tutti gli elementi chiave del bando di gara, che tutelano il rispetto degli articoli del trattato in materia di concorrenza.

Per quanto riguarda l'art. 18, devo ammettere che ho seri dubbi di legittimità, ma soprattutto di opportunità. Dare un affidamento per 25 anni mi sembra rischioso perché è così lungo da rendere inefficace il controllo su una buona ed efficiente gestione.

Poi l'art. 21 parla di affidamento del servizio. Come ricordavo prima, sarebbe necessario inserire le tre possibilità senza escludere la gestione in house, che potrebbe essere adatta per alcune realtà a meno che non ci si voglia

muovere in una direzione di "liberalizzazione" nei cui confronti richiamo le osservazioni già svolte prima.

Inoltre, nella norma in materia di gestione in economia si stabilisce che tali gestioni cessino entro 23 mesi, qui chiaramente è riferito ai servizi industriali, ma se verrà tolta la distinzione tra servizi industriali e non industriali, qui si dovrà specificare che questi 23 mesi sono riferiti alle gestioni di servizi di rilevanza economica.

Mi preme, infine, sottolineare che la Commissione europea parte ormai prevenuta nei confronti dell'Italia e, quindi, inserirei che tutti gli affidamenti illegittimi sotto il profilo comunitario dovranno cessare entro e non oltre la data del 31 dicembre 2006.

Sabina Armati

Buongiorno. Intendo illustrare brevemente quali siano le finalità e le modalità della vigilanza che la Commissione svolge nei confronti dell'applicazione delle norme comunitarie in materia di appalti e concessioni e quindi anche di servizi pubblici. La vigilanza è un potere-dovere della Commissione, che è guardiana dei trattati. Il Consigliere Bona Galvagno ha già illustrato le fasi della procedura di infrazione, che è, appunto, lo strumento principale che la Commissione ha per svolgere la sua opera di vigilanza nei confronti degli Stati membri. Vorrei solo precisare due punti: primo è che le procedure di infrazione vengono avviate dalla Commissione sempre nei confronti dello Stato membro, quindi il referente della Commissione nel suo dialogo è il Governo nazionale; secondo l'opera di vigilanza della Commissione si esercita, soprattutto, sulla base di segnalazioni e quindi il fatto che la Commissione usi pesi e misure diverse tra uno Stato e l'altro, dipende non da motivi politici o altro, ma spesso da altri fattori, come il momento in cui riceve, se riceve, una segnalazione. In realtà la Commissione quando riceve una segnalazione - che può essere inoltrata da qualsiasi privato cittadino, da qualsiasi ente, da una società o anche da uno Stato membro, senza particolari formalità - è tenuta a verificare la verosimiglianza dell'infrazione segnalata, in caso positivo è tenuta ad aprire un procedimento. Il procedimento si svolge dapprima attraverso una fase informale, non contenziosa, che consiste nella richiesta di informazioni allo Stato membro coinvolto e nella valutazione delle risposte. Se le risposte non sono soddisfacenti l'infrazione viene qualificata giuridicamente, anche se non cristallizzata, attraverso una lettera di costituzione in mora, che invita lo Stato membro a presentare le proprie osservazioni. Da ultimo, se l'infrazione non è motivata da argomentazioni accettabili, si apre la fase del parere motivato, che invece è l'avvio della procedura formale, in quanto la non ottemperanza dello Stato membro al parere motivato può condurre la Commissione ad adire alla Corte di giustizia con il procedimento di cui all'articolo 226 del trattato, per inadempimento agli obblighi incombenti allo Stato in virtù del Trattato.

Volevo sottolineare che in ogni fase della procedura c'è un certo margine di negoziato tra la Commissione e lo Stato membro, ma è anche vero, per quanto riguarda almeno le fasi formali, la Commissione è tenuta ad argomentare giuridicamente, in modo solido, qualsiasi passo nella procedura, per cui l'archiviazione da un certo punto in poi non può essere operata, se non sulla base di solide argomentazioni giuridiche che devono anche passare il vaglio non solo del servizio giuridico della Commissione, ma anche del Parlamento europeo (attraverso le interrogazioni parlamentari) e che, talvolta, comportano anche il coinvolgimento dell'Ombudsman (il Mediatore europeo) cioè del garante dei cittadini. Per quanto riguarda l'oggetto della vigilanza svolta dalla Commissione, vorrei fare una piccola puntualizzazione sicuramente sottintesa negli interventi precedenti: la distinzione tra appalti e concessioni. Questa distinzione è particolarmente importante per i servizi pubblici in quanto proprio questi servizi sono, nella maggior parte dei casi, affidati in concessione e non già in appalto. Questo non avviene per la totalità dei casi, per esempio, per quanto riguarda il servizio di trattamento dei rifiuti solidi urbani, spesso si ha un vero e proprio appalto. Allora che cos'è

che distingue la concessione dall'appalto? Per quanto riguarda la Commissione, il concetto di concessione è chiaramente una nozione di diritto comunitario, quindi non è legata al nomen juris che può avere questo istituto nei vari Stati membri. Sappiamo che in Italia per "concessione" si intendono diversi istituti autorizzatori o concessori, non sempre coincidenti con la nozione comunitaria di concessione. La nozione comunitaria di concessione deriva dalla Direttiva 93/37/CE, che coordina le procedure di appalti pubblici di lavori; la concessione viene effettivamente disciplinata e definita come un contratto del tutto simile al contratto di appalto, quindi un contratto stipulato per iscritto, che ha per oggetto l'esecuzione di opere - ma la nozione può applicarsi anche ai servizi -, che non ha come corrispettivo un prezzo, come nell'appalto, ma il *diritto di sfruttamento dell'opera* - o del servizio -, eventualmente anche assortito di un prezzo. Mentre la concessione di lavori è disciplinata dalla direttiva sugli appalti pubblici di lavori, la concessione di servizi non trova alcun tipo di disciplina né nel trattato né nella legislazione secondaria: in particolare, non trova alcuna menzione nella direttiva 92/50/CE in materia di appalti di servizi. L'elemento distintivo enucleato dalla Commissione nella sua Comunicazione sulle concessioni (aprile 2000) è l'elemento del *trasferimento del rischio di gestione*, in quanto il concessionario deriva la sua remunerazione proprio dai canoni o dalle tariffe riscosse dagli utenti e quindi assume su di sé tutti i rischi che comporta una gestione, che può essere redditizia o meno. La comunicazione suddetta non solo ha definito meglio il concetto di concessione ma ne ha anche definito la disciplina, individuando i principi e le norme del trattato ad essa applicabili. Occorre osservare che le concessioni sono considerate come degli atti riconducibili allo Stato e nel caso di servizi a rilevanza economica, disciplinano la prestazione di attività economiche. Questo significa che le norme del trattato applicabili a tutti gli atti statuali che disciplinano attività economiche sono ad esse applicabili, quindi anche le disposizioni del trattato in materia di libera circolazione delle merci, dei servizi, in materia di libertà di stabilimento ed i connessi principi di non *discriminazione e parità di trattamento*. Corollario di questi principi è il principio di *trasparenza*, in quanto solo attraverso un'adeguata pubblicità dell'intenzione di affidare un servizio in concessione è possibile un'adeguata informazione nei confronti degli operatori economici che volessero partecipare all'attribuzione della concessione, e solo attraverso questa pubblicità è possibile vagliare se sia stato effettivamente rispettato il principio di parità di trattamento.

Un altro principio che la Commissione individua come applicabile alle concessioni, è il principio del *mutuo riconoscimento*, in particolare per quanto riguarda gli attestati sulla capacità tecnico-finanziaria dei partecipanti ed il principio di *proporzionalità* che, nel caso delle concessioni di servizi, assume particolare rilievo per quanto riguarda la durata delle concessioni stesse (pensiamo soprattutto ai servizi che richiedono investimenti importanti, dove il principio di proporzionalità vuole che la restrizione della concorrenza operata con l'affidamento della concessione non abbia una durata superiore a quella che è ragionevolmente necessaria ad ammortizzare tali investimenti e quindi a rendere "appetibile" l'esercizio del servizio stesso). Volevo ricordare quali sono, nel campo degli appalti, le infrazioni più ricorrenti. Vi sono alcuni servizi pubblici locali che vengono tuttora affidati con appalto, per cui è interessante ricordare che le infrazioni maggiormente contestate dalla Commissione sono innanzitutto:

- l'uso improprio della trattativa privata, cioè della procedura negoziata e non

proceduta da pubblicazione - spesso infatti gli Stati invocano l'effettiva urgenza ed imprevedibilità degli eventi che hanno determinato l'urgenza, a causa della quale hanno fatto ricorso a questo tipo di procedura, ma bisogna ricordare che la Commissione e la Corte sono molto severe nell'analisi dell'effettiva sussistenza di tali giustificazioni;

- un altro tipo di infrazione molto ricorrente attiene al carattere discriminatorio o sproporzionato dei criteri di selezione. Vi sono delle sentenze della Corte di Giustizia che applicano anche gli stessi principi generali che, come abbiamo visto, si applicano alle concessioni, in materia di appalti, anche laddove i comportamenti esaminati non siano sanzionati da una specifica disposizione delle Direttive. Ricordiamo, ad esempio, la sentenza *Santex*, che verteva sul diritto al ricorso, in cui la procedura di aggiudicazione oggetto del ricorso era viziata dal carattere sproporzionato dei requisiti in materia di capacità finanziaria degli appaltatori.

L'applicazione, da parte della Commissione, dei principi del trattato, che abbiamo appena menzionato, alle concessioni trova spesso dei problemi applicativi, soprattutto per quanto riguarda la sua applicabilità anche agli appalti sotto soglia perché per gli stessi motivi per cui quei principi sono applicabili alle concessioni, essi dovrebbero essere applicabili anche agli appalti sottosoglia, in quanto le norme del trattato non hanno una soglia di applicazione. Il problema in questo caso è vedere se c'è l'interesse comunitario a perseguire infrazioni in questo campo. L'interesse comunitario - per gli appalti, almeno - è "cristallizzato", quantificato nelle soglie di applicazione delle Direttive, per cui si può dire che, in linea generale, la Commissione non attaccherà gli appalti sottosoglia che non rispettano i principi del Trattato, né, probabilmente, le concessioni o gli appalti di servizi che ricadono nell'allegato I B della Direttiva Servizi, (allegato 2 del Decreto Legislativo italiano) che sono quei servizi che già il legislatore comunitario ha voluto escludere da un'applicazione stringente delle Direttive. Per la stessa ragione, anche la Commissione sarà più indulgente nell'applicazione dei principi suddetti a questo tipo di fenomeni.

Un altro problema interpretativo è legato al fenomeno dell'*in house*. Credo che per poter interpretare questo fenomeno in maniera corretta occorra partire dal principio che le Direttive in materia di appalti, così come i principi applicabili alle concessioni, si basano sulla presenza di un contratto tra l'ente appaltante ed il concessionario, o l'appaltatore. Laddove il legame tra questi due soggetti sia talmente stretto che non si può ravvisare l'incontro di due volontà distinte, non esiste nessun contratto, secondo la nozione comunitaria di contratto. È proprio da qui che bisogna partire per capire quale sia l'interpretazione che la Commissione dà di *in house*. Come è stabilito dalla Corte nella sentenza *Teckal*, la regola generale è che laddove ci siano due soggetti distinti vi è sempre un contratto e quindi si applicano le Direttive in caso di appalti (ed i principi della Comunicazione, nel caso di concessioni), tranne che nel caso in cui non si possa ravvisare una volontà distinta in capo all'ente contraente. Questo, secondo la Corte, accade solamente nel caso in cui la stazione appaltante:

- eserciti sull'altro soggetto un *controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi interni*; e,
- che questo soggetto svolga *la parte più importante delle sue attività* proprio nei confronti dell'ente o degli enti che lo controllano.

La Commissione dà un'interpretazione molto restrittiva di questi criteri. Perché il criterio del "controllo" sia soddisfatto, secondo la Commissione, non basta semplicemente una maggioranza azionaria, ma si richiede la totalità

della titolarità delle azioni o delle quote societarie e anche tutta una serie di poteri che esulano da quelli propri del semplice azionista di controllo nel diritto societario. Per quanto riguarda il controllo da parte di più enti locali, per esempio: è vero che la Commissione ha delle perplessità sulla ravvisabilità dell'*in house* in questi casi, e quindi per il momento lascia correre, ma le sue perplessità attengono soprattutto alla questione del controllo congiunto e se esso possa essere assimilato ad un controllo di tipo gerarchico. Un'ultima precisazione sulla nozione di "*parte più importante delle attività*": l'interpretazione della Commissione non ha quantificato il livello percentuale di attività richiesto affinché si possa parlare di "*parte più importante*", anche se normalmente nella pratica esso sarà di circa l'80% delle attività. In realtà il criterio fondamentale per individuare se la parte più importante delle attività venga prestata agli enti controllanti è quello di vedere se la società o l'ente in questione, possa sopravvivere solo sulla base dei servizi che altrimenti offre sul mercato cioè che non offre ai suoi enti di riferimento. Le società miste sono una delle forme di partenariato pubblico-privato che si stanno espandendo sempre più in tutta Europa, e ciò è dovuto sia a questioni di convenienza dal punto di vista gestionale, finanziario o tecnico, sia - come sembra essere il caso in Italia - a precise scelte del legislatore. In ogni caso, questo fenomeno è molto complesso e la Commissione ha iniziato a studiarlo, forse proprio grazie alla procedura italiana, e si ripropone di disciplinarlo con maggiore chiarezza attraverso una direttiva che è in preparazione sul partenariato pubblico-privato. Le società miste a partecipazione, e anche a maggioranza, pubblica, non possono essere considerate nell'ambito dell'*in house*, dove la partecipazione pubblica deve essere totale. Per quanto riguarda le società interamente pubbliche bisogna vedere lo statuto della società, i patti parasociali e tutti gli elementi che sono stati sopra elencati in relazione alla qualificazione di *in house*. Sulla questione del socio privato, alla Direzione Generale Mercato Interno della Commissione vigeva la linea dura nei confronti della scelta con gara socio-privato, come alternativa alla gara per l'affidamento del servizio, poiché si ravvisava uno scarto logico tra l'idea di affidare il servizio con una gara e quella di affidare il servizio direttamente e poi fare la gara per il socio privato: i due piani sono distinti dal punto di vista logico. Tuttavia, adesso vi è un nuovo atteggiamento della Commissione, di maggior apertura in questo campo laddove si parla di concessione di servizi pubblici. Prima si volevano tenere distinte le due fasi: la fase dell'affidamento e la fase della scelta del socio privato che venivano considerati come due fasi logicamente distinte e quindi anche distinte a livello di applicazione della disciplina. Ora questo atteggiamento è cambiato ma solamente per quanto riguarda le concessioni di servizi, non certo per gli appalti di servizi, dove la gara per l'affidamento è richiesta dalle direttive, che non ammettono eccezioni. Quando invece si tratta di concessioni, visto che i principi del trattato richiedono la trasparenza, la parità di trattamento ed il mutuo riconoscimento, ma non necessariamente la gara fatta a norma della Direttiva, l'effetto utile della gara per la scelta del socio privato è lo stesso che avrebbe una gara per l'affidamento. La Commissione non credo che accetterebbe che questo metodo venga utilizzato in presenza di appalti di servizi, perché in presenza di appalti di servizi si devono assolutamente seguire le disposizioni puntuali della direttiva servizi, o della direttiva utilities (settori esclusi). Concluderei semplicemente ribadendo che c'è stato un forte scontro tra la Commissione europea e gli Stati membri, non solo con l'Italia ovviamente, però bisogna tenere presente, non solo quello che ho detto prima, a proposito dell'avviamento delle procedure, ma anche il fatto che la di-

sparità esiste anche perché ci sono degli Stati che hanno una regolamentazione molto precisa e dettagliata - tra cui per esempio l'Italia - e invece Stati in cui individuare eventuali infrazioni è più difficile anche perché la regolamentazione è molto più generica. Adesso la Commissione sta cercando di modificare questo stato di fatto, questa relativa incoerenza nell'applicazione della disciplina, attraverso l'elaborazione di una Direttiva sul partenariato pubblico-privato e di una comunicazione interpretativa sull'*in house*. Attraverso il *Green Paper* ci sarà modo di ripensare un po' tutto quanto attiene alla normativa applicabile ai servizi di interesse generale. Sulla scorta dell'esperienza maturata attraverso le procedure di infrazione, la Commissione, nella sua veste di guardiano dei trattati, è anche in una posizione particolarmente favorevole di osservazione e potrà elaborare soluzioni che siano utili e rispettose sia delle esigenze di coesione sociale e di uguaglianza sottese appunto al tema dei servizi pubblici, sia dell'armonioso funzionamento del mercato interno e dell'eliminazione delle barriere per gli operatori comunitari che intendano prestare i propri servizi in altri Stati membri.

Gianfranco Simoncini

Credo che l'incontro di oggi sia stato davvero un'utile occasione di riflessione che ben si intreccia al percorso che in questi mesi Regione, Anci, Cispel hanno portato avanti in merito alla definizione del nuovo assetto dei servizi pubblici locali o dei servizi di interesse generale. Voglio sottolineare che c'è stata una forte coerenza, collaborazione e convergenza tra il sistema delle imprese, rappresentato dalla Cispel e Anci, e possiamo dire di aver portato avanti un progetto che ha visto la Regione Toscana attenta e disponibile. Aspettiamo ora che la bozza di Legge Regionale veda presto l'approvazione del Consiglio Regionale.

Promuovere un'occasione di confronto sul Libro Verde può svolgere una funzione importante di chiarimento, rispetto ad una fase nella quale conflitto di competenza, difficoltà interpretativa, anche di riferimento istituzionale erano molto presenti. Una normativa comunitaria più chiara, accompagnata alla nuova Costituzione europea, è quanto di più importante può venire al sistema delle autonomie locali ed al sistema delle imprese, per misurarsi con i servizi di interesse generale. Ciò su cui hanno lavorato i Comuni e continuano a lavorare sono 4 questioni. La prima è quella che deve essere alla base dell'interesse degli amministratori e delle istituzioni pubbliche, quella cioè di avere una normativa che garantisca più efficienza, più qualità, più capacità di risposta ai bisogni dei cittadini. La legge, l'innovazione alla normativa sui servizi va fatta per un servizio più efficiente nei confronti dei cittadini, un servizio che potenzialmente costi meno e che garantisca anche un'estensione degli investimenti sulla qualità dei servizi. In secondo luogo, l'altro elemento che ci muoveva nel confronto con la Regione, era quello di cercare di salvaguardare un percorso di rinnovamento, riorganizzazione, qualificazione del sistema delle nostre imprese. Se le gare fossero state fatte senza valorizzare il processo di riorganizzazione in corso, anzitempo, il risultato sarebbe stato la colonizzazione, con un vincitore che non sarebbe stato italiano. Abbiamo avuto bisogno di un percorso per adeguarci alle novità ed ai bisogni ed in Toscana abbiamo dimostrato di saperlo fare con l'esperienza della gestione del servizio idrico e di quello dei rifiuti, per esempio. Terzo elemento sul quale dobbiamo trovare risposte nella normativa è quello relativo a mantenere momenti di controllo delle amministrazioni locali sulla gestione dei servizi e credo che questo valga tanto più per i comuni piccoli, invece che per le grandi realtà. Ovviamente Firenze, Livorno, Pisa anche nel sistema delle Ato avranno la possibilità di garantirsi un controllo effettivo sulla gestione dei servizi ma i tanti piccoli comuni che da una gestione in economia, ovviamente sbagliata, superata, passano ad una gestione di altro tipo, hanno davvero il problema di trovarsi il cittadino davanti alla porta del Comune a protestare e talvolta una difficoltà a dare risposte da questo punto di vista. Bisogna infatti fare in modo che la regolarizzazione dei servizi di interesse generale non significhi, ed è un rischio presente, l'espropriazione del potere di controllo e di indirizzo da parte soprattutto delle piccole realtà. Questo è un problema che dobbiamo aver presente, e che nella Legge Regionale ma anche nel percorso di livello nazionale sta trovando risposte. Il quarto elemento è quello di una procedura di affidamento dei servizi, che tenga conto della concorrenza, della trasparenza, della legalità,

dei principi fondanti. Da questo punto di vista credo che l'esser riusciti a fissare il principio, nel rapporto con la Comunità, ed averlo sostenuto con forza in questi mesi anche nel confronto con la Regione, della possibilità di affidamenti diretti, a condizione che vi sia una procedura di evidenza pubblica per la scelta del partner privato dà una risposta a questi problemi elencati, anche per quanto riguarda la presenza e la capacità di controllo delle piccole realtà comunali su un soggetto gestore.

Per questo noi abbiamo sostenuto e continuiamo a sostenere le impostazioni della Legge Regionale che, in effetti, ha anche alcuni elementi forti dal punto di vista politico. Volevo concludere con una proposta da fare a De Girolamo e a Cispel Confservizi Toscana; avremo fra qualche settimana una proposta di legge formalizzata, che ha visto un percorso di concertazione che vorrei continuasse anche all'interno del Consiglio delle Autonomie che sta funzionando e che ha aperto una dialettica molto positiva con il Consiglio regionale. Vorrei invitarvi a lavorare insieme in sede di Consiglio delle Autonomie su questa proposta di legge per portare anche un contributo ulteriore di aggiornamento, di miglioramento rispetto ad un disegno di legge che è un disegno di legge che condividiamo e che abbiamo contribuito a costruire.

Stefano Grassi

Grazie a tutti gli intervenuti.

Io vorrei rileggere soltanto un passo del *Green Paper*, prima di passare la parola a De Girolamo, che chiuderà e saluterà gli intervenuti.

Il processo di integrazione europea non ha mai messo in discussione la responsabilità primaria o la capacità delle autorità pubbliche di compiere le necessarie scelte politiche in merito alla regolamentazione delle attività di mercato. Si tratta di un ruolo di garanzia degli enti pubblici che, in questo particolare tipo di mercato, debbono affermare i principi di coesione sociale della comunità. Il *Green Paper* esplicitamente parla della "partecipazione degli enti locali e anche degli enti locali minori per individuare nuove forme di *governance*"; ma a me sembra positivo che poi ci siano anche regole generali e principi che devono venir rispettati da tutti. Bisogna anche avere principi che siano in qualche modo derogabili sulla base del principio di proporzionalità. Vi possono essere, infatti, situazioni locali con una storia e una realtà economica particolari, e che per questo esigono regole diverse; questa specificità deve essere rispettata proprio nell'ambito del principio di sussidiarietà e di tutte le linee interpretative che sono indicate anche nel *Green Paper*.

Da questo punto di vista credo che il dialogo tra lo Stato e le regioni non solo debba essere aperto, ma debba essere ulteriormente sviluppato: ovviamente l'emendamento di cui è stata data un'anticipazione dall'avv. BonaGalvagno è sicuramente positivo ed in questa direzione, per superare il carattere di rigidità che aveva l'articolo 35, e per consentire uno sviluppo del sistema coerente con gli stessi obiettivi di coesione sociale posti dal *Green Paper*.

Alfredo De Girolamo

Volevo innanzitutto ringraziare i relatori, presenti con me a questo tavolo e i partecipanti. Condivido la proposta fatta dal presidente dell'Anci; quanto la proposta di Legge arriverà in Consiglio Regionale dovremo aprire una fase di consultazione con l'Anci, anche attraverso il Consiglio delle Autonomie, per riuscire a modificare quello che ancora è forse utile modificare. Quindi io vi ringrazio molto e vi rimando ad un nostro prossimo appuntamento.

Appendice I

Marco Giorello 0- L'affidamento dei servizi pubblici locali tra diritto comunitario e diritto Italiano.

1. Servizi pubblici locali e servizi di interesse generale: diritto degli appalti pubblici e diritto della concorrenza.

Il primo tema che intendo affrontare è la distinzione, con riferimento alla problematica relativa all'affidamento dei servizi pubblici locali, fra le regole comunitarie in materia di appalti e concessioni e le regole in materia di concorrenza. In effetti i servizi pubblici locali sono toccati anche dall'applicazione di normative diverse rispetto a quella sugli appalti. E' quindi opportuno cercare di dare un contributo che chiarisca il coordinamento, invero abbastanza complesso, fra diverse fonti normative di matrice comunitaria. Il dato essenziale che mi preme mettere in luce fin d'ora è che, dal punto di vista dell'applicazione delle regole in materia di appalti e di concessioni la qualifica di un servizio come servizio pubblico o come servizio di interesse economico generale è assolutamente irrilevante. L'applicabilità della disciplina sugli appalti pubblici e, all'interno di essa, delle specifiche regole dettate dalle direttive vigenti in materia non dipende infatti, in nessun modo, dalla circostanza che un servizio venga o meno qualificato come servizio di interesse generale o di interesse economico generale, ovvero come servizio pubblico. Le tematiche degli appalti pubblici e delle concessioni e dei servizi di interesse economico generale sono opportunamente trattate da questo seminario, dal momento che, spesso, i servizi oggetto di appalti e concessioni possono essere effettivamente dei servizi di interesse generale, ma, in una qualche misura, tali tematiche finiscono per percorrere dei binari paralleli, ma diversi. D'altro lato, invece, è importante la qualificazione di un servizio come servizio pubblico o servizio di interesse generale per l'applicazione delle regole di concorrenza. Effettivamente nel diritto della concorrenza, analizzando se un finanziamento pubblico sia o meno un aiuto di Stato, e se questo aiuto di Stato sia o meno compatibile, la qualificazione del servizio finanziato come servizio di interesse generale, come servizio pubblico o meno, ha una rilevanza. Questo dipende dal fatto che la qualificazione di un servizio come pubblico può giustificare delle compensazioni finanziarie che corrispondano alla contropartita di oneri specifici imposti al prestatore dello stesso servizio. Si può inoltre constatare un'analoga rilevanza nella qualificazione di un servizio come servizio di interesse generale o come servizio pubblico nel momento in cui si valuta la legittimità di una situazione di monopolio all'interno di un mercato. Infatti a determinate condizioni il diritto comunitario, e segnatamente l'applicazione dell'art. 86 paragrafo 2 del trattato, permette ai poteri pubblici di costituire o di mantenere delle situazioni di monopolio di un'unica impresa all'interno di un mercato dato. Nell'ipotesi, ad esempio, del servizio di distribuzione dell'acqua potabile, l'articolo 86 paragrafo 2 consente, a determinate condizioni, dove questo risulti effettivamente indispensabile in applicazione di un test di proporzionalità, di fare sì che un unico soggetto (e non una pluralità di soggetti) effettui l'attività di distribuzione dell'acqua, gestisca i servizi di fognatura e di depurazione, etc, all'interno di una provincia o di un ambito territoriale otti-

male. E' così che la qualificazione dell'attività come servizio pubblico può arrivare a consentire, a determinate condizioni, che un'unica impresa agisca sul mercato in questione. Questo significa, in particolare, che i poteri pubblici possono talvolta "resistere" rispetto alla possibilità che tre, quattro, cinque imprese facciano scorrere l'acqua sugli stessi tubi o costruiscano altre infrastrutture di distribuzione dell'acqua in un territorio dato. Come si diceva poc'anzi, la rilevanza che può avere la qualifica di un servizio come servizio pubblico o servizio di interesse economico generale nel diritto della concorrenza non sussiste invece ai fini dell'applicazione del diritto degli appalti. Le regole in materia di aggiudicazione dei contratti pubblici riguardano, a ben vedere, una fase precedente rispetto a quella del concreto svolgersi di una attività nel mercato (presa invece in considerazione delle regole di concorrenza) e la prospettiva è dunque diversa. Questo dipende dal fatto che il diritto degli appalti delle concessioni si occupa esclusivamente di garantire la parità di trattamento nel momento in cui l'amministrazione pubblica sceglie il soggetto con cui contrarre. In questa prospettiva la regola della parità di trattamento imposta alle amministrazioni nel loro rapportarsi con operatori terzi non può avere nessun effetto che rischi di andare a detrimento rispetto alla prestazione di un servizio pubblico. La ragione di questo deriva dal fatto che tutte quelle condizioni relative alla legittimità degli aiuti di Stato e dei diritti c.d. speciali o esclusivi (gli oneri di servizio pubblico, l'obbligo del prestatore di servizi pubblici a conformarsi a determinate istruzioni) che sono effettivamente la sostanza del servizio pubblico, sono delle condizioni che possono benissimo essere messe a gara in un capitolato d'oneri e che possono essere imposte a qualsiasi impresa venga poi a prestare questo servizio. Nel momento in cui è l'amministrazione che ha il potere di stabilire il contenuto del contratto di servizio e quindi di stabilire quello che deve essere fatto per garantire il cittadino/utente, il nome, la natura soggettiva dell'impresa che dovrà prestare il servizio diventa poi irrilevante in quest'ottica, perché sarà l'amministrazione che deciderà sulla base dell'offerta se le imprese che si sono presentate sono in grado o meno di prestare un servizio al cittadino secondo gli scopi fissati dall'amministrazione. Quindi, il motivo fondamentale per il quale la qualifica di un servizio come servizio pubblico o meno non incide sull'obbligo di mettere a gara lo stesso è proprio il riconoscere che poiché l'amministrazione è libera di dare sostanza agli obblighi di servizio pubblico che vengono imposti al prestatore di servizio, in nessun modo l'identità del prestatore d'opera finisce per incidere sugli obblighi che, appunto, l'amministrazione voglia porre. Questo impone uno sforzo da parte delle amministrazioni pubbliche di ragionare con una mentalità un po' nuova. Tradizionalmente, infatti, nel settore dei servizi pubblici, l'amministrazione è abituata ad avere a che fare con l'impresa pubblica istituita a tale fine (ad esempio le aziende speciali e le imprese pubbliche che continuano a caratterizzare il panorama di servizi pubblici in Italia). E' evidente che, senza messa in concorrenza del servizio pubblico lo sforzo concettuale richiesto all'amministrazione è minore: se si è sicuri che l'impresa pubblica gestisce comunque quel servizio non è necessario porsi il problema di definire con precisione gli obblighi di servizio pubblico e gli interessi pubblici che si mira effettivamente a tutelare. Probabilmente l'approccio della messa in concorrenza di questi servizi impone uno sforzo supplementare da parte dell'amministrazione e quindi una maggiore consapevolezza rispetto agli obiettivi di servizio pubblico che l'amministrazione vuole perseguire. Tuttavia questo approccio, seppure comporti delle difficoltà, non ultima quella della neces-

sità di acquisire, da parte della pubblica amministrazione, un know how più preciso in questi settori, è suscettibile di conseguire risultati che vadano a beneficio del cittadino stesso. Nel momento in cui le condizioni di prestazione del servizio pubblico sono definite e pubblicate in un bando di gara l'amministrazione pubblica ha l'opportunità di analizzare la situazione, prima di far effettuare il servizio da parte del prestatore e di assicurarsi che effettivamente i compiti di servizio pubblico siano definiti in maniera più precisa rispetto a quello che avviene attraverso l'abitudine di rivolgersi all'impresa pubblica o all'ente pubblico per la prestazione di questi servizi. Per concludere su questo aspetto, il motivo sostanziale per il quale, nell'applicazione delle regole in materia di appalti e di concessioni (e diversamente da quanto può avvenire nel diritto della concorrenza), i servizi pubblici o i servizi di interesse generale non beneficiano di regole specifiche è la circostanza che le c.d. "missioni" di servizio pubblico, se l'amministrazione lavora correttamente, non rischiano in nessun modo di essere compromesse dalla messa in concorrenza del servizio stesso.

2. Servizi pubblici locali e qualificazione del contratto di servizio come appalto o concessione.

Per quanto riguarda l'Italia, quello che abbiamo appena descritto ha una conseguenza immediata sulla normativa da applicare. Infatti, la circostanza che un servizio venga qualificato da parte del legislatore italiano come servizio pubblico o come servizio pubblico locale non ha come effetto quello di sottrarlo alla disciplina delle direttive comunitarie e degli atti che le hanno trasposte in diritto interno, laddove applicabile, e più precisamente alla disciplina dettata in materia di appalti di servizi dai decreti legislativi 157/95 e 158/95. L'esperienza della Commissione europea relativa al controllo dell'applicazione del diritto comunitario dimostra che troppo spesso in Italia è stata compiuta, anche da parte degli organi giurisdizionali, un'equazione tra servizio pubblico o servizio pubblico locale e concessione di servizi.

Talvolta, quindi, anche la giurisprudenza italiana ritiene che laddove un servizio venga definito come servizio pubblico o servizio pubblico locale, questo sia necessariamente una concessione di servizi e quindi esuli dall'applicazione del 157 e del 158. Diversamente, sempre secondo lo stesso orientamento, solo laddove non si tratti di servizio pubblico locale si ritiene di essere in presenza di un contratto qualificabile come appalto di servizi e di dovere quindi applicare la normativa in materia di appalti di servizi che deriva dalle direttive comunitarie.

Tuttavia ancora una volta, non è così, perché l'individuazione della normativa applicabile dipende esclusivamente da parametri che sono propri del diritto comunitario. La nozione di appalto e di concessione di servizi deriva dall'ordinamento comunitario, dalle direttive e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e, anche in questo caso la qualifica del servizio oggetto dell'affidamento come servizio pubblico non ha, di per sé, una incidenza nella qualificazione del contratto e, quindi delle regole applicabili all'affidamento. Quindi, se pure è vero che in molti casi, per la particolarità del settore, un servizio pubblico locale finirà per dover essere qualificato come concessione di servizi, e quindi per essere escluso dal campo di applicazione del decreto legislativo 157, ciò non toglie che l'analisi debba essere fatta caso per caso e sulla base di parametri propri del diritto comunitario. Come è stato sottolineato dalla comunicazione interpretativa della Commissione del 2000 sulle concessioni nel diritto comunitario, tale analisi deve essere fatta, essenzial-

mente, sulla base del criterio del rischio legato alla gestione del servizio. Anche tale dato non appare essere stato compreso a fondo in Italia. Spesso nell'ambito dell'ordinamento italiano, si ritiene infatti di essere in presenza di una concessione (e non di un appalto) ogni qual volta si ha un rapporto cosiddetto triangolare. Questo porta a considerare concessioni di servizi tutti i contratti attraverso i quali l'amministrazione pubblica incarica un operatore terzo di prestare un servizio a favore del cittadino/utente che paga un prezzo all'impresa concessionaria. Questo rapporto triangolare che è tipico dei servizi pubblici, e tipico dell'erogazione dei servizi pubblici locali, viene in tal modo spesso ritenuto il criterio decisivo per qualificare il contratto di servizio una concessione di servizi. Diversamente, il meccanismo di tipo triangolare (amministrazione/impresa/utente) sopra descritto deve essere più correttamente inquadrato come uno degli indizi (ma non l'unico e non quello decisivo) che portano a ritenere, sulla base del diritto comunitario, che il contratto sia una concessione e non un appalto di servizi. Per quello che riguarda l'ordinamento comunitario, il criterio essenziale è, come si è accennato, il c.d. "rischio di gestione". Spesso si ha effettivamente un rischio di gestione nel momento in cui vi è questo rapporto triangolare e quindi laddove l'operatore economico che presta quel servizio riceve la remunerazione non dall'amministrazione ma dall'utente. Ci possono essere però delle situazioni, e l'esperienza ce lo sta dimostrando, in cui in presenza di questo rapporto triangolare, l'operatore non sopporta il rischio di gestione. Ad esempio la percezione di una remunerazione da parte di un'impresa che opera nel trasporto di autobus a livello locale, attraverso il pagamento del biglietto da parte dell'utente. Nel momento in cui le caratteristiche del contratto consentano di ridurre il rischio legato alla gestione perché l'operatore che esercita l'attività di trasporto di autobus ha delle garanzie che gli consentono di avere un livello minimo di entrate garantite dall'amministrazione, una parte di remunerazione deriva effettivamente dal pagamento del biglietto da parte degli utenti ma non si può ritenere che l'impresa sopporti il rischio legato alla gestione di questa attività. Tale contratto non è quindi una concessione e l'affidamento dello stesso ricadrà nel campo di applicazione delle direttive in materia di appalti e, quindi dei decreti 157 o 158 del 95.

Questo ha un'incidenza diretta anche in quei settori, come ad esempio quello dell'acqua, nei quali il legislatore o comunque il regolatore italiano abbia stabilito delle norme specifiche per le modalità di effettuazione delle gare. Infatti nel settore dell'acqua un decreto ministeriale del 2000, ha fissato i parametri secondo i quali effettuare le procedure di gara per l'affidamento del servizio idrico. E' evidente che quel tipo di procedure non possono che essere considerate come procedure residuali rispetto al 157 del 95. Tale rilievo, che, peraltro, è evidente anche sulla base del diritto italiano perché da una parte ci si trova di fronte ad un decreto legislativo e dall'altra di fronte a un decreto ministeriale, quindi a un atto che gerarchicamente ha un valore inferiore, deriva principalmente dalla corretta interpretazione del diritto comunitario. Quindi un "caveat" anche per quello che riguarda l'applicazione di normative ad hoc create per i servizi pubblici locali. Quest'ultime infatti possono avere una loro applicazione solamente nel momento in cui, in virtù del particolare rapporto tra l'amministrazione e l'operatore, si esca al di fuori della qualifica di appalto pubblico data dal diritto comunitario ma ripresa dal diritto nazionale e nei decreti legislativi.

3. Gli affidamenti di tipo "in house".

Analizziamo ora il concetto dell'"in house". Tutto ha origine, come sappiamo, dalla sentenza "Teckal" della Corte di giustizia, che ha stabilito che, pur in presenza di una regola generale secondo la quale ogni rapporto tra l'amministrazione pubblica ed un soggetto che ha una personalità giuridica distinta rispetto alla stessa deve essere soggetto al rispetto delle regole in materia di appalti, tali regole non si applicano tuttavia nel caso in cui l'affidatario del servizio non possa essere considerato "autonomo sul piano decisionale" rispetto all'amministrazione. La problematica dell'in house rappresenta lo spartiacque tra la gestione interna dell'amministrazione e l'esternalizzazione del servizio. L'esistenza del concetto di "in house" deriva a ben vedere dagli stessi tratti distintivi che caratterizzano le norme in materia di appalti pubblici da quelle in materia di tutela della concorrenza in senso stretto. Le regole in materia di appalti, infatti, non hanno come obiettivo né la privatizzazione né la liberalizzazione di un dato settore economico (obiettivi questi che, in qualche modo possono essere invece perseguiti dal diritto della concorrenza). In questa prospettiva, quindi, la decisione dei poteri pubblici di erogare direttamente (per l'appunto, "in house") determinate attività economiche, senza rivolgersi a terzi, al mercato, non è messa in discussione dal diritto degli appalti pubblici. Per contro, le norme in materia di appalti e di concessioni prevedono la parità di trattamento fra tutti gli operatori, attualmente e potenzialmente interessati alla prestazione di una determinata attività economica, nel momento in cui l'amministrazione pubblica decida di esternalizzare il servizio, e di rivolgersi quindi a terzi per la sua erogazione. Il problema delle gestioni "in house" nasce dalla necessità di stabilire quale sia il confine tra gestione interna di una attività economica ed esternalizzazione della stessa (e quindi obbligo di applicazione delle regole comunitarie in materia di appalti). A mio avviso, il problema dell'"in house" è diventato particolarmente scottante, in Europa, ma in Italia soprattutto, in considerazione del momento storico che stiamo vivendo, che è caratterizzato da un processo di transizione nella gestione dei servizi pubblici da parte dell'amministrazione. Infatti fino a dieci anni fa il modello prevalente era la gestione attraverso aziende speciali. Successivamente, per una serie di motivi (in gran parte da salutare con favore) i soggetti tradizionalmente gestori dei servizi pubblici locali sono stati privatizzati (formalmente prima e, talvolta, sostanzialmente, poi) e sono diventate società per azioni. Siamo così, oggi, in presenza di una situazione in cui diventa difficile ritenere che l'amministrazione pubblica stia continuando ad esercitare, come in passato, la libertà di scelta di cui si parlava poc'anzi, vale a dire di continuare a fruire, non solo della titolarità, ma anche della gestione del servizio. Questo dato è soprattutto evidente laddove, come spesso ormai accade, le società pubbliche incaricate della gestione dei servizi pubblici locali siano ormai diventate delle società miste, vale a dire società il cui capitale è parzialmente detenuto da operatori privati. La giurisprudenza della Corte di giustizia (cfr. la sentenza Teckal) ha stabilito due criteri per verificare se un rapporto possa essere qualificato come "in house": il "controllo analogo rispetto a quello esercitato sui propri servizi" e "l'essenziale delle attività". La posizione della Commissione europea, nella sua attività di interpretazione e di applicazione della giurisprudenza, è sempre stata quella secondo cui il criterio del controllo analogo sia in realtà qualcosa di diverso rispetto al controllo tipico del diritto societario. Coerentemente, la circostanza che una società sia detenuta maggioritariamente da un ente pubblico non risulta essere condizione suffi-

ciente affinché un tale tipo di rapporto possa essere effettivamente presente. Da qui la grande differenza (almeno nelle posizioni di partenza) fra la prospettiva italiana e la prospettiva comunitaria: in Italia si è tradizionalmente ritenuto che affidamenti diretti a società maggioritariamente pubbliche potessero essere giustificati perché la giurisprudenza italiana ha sempre ritenuto che si continuasse a rimanere nell'ambito dell'organizzazione dell'amministrazione e quindi si fosse a monte rispetto ad una scelta di esternalizzazione della gestione del servizio. E' così che l'interpretazione originaria (e, talvolta, anche quella attuale) della sentenza "Teckal" in Italia è stata diversa rispetto a quella effettuata dalla Commissione. Accontentandosi, così come si è spesso fatto in Italia, della constatazione della presenza dei poteri di dominanza, o, più semplicemente, di controllo, tipici del diritto societario, si è così arrivati a giustificare affidamenti diretti effettuati in favore di qualsivoglia società nella quale l'amministrazione pubblica detenesse il 50 % o più del capitale. Diversamente, posto che la giurisprudenza "Teckal" ammette la non applicazione delle direttive sugli appalti pubblici nel solo caso in cui il soggetto controllato sia privo di "autonomia decisionale" rispetto all'amministrazione controllante e, di conseguenza, questo porti ad escludere l'esistenza stessa di un contratto, occorre riflettere circa la natura stessa della società per azioni e domandarsi fino a che punto un tale soggetto, indipendentemente da chi ne detenga il capitale, possa essere considerato privo di autonomia decisionale rispetto al suo proprietario. Basti ricordare, a tale proposito, alcuni esempi di cronaca relativi a società ex municipalizzate i cui amministratori erano stati nominati da una maggioranza politica di un dato colore e che, successivamente al cambiamento del governo locale a seguito di nuove elezioni vinte da una diversa parte politica, hanno continuato ad agire autonomamente e, talvolta, in contrasto con i desiderata del nuovo sindaco o del nuovo consiglio comunale (ovviamente gli amministratori possono essere, in seguito, sostituiti, ma nel frattempo decisioni importanti relative alla gestione della società possono già essere state adottate...). Per quanto riguarda l'interpretazione dei criteri di cui alla giurisprudenza "Teckal", la Corte di Giustizia della Comunità europea dovrà tornare sull'argomento proprio in virtù del fatto che il tema dibattuto non è stato dibattuto solamente in Italia. Una serie di cause pregiudiziali sono pendenti davanti alla Corte e, entro un paio d'anni, la giurisprudenza verrà inevitabilmente chiarita da una serie di nuove pronunce.

4. Le società miste e la gara per la scelta del socio privato

Un breve cenno, infine, al problema della scelta del socio privato delle società miste con procedure di messa in concorrenza. La questione è estremamente interessante, soprattutto in Italia, considerato che in altri Stati, spesso, le società a capitale misto pubblico privato risultano essere beneficiarie di affidamenti diretti di appalti e di concessioni senza che non venga effettuata neppure la minima messa in concorrenza relativa alla scelta del partner privato dell'amministrazione. In questa prospettiva, l'orientamento italiano secondo cui almeno il capitale di queste società deve essere aperto alla concorrenza, testimonia di una posizione in qualche modo più avanzata. Tale orientamento, tuttavia, di per se stesso, non è sufficiente ad eliminare tutti i rischi di non rispetto del diritto comunitario degli appalti e delle concessioni. Per quanto riguarda la scelta del socio privato con gara, da un punto di vista formale è difficile arrivare a giustificare l'affidamento diretto alla società mista, perché comunque l'ordinamento italiano prevede che l'affidatario

del servizio è la società beneficiaria di un affidamento diretto (il che, di per se stesso, non è conforme al diritto comunitario). Nel momento in cui la prospettiva nell'ordinamento italiano continua a essere quella secondo la quale l'affidatario del servizio è la società mista, ci troviamo di fronte ad un problema anche formale dal punto di vista delle direttive comunitarie. Una soluzione può però essere trovata se ci si sforza di ricostruire la problematica in modo da inquadrarla diversamente. E' in tale prospettiva che anche le norme inserite nella riforma della legislazione in materia di servizi pubblici locali dovranno essere lette, e applicate. Occorre fare in modo che, nella sostanza, l'affidatario del servizio non sia la società mista, ma in realtà l'operatore privato che viene chiamato a svolgere quel servizio da parte dell'amministrazione pubblica. In questa prospettiva l'acquisto delle azioni della società e quindi la partecipazione nella società mista diventa non più l'oggetto dell'affidamento ma una condizione di esecuzione dell'appalto (o della concessione). Per il diritto comunitario quello che conta è che l'affidamento del servizio segua le regole appalti e concessioni. Quindi se il servizio viene affidato alla società mista e non ci preoccupiamo di definire correttamente l'oggetto dell'appalto si è in una situazione illegittima rispetto al diritto comunitario perché l'affidatario del servizio è la società mista. Se consideriamo che, nella sostanza, l'amministrazione fa una gara per scegliere l'operatore privato e poi impone all'operatore privato come condizione accessoria l'acquisto delle azioni della società mista, la prospettiva viene spostata non tanto sulla privatizzazione della società o sulla costituzione della società, ma sull'appalto, cioè sull'oggetto del servizio che viene messo a gara. Per citare alcuni esempi problematici, l'esperienza ci ha dimostrato come, spesso, le amministrazioni aggiudicatrici, nello scegliere il socio privato, non fanno alcuna menzione, nel bando di gara, all'oggetto del servizio che dovrà essere prestato dall'operatore che poi entrerà in partnership con l'amministrazione. E' quindi difficile stabilire che l'amministrazione attraverso questa procedura di messa in concorrenza abbia effettivamente affidato il servizio. Spesso l'oggetto della gara viene definito semplicemente attraverso la dizione "acquisto di azioni", riferendosi magari alla classificazione "servizi finanziari". E' di tutta evidenza la mancanza di trasparenza di un bando così redatto, soprattutto se ci si pone in un'ottica transnazionale, e quindi, nella necessità che operatori non italiani comprendano effettivamente l'opportunità che l'amministrazione sta mettendo a gara. Occorre invece, come già accennato, focalizzare l'attenzione sull'affidamento dell'appalto (o della concessione), e quindi, innanzitutto, definire con precisione l'oggetto dell'affidamento. In secondo luogo, affinché la gara per la scelta del socio privato possa essere conforme al diritto comunitario occorre risolvere una serie di altri problemi. Un esempio, ancora dimostratosi dall'esperienza, è la differenza tra la durata dell'affidamento e la durata della società. E' evidente che non si può fare una gara per affidare il servizio per tre anni quando poi il socio resta partner dell'amministrazione per svariati decenni continuando a fornire il servizio che era stato messo inizialmente a gara per un periodo molto più limitato. Questo non va bene e quindi bisogna cercare di istituire dei sistemi, dei meccanismi quali, per es., un patto di retrovendita delle azioni al termine della durata dell'affidamento o lo scioglimento della società che comunque garantiscano la conformità rispetto alle previsioni del bando originario. Occorre, inoltre, evitare che l'entrata del partner privato all'interno del capitale della società porti a degli aggiustamenti successivi in corso d'opera durante la vita della società. Anche questo comporterebbe una violazione della

parità di trattamento. Tutte le condizioni di prestazione del servizio devono essere fissate prima e quindi non è possibile poi intervenire successivamente con delle negoziazioni ulteriori. Quello che importa è che questo tipo di procedure non portino ad una situazione per cui si apre alla concorrenza all'inizio, ma poi dopo, per così dire ci si "arrangia" in corso d'opera cambiando le condizioni. A queste condizioni un prestatore di servizio, magari straniero, che non conosca più che bene gli amministratori (e in generale l'ambiente) con cui ha a che fare, non sarà mai portato ad impegnarsi in un'operazione imprenditoriale di cui non conosce assolutamente i termini concreti.

In definitiva, insomma, il tema è complesso, e ricondurre il problema dell'affidamento di servizi pubblici alle società miste nell'alveo della legittimità comunitaria è un esercizio difficile, che dovrà essere continuato anche successivamente all'entrata in vigore della riforma dei servizi pubblici locali in Italia.

Appendice II

Lorenzo Bardelli - La Public Public Partnership: aspettando novità da Bruxelles

La *Public-Private Partnership*, ovvero il Partenariato Pubblico-Privato (PPP), è una forma di cooperazione in cui le risorse e le competenze pubbliche e quelle private si integrano col fine di realizzare e gestire opere infrastrutturali di interesse pubblico.

Il PPP comprende, di conseguenza, una vasta gamma di modelli di cooperazione tra il settore pubblico e quello privato e può, ad avviso di alcuni commentatori, comprendere gran parte delle modalità di gestione dei servizi pubblici che vanno realizzandosi in Italia.

Il ricorso al PPP, infatti, attraverso le sue diverse metodologie attuative può, in generale, essere previsto in tutti quei casi in cui il settore pubblico intende realizzare un progetto che coinvolga un'opera pubblica, o di pubblica utilità, la cui progettazione, realizzazione, gestione e finanziamento siano, in tutto o in parte, affidati al settore privato.

Il PPP nasce storicamente nei paesi anglosassoni, con riferimento ai grandi progetti infrastrutturali di trasporto, generalmente caratterizzati da rilevanti esternalità positive e quindi da una significativa discrepanza tra saldo costi-benefici sociali ed equilibrio finanziario. Così, mentre tali progetti potevano presentare per le amministrazioni locali un ritorno economico e sociale positivo – ad esempio, in termini di decongestionamento del traffico e di miglioramento della qualità di vita urbana – essi di norma non presentavano (e non presentano neppure oggi) un ritorno finanziario capace di attrarre risorse private. Con il PPP, il settore privato veniva quindi messo nelle condizioni di apportare le proprie capacità manageriali, commerciali e di creatività nella costruzione e gestione di un'infrastruttura di pubblica utilità, ottenendone un ritorno economico. Il settore pubblico, d'altro canto, avrebbe potuto beneficiare, in termini economico finanziari, dalla presenza dei privati attraverso una riduzione del proprio impegno finanziario complessivo e un miglioramento della qualità di servizi in questione attraverso un'attenta regolamentazione dell'attività privata e la definizione analitica e credibile delle finalità da raggiungere, come per esempio i livelli dei servizi da fornire.

Sotto l'ombrello del PPP è possibile dunque collocare uno spettro assai ampio di strutture finanziarie e di possibili settori di intervento; sono compresi infatti sia progetti capaci di produrre autonomamente un reddito sufficiente a ripagare l'investimento e gli oneri finanziari connessi, e in cui il ruolo dell'Amministrazione si limita alla regolamentazione e al controllo delle procedure, che quelli per la cui attivazione il settore pubblico deve erogare, secondo diverse modalità, una componente di contribuzione pubblica.

Il tema della partnership pubblico privata è stato approfondito con un documento presentato il 23 ottobre scorso dal CEEP, European Centre of Enterprises with Public Participation and of Enterprises of General Economic Interest. In questo documento si individua la Institutional Public Private Partnership (IPPP) ovvero le aziende al cui capitale partecipano sia soggetti pubblici che operatori privati.

La discussione originatasi nell'ambito del CEEP, si fonda sull'equilibrio tra due aspetti, la libertà di scelta delle amministrazioni pubbliche e la sussidia-

rietà, da una parte, e la tutela della concorrenza e le regole del mercato interno dall'altra. Questo ha portato all'identificazione di una serie di aspetti come possibilità per l'amministrazione pubblica di decidere se fornire il servizio mediante forme *in house* o *out house*. Nel caso in cui la forma scelta sia quella dell'*out house* si troveranno applicati i meccanismi competitivi per la selezione del fornitore. Nel caso della gestione *in house* si pone il problema di come promuovere a livello comunitario una definizione, in cui inserire le varie possibili forme di IPPP e che si differenzi da quella sancita dalla sentenza Teckal, che legittima l'Ente pubblico a creare una società di natura privatistica e ad affidargli direttamente la gestione dei servizi senza procedura di gara.

Il CEEP ha accolto inoltre una proposta di matrice francese per l'inserimento, tra le forme *in house*, delle IPPP attraverso una procedura a due stadi: costituzione di un soggetto *in house* e successiva cessione di una quota di capitale, mediante meccanismi connotati più dalla necessità di tutelare l'azionista rispetto alla concorrenza ed al mercato interno. Scontato dire che la costituzione di un soggetto *in house* preclude automaticamente ogni possibilità di partecipare ad esperienze *out house*.

Il dibattito europeo su questi temi è piuttosto animato e manca ancora una posizione comune, Confservizi, tracciando il quadro italiano della riforma dei servizi pubblici locali, ha confermato la possibilità di inserimento delle forme di IPPP ma ha anche specificato come le società miste in Italia sono comunque destinate a meccanismi *out house*, dove i soggetti gestori dopo la fase di *operators building*, possano essere protagonisti sui mercati di riferimento.

Dopo l'emanazione del Libro Verde sui servizi pubblici nel maggio scorso l'attesa era adesso concentrata su un pronunciamento comunitario sulle PPP, che era previsto entro la fine dell'anno. Probabilmente l'attesa si prolungherà e se non si approverà il documento tanto ambito entro il mese di marzo prossimo, l'insediamento dei Commissari provenienti dai nuovi Stati membri e le successive elezioni potrebbero far slittare ancora tutto.

