

SIMONE TORRICELLI

LE DIVERSE FORME DI GARANZIA  
DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI  
TRA RESPONSABILITÀ, AUTONOMIA E POTERE

SOMMARIO: 1. Spunti preliminari per circoscrivere la nozione di affidamento di un servizio pubblico. – 2. Un servizio pubblico locale senza “attribuzione”. Il sostegno pubblico alla domanda. – 3. Criteri giuridici per ordinare la scelta tra sostegno alla domanda e conformazione dell’offerta. Il rilievo del “principio di concorrenza” e una prima conclusione. – 4. Dati normativi e di sistema: il dissolubile legame tra assunzione ed affidamento. – 5. L’autonomia contrattuale come fondamento del servizio pubblico alternativo al potere. – 6. La residualità dell’art. 23-bis. La centralità dell’autonomia contrattuale degli enti locali. – 7.1. Conseguenze della tesi: i limiti all’autoproduzione. – 7.2. *Segue*. Poteri pubblici e poteri contrattuali del soggetto pubblico in fase di esecuzione. – 7.3. *Segue*. La giurisdizione sui servizi pubblici locali. – 8. Alcune valutazioni, a consuntivo.

**1. Spunti preliminari per circoscrivere la nozione di affidamento di un servizio pubblico**

Nell’ambito della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, il tema degli affidamenti riveste una indiscutibile centralità. A fronte di una normativa che appare nel suo complesso scarna, il profilo dell’affidamento è l’unico trattato in modo sistematico, al punto che la disciplina legislativa del servizio pubblico locale finisce spesso con il coincidere con la disciplina del modo in cui essi sono affidati<sup>1</sup>.

D’altra parte, le modalità di affidamento sono state anche oggetto di una costante attenzione del legislatore, sospinto da un’ansia riformatrice che la diffusa insoddisfazione per i risultati della gestione dei servizi ha reso

<sup>1</sup> P. Rossi, ... e le forme di affidamento e gestione, in G. Di Gaspare, *Servizi pubblici in trasformazione*, Padova, Cedam, 2010, 142, il quale identifica la disciplina generale vigente dei servizi pubblici locali nel combinato disposto degli artt. 23-bis, d.l. n. 112/2008, così come modificato dagli artt. 15, d.l. n. 135/2009, e 113, d.lgs n. 267/2000.

schizofrenica<sup>2</sup>. Il tentativo di migliorare gli standard di efficienza nella utilizzazione dei mezzi e di efficacia nel perseguimento dei risultati ha portato peraltro ad interventi ripetuti ma non organici, se non finanche a scelte salomoniche. Incapace di assumersi la responsabilità di definire un chiaro modello di riferimento, il legislatore si è spesso nascosto dietro soluzioni compromissorie, tese a contemperare le aspettative dei tanti attori in gioco, il cui impatto concreto è risultato perciò modesto<sup>3</sup>. L'instabilità del quadro normativo e la mancanza di indirizzi chiari o comunque fino in fondo perseguiti, ha così avuto l'effetto di stabilizzare lo *status quo*.

Anche in dottrina, il tema della buona gestione dei servizi pubblici locali passa di regola attraverso un'analisi delle modalità di affidamento. Con accenti sovente critici, sono stati messi in luce gli aspetti insoddisfacenti o contraddittori che emergono dal compromesso tra istanze differenti: da un lato l'aspirazione a realizzare un mercato aperto, che ha animato alcune delle riforme più significative, dall'altro le resistenze in concreto opposte dagli enti locali, per ragioni diverse, non sempre solo legate a timori legittimi circa la capacità dei privati di garantire le esigenze sociali che permeano quei settori. La proliferazione di nuove amministrazioni, in forma societaria, ha generato in effetti una ulteriore propagazione della sfera pubblica; il "pubblico" ha stabilmente occupato il mercato dei servizi pubblici locali, riuscendo ad adattarsi, in modo camaleontico, alle diverse contingenze e ai diversi contesti normativi.

Alla centralità dell'istituto dell'affidamento, nella discussione sul buon andamento dei servizi pubblici locali, fa riscontro la centralità degli art. 113, d.lgs. n. 267/2000 e – oggi – 23-*bis*, d.l. n. 112/2008, norme perlopiù asunte come uniche rilevanti per il tema. Si è molto discusso su cosa si debba intendere per servizio pubblico e servizio pubblico locale<sup>4</sup>, come anche sul

<sup>2</sup> Il carattere «incessante e largamente discontinuo» delle innovazioni legislative e giurisprudenziali è stato indicato come una delle costanti della evoluzione di questa materia: M. Cammelli, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, in E. Bruti Liberati e F. Donati (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, Giappichelli, 2010, 128 e 136.

<sup>3</sup> Si è parlato di leggi di ispirazione politica più che culturale (E. Picozza, *L'appalto pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale. Una difficile convivenza*, in C. Franchini, *I contratti di appalto pubblico*, Torino, Giappichelli, 2010, 29 ss.) e, finanche, di un «mercato delle regole» (M. Cammelli, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, cit., 128).

<sup>4</sup> Di recente, F. Merusi, *La regolazione dei servizi d'interesse economico generale nei mercati (parzialmente) liberalizzati*, in E. Bruti Liberati e F. Donati, *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit., 8; A. Police, *Sulla nozione di "servizio pubblico locale"*, in S. Mangiameli (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, Giappichelli, 2008, 65.

## le diverse forme di garanzia dei servizi pubblici locali

significato del presupposto della sua rilevanza economica, sia sulla spinta dell'interesse teorico per la questione, che per l'esigenza pratica di circoscrivere la portata applicativa di quella disciplina, ovvero di individuare sfere di attività impermeabili all'impatto di altre norme di buona finanza<sup>5</sup>, o anche di definire l'ambito della giurisdizione esclusiva<sup>6</sup>.

Meno si è discusso se il servizio pubblico locale potesse essere garantito a prescindere da un affidamento, e comunque poco si è posto l'attenzione su cosa sia un "affidamento"; anzi, il dibattito si è spesso sviluppato sull'assioma per cui ogni servizio pubblico che non sia interamente rimesso a mercato sia per ciò solo da "affidare". La conseguenza è che agli artt. 113, d.lgs. n. 267/2000 e 23-bis, d.l. n. 112/2008 è stata riconosciuta la capacità di attrarre ogni intervento con cui l'amministrazione si rivolge a terzi (più o meno estranei alla sfera pubblica) per ottenere l'erogazione di prestazioni conformate in favore dei cittadini.

Così costretti gli interventi pubblici a garanzia del servizio pubblico entro le maglie sempre più strette della disciplina degli affidamenti, si è consolidato quello che è stato icasticamente definito "il dogma" della tipicità delle modalità di gestione<sup>7</sup>, ma che, si potrebbe anche aggiungere, trascina seco o contiene il dogma del regime pubblicistico del rapporto tra l'amministrazione e i soggetti erogatori di quei servizi, quand'anche si tratti di imprese formalmente o sostanzialmente private. Un dogma consacrato anche dalla Corte costituzionale, dalla cui giurisprudenza emerge come l'affidamento dei servizi pubblici configuri l'esercizio di un potere, se del caso negoziato, che, per un verso, porta a ricondurre ogni forma di consensualità al *genus* degli accordi amministrativi, per altro verso, proprio in quanto presuppone un potere, giustifica l'attribuzione della giurisdizione al giudice amministrativo<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Ne costituiscono un esempio le questioni sorte in relazione all'applicazione dell'art. 13, d.l. 4 luglio 2006, n. 223, o dell'art. 3, c. 27, l. n. 244/2007.

<sup>6</sup> Art. 133, c. 1, lett. c), d.lgs. n. 104/2010, che devolve alla giurisdizione esclusiva «le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi [...] ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio».

<sup>7</sup> G. Piperata, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, Giuffrè, 2005, 452. Se in effetti l'approvazione del d.lgs. n. 267/2000 ha portato parte della dottrina a considerare superato il carattere tipico delle modalità di gestione (M. Dugato, *I servizi pubblici locali*, in S. Cassese – a cura di – *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, parte II, tomo VI, 2601), le successive riforme hanno nuovamente irrigidito la disciplina. Si veda sul punto M. Cammelli, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, cit., 136, il quale illustra la parabola compiuta dalla normativa in materia, che ha progressivamente circoscritto i margini di scelta offerti dal d.lgs. n. 267/2000. Sembra potersi affermare, dunque, che la normativa ha progressivamente riprodotto un sistema di rinnovata tipicità.

<sup>8</sup> Concludendo, su questi presupposti, per l'incostituzionalità della norma che attri-

Si può dunque osservare alla luce di ciò che, nel contesto dei servizi pubblici locali, il termine “affidamento” non è utilizzato in senso atecnico, come accade invece per altre normative<sup>9</sup>, ma corrisponde ad uno specifico concetto e ad uno specifico regime giuridico<sup>10</sup>.

Di fronte a questo approccio, è stato inevitabile che neppure la generalizzazione dello strumento del contratto di servizio potesse scuotere la ricostruzione pregiudizialmente pubblicistica del fenomeno<sup>11</sup>, in ogni forma esso si espliciti; anche anticipando le indicazioni della Corte, il contratto di servizio è stato sovente riportato ad una forma negoziata di esercizio del potere, sicché, a dispetto della novità, l'idea del contratto come strumento di regolazione dei rapporti anche nel settore dei servizi pubblici locali ha nella sostanza perso consistenza<sup>12</sup>.

buisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la complessiva materia dei servizi pubblici e non, più limitatamente, all'interno della stessa materia, la giurisdizione su concessioni ed affidamento (Corte. cost., 5 luglio 2004, n. 204).

<sup>9</sup> Di “affidamento”, ma in senso del tutto privo di specifico contenuto giuridico, parla anche il codice dei contratti, il relazione agli effetti dei diversi contratti di appalto di servizi, lavori, beni.

<sup>10</sup> Si veda al riguardo, L. Perfetti, *La riforma dei servizi pubblici locali a rilevanza industriale*, in L. Perfetti, P. Polidori (a cura di) *Analisi economica e metodo giuridico*, Padova, Cedam, 2003, 41, il quale lega l'affidamento all'esistenza di una riserva pubblica, assimilandolo alla concessione. L'A. rileva anche una diversità concettuale tra “affidamento” e “conferimento” del servizio, che però, nella normativa più recente invece si perde: l'art. 23-bis, d.l. n. 112/2008 utilizza questi due termini come sinonimi, per identificare lo stesso fenomeno di attribuzione del servizio (in particolare il secondo comma disciplina il conferimento della gestione, che, nel comma terzo, viene indicato come affidamento). Analogamente G. Piperata (*Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, cit., 110) scorge «dietro il nuovo istituto dell'affidamento» una «conferma – quantomeno parziale – del tradizionale fenomeno concessorio». In senso diverso, F. Trimarchi Banfi, *La gestione dei servizi pubblici locali e la tutela della concorrenza*, in *Amministrare*, 2010, la quale distingue la concessione, intesa come uno strumento con cui «il privato veniva associato al concedente nell'esercizio di una attività» e l'affidamento, nel quale «il rapporto tra affidante e affidatario è regolato da un contratto [di servizio]», che l'a. qualifica peraltro come un accordo sostitutivo di provvedimento (*Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, Giappichelli, 2007, 91).

<sup>11</sup> Ciò probabilmente è anche l'effetto della ambigua nascita del contratto di servizio come strumento di affidamento all'azienda speciale e regolazione dei rapporti tra questa e l'amministrazione: D. Sorace e C. Marzuoli, *Le aziende speciali e le istituzioni*, in *Dir. amm.*, 1996, 650 ss.

<sup>12</sup> A. Romano Tassone, *Il contratto di servizio*, in *Dir. trasp.*, 1998, 613 ss.; più di recente, A. Massera e C. Taccola, *L'uso del contratto nel diritto dei servizi pubblici*, in A. Massera (a cura di), *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Pisa, Plus, 2004, 271. Nel senso invece del carattere privatistico del contratto, M. Dugato, *I servizi pubblici locali*, cit., 2628; M. Cammelli e A. Ziroldi, *Le società a partecipazione pubblica nel*

## le diverse forme di garanzia dei servizi pubblici locali

Vi è però qualcosa di stridente nel notare che, alla comune presa d'atto della multiformità crescente delle tipologie del servizio pubblico, e in fondo della diversa natura dei servizi che sono ricompresi in quella nozione<sup>13</sup>, abbia corrisposto una concezione rigidamente unitaria del concetto di "affidamento", che, pur di contenere le variegate vicende che gli sono attribuite, si allarga talora sino a sfaldarsi. Di fronte a ciò, si potrebbe allora chiedersi se la nozione di affidamento, per come impiegata nella normativa sui servizi pubblici, non debba essere riportata ad un ambito più ridotto, in fondo in coerenza con la stessa valenza semantica del termine, che fa riferimento a casi in cui qualcuno dà ad altri un *quid* in qualche modo proprio: ma il *quid*, quando si è in presenza di un servizio pubblico, non sempre è proprio dell'amministrazione che si pretende affidante.

L'obiettivo che si pone è dunque quello di verificare se e in quale misura l'intervento pubblico possa svolgersi con modalità diverse da quelle dell'affidamento e possa essere oggetto, per conseguenza, di una normativa differente rispetto a quella che indistintamente, ad oggi, viene applicata. Per far ciò si esamineranno meccanismi di garanzia dei servizi pubblici locali, assunti dall'ente locale<sup>14</sup>, che non presuppongono un atto di attribuzione al mercato, così mostrando che il legame tra "assunzione" del servizio da parte dell'ente e "affidamento" non è indissolubile; per poi guardare più specificamente a casi in cui l'ente locale attribuisce in effetti il servizio al mercato; per distinguere, infine, all'interno di essi, le diverse forme (e non solo l'affidamento) attraverso cui tale intervento si può manifestare.

## 2. Il servizio pubblico locale in un ambiente liberalizzato. L'alternativa del sostegno pubblico alla domanda

Il servizio pubblico locale, in qualunque modo si manifesti, ha una radice necessariamente comune. Esso nasce da una valutazione circa

*sistema locale*, Rimini, Maggioli, 1997, 221. Distingue la natura del contratto di servizio in relazione al regime riservato o meno dell'attività che ne è oggetto, N. Rangone, *I trasporti pubblici di linea*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, cit., parte II, vol. VI, 2314; in quest'ultimo senso, si rinvia anche a S. Torricelli, *Il trasporto ferroviario liberalizzato: organizzazione della concorrenza e tutela dell'interesse pubblico*, in A. Brancasi (a cura di), *Liberalizzazione del trasporto pubblico terrestre e servizi pubblici economici*, Bologna, Il Mulino, 2003, 90 ss.

<sup>13</sup> Sulla multiformità della nozione di servizio e sul rapporto stridente con la tipicità delle modalità di gestione, G. Piperata, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, cit., 452.

<sup>14</sup> Secondo la terminologia dell'art. 1, r.d. n. 2578/1925.