

CARLO MARZUOLI

## GLI ENTI TERRITORIALI E LA SCELTA DEL MODELLO PER LA GESTIONE DEI PUBBLICI SERVIZI LOCALI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I modelli. – 3. La scelta fra i modelli. – 4. Alcune considerazioni: la normalità dell'autoproduzione; il modello della società *in house*: una tipizzazione invasiva. – 5. La necessità di individuare i limiti soprattutto sul piano oggettivo-sostanziale (non soggettivo-organizzativo). – 6. E di riconsiderare un più ampio orizzonte: servizio pubblico e amministrazione locale.

### 1. Introduzione

Le valutazioni della disciplina concernente la scelta fra i modelli per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica<sup>1</sup> sono correntemente negative, anche se per motivi opposti. Ciò dipende dalla diversità dei punti di partenza. Per chi muove dalla concorrenza e dal mercato la nuova disciplina non svolge fino in fondo quanto sarebbe imposto dalla necessità di tutelare la concorrenza e il mercato. Per chi, invece, ritiene che il pubblico servizio locale sia dimensione irrinunciabile dell'esistenza stessa dell'istituzione politica locale (e non solo locale)<sup>2</sup>, la nuova disciplina appare di

<sup>1</sup> Per una recentissima riconsiderazione critica dell'intera problematica in un contesto caratterizzato da particolare attenzione per i «caratteri dell'amministrazione locale» vedi F. Trimarchi Banfi, *La gestione dei servizi pubblici locali e la tutela della concorrenza*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it); per una diversa prospettiva vedi A. Vigneri, *I servizi pubblici locali dopo l'art. 15 del D.L. N. 135/2009. Osservazioni*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it).

<sup>2</sup> Lo stesso parere del *Cons. St., Sez. Atti Normativi*, n. 2692/2010, ricorda «il legame privilegiato tra i servizi pubblici e gli enti locali. Un'autonoma nozione di servizio pubblico, distinta dal concetto di funzione pubblica, si è delineata infatti ai primi del '900, in corrispondenza dei fenomeni di municipalizzazione dei servizi locali. Tale dato è riconducibile a ragioni storiche legate al ruolo svolto dai comuni come ente di riferimento delle comunità, che non è terminato con l'unificazione e la nascita dello Stato italiano. Il legame, che è stato rafforzato dall'ingresso degli enti locali nella Costituzione, e più tardi dall'affermazione del principio di sussidiarietà, oggi trova nuova linfa nella riformulazione del Titolo V della Costituzione» (vedi § 1 della parte «Considerato»).

segno rovesciato: essa invade degli spazi che stanno oltre quanto di competenza della concorrenza e del mercato.

Ora, poteri pubblici, nazionali e locali, da un lato, e concorrenza, da un altro, sono dati centrali nell'ordinamento che ci riguarda, sia per il livello nazionale sia per il livello europeo. Il problema, dunque, pone un primo interrogativo che non è in termini di gerarchia, ma di competenza: dare a ciascuno il suo; problema, peraltro, tanto normale quanto delicato e difficile, nonostante la sua normalità<sup>3</sup>.

Sono necessarie due ulteriori precisazioni, ai fini della delimitazione del tema considerato.

La prima. Le attività che interessano la materia sono molteplici, in parte tipizzate da apposita legislazione di settore e in parte no; la legislazione è stratificata, talora altalenante e in parte di secondo grado, come il d.P.R. n. 268/2010 (che si indicherà con "regol."), emanato in attuazione dell'art. 23-bis, d. l. n. 112/2008, conv. in l. n. 133/2008<sup>4</sup>.

Qui ci si occupa della disciplina generale, o di quella che rispetto ad altre è assumibile per tale.

Si è però consapevoli che la disciplina generale ha un ristretto ambito di applicazione. Ristretto, ma non troppo. Non bisogna infatti limitarsi a considerare i servizi economici tipizzati. Detta tipizzazione non ha abrogato l'art. 112, d. lgs. n. 267/2000, e non può costituire una sorta di rima obbligatoria per individuare ciò che il potere pubblico può fare o non può fare.

L'ambito dell'intervento pubblico, in termini generali, corrisponde tuttora alla tradizione iniziata con la legge Giolitti n. 103/1903; l'art. 112 cit. stabilisce infatti che gli «enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali». Rimane dunque operativa la nozione generale, necessariamente generica, per cui "servizio pub-

<sup>3</sup> Nella recentissima sentenza Corte cost. n. 325/2010 emerge chiaramente che l'autonomia privata e la concorrenza non sono valori assoluti; tuttavia si continua a ragionare a partire dalla concorrenza e dal mercato, in termini di limiti alla concorrenza e non, innanzitutto, di aree rispettivamente assoggettate o non assoggettate alla concorrenza, il che consentirebbe di evitare che ciò che non è concorrenza finisca per essere considerato una "eccezione" alla concorrenza.

<sup>4</sup> Vedi appunto il d.P.R. n. 168/2010; l'uso del regolamento, peraltro, non è in tutto rispondente all'entità (giuridica) delle questioni disciplinate; la cit. sent. n. 325/2010 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'utilizzazione del regolamento in punto di patto di stabilità (aspetto rientrante nella competenza concorrente in tema di coordinamento della finanza pubblica e perciò da sottrarre alla potestà regolamentare statale, vedi punto 12.6).

## gli enti territoriali e la gestione dei pubblici servizi locali

blico” (in senso lato) è quella determinata prestazione che il potere pubblico (locale, nel caso) ritiene che debba essere messa a disposizione dei cittadini, in adempimento di uno specifico obbligo costituzionale o in attuazione di una autonoma scelta politica dell’istituzione rappresentativa della popolazione di riferimento. Possono essere assunte ed esercitate attività a contenuto indeterminato, il cui unico limite è quello di corrispondere a diritti o a interessi socialmente rilevanti dei cittadini, i quali interessi sono – specie in epoca di multiculturalismo – quanto sempre più numerosi e diversi.

La seconda precisazione. Per mettere a fuoco il punto della scelta occorre innanzitutto richiamare i modelli di riferimento. Con “modello” intenderei le figure soggettive che possono essere utilizzate per l’espletamento del servizio, nonché, in relazione a ciascuna di dette figure soggettive, la caratteristica dominante (la natura) e in ogni caso la struttura e certe regole (pubbliche o private) a cui è assoggettata la sua attività. Tutto ciò, infatti, è di particolare importanza sotto il profilo della resa del modello e dunque della decisione da assumere.

Infine, occorre evitare di sovrapporre il piano della possibilità di scegliere con quello del percorso da seguire: sono questioni diverse, anche se possono essere congiunte. In altre parole: la scelta riguarda l’uso di uno dei vari modelli possibili; il percorso è la procedura da seguire a tale scopo, che può essere con o senza gara ovvero, seguendo la terminologia legislativa, affidamento diretto e non.

Naturalmente, i caratteri del modello influenzano talora in modo determinante le modalità di scelta, ma ciò non elimina la necessità di tenere separati l’uno e l’altro aspetto. Questo è, anzi, uno degli aspetti determinanti.

## 2. I modelli

In base all’art. 23-*bis*, d.l. n. 112/2008 le ipotesi previste e nominate sono l’utilizzazione di soggetti di (autentico) diritto comune (o equiparati agli effetti che interessano)<sup>5</sup>; la società mista; la società a totale partecipazione pubblica, con certi ulteriori requisiti (il provvedere in proprio).

A) Soggetti di diritto comune: sono «imprese o società in qualunque forma costituite». Niente vi è da aggiungere: è l’ipotesi, limpida, di soluzione conforme ai principi di tutela del mercato della concorrenza, almeno in via di principio.

<sup>5</sup> Le (normali: non *in house*) società anche a partecipazione pubblica totalitaria, vedi art. 3, c. 2, regol.