

**LE NUOVE
LEGGI
AMMINISTRATIVE**

Collana diretta da
RICCARDO VILLATA

LA RIFORMA DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI

Aggiornato al d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201

Seconda edizione

a cura di
Riccardo Villata



G. Giappichelli Editore – Torino

PRESENTAZIONE

Riccardo Villata

Introducendo alla lettura della precedente edizione di questo volume, avevo ritenuto di formulare le seguenti osservazioni.

La disciplina dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, che negli ultimi vent'anni, vale a dire dall'entrata in vigore dell'art. 22 della l. n. 142/1990, ha oscillato tra conservazione, sia pur utilizzando strumenti giuridici diversi da quelli tradizionali, delle gestioni dirette ed apertura alla concorrenza (tuttavia per il mercato e non nel mercato), vede ora affermarsi (definitivamente?) la seconda soluzione con la riscrittura dell'art. 23-bis, d.l. 25 giugno 2008, n. 112 operata dal d.l. 25 settembre 2009, n. 135 convertito con modificazioni dalla l. 23 novembre 2009, n. 166, che ha superato il vaglio di legittimità costituzionale.

Non sembra infatti vi siano margini di dubbio al riguardo nel momento in cui la regola diventa l'esternalizzazione tramite affidamento a soggetti individuati mediante procedure concorrenziali ad evidenza pubblica ovvero a società miste, ma con il socio (operativo e non semplicemente finanziatore) scelto tramite gara, mentre la formula "in house" degrada ad ipotesi derogatoria, circondata da particolare cautela ove l'ente locale ne scelga l'utilizzo anche per il futuro.

È caduto così l'equivoco, originato in larga misura da contestazioni un poco sfocate della Commissione europea a cui seguirono furbesche risposte del legislatore italiano, che pretendevano di ravvisare in tale formula l'adeguata apertura alla concorrenza sollecitata dalla Commissione stessa.

Ciò senza affatto disconoscere la neutralità comunitaria tra le varie opzioni: ma una cosa è sostenere la legittimità della gestione diretta, alla stregua del Trattato e delle direttive di settore, altra, e non accettabile, rivestire di caratteri pro concorrenza figure giuridiche che ne siano l'opposto.

L'interpretazione della nuova normativa deve muovere dall'esperienza giurisprudenziale, interna e della Corte di giustizia, alla quale si devono sia il c.d. "in house providing" sia il salvataggio della società mista, salvataggio a cui ha dato un valido contributo, con proprie comunicazioni (alludo naturalmente a quelle relative al Partnernariato pubblico privato) la stessa Commissione europea.

Questo giustifica ulteriormente, oltre al loro intrinseco valore, gli ampi saggi dedicati a questi temi nel presente volume, con la ricognizione dei precedenti, indispensabili per comprendere la portata della riforma.

Tra i non pochi problemi che restano irrisolti dal dato legislativo segnalo l'ambiguo art. 30 del Codice dei contratti, in parte ripreso dalle norme in commento.

Rinviando naturalmente anche a questo proposito ai contributi a ciò specificamente dedicati, ritengo ancora una volta di sottolineare gli equivoci derivanti dal carattere polisenso intrinseco alla locuzione "servizi pubblici", equivoci in larga misura riconducibili a non sorvegliati atti comunitari che hanno smarrito l'originaria consapevolezza che una cosa sono i servizi di cui l'Amministrazione abbisogna e ne ricerca il fornitore nel mercato, altra quelli che intende assicurare ai cittadini tramite prestazioni dirette od indirette proprie.

Infine, una norma transitoria complicata al punto da prevedere, come si legge nello studio specificamente dedicato, due categorie d'ordine generale, e quanto alla seconda, ben cinque sottocategorie, con scadenze prossime a verificarsi, salvo proroghe, di cui non ci si dovrebbe stupire stante l'esperienza di questi ultimi anni.

Un'ultima avvertenza: numerosi settori, a partire dal servizio di distribuzione del gas naturale, restano affidati alle proprie specifiche discipline, ovvero (si pensi al trasporto pubblico locale, non a caso oggetto di un'analisi allo stesso dedicata) direttamente regolati in sede comunitaria.

Tuttavia, tenendo altresì conto delle maglie larghe ex art. 112 TUEL, non certo ristretto potrà essere l'ambito applicativo della riforma.

La storia ha imboccato peraltro una strada diversa a seguito dell'esito del noto referendum abrogativo tenutosi nei giorni 12-13 giugno 2011, in cui l'opinione dei partecipanti al voto è stata manipolata da uno slogan (no alla privatizzazione dell'acqua) che in realtà nulla aveva a che fare con i contenuti della riforma.

Siffatto esito è stato ritenuto dalla Corte costituzionale (sent. n. 199/2012) tale da comportare la dichiarazione di illegittimità dell'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 158, che aveva cercato di colmare il buco prodotto dal suddetto referendum.

Stante l'insuccesso del tentativo di riforma tramite la l. 7 agosto 2015, n. 124, che conteneva una specifica delega al governo, tentativo "stoppat" ancora una volta dalla Corte costituzionale, che dichiarò illegittima la norma di delegazione (sent. n. 251/2016) in quanto la stessa prevedeva che i decreti legislativi venissero adottati previo parere formulato in sede di conferenza unificata e non di previa intesa Stato-Regioni, la materia ha trovato negli an-

ni una disorganica regolamentazione, oltre che nell'evoluzione della giurisprudenza interna ed europea, in disposizioni sparpagliate in testi normativi settoriali (e così concernenti i rifiuti, piuttosto che le farmacie o la distribuzione del gas naturale) ovvero "tangenziali" (penso alla legislazione sulle società pubbliche).

Indubbia quindi la necessità di un riordino generale della materia, la spinta decisiva è da ricondursi alle pressioni del PNRR e agli impegni assunti dallo Stato italiano nei confronti dell'Unione.

Naturalmente ancora una volta la giurisprudenza assolverà un ruolo di grande rilievo nel decretare il successo o l'insuccesso del nuovo testo unico.

Ma la giurisprudenza deve trovare nella dottrina le coordinate interpretative che la guidino.

Da qui, a mio avviso, l'utilità sul piano pratico, oltre che teorico, dei contributi raccolti nel presente volume, ai quali il "presentatore" deve cedere subito la scena.

Con un'unica finale osservazione.

Dovendosi riconoscere necessario, perché di servizio pubblico locale sia dato parlare, l'atto di assunzione da parte dell'ente, che di detto servizio diviene titolare (indipendentemente dal soggetto cui è affidata la gestione), ne consegue che la concezione del servizio pubblico in senso oggettivo, così come proposta da una celebre dottrina (tale sarebbe ogni attività economica indirizzata a fini di utilità generale tramite programmi e controlli), risulta allo stato, se non si vuol riconoscere definitivamente superata, come personalmente ritengo, quanto meno priva di adeguata conferma a livello di diritto positivo.

L'AMBITO DI APPLICAZIONE: I SERVIZI PUBBLICI LOCALI DI RILEVANZA ECONOMICA

Monica Delsignore

1. I servizi pubblici locali di rilevanza economica come espressione della necessità dell'intervento pubblico
 - 1.2. L'istruttoria e la motivazione in relazione all'istituzione del servizio
2. I servizi pubblici locali a rete
3. La generalità dell'ambito di applicazione e il rilievo delle normative di settore
4. I principi generali del servizio pubblico locale
5. L'utente e la centralità del suo bisogno quale ragione dell'istituzione del servizio

1. I SERVIZI PUBBLICI LOCALI DI RILEVANZA ECONOMICA COME ESPRESSIONE DELLA NECESSITÀ DELL'INTERVENTO PUBBLICO

La definizione, contenuta all'art. 2, lett. c) del d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201, Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica (di qui in poi anche Testo Unico), sottolinea efficacemente i due caratteri essenziali dei «servizi di interesse economico generale di livello locale» o «servizi pubblici locali di rilevanza economica»: anzitutto, l'esistenza di un bisogno collettivo da soddisfare e, in secondo luogo, la necessità dell'intervento pubblico, stante l'inadeguatezza del mercato a soddisfare quel bisogno.

Sulla nozione di servizio pubblico tanto si è scritto e detto, sicché, ai fini del presente lavoro, si rinvia certamente all'autorevole dottrina che si è cimentata sul tema¹. Entrambe le nozioni, soggettiva ed oggettiva, contengono elementi utili a descrivere l'attività svolta dall'Amministrazione in favore dei

¹ Anche per i ricchi riferimenti ivi contenuti, anzitutto si rinvia a M. DUGATO, voce *Servizi pubblici locali*. Moltissimi sono i contributi tra i quali si ricordi almeno, oltre a quanti troveranno specifico rinvio nelle note successive, A. DE VALLES, *I servizi pubblici* ove tradizionalmente si ricostruisce la nozione soggettiva; U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, ove compare la teoria della natura oggettiva del pubblico servizio; F. MERUSI, *Servizio pubblico*; N. RANGONE, *I servizi pubblici*; F. GIGLIONI, *Osservazioni*; C. FRESA, *Servizio pubblico*; S. CATTANEO, *Servizi pubblici*; L. PERFETTI, *Contributo ad una teoria*; E. SCOTTI, *Il pubblico servizio*; G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*. Da ultimo R. VILLATA, S. VALAGUZZA, *Servizi pubblici* e S. VALAGUZZA, *Pubblici servizi, interesse generale, private e modelli concorrenti*.

cittadini, sicché l'antitesi «*si rileva falsa e fuorviante: perché l'uno implica l'altro*»². Si è così progressivamente affermata una posizione intermedia, che è stata definita³ soggettiva temperata e che corrisponde a quella fatta propria dal decreto, in base alla quale il profilo pubblicistico assume rilevanza nella decisione di attrarre attività economiche ad un regime di riserva, sottraendole al mercato, in ossequio ai principi di proporzionalità e sussidiarietà e in rapporto al perseguimento della missione di servizio pubblico.

Il diritto comunitario, se pure ha inciso fortemente nella disciplina dei servizi pubblici, si riferisce ai servizi di interesse generale guardando al modo nel quale gli stessi si inseriscono in un ambiente economico⁴. I servizi di interesse economico generale, in particolare, sono funzionali all'intento di fornire una disciplina comune ad attività omogenee nei diversi Stati così da favorire la crescita e gli scambi in un mercato che sia, di regola, concorrenziale⁵, coinvolgendo più operatori in competizione nello svolgimento dell'attività d'impresa.

Solo laddove il servizio di interesse economico generale non sia in grado di raggiungere la propria missione secondo le comuni regole di mercato, ci si riavvicina alla concezione nazionale del servizio pubblico⁶. In questa ipotesi,

² Così A. POLICE, *Sulla nozione di «servizio pubblico locale»* e, similmente, *Spigolature sulla nozione*, che ricorda in proposito lo scritto di A. ROMANO, *Profili della concessione*. Ugualmente G. CAIA, *Organizzazione dei servizi pubblici locali* ritiene, a p. 3170, afferma che «*nel nostro ordinamento coesistono entrambe le nozioni, quella di servizio pubblico in senso soggettivo e quella in senso oggettivo*».

³ Da M. DUGATO, *La crisi del concetto di servizio pubblico locale*.

⁴ Così F. TRIMARCHI BANFI, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, che precisa che il diritto comunitario riconosce certo la funzione svolta dai servizi pubblici per l'attuazione dei valori comuni dell'Unione e ammette che essi siano perciò sottratti dall'osservanza delle disposizioni del Trattato, quando ciò sia richiesto per l'assolvimento dei compiti loro assegnati dai poteri pubblici. Da ultimo per alcune considerazioni circa la connessione tra concorrenza e interessi della collettività nel modello sovranazionale si rinvia a M. TRIMARCHI, *I servizi di interesse economico generale*. I profili del servizio pubblico universale e degli obblighi di servizio derivanti da tale nozione si trovano ben evidenziati, tra gli altri, da M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale*, N. RANGONE, *I servizi pubblici*, 289 e R. CAVALLO PERIN, *I principi*, 42. Si ricordi che anche la Corte costituzionale ha ragionate delle assonanze tra nozione europea e nazionale tra l'altro nella sent. 17 novembre 2010, n. 325.

⁵ Si rinvia a L. BERTONAZZI-R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*. In merito L. AMMANNATI, *I servizi pubblici locali*, afferma che i servizi di interesse economico generale, secondo la nozione usata nel Trattato CE, possono comprendere «*una gamma di attività non definibile una volta per tutte alle quali si applicano i principi che regolano il mercato interno tra cui quello della concorrenza*». Sulla nozione come tentativo di una sintesi delle diverse tradizioni nazionali M. RAMAJOLI, *Concessioni di diritto pubblico e diritto comunitario*. In merito alla prospettiva di tutela della concorrenza si veda, anche per i rinvii alla recente giurisprudenza della Corte di Giustizia, R. VILLATA-S. VALAGUZZA, *Pubblici servizi*, 35 ss.

⁶ In questo senso D. SORACE, *Servizi pubblici locali e iniziativa privata*, *Note sui «servizi pubblici locali»* e *Servizi pubblici e servizi economici*; F. TRIMARCHI BANFI, *I servizi pubblici*

derogatoria alla regola generale, emerge, infatti, il ruolo dell'intervento pubblico.

In questo senso la definizione nel nuovo Testo Unico evidenzia chiaramente, come elemento peculiare, la riconducibilità del servizio al soggetto pubblico, così mettendo in risalto come la scelta politica di intervenire per la fornitura ed erogazione del servizio alla collettività si renda necessaria ed ineliminabile perché il servizio sia pubblico⁷.

Accanto alle ipotesi dei servizi cosiddetti obbligatori, in cui è il legislatore a compiere la valutazione della incapacità delle prestazioni offerte sul mercato a soddisfare i bisogni delle comunità locali, il Testo Unico ben chiarisce che sempre residua uno spazio ulteriore in cui è l'ente territoriale che, nell'esercizio delle sue funzioni di indirizzo politico-amministrativo, stabilisce che un certo servizio abbia una rilevanza pubblicistica, rispetto ai bisogni della collettività, e che per esso, in considerazione delle condizioni di contesto, la prestazione debba essere garantita attraverso l'intervento pubblico: le motivazioni sociali impongono l'esclusività della gestione sicché la competizione e la libertà di iniziativa privata arretrano. La formula organizzativa, pur secondo le diverse modalità ammesse, diventa necessaria, in quanto legislativamente obbligata, una volta deciso di assumere l'attività come servizio pubblico locale.

La centralità della scelta dell'ente locale deve confrontarsi anche con la sussidiarietà nella dimensione orizzontale: il legislatore, come chiaramente esplicitato all'art. 10 del decreto in commento, sposa l'indirizzo volto a favorire in prima istanza l'iniziativa privata nell'erogazione dei servizi alla collettività e, solo in caso di inefficacia dell'iniziativa privata, ammette che entri in gioco il ruolo delle istituzioni più vicine ai cittadini, cioè gli enti locali, che peraltro procedono di regola, ma non esclusivamente, nello svolgimento dei servizi loro spettanti tramite affidamento a terzi, scelti secondo il principio di concorrenza.

È bene, allora, chiarire se esistano e quali siano i limiti o i vincoli nella scelta riservata all'Amministrazione quanto alla riconduzione di un'attività al servizio pubblico.

Se, come già accennato, esistono attività che sono sempre riconducibili all'Amministrazione, servizi pubblici locali perché così definiti dal legislatore,

nel diritto comunitario; G. CORSO, *La gestione dei servizi*; L. AMMANNATI, *Sulla inattualità*. Specificano si tratti di una nozione prossima, ma non identica a quella interna di servizio pubblico R. VILLATA-S. VALAGUZZA, *Pubblici servizi*, 30.

⁷ Il valore che assume l'atto di assunzione si trova evidenziato e sottolineato, tra i molti, in M. CAMMELLI-A. ZIROLDI, *Le società*; M. DUGATO, voce *Servizi pubblici locali*; E. SCOTTI, *Il pubblico servizio*; D. SORACE *I servizi «pubblici» economici*; R. VILLATA, *I pubblici servizi*.

statale o regionale, che ritiene l'intervento pubblico necessario alla soddisfazione dei bisogni degli utenti, accanto ad esse gli enti locali sono, anche, autorizzati ad individuarne altre, nell'interesse dei loro cittadini, a cui appunto poi si applicherà il regime organizzativo previsto dal nuovo Testo Unico.

Se, quindi, ad esempio, la raccolta e lo smaltimento dei rifiuti urbani debbono essere predisposti necessariamente dall'ente locale in base all'art. 198 del Codice dell'ambiente, e ciò vale senz'altro anche per il servizio idrico, in base all'art. 142 sempre del d.lgs. n. 152/2006, in aggiunta, il Testo Unico riconosce espressamente uno spazio in capo all'ente locale per intervenire in favore della collettività anche rispetto ad ulteriori attività. La gestione di parcheggi o mercati, il servizio di scuola bus per gli studenti, la cura del verde pubblico sono esempi tutti riconducibili a scelte singole e peculiari legate alle esigenze dei residenti su di un territorio.

In proposito si è osservato⁸ che se la tipicità è stata nel tempo tassativamente applicata al successivo momento organizzativo dei pubblici servizi, assai maggior libertà si è riconosciuta all'ente locale nella previa determinazione di quali attività debbano essere assoggettate a quel regime organizzatorio.

Storicamente, la l. 29 marzo 1903, n. 103 (c.d. legge Giolitti)⁹ per prima ha disciplinato l'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni¹⁰; con il successivo T.U. del 1925¹¹ si giungeva ad un'elencazione di tali servizi, sulla tassatività¹² e vigenza¹³ della quale si è a lungo discusso. Già allora, sarebbe stata l'esigenza di contrastare una possibile reazione degli operatori economici privati a determinare la necessità di una copertura legislativa all'assunzione e organizzazione dei servizi pubblici locali elencati¹⁴. Nella

⁸ Nel volume di G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia, passim*, ma soprattutto 74 ss., a cui si rinvia per una trattazione più completa, nonché per la ricchezza dei riferimenti in dottrina.

⁹ Sul valore politico del tentativo di «allargare la società» all'interno del nuovo stato unitario che si andava delineando si veda, pur per cenni, S. ROMANO, *Storia d'Italia*, 162 ss. Per una ricostruzione storica del ruolo del Comune nella identificazione delle attività sottoposte al regime organizzativo di servizio pubblico locale si rinvia a G. FONDERICO, *Il comune regolatore*.

¹⁰ In merito U. BORSI, *Le funzioni del Comune*, 279.

¹¹ Di cui al r.d. 15 ottobre 1925, n. 2578.

¹² Come si legge in M.S. GIANNINI, *Profili giuridici delle municipalizzazioni*, 539.

¹³ Riassume efficacemente il dibattito, G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia*, 76.

¹⁴ In tal senso, G. PIPERATA, *op. ult. cit.*, 144 che ritiene che da sempre l'intervento tipizzante del legislatore svolge una funzione di garanzia di tutti quei privati la cui capacità di iniziativa economica è destinata in questo settore a cedere il passo all'azione pubblica, per poi concludere (p. 170), però, che non basta disciplinare con legge i casi dei modelli tipici per convincere l'operatore economico della ragionevolezza della scelta politica di escluderlo da un mercato ormai divenuto appetibile.

l. n. 142/1990 e poi anche con il TUEL la delimitazione delle attività qualificabili alla stregua di servizio pubblico assumeva tratti assai meno precisi, riferendosi in genere alle attività «*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*». La definizione, decisamente ampia e onnicomprensiva, finiva per riconoscere piena autonomia – e, quindi, anche piena responsabilità politica – in capo al Comune o al diverso ente locale in tutti i casi in cui non esistesse l'indicazione del legislatore quanto all'obbligatorietà del servizio.

La giurisprudenza¹⁵ spiegava la generalità della disposizione di cui all'oggi abrogato art. 112 TUEL quale conseguenza della genericità dei fini che fanno capo all'ente locale e da ciò ricavava «*precipuo rilievo*» per la scelta politico-amministrativa del Comune di assumere il servizio, al fine di soddisfare in modo continuativo obiettive esigenze della collettività¹⁶.

Se è l'intervento dell'ente locale ad identificare i bisogni della collettività da soddisfare e l'attività necessaria al soddisfacimento come servizio pubblico, molto più difficile, ma certamente importante, è distinguere in concreto quali siano i servizi pubblici locali di rilevanza economica. Quando la rilevanza economica non esista, allora, posto che l'intervento pubblico non limita l'iniziativa privata, nemmeno si applicano quelle regole particolari, né il legislatore statale è legittimato a intervenire determinando il regime dell'attività. Il riferimento alla rilevanza economica, infatti, appare obbligato dopo la nota sentenza¹⁷ in cui la Corte costituzionale ha affermato la necessaria riconducibilità alla tutela della concorrenza, intesa come materia trasversale, per legittimare l'intervento del legislatore statale; laddove manchi la rilevanza

¹⁵ Esemplificativa la sentenza Cons. St., sez. V, 13 dicembre 2006, n. 7369 «... *gli enti locali, ed il comune in particolare, sono enti a fini generali dotati di autonomia organizzativa, amministrativa e finanziaria (art. 3 TUEL), nel senso che essi hanno la facoltà di determinare da sé i propri scopi e, in particolare, di decidere quali attività di produzione di beni ed attività, purché genericamente rivolte a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile della comunità locale di riferimento (art. 112 TUEL), assumere come doverose. Quel che rileva è perciò la scelta politico-amministrativa dell'ente locale di assumere il servizio, al fine di soddisfare in modo continuativo obiettive esigenze della collettività*».

¹⁶ Si è allo stesso modo considerato servizio pubblico locale il trasporto scolastico, il parcheggio, l'ormeggio e l'attracco di imbarcazioni da diporto, non invece il riscaldamento di edifici comunali, la polizia locale e il servizio di tesoreria. Per la citazione della giurisprudenza, nell'ambito di una più ampia ricostruzione critica della nozione di servizio pubblico locale e di una riflessione quanto alla progressiva liberalizzazione, si rimanda a A. VIGNERI, *La liberalizzazione*.

¹⁷ Corte cost., 27 luglio 2004, n. 272. Si ricordi che la delega per l'adozione del decreto è contenuta proprio nella legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021, del 5 agosto 2022, n. 118.

za economica, invece, la disciplina statutale recede di fronte ad una diversa disciplina regionale e comunque il decreto in commento non rappresenta più la norma di riferimento.

La distinzione è, chiaramente, mutuata dall'ordinamento comunitario, al comma 2 dell'art. 106 del Trattato, né è certo nuova al nostro ordinamento.

L'art. 35 della l. n. 448/2001, come noto, aveva introdotto la distinzione tra «servizi pubblici locali di rilevanza industriale» e «privi di rilevanza industriale», rinviando ad un regolamento l'elencazione esaustiva in applicazione del criterio. Con l'art. 14 del d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito in l. 24 novembre 2003, n. 326, il servizio di rilevanza industriale è stato sostituito dal servizio di rilevanza economica, affidandosi all'interprete, e non più al regolamento, il compito di interpretare il sintagma¹⁸.

La rilevanza economica è valsa quale implicito richiamo all'art. 2082 c.c. ove si definisce l'attività dell'imprenditore. Tale riferimento implica che anche i servizi sociali per cui è immaginabile una gestione imprenditoriale possano certo dirsi di rilevanza economica: così i servizi culturali, educativi e ricreativi¹⁹, ma anche i servizi di trasporto sanitario o di accoglienza di migranti. Si ricordi in proposito che sia la Corte di giustizia²⁰, sia il Consiglio di Stato²¹ nell'esercizio della funzione consultiva si sono pronunciati nel senso della assoggettabilità anche di queste attività alle regole della concorrenza. La Corte costituzionale è intervenuta a precisare, con la nota sentenza del 26 giugno 2020, n. 131, l'esistenza di una logica aliena al mercato che debba applicarsi quando lo Stato collabora con il terzo settore, tale per cui il diritto europeo «... *mantiene, a ben vedere, in capo agli Stati membri la possibilità di apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, un modello organizzativo ispirato non al principio di concorrenza ma a quello di solidarietà (sempre che le organizzazioni non lucrative contribuiscano, in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente al perseguimento delle finalità sociali)*»²².

In parziale continuità, la nuova disciplina qui in commento sembra appli-

¹⁸ Per un commento sugli effetti del passaggio di servizi a rilevanza industriale ai servizi di rilevanza economica si rinvia a G. CAIA, *Autonomia territoriale*.

¹⁹ Così A. POLICE, *Sulla nozione di «servizio pubblico locale»*, 65 e similmente *Spigolature sulla nozione di «servizio pubblico locale»*, 79.

²⁰ Causa C-159/11 e causa C-113/13. In merito alle questioni legate all'applicazione delle regole a tutela della concorrenza anche ai servizi sociali si rinvia a A. MOLITERNI, *Sussidiarietà e concorrenza nella disciplina dei servizi sociali*, A. MAGLIARI, *Servizi sociali di interesse generale* e L. GALLI, *La coprogettazione e la coprogrammazione dei servizi di integrazione dei migranti*, in particolare cap. I.

²¹ Con il parere Cons. St., commissione speciale 20 agosto 2018, n. 2052.

²² Per un commento si veda G. ARENA, *L'amministrazione condivisa*.

cabile di regola anche ai servizi sociali, salvo che, come si precisa all'art. 18, la prestazione dei servizi si realizzi attraverso forme di partenariato con gli enti del Terzo Settore, in cui le risorse pubbliche impiegate non risultino, però, mai superiori al rimborso dei costi previsti ai fini dell'esecuzione del rapporto. L'esistenza di un utile, infatti, fa rivivere la rilevanza economica e la disciplina generale introdotta dal decreto.

Il criterio della rilevanza economica è certamente mutevole in relazione all'evoluzione degli assetti, degli equilibri, della tecnologia nel singolo settore e, al contempo, in relazione alle caratteristiche territoriali e morfologiche del luogo in cui il servizio di interesse generale deve essere fornito.

La Commissione, infatti, ha, più di una volta²³, sottolineato l'inutilità e l'impossibilità di stilare un'elencazione esaustiva dei servizi di interesse generale non economici, affidando di fatto alla Corte di giustizia, nell'esercizio del suo sindacato, la valutazione circa la sussistenza del criterio.

Similmente la giurisprudenza nazionale già sottolineava la necessità della ricostruzione in via interpretativa della nozione di servizio pubblico locale di rilevanza economica, mancando una disposizione normativa che ne fornisca una definizione esaustiva²⁴. Il giudice ragiona nel senso della necessità di una valutazione che, da un lato, tenga conto della fattispecie concreta e, al contempo, consideri la potenzialità dell'attività nel mercato. Soprattutto si ritiene affatto priva di valore l'esistenza di un finanziamento pubblico per lo svolgimento dell'attività.

Così, ai fini della qualificazione di un servizio pubblico locale sotto il profilo della rilevanza economica, non importa la valutazione fornita dalla pubblica amministrazione, ma occorre verificare in concreto se l'attività da espletare presenti o meno il connotato della «redditività», anche solo in via potenziale²⁵. Nel caso di specie, relativo alla gestione di un impianto natatorio comunale, la tesi dell'Amministrazione – che sottolineava le finalità sociali in favore delle classi più disagiate, comprovate dal disavanzo nel bilancio

²³ Comunicazione della Commissione, *I servizi di interesse generale*, 20 settembre 2000, COM (2000) 580, relazione della Commissione al Consiglio europeo di Laeken, *Servizi di interesse generale*, 17 ottobre 2001, COM (2001) 598, il *Libro verde sui servizi di interesse generale*, 21 maggio 2003, COM (2003) 270 e il successivo *Libro bianco sui servizi di interesse generale*, 12 maggio 2004, COM (2004), 374, nonché, da ultimo, la comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale (2012/C 8/02).

²⁴ In tal senso espressamente, tra le tante, Cons. St., sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072 e TAR Puglia-Bari, sez. I, 12 aprile 2006, n. 1318.

²⁵ Cons. St., sez. V, 27 agosto 2009, n. 5097 e ugualmente la decisione Cons. St., sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072, in tema di alloggio, centro educativo e mensa sociale per i minori.

di gestione – è stata respinta, sembrando piuttosto che l'incapacità della conduzione in modo economicamente proficuo fosse il frutto della determinazione contingente di praticare tariffe di particolare favore. Tale scelta gestionale, in quanto passibile di successiva modificazione, non si è considerata atta di per sé a qualificare il servizio come non economico.

Allo stesso modo si definisce servizio pubblico locale a rilevanza economica e fruizione individuale il servizio di illuminazione elettrica votiva di aree cimiteriali «*in quanto suscettibile, almeno potenzialmente, di generare un utile di gestione e, quindi, riflettersi sull'assetto concorrenziale del mercato di settore*»²⁶.

Diversamente il giudice contabile²⁷, anziché valutare in concreto ed autonomamente la sussistenza di un potenziale mercato, ha qualificato l'apprezzamento come riservato e, insieme, ha riconosciuto all'ente il dovere di compiere la verifica sulla rilevanza economica, avendo riguardo all'impatto del servizio sul mercato concorrenziale di riferimento ed ai suoi caratteri di redditività ed autosufficienza economica.

Il rinvio all'art. 2082 c.c. resta, allora, attuale, ma residuano margini di discrezionalità riconosciuti in capo all'ente locale nel determinare la sussistenza del criterio.

In dottrina²⁸ si è precisato che la rilevanza economica non riguarda solo il carattere strutturale e di produzione, ma anche profili relativistico-relazionali. Ciò significa che la rilevanza economica dipende in parte dalla situazione relativa e cioè dalla specifica attività che il gestore in concreto viene a svolgere per il servizio richiesto. Si tratta, cioè, della rilevanza (economica) che vi può essere per il soggetto che debba avere (o aspirare ad avere) rapporti con l'ente locale, titolare del servizio pubblico. Quando, nel caso dei servizi sociali, si esamina la questione da tale punto di vista, si considera l'attività che i gestori terzi svolgono in cambio di un corrispettivo remunerativo, versato dall'ente

²⁶ Cons. St., sez. V, 14 aprile 2008, n. 1600 e Cons. St., sez. V, 5 dicembre 2008, n. 6049. Similmente nella sentenza del TAR Toscana, sez. II, 11 marzo 1998, n. 251 si ritiene non necessaria la sussistenza di una finalità economica da parte del soggetto che esegue le prestazioni, essendo, invece, sufficiente, come anche ai sensi dell'art. 2082, che l'attività di produzione di beni o servizi si configuri come tale da remunerare i fattori di produzione impiegati. Anche la Corte costituzionale, nella sent. n. 325/2010, afferma, al punto 9.1, che, nel valutare l'economicità, occorre considerare non tanto la «*scelta discrezionale dell'ente locale competente circa le modalità di gestione*» ma «*prendere in considerazione la possibilità dell'apertura di un mercato obiettivamente valutata secondo un giudizio di concreta realizzabilità, a prescindere da ogni soggettiva determinazione dell'ente a riguardo*».

²⁷ Corte conti, sez. Reg. controllo Lombardia, 11 maggio 2009, n. 195, sul sito www.dirittodeiservizipubblici.it.

²⁸ G. CAIA, *op. ult. cit.*, 13.

locale a fronte di utenti che non paghino a pieno il prezzo della prestazione ricevuta e che sia superiore al mero rimborso dei costi.

La rilevanza economica dipende, però, anche dalla scala su cui è condotto il servizio pubblico locale e dalle grandezze coinvolte ed i suoi confini sono mobili a seconda degli ambiti territoriali in cui il servizio viene erogato.

In proposito il Testo Unico introduce una sicura novità rispetto al passato, laddove promuove per tutti i servizi pubblici locali, anche attraverso misure incentivanti, le riorganizzazioni in funzione di aggregazione tra enti, ammettendo anche la delega dei comuni ricompresi nella città metropolitana al comune capoluogo delle funzioni di pubblico servizio, come previsto all'art. 5.

Tale gestione per ambiti ottimali in passato già era stata applicata per alcuni servizi a rete, come rifiuti²⁹, idrico³⁰ o gas naturale³¹, e si assiste con il decreto al tentativo di generalizzarla a tutto il comparto dei servizi pubblici locali. In passato l'esperienza, come noto, non si è però mostrata sempre in grado di portare ai risultati promessi e le autorità frutto dell'aggregazione si sono rivelate causa di contrasti e contenzioso sino a giungere anche al loro scioglimento³².

Il dimensionamento e la prestazione su ambiti territoriali allargati e aggregati – non solo in funzione del territorio, ma delle effettive necessità tali da garantire l'efficienza nella gestione del servizio – ha il fine di promuovere e creare le necessarie sinergie a vantaggio dell'utente. Ciò dovrebbe ridurre il rischio che i servizi minori restino verosimilmente esclusi dalla riforma, alla luce di motivazioni legate alla mancanza di rilevanza economica, ma non esclude la difficoltà insita nel coordinamento tra gli enti. Occorrerà attendere per comprendere se la previsione di misure incentivanti contenuta all'art. 5 sia davvero sufficiente a stimolare le aggregazioni.

1.2. L'istruttoria e la motivazione in relazione all'istituzione del servizio

L'art. 10 nel definire, secondo la sua rubrica, il “*Perimetro del servizio pubblico locale*” specifica i contenuti dell'atto con cui, come si è detto, gli en-

²⁹ In proposito si veda L. MUSSELLI, *La regolazione della gestione dei rifiuti* e più di recente A. BENEDETTI, *Organizzazione e regolazione dei servizi locali di interesse economico: il caso del ciclo dei rifiuti urbani*.

³⁰ A. PETRETTO, *La regolamentazione del servizio idrico integrato*, anche con specifiche indicazioni sul tema della tariffa idrica.

³¹ L. AMMANATI-A. CANEPA, *Un difficile percorso verso la concorrenza*.

³² Si rinvia alle osservazioni di G. PIPERATA, *I servizi pubblici*, M. PASSALACQUA, *La regolazione amministrativa degli ambiti territoriali*, in particolare 59.

ti locali possono istituire servizi «*diversi da quelli già previsti dalla legge, che ritengono necessari per assicurare la soddisfazione dei bisogni delle comunità locali*». La deliberazione dell'ente per l'istituzione di questi servizi, che si possono indicare come facoltativi, richiede una apposita istruttoria al fine di dimostrare la necessità dell'intervento pubblico, che si è detto essere irrinunciabile presupposto. A seguito dell'istruttoria la deliberazione dovrà quindi motivare quanto all'inidoneità delle prestazioni già offerte sul mercato a garantire il soddisfacimento dei bisogni delle comunità locali. La deliberazione potrà essere anche sottoposta a consultazione pubblica prima della sua adozione, anche se, trattandosi di facoltà in capo all'ente locale e visto il costo inevitabile di una consultazione pubblica, si ritiene poco verosimile ciò accada.

Già in passato la giurisprudenza aveva messo in evidenza che occorre una giustificazione oggettiva della pubblicità del servizio, nel senso di una correlazione diretta e immediata alle esigenze della collettività³³. Il sindacato del giudice amministrativo quanto alla validità della scelta non si è, sino ad ora, mostrato particolarmente incisivo, limitandosi a verificare la possibilità di ricondurre in qualche modo l'attività alla collettività di riferimento.

Similmente, nell'applicare l'art. 106, comma 2 del Trattato, il giudizio sulla proporzionalità del mezzo (deroga alle regole del Trattato) rispetto allo scopo (conseguimento dell'obiettivo di interesse generale) rientra nello scrutinio a cui sono sottoposte le misure statali, a condizione che i fatti necessari all'accertamento della proporzionalità-necessità siano stati introdotti in giudizio dalla parte che vi ha interesse³⁴. Provare che le misure statali eccedono quanto necessario allo scopo non è facile, così come non è facile provare che i bisogni della collettività troverebbero eguale garanzia e soddisfazione senza l'intervento del Comune.

Il nuovo Testo Unico, al contrario, sembra sottolineare l'importanza di una chiara indicazione a riguardo, laddove richiede che nella delibera di istituzione del servizio si motivi sia in relazione all'impossibilità che i diversi operatori nel mercato siano in grado di soddisfare il bisogno «*attraverso l'imposizione di obblighi di servizio pubblico a carico di uno o più*» tra essi, come previsto all'art. 12, sia, come previsto al successivo art. 13, in relazione alla indispensabilità dell'attribuzione di diritti speciali o esclusivi «*sulla base di un'adeguata analisi economica*».

L'imposizione di obblighi di servizio, come la fornitura a residenti in zone

³³Espressamente in tal senso Cons. St., sez. V, 14 dicembre 1988, n. 818. Dello stesso avviso Cons. St., sez. VI, 12 marzo 1990, n. 374; TAR Calabria, 24 ottobre 2007, n. 1076.

³⁴F. TRIMARCHI BANFI, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*.

poco appetibili o la garanzia di determinati orari di apertura, è considerata una soluzione meno restrittiva dell'iniziativa privata, perché, nel rispetto del vincolo, il mercato resta liberamente accessibile; i diritti speciali riconosciuti ad uno o ad alcuni operatori, invece, restringono anche l'accessibilità.

Il giudizio circa l'inesistenza di valide alternative implica l'apprezzamento di dati economici, finanziari e sociali, che non sono certo in grado di fornire soluzioni univoche, ma esprimono considerazioni di massima, tali per cui si ritiene che di fatto la motivazione dell'Ente locale debba considerarsi esauriente ed esaustiva anche se residuino margini di diversa valutazione circa la concreta capacità del mercato di soddisfare i bisogni della collettività³⁵. Si richiede, cioè, come anche in precedenza indicato dalla stessa Corte costituzionale³⁶, che la motivazione specifichi in modo ragionevole e plausibile le ragioni che hanno indotto all'istituzione del servizio pubblico.

È chiaro che quanto più attento si farà il sindacato del giudice sulla scelta dell'ente locale, tanto più ne gioverà la gestione del servizio: nel motivare, infatti, l'Amministrazione è costretta ad un'analisi economica e finanziaria dell'attività che certo sarà utile in primo luogo alla decisione, ma anche alla programmazione e pianificazione della successiva fornitura.

Se ne ricava, dunque, che se il giudice non deve sostituire la propria valutazione a quella dell'ente, la delibera di istituzione adottata dall'ente locale deve permettere di cogliere per quali motivi, in assenza di intervento pubblico, il bisogno della collettività resterebbe insoddisfatto o non soddisfatto secondo condizioni e modalità adeguate³⁷.

Il ruolo dell'ente locale si giustifica, infatti, secondo il legislatore in quanto comporti una alterazione dei risultati del libero esplicarsi delle regole del mercato e, conseguentemente, si esprima in una compressione, più o meno rilevante, della libertà di iniziativa privata. Diversamente, sarebbe sufficiente il rispetto delle regole comuni per l'esplicarsi di quell'attività.

Se quei servizi fossero reperibili nel mercato a condizioni adeguate ai bisogni della collettività, l'intervento dell'ente risulterebbe certo inutile in quanto non giustificato dall'interesse pubblico e pertanto illegittimo, in quanto in violazione dell'art. 10 del decreto in commento. In aggiunta, la sua illegittimi-

³⁵ In merito Cons. St., sez. III, 12 marzo 2021, n. 2102, interpretando l'art. 192, comma 2 del d.lgs. n. 50/2016 ritiene sufficiente ad esempio l'individuazione degli elementi positivi che giustificano la scelta per l'autoproduzione, senza che si richieda l'ulteriore esame degli elementi negativi ovvero della indisponibilità di soluzioni altrettanto soddisfacenti sul mercato.

³⁶ Così Corte cost., 27 maggio 2020, n. 100.

³⁷ In merito F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni*; L. BERTONAZZI-R. VILLATA, *I servizi di interesse generale*; F. CINTIOLI, *I servizi pubblici locali*.

tà emergerebbe anche sotto il profilo del diritto europeo poiché si otterrebbe il risultato di imporre in fatto un monopolio, in tal modo violando il principio della libertà di iniziativa economica privata e le regole della concorrenza, senza che ciò sia necessario per il raggiungimento di alcuna missione.

La scelta dell'ente locale richiede, pertanto, una motivazione in grado di giustificare, in base a considerazioni economiche, finanziarie e sociali, l'opportunità di fornire il servizio pubblico in sostituzione del mercato. Il nuovo Testo Unico precisa anche che laddove agevolazioni o altri titoli, nei confronti delle imprese, ai sensi dell'art. 10, comma 2, o degli utenti, ai sensi dell'art. 11, siano sufficienti a fornire prestazioni adeguate alla collettività, occorra favorire l'iniziativa privata e, quindi, certamente non istituire un servizio pubblico, ma limitarsi a intervenire con forme di sostegno. Si ricordi che tali agevolazioni sono ammesse anche dal diritto europeo, a patto che consentano di realizzare obiettivi di comune interesse e rappresentino il giusto strumento per correggere taluni fallimenti del mercato, ragioni che escludono appunto l'applicazione del divieto di aiuti di stato.

2. I SERVIZI PUBBLICI LOCALI A RETE

All'interno della categoria dei servizi pubblici locali, il Testo Unico distingue quei servizi *«che sono suscettibili di essere organizzati tramite reti strutturali o collegamenti funzionali necessari tra le sedi di produzione o di svolgimento della prestazione ..., sottoposti a regolazione ad opera di un'autorità indipendente»*. Tali servizi, definiti a rete³⁸ per la prima volta all'art. 3-bis del d.l. n. 138/2011, risultano facilmente identificabili proprio stante il riferimento alle autorità di regolazione dei servizi, sicché la sottocategoria non sarà fonte di difficoltà di perimetrazione e si applicherà nei settori in cui operano ARERA e ART.

Nel settore dei servizi a rete gli enti locali coinvolti dovrebbero essere, sempre più di frequente, accanto ai Comuni capoluogo nelle città metropolitane, gli enti di governo dell'ambito, posto che già il d.l. n. 138/2011 riconosceva alle Regioni e alle province autonome il compito di individuare per i servizi a rete ambiti o bacini territoriali che consentano di sfruttare economie di scala e di differenziazione e di istituire appunto gli enti di governo cui sono riservate le funzioni di organizzazione del servizio e scelta delle modali-

³⁸Sui servizi a rete in generale si rinvia a E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*; F. VETRÒ, *Il servizio pubblico a rete*; E. FERRARI, *I servizi a rete in Europa*.

tà di gestione. La disciplina qui in commento all'art. 5 ribadisce il ruolo delle Regioni nell'incentivare la riorganizzazione degli ambiti, orientando l'organizzazione dei servizi pubblici locali a rete preferibilmente su scala regionale o comunque in modo da consentire economie di scala o di scopo idonee a massimizzare l'efficienza del servizio.

Rinvinandosi senz'altro al capitolo curato da Lucattini in questo volume per l'analisi della nuova disciplina e dei rapporti tra enti locali e Autorità di regolazione, si accenni, qui, solamente al senso dell'introduzione del distinguo, che si ricava soprattutto dalle disposizioni dell'art. 6. Ivi si stabilisce, solo per i servizi a rete, il principio di distinzione e di esercizio separato tra funzioni di regolazione, di indirizzo e di controllo, da un lato, e funzioni di gestione, d'altro lato. Non si tratta di novità, poiché la regola già esisteva; tale regola, tuttavia, conosce una significativa ed espressa deroga proprio nell'applicazione rispetto ad alcuni importanti servizi a rete, come l'idrico e i rifiuti. L'art. 33 ammette, infatti, anche al fine dell'attuazione degli impegni contenuti nel PNRR (relativi agli investimenti in infrastrutture idriche primarie per la sicurezza e l'approvvigionamento idrico, per la riduzione delle perdite nelle reti di distribuzione dell'acqua e per le fognature e la depurazione) che enti di governo di ambito e autorità di regolazione possano partecipare alla gestione del servizio idrico e dei rifiuti urbani.

In attuazione del principio della separazione sono introdotte, inoltre, specifiche cause di incompatibilità e di inconferibilità tra soggetti cui spettano funzioni di regolazione e soggetti incaricati della gestione del servizio, che sono applicabili in via generale. Si ricordi qui, rinviando ancora alla successiva trattazione, che se l'incompatibilità richiede al soggetto, a cui viene conferito l'incarico, di optare per una tra le due posizioni contrastanti entro un termine di 15 giorni, a pena di decadenza, l'inconferibilità, invece, vieta appunto il conferimento di determinati incarichi e tale divieto cessa, in base al decreto, decorso un anno dalla conclusione degli incarichi precedenti.

3. LA GENERALITÀ DELL'AMBITO DI APPLICAZIONE E IL RILIEVO DELLE NORMATIVE DI SETTORE

Il decreto di riordino aspira ad introdurre una disciplina generale e perciò dispone all'art. 4 che le nuove disposizioni si applichino a tutti i servizi locali, integrando le normative di settore. In caso di contrasto si prevede addirittura che le norme generali prevalgono, salvo il rispetto del diritto dell'Unione europea e salvo che non siano introdotte nello stesso decreto specifiche norme di salvaguardia e prevalenza della disciplina di settore.

L'esigenza sentita dal legislatore da tempo è stata quella di stabilire un unico quadro generale nel quale valgano sempre i principi, di cui si dirà a breve, e che di fatto introduca strette regole di motivazione a presupposto della scelta di intervento pubblico per poi riconoscere, rispetto al passato, una più ampia discrezionalità all'ente locale nella scelta del modello di gestione, accompagnata, però, da ulteriori regole rigide in funzione di trasparenza e verifica di risultato.

Se l'aspirazione è alla generalità, nelle disposizioni finali nel titolo V si trovano ancora, come in passato, alcune specifiche previsioni di coordinamento rispetto a quei settori tradizionalmente oggetto di una disciplina propria e derogatoria. Quanto al trasporto pubblico locale si rinvia al capitolo di Bertozzi presente in questo volume, osservandosi, sin d'ora, lo sforzo del legislatore delegato di applicare le regole generali anche a questo settore, ad esempio per quanto riguarda le relazioni di cui agli artt. 14 e 30 del decreto, pur nella connessione con le specifiche previsioni contenute al d.l. 24 aprile 2017, n. 50 (l. n. 96/2017) che detta la disciplina speciale della materia.

Nel già ricordato art. 33 si fanno salve le disposizioni in tema di servizio idrico e di gestione dei rifiuti urbani con l'intento, da un lato, di permettere alla nuova sistemazione per ambiti territoriali di raggiungere la piena operatività, e, d'altro lato, di ammettere deroghe per enti locali di piccole dimensioni. Già si è accennato che i rilevanti finanziamenti previsti nel PNRR per la manutenzione e il rinnovamento delle infrastrutture giustificano, come si legge anche al comma 2, una deroga all'applicazione del regime della separazione tra regolatore e gestore del servizio e mantengono in essere l'assetto previsto nel Codice dell'ambiente. In particolare, gli enti locali compresi nel medesimo ambito territoriale ottimale (ATO) partecipano obbligatoriamente all'ente di governo dell'ambito (EGATO) individuato dalla Regione. A tale soggetto sono trasferite le competenze in materia di gestione delle risorse idriche. Tale sistema di *governance*, in cui gli enti di governo dell'ambito assumono quindi un rilievo centrale si applica anche al settore dei rifiuti³⁹, rappresentando il modello di aggregazione a cui, come già detto, si ispira il nuovo Testo Unico, che anzi ne propone una più diffusa applicazione.

Quanto alla gestione delle farmacie comunali⁴⁰ si conferma la possibilità

³⁹Per il quale, come già ricordato, si prevedono deroghe analoghe a quelle del servizio idrico.

⁴⁰Si noti, in merito, che già in precedenza il richiamo alla l. n. 142/1990 è stato inteso, pressoché concordemente dalla dottrina (S. COLOMBARI, *Nuova disciplina dei servizi pubblici locali e farmacie comunali: inderogabilità, integrazione o specialità?* e D. DE PRETIS, *La gestione delle farmacie comunali in forma societaria. Modelli generali e modelli di settore*, entrambi i contributi nel volume *La gestione delle farmacie comunali: modelli e problemi giuridici*, a cura

dell'utilizzo della modalità più idonea, tra quelle previste nel decreto, in base alla valutazione dell'ente locale.

Sono, invece, espressamente esclusi dall'applicazione del regime del decreto i servizi di distribuzione dell'energia elettrica e del gas, che restano disciplinati dalle norme di settore attuative del diritto europeo. Del resto, l'energia elettrica è settore in cui le competenze degli enti locali sono state assorbite a livello centrale⁴¹, mentre quanto alla distribuzione del gas il d.lgs. n. 164/2000 prevede la concessione mediante gara pubblica bandita dagli enti locali concedenti, eventualmente associati per la fornitura della prestazione rispetto ad ambiti territoriali minimi (ATEM)⁴².

Ugualmente restano esclusi dal decreto gli «*impianti di trasporto a fune per la mobilità turistico-sportiva in aree montane*». L'esclusione sembra chiaramente motivabile con il fatto che la citata mobilità turistico-sportiva non si configura alla stregua di un bisogno della collettività residente che il mercato non è in grado di soddisfare e, dunque, rappresenta un'attività che non potrebbe mai configurarsi quale servizio pubblico locale. In merito ha avuto modo di intervenire di recente anche la Corte costituzionale⁴³, che, pronunciandosi in relazione ad una legge della provincia autonoma di Bolzano sugli impianti di risalita a fune, ha chiarito che tale attività può anche essere esercitata senza assumere alcun rilievo in relazione ai bisogni collettivi.

4. I PRINCIPI GENERALI DEL SERVIZIO PUBBLICO LOCALE

La rubrica dell'art. 3 del decreto recita *Principi generali del servizio pubblico locale* e consta di tre commi, ciascuno dei quali sembra volersi riferire al servizio in base ai diversi punti di vista in cui lo si può considerare nell'ordinamento: quello dell'operatore privato, dell'amministrazione e dell'utente.

In particolare, il comma primo riguarda l'essenza del servizio e la sua giustificazione di esistenza, così da considerare la prospettiva degli imprendito-

di D. DE PRETIS, Trento, 2006) e dalla giurisprudenza (Cons. St. n. 4207/2005), come «*ri-chiamo in senso dinamico e non statico e cioè alla vigente (odierna) normativa generale disciplinante i modelli di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economico-imprenditoriale*».

⁴¹In merito si rinvia a N. AICARDI, *La sussidiarietà nella funzione di organizzazione dei servizi pubblici locali*.

⁴²In merito si rinvia L. AMMANATI-A. CANEPA, *Un difficile percorso verso la concorrenza. Gli ambiti di gara per la distribuzione locale del gas*.

⁴³Corte cost., 3 giugno 2020, n. 103 commentata da S. FOÀ-S. CARLUCCI, *Tutela della concorrenza, servizio pubblico*.

ri, interessati a comprendere il significato e la giustificazione della scelta della limitazione della libertà di iniziativa dei cittadini in favore dell'intervento pubblico; il secondo si occupa della istituzione, regolazione e gestione del servizio, adottando la visuale dell'ente locale e del gestore, eventualmente distinto, in relazione alle modalità per la concreta messa a punto della prestazione; il terzo riguarda l'organizzazione ed erogazione del servizio, considerando la diversa angolazione del destinatario finale della prestazione, cittadino o utente.

Anzitutto si lega l'intervento pubblico, implicito nella scelta di istituzione del servizio, ai bisogni della collettività, come già in precedenza sottolineato. In aggiunta, in consonanza con i principi costituzionali⁴⁴, l'intervento deve essere rispettoso della proporzionalità e della sussidiarietà, ovvero la giustificazione, richiesta all'ente locale nelle disposizioni successive, deve essere esaustiva quanto all'impossibilità di soddisfare i medesimi bisogni senza riservare la prestazione del servizio al soggetto pubblico e alla inadeguatezza delle alternative presenti sul mercato.

Il comma 2 è affollato da principi, ma in realtà non tutti sembrano propriamente tali e molti, piuttosto, appaiono quali regole di risultato. Così, ad esempio, la produzione di servizi quantitativamente e qualitativamente adeguati, l'applicazione di tariffe orientate a costi efficienti o la promozione di investimenti in innovazione tecnologica non paiono certo principi giuridici, quanto piuttosto regole operative, legate anche a parametri concreti, che già l'ente locale nella predisposizione del contratto di servizio e successivamente il gestore sono chiamati a rispettare al fine di fornire una prestazione, che si intende adeguata in quanto in grado di assecondare i bisogni e, più in generale, improntata al canone del buon andamento, enunciato all'art. 97 Cost.

I numerosi principi e le diverse regole elencate al comma 2 vanno certo considerati non ciascuno per sé stesso, ma al contrario nel temperamento che deriva dal loro reciproco confronto o dalla mediazione nella loro contrapposizione.

Così efficacia ed efficienza si bilanciano con le esigenze dello sviluppo sostenibile di modo che scelte, in apparenza più costose, possono in concreto essere più attente alle esigenze di tutela sociale (espressamente menzionate all'art. 20 del decreto) o ambientale.

Allo stesso modo il principio della concorrenza, che, come già ricordato⁴⁵,

⁴⁴ Sulla cui rilevanza si rinvia a P. LAZZARA, *Responsabilità pubblica e modelli di gestione*.

⁴⁵ Si ricordi, ancora, che la delega per l'adozione del decreto in commento è stata conferita al Governo dall'art. 8 della l. 5 agosto 2022, n. 118, Legge annuale per il mercato e la con-