

Le nuove forme di gestione dei beni e dei servizi di interesse economico generale

SALERNO, 25-26 settembre 2025

La gestione dei servizi pubblici, tra autoorganizzazione ed esternalizzazione

*Marcello Polimeno**

Sommario: 1. Premessa. – 2. I servizi pubblici nell'ordinamento italiano. – 3. I servizi pubblici nell'ordinamento dell'Unione Europea. – 3.1. Le fonti. – 3.2. Riepilogo di alcune nozioni in tema di servizi di interesse economico generale. – 4. Cenni sulla recente evoluzione della materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. – 4.1. La situazione prima del referendum del 12 e 13 giugno 2021. – 4.2. Il referendum del 12 e 13 giugno 2021 e l'evoluzione successiva. – 4.3. La delega per il riordino della materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. – 5. La disciplina di cui al D. Lgs. n. 201/2022 dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. – 5.1. I principi in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica. – 5.2. La prevalenza della disciplina di cui al D. Lgs. n. 201/2022 rispetto alle normative di settore. – 5.3. La riorganizzazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e la dicotomia servizi a rete e servizi non a rete. – 5.4. Le tre fasi sulle quali è incentrata la disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. – 6. L'istituzione: il perimetro del servizio pubblico locale. – 7. Le forme di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. – 7.1. L'affidamento a terzi mediante procedura a evidenza pubblica. – 7.2. L'affidamento a società mista. – 7.3. L'affidamento *in house*. – 8. La regolazione del rapporto di pubblico servizio, la vigilanza e la tutela dell'utenza. – 9. Gli obblighi di ricognizione periodica e di trasparenza. – 10. Le disposizioni contenute nel D. Lgs. n. 175/2016 connesse a tali obblighi di trasparenza e che circondano l'autoproduzione di ulteriori cautele. – 11. Recenti prospettive di ulteriore riforma contenute nel disegno di Legge annuale per il Mercato e la Concorrenza 2025. – 12. Osservazioni conclusive.

1. Premessa

Tenuto conto della vastità della materia e del variegato numero di servizi pubblici esistenti nell'ambito del mio intervento mi concentrerò soprattutto sulle forme di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e sulla disciplina dettata dal Decreto Legislativo 23 dicembre 2022, n. 201¹.

Ai fini dell'inquadramento delle questioni oggetto del presente contributo farò brevemente cenno alla nozione di servizio pubblico nell'ordinamento nazionale ed ai concetti utilizzati in ambito euro-unitario, ai relativi riferimenti normativi ed all'evoluzione della materia dei servizi pubblici locali avvenuta a partire dal 2008.

Sarà evidenziata la tensione che traspare dall'evoluzione della materia e dall'attuale normativa contenuta nel D. Lgs. n. 201/2022 tra il polo dell'esternalizzazione, da una parte, e quello dell'autoorganizzazione, dall'altra, nonché come tale tensione abbia plasmato questa disciplina ed i plurimi contenuti della stessa anche nel collegamento con quanto previsto dal Decreto Legislativo 19 agosto 2016, n. 175² in tema di società a partecipazione pubblica.

Mi soffermerò, infine, sulle recenti prospettive di ulteriore riforma della materia alla luce delle modifiche proposte nell'ambito del disegno di Legge annuale per il Mercato e la Concorrenza 2025.

* Referendario in servizio presso il T.A.R. Campania – Sezione staccata di Salerno. Il presente contributo riproduce, con alcune integrazioni, il contenuto della relazione tenuta nell'ambito del corso di formazione per magistrati amministrativi organizzato dall'Ufficio studi e formazione della Giustizia amministrativa sul tema "La gestione dei servizi pubblici, tra autoorganizzazione ed esternalizzazione", svoltosi a Salerno, presso il Grand Hotel Salerno, in data 25 e 26 settembre 2025.

¹ In G.U. n. 304 del 30 dicembre 2022.

² In G.U. n. 210 dell'8 settembre 2016.

2. I servizi pubblici nell'ordinamento italiano

In estrema sintesi nell'ambito dell'ordinamento interno si sono tradizionalmente contrapposte due diverse teorie con riferimento a ciò che rientra nella nozione di servizio pubblico: la teoria soggettiva identifica il servizio pubblico in quella attività non avente carattere autoritativo erogata da un'amministrazione e volta a fornire prestazioni ai singoli utenti; la teoria oggettiva ritiene che la natura pubblica del servizio derivi dalla disciplina pubblicistica cui l'attività è sottoposta e dalle finalità perseguite mediante tale attività, senza che sia determinante ai fini della qualificazione di un servizio come pubblico il soggetto che svolge l'attività³.

La netta contrapposizione tra tali due teorie è poi risultata tendenzialmente stemperata dalle concrete nozioni di servizio pubblico fatte proprie dal legislatore nel corso della lunga evoluzione normativa della materia.

Ad oggi, il D. Lgs. n. 201/2022, dedicato al riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, utilizza (alla lett. c del comma 1 dell'art. 3) la seguente definizione di servizi di interesse economico generale di livello locale / servizi pubblici locali di rilevanza economica: *“i servizi erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato, che non sarebbero svolti senza un intervento pubblico o sarebbero svolti a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che sono previsti dalla legge o che gli enti locali, nell'ambito delle proprie competenze, ritengono necessari per assicurare la soddisfazione dei bisogni delle comunità locali, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale”*.

Tale definizione riprende sia la nozione fatta propria dal diritto dell'Unione Europea, sia la definizione recepita sin dal D. Lgs. 175/2016⁴.

Gli elementi sui quali è incentrata l'attuale definizione sono:

1) la natura economica del servizio, in quanto erogato dietro corrispettivo economico su un mercato;

2) l'esistenza di un fallimento del mercato, trattandosi di servizi che in mancanza di intervento pubblico o non sarebbero svolti oppure lo sarebbero ma a condizioni differenti (dal punto di vista dell'accessibilità fisica ed economica, della continuità, della non discriminazione, della qualità e della sicurezza);

3) l'istituzione del servizio pubblico da parte della legge o da parte dell'ente locale *“per assicurare la soddisfazione dei bisogni delle comunità locali”* (quanto alle condizioni v. *infra*).

Dagli elementi sui quali è incentrata tale definizione e dalle altre disposizioni contenute nel Decreto si ricava un concetto di servizio pubblico locale di carattere dinamico, che esalta le autonomie locali e l'iniziativa privata, modulabile a seconda delle diverse realtà territoriali e nel corso del tempo (essendo strettamente influenzato proprio dall'evoluzione delle sensibilità delle comunità locali di riferimento⁵ ⁶).

Manca, invece, una definizione di servizio pubblico sul piano costituzionale.

Com'è noto l'art. 43 Cost. si occupa dei servizi pubblici essenziali e dispone che: *“A fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti*

³ V. V. Lopilato. Manuale di diritto amministrativo, pagg. 968 e ss., IV ed..

⁴ In particolare, la lettera i) del comma 1 dell'art. 2 del D. Lgs. 175/2016 definisce i servizi di interesse economico generale come *“i servizi di interesse generale erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato”* e la lettera h) a sua volta definisce i servizi di interesse generale come *“le attività di produzione e fornitura di beni o servizi che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che le amministrazioni pubbliche, nell'ambito delle rispettive competenze, assumono come necessarie per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale, ivi inclusi i servizi di interesse economico generale”*.

⁵ V. P. Chirulli, Il d.lgs. n. 201/2022 e il riordino dei servizi pubblici locali: un inquadramento, in Rivista della regolazione dei mercati, fascicolo 2/2023, pagg. 295 e ss..

⁶ Nel senso che la dinamicità di talune delle città moderne ha posto in crisi l'equivalenza collettività locale — utenza, mostrando che gli utenti dei servizi possono essere diversi in misura sensibile rispetto ai residenti e divenire portatori di interessi in contrasto con quelli dei residenti v. M. Dugato, La crisi del concetto di servizio pubblico locale tra apparenza e realtà, in Diritto Amministrativo, fasc. 3, 1 settembre 2020, pagg. 510 e ss..

pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale”.

Vengono poi in rilievo gli artt. 2 (in tema di diritti inviolabili dei cittadini e di doveri inderogabili di solidarietà economica e sociale) 3, comma 2, (contribuendo all’implementazione del principio di uguaglianza in senso sostanziale) e 41 Cost. (in relazione alla necessità che l’iniziativa economica non si svolga in contrasto con l’utilità sociale ed alla possibilità che l’attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali).

I servizi pubblici locali per quanto non espressamente menzionati dall’art. 117 Cost. ricadono comunque nella sfera di operatività di tale disposizione ai fini del riparto della potestà legislativa tra lo Stato e le Regioni.

A tal proposito, nel senso della potestà legislativa esclusiva dello Stato vengono in rilievo: la lettera e) relativa alla tutela della concorrenza con riferimento ai servizi pubblici locali di rilevanza economica e la lettera p) rispetto alle funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane⁷.

La materia dei servizi pubblici locali entra in gioco anche nell’ambito della legislazione concorrente relativamente al coordinamento della finanza pubblica con riferimento al quale lo Stato può dettare principi fondamentali nell’eventualità in cui i servizi in questione siano gestiti senza ricorrere al mercato⁸.

Per la restante parte i servizi pubblici locali di rilevanza economica rientrano tra le materie di potestà legislativa residuale delle Regioni, con competenza regolamentare degli enti locali.

Sul punto la Corte Costituzionale ha così riepilogato la propria giurisprudenza in materia:

“Si tratta di una disciplina ... su cui questa Corte si è più volte pronunciata, ravvisando una competenza legislativa statale esclusiva a disciplinare il regime dei servizi pubblici locali di interesse economico «per gli aspetti che hanno una diretta incidenza sul mercato» (sentenze n. 160 del 2016 e n. 325 del 2010) e che siano volti, «in via primaria, alla tutela e alla promozione della concorrenza» (sentenza n. 325 del 2010), nel limite della proporzionalità e adeguatezza dell’intervento (sentenze n. 160 del 2016, n. 443 del 2007, n. 272 del 2004). Ha anche ravvisato una competenza legislativa regionale residuale (che si accompagna alla competenza regolamentare degli enti locali di cui all’art. 117, sesto comma, Cost.) a disciplinare tutti quei profili (ivi compreso il trasporto pubblico locale) che non siano strumentali a garantire la concorrenza (sentenza n. 325 del 2010, n. 307 del 2009, n. 272 del 2004)”⁹.

Quanto ai servizi pubblici locali privi di rilevanza economica la disciplina prevista dall’art. 113-bis del Decreto Legislativo 18 agosto 2000, n. 267¹⁰ è stata dichiarata incostituzionale dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 272/2004. La Corte ha evidenziato come la materia della tutela della concorrenza non sia invocabile con riferimento a questo tipo di servizi, non esistendo in relazione agli stessi un mercato concorrenziale, con conseguente necessità che la disciplina degli stessi sia contenuta nelle fonti regionali e locali¹¹.

⁷ Lettera espressamente richiamata dalla lett. a) del comma 2 dell’art. 8 Legge 5 agosto 2022, n. 118 nell’ambito della delega al Governo in materia di servizi pubblici locali.

⁸ V. la sentenza n. 150/2016 della Corte Costituzionale.

⁹ V. la sentenza n. 251/2016 della Corte Costituzionale.

¹⁰ In G.U. n. 227 del 28 settembre 2000 - Suppl. Ordinario n. 162.

¹¹ In particolare, la Corte Costituzionale ha evidenziato quanto segue a proposito di tali servizi: *“La nuova denominazione di questi servizi, adottata in conformità a tendenze emerse in sede di Commissione europea a decorrere dal settembre 2000, già di per sé può indicare che il titolo di legittimazione per gli interventi del legislatore statale costituito dalla tutela della concorrenza non è applicabile a questo tipo di servizi, proprio perché in riferimento ad essi non esiste un mercato concorrenziale.*

A questo proposito la Commissione europea, nel “Libro Verde sui servizi di interesse generale” (COM-2003-270) del 21 maggio 2003, ha affermato che le norme sulla concorrenza si applicano soltanto alle attività economiche, dopo aver precisato che la distinzione tra attività economiche e non economiche ha carattere dinamico ed evolutivo, cosicché non sarebbe possibile fissare a priori un elenco definitivo dei servizi di interesse generale di natura “non economica”. Secondo la costante giurisprudenza comunitaria spetta infatti al giudice nazionale valutare circostanze e condizioni in cui il servizio viene prestato, tenendo conto, in particolare, dell’assenza di uno scopo precipuamente lucrativo, della mancata assunzione dei rischi connessi a tale attività ed anche dell’eventuale finanziamento pubblico dell’attività in questione (Corte di giustizia CE, sentenza 22 maggio 2003, causa 18/2001). Per i servizi locali, quindi, che, in relazione al soggetto erogatore, ai caratteri ed alle modalità della prestazione, ai destinatari, appaiono privi di “rilevanza economica”, ci sarà dunque spazio per una specifica ed adeguata disciplina di fonte regionale ed anche locale”.

3. I servizi pubblici nell'ordinamento dell'Unione Europea

3.1. Le fonti

Il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea non utilizza la terminologia servizio pubblico / servizi pubblici, bensì quella Servizi di Interesse Economico Generale, c.d. SIEG.

In particolare, l'art. 14 del TFUE (ex art. 16 del TCE) riconosce l'importanza dei SIEG nell'ambito dei valori comuni dell'Unione ed il ruolo degli stessi nella promozione della coesione sociale e territoriale, nonché la competenza concorrente di Unione e Stati membri. Tale disposizione sancisce poi che Unione Europea e Stati membri devono assicurare il funzionamento di questi servizi in base a principi e condizioni tali da consentire l'assolvimento dei compiti di tali servizi¹².

L'art 106 del TFUE (ex art. 86 del TCE)¹³ enuncia poi al par. 1 quale regola generale quella della tutela della concorrenza a prescindere dalla forma di gestione dell'attività di impresa (pubblica o privata).

Il par. 2 dell'art. 106 prevede poi l'applicazione delle regole di concorrenza anche alle imprese incaricate della gestione dei SIEG.

Tuttavia, la seconda parte del primo periodo del par. 2 prevede una deroga laddove l'applicazione delle regole di concorrenza possa ostacolare l'adempimento della specifica missione affidata alle imprese incaricate della gestione dei SIEG.

Ne consegue l'ammissibilità dell'intervento del singolo Stato membro sul mercato nelle ipotesi di c.d. fallimento del mercato.

È stato osservato in dottrina sul punto che il diritto euro-unitario non trascura che la finalità specifica di tali servizi è la coesione sociale ed il soddisfacimento degli interessi diffusi presso le collettività nazionali e locali, finalità che costituisce la giustificazione del peculiare statuto dei SIEG¹⁴; inoltre, il diritto europeo non pone la concorrenza ed il perseguimento degli interessi della collettività in termini alternativi, ritenendo che il mercato sia il mezzo più efficiente per l'allocazione di beni e servizi e, quindi, per soddisfare gli interessi della collettività. In tal modo il reale portato del par. 2 dell'art. 106 del TFUE andrebbe colto nel senso della costruzione quanto ai SIEG di un diritto della concorrenza speciale in grado di soddisfare gli interessi della collettività nell'ambito dei servizi¹⁵.

Va poi ricordato che il Protocollo n. 26 sui SIEG enuncia i valori comuni dell'Unione Europea con riguardo a tali servizi¹⁶ e che l'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (articolo rubricato

¹² In particolare, si prevede quanto segue: "Fatti salvi l'articolo 4 del trattato sull'Unione europea e gli articoli 93, 106 e 107 del presente trattato, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono tali principi e fissano tali condizioni, fatta salva la competenza degli Stati membri, nel rispetto dei trattati, di fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi".

¹³ "1. Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei trattati, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 18 e da 101 a 109 inclusi.

2. Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione.

3. La Commissione vigila sull'applicazione delle disposizioni del presente articolo rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive o decisioni".

¹⁴ M. Trimarchi, I servizi di interesse economico generale nel prisma della concorrenza, in Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, fasc. 1, 1 febbraio 2020, pag. 26 e la dottrina ivi citata.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ "Articolo 1

I valori comuni dell'Unione con riguardo al settore dei servizi di interesse economico generale ai sensi dell'articolo 14 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea comprendono in particolare:

— il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti;

— la diversità tra i vari servizi di interesse economico generale e le differenze delle esigenze e preferenze degli utenti che possono discendere da situazioni geografiche, sociali e culturali diverse;

— un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente.

“Accesso ai servizi d’interesse economico generale”) riconosce l’accesso ai SIEG, quale previsto dagli ordinamenti nazionali ed in conformità ai Trattati, con la finalità di promuovere la coesione sociale e territoriale dell’Unione.

3.2. Riepilogo di alcune nozioni in tema di servizi di interesse economico generale

Il diritto euro-unitario non utilizza il termine “servizio pubblico” al di fuori del riferimento contenuto all’art. 93 del TFUE (ex art. 73 del TCE) in materia di trasporti, preferendo invece utilizzare una terminologia che prescinde da quelle fatte proprie dai singoli ordinamenti nazionali, vale a dire quella di servizi di interesse generale (SIG). In particolare, la relativa terminologia è stata oggetto di comunicazione della Commissione nella quale sono state riepilogate le seguenti nozioni¹⁷:

- Servizi di interesse Generale (SIG): *“sono servizi che le autorità pubbliche degli Stati membri considerano di interesse generale e pertanto sono oggetto di specifici obblighi di servizio pubblico (OSP). Il termine riguarda sia le attività economiche (vedere la definizione di SIEG in appresso) che i servizi non economici. Questi ultimi non sono soggetti a una normativa UE specifica né alle norme del trattato in materia di mercato interno e concorrenza. Alcuni aspetti dell’organizzazione di questi servizi possono essere oggetto di altre norme generali del trattato, quali il principio di non discriminazione”*; è importante rilevare che, quindi, nella nozione di SIG sono ricompresi sia i SIEG, sia i servizi non economici;

- Servizi di interesse economico generale (SIEG): *“sono attività economiche i cui risultati contribuiscono all’interesse pubblico generale che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento statale (o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di qualità, sicurezza, accessibilità economica, parità di trattamento o accesso universale). Al fornitore incombe un OSP¹⁸ sulla base di un incarico e di un criterio di interesse generale che assicura che il servizio sia fornito a condizioni che gli consentano di assolvere i propri compiti”*;

- Servizi sociali di interesse generale (SSIG): *“comprendono i regimi di sicurezza sociale che coprono i rischi fondamentali dell’esistenza e una gamma di altri servizi essenziali forniti direttamente al cittadino che svolgono un ruolo preventivo e di coesione/inclusione sociale.*

Seppur alcuni servizi sociali (come i regimi di sicurezza sociali previsti per legge) non siano considerati attività economiche dalla Corte europea, la giurisprudenza della Corte afferma chiaramente che la natura sociale di un servizio non è di per sé sufficiente per qualificarlo come attività non economica. Il termine “servizio sociale di interesse generale”, di conseguenza, riguarda attività sia economiche che non”.

In sostanza i SSIG sono categoria trasversale rispetto ai SIEG ed ai servizi non economici. La mera natura sociale di un servizio non basta a sottrarlo al regime dei SIEG.

4. Cenni sulla recente evoluzione della materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica

Tenuto conto della lunga evoluzione della materia andrà focalizzata l’attenzione soltanto sulla “storia” recente della stessa e con riferimento ai servizi pubblici locali di rilevanza economica¹⁹ e dovrà distinguersi il piano interno da quello euro-unitario.

Articolo 2

Le disposizioni dei trattati lasciano impregiudicata la competenza degli Stati membri a fornire, a commissionare e ad organizzare servizi di interesse generale non economico”.

¹⁷ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni - Una disciplina di qualità per i servizi di interesse generale in Europa - 20.12.2011 COM.

¹⁸ Tra gli obblighi di servizio pubblico vi sono gli obblighi di servizio universale (OSU) i quali vengono così definiti nella suddetta Comunicazione della Commissione: *“sono un tipo di OSP che stabiliscono le condizioni per assicurare che taluni servizi siano messi a disposizione di tutti i consumatori e utenti di uno Stato membro, a prescindere dalla loro localizzazione geografica, a un determinato livello di qualità e, tenendo conto delle circostanze nazionali, ad un prezzo abbordabile. La definizione di OSU specifici è stabilita a livello europeo come componente essenziale della liberalizzazione del mercato nel settore dei servizi, quali le telecomunicazioni, i servizi postali e i trasporti”*.

¹⁹ Quanto a quelli privi di interesse economico v. F. Midiri, I servizi pubblici locali privi di interesse economico fra legislatore nazionale e giurisprudenza europea, in *Federalismi.it*.

4.1. La situazione prima del referendum del 12 e 13 giugno 2011

Nell'ordinamento italiano prima del referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011 il riferimento normativo era costituito dall'art. 23 bis del D.L. 25 giugno 2008 n. 112²⁰.

Tale disposizione aveva previsto che la regola in tema di conferimento della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica dovesse essere l'esternalizzazione totale o parziale mediante o il conferimento della gestione a favore di imprenditori / società per mezzo di procedure competitive ad evidenza pubblica oppure l'affidamento a società a partecipazione mista pubblica e privata (a condizione che la selezione del socio avvenisse mediante procedure competitive ad evidenza pubblica e che la gara fosse a doppio oggetto).

L'eccezione a tale regola era l'affidamento a società *in house*.

Oltre ai requisiti richiesti per la configurabilità del soggetto *in house* venivano richiesti ulteriori requisiti costituiti: dalla previa "pubblicità adeguata"; dalla motivazione della scelta di tale tipo di affidamento da parte dell'ente in base ad un'analisi di mercato, con successiva trasmissione di una relazione dall'ente affidante all'AGCM per un parere preventivo e obbligatorio, ma non vincolante (da rendere entro 60 giorni dalla ricezione); dalla sussistenza di "*situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento*", "*non permettono un efficace ed utile ricorso al mercato*" (v. commi 3 e 4 del testo dell'art. 23-bis).

Nell'ordinamento europeo la giurisprudenza della CGUE ammetteva (ed ammette) la gestione diretta dei servizi di interesse economico generale di livello locale da parte dell'Autorità pubblica, nonché mediante *in house providing*.

In particolare, la Corte di Giustizia ha osservato quanto segue: "*Un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi. In tal caso, non si può parlare di contratto a titolo oneroso concluso con un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice. Non sussistono dunque i presupposti per applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici.*"

... *In conformità della giurisprudenza della Corte, non è escluso che possano esistere altre circostanze nelle quali l'appello alla concorrenza non è obbligatorio ancorché la controparte contrattuale sia un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice. Ciò si verifica nel caso in cui l'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, eserciti sull'entità distinta in questione un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e tale entità realizzi la parte più importante della propria attività con l'autorità o le autorità pubbliche che la controllano (v., in tal senso, sentenza Teckal, cit., punto 50). Occorre ricordare che, nel caso sopra menzionato, l'entità distinta era interamente detenuta da autorità pubbliche. Per contro, la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi*"²¹.

La Corte Costituzionale con la sentenza n. 325/2010 aveva evidenziato la non incostituzionalità della suddetta disciplina nazionale, perché le condizioni aggiuntive richieste dalla normativa interna comportavano un'applicazione più estesa della "*regola comunitaria concorrenziale dell'affidamento del servizio stesso mediante gara pubblica, quale conseguenza di una precisa scelta del legislatore italiano. Tale scelta, proprio perché reca una disciplina pro concorrenziale più rigorosa rispetto a quanto richiesto dal diritto comunitario, non è da questo imposta – e, dunque, non è costituzionalmente obbligata, ai sensi del primo comma dell'art. 117 Cost., come sostenuto dallo Stato –*, ma neppure si pone in contrasto – come sostenuto, all'opposto, dalle ricorrenti – con la citata normativa comunitaria, che, in quanto diretta a favorire l'assetto concorrenziale del mercato, costituisce solo un minimo inderogabile per gli Stati membri. È infatti innegabile l'esistenza di un "*marginale di apprezzamento*" del legislatore nazionale ... Ne deriva, in particolare, che al legislatore italiano non è vietato adottare una disciplina che preveda regole concorrenziali – come sono quelle in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento di servizi pubblici – di applicazione più ampia rispetto a quella richiesta dal diritto comunitario. L'identità del "*verso*" delle discipline interna e comunitaria esclude, pertanto, ogni contrasto od incompatibilità anche per quanto riguarda la indicata terza differenza".

²⁰ In G.U. n. 147 del 25.6.2008 - Suppl. Ordinario n. 152. Tale Decreto è stato convertito con modificazioni dalla L. 6 agosto 2008, n. 133 (in SO n. 196, relativo alla G.U. del 21 agosto 2008, n. 195).

²¹ V. sentenza della Corte di giustizia UE 11 gennaio 2005, C-26/03, Stadt Halle, ECLI:EU:C:2005:5, punti 48 e 49.

In sostanza, la regola nel senso dell'esternalizzazione dei servizi pubblici locali non era ritenuta in contrasto con i vincoli euro-unitari e con la Costituzione.

4.2. Il referendum del 12 e 13 giugno 2011 e l'evoluzione successiva

Tale referendum ha comportato l'abrogazione²² del suddetto art. 23-bis.

Il legislatore è quindi intervenuto a dettare una nuova disciplina con l'art. 4 del Decreto Legge 13 agosto 2011, n. 138²³.

Questa disposizione ha configurato l'affidamento *in house* dei servizi pubblici locali di rilevanza economica come eccezione rispetto alla regola costituita dall'affidamento mediante procedure competitive ad evidenza pubblica o a società a partecipazione mista.

In particolare, l'affidamento *in house* era consentito soltanto in presenza di valore economico del servizio di affidamento pari o inferiore ad una determinata somma (inizialmente € 900.000,00 e poi, nella versione in vigore prima dell'intervento della Corte Costituzionale, € 200.000,00).

Pertanto, l'autorganizzazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica ne era uscita ulteriormente ridimensionata.

Tuttavia, la Corte Costituzionale con la sentenza n. 199/2012 ha poi dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 del D.L. 138/2011 sia nel testo originario che in quello risultante dalle successive modificazioni.

La Corte ha evidenziato come la nuova disciplina dettata da tale disposizione “*non solo è contraddistinta dalla medesima ratio di quella abrogata, in quanto opera una drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti in house, al di là di quanto prescritto dalla normativa comunitaria, ma è anche letteralmente riproduttiva, in buona parte, di svariate disposizioni dell'abrogato art. 23-bis e di molte disposizioni del regolamento attuativo del medesimo art. 23-bis contenuto nel d.P.R. n. 168 del 2010.*

Essa, infatti, da un lato, rende ancor più remota l'ipotesi dell'affidamento diretto dei servizi, in quanto non solo limita, in via generale, «l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità» (comma 1), analogamente a quanto disposto dall'art. 23-bis (comma 3) del d.l. n. 112 del 2008, ma la ancora anche al rispetto di una soglia commisurata al valore dei servizi stessi, il superamento della quale (900.000 euro, nel testo originariamente adottato; ora 200.000 euro, nel testo vigente del comma 13) determina automaticamente l'esclusione della possibilità di affidamenti diretti. Tale effetto si verifica a prescindere da qualsivoglia valutazione dell'ente locale, oltre che della Regione, ed anche – in linea con l'abrogato art. 23-bis – in difformità rispetto a quanto previsto dalla normativa comunitaria, che consente, anche se non impone (sentenza n. 325 del 2010), la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale, allorquando l'applicazione delle regole di concorrenza ostacoli, in diritto o in fatto, la «speciale missione» dell'ente pubblico (art. 106 TFUE), alle sole condizioni del capitale totalmente pubblico della società affidataria, del cosiddetto controllo “analogo” (il controllo esercitato dall'aggiudicante sull'affidatario deve essere di “contenuto analogo” a quello esercitato dall'aggiudicante sui propri uffici) ed infine dello svolgimento della parte più importante dell'attività dell'affidatario in favore dell'aggiudicante.

...

Alla luce delle richiamate indicazioni – nonostante l'esclusione dall'ambito di applicazione della nuova disciplina del servizio idrico integrato – risulta evidente l'analogia, talora la coincidenza, della disciplina contenuta nell'art. 4 rispetto a quella dell'abrogato art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008 e l'identità della ratio ispiratrice.

Le poche novità introdotte dall'art. 4 accentuano, infatti, la drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti diretti dei servizi pubblici locali che la consultazione referendaria aveva inteso escludere. Tenuto, poi, conto del fatto che l'intento abrogativo espresso con il referendum riguardava «pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica» (sentenza n. 24 del 2011) ai quali era rivolto l'art. 23-bis, non può ritenersi che l'esclusione del servizio idrico integrato dal novero dei servizi pubblici locali ai quali una simile disciplina si applica sia soddisfattiva della volontà espressa attraverso la consultazione popolare, con la conseguenza che la norma oggi all'esame costituisce, sostanzialmente, la reintroduzione della disciplina abrogata con il referendum del 12 e 13 giugno 2011.

²² Mediante il D.P.R. 18 luglio 2011, n. 113.

²³ In G.U. n. 188 del 13 agosto 2011. Tale Decreto è stato poi convertito con modificazioni dalla L. 14 settembre 2011, n. 148 (in G.U. 16/09/2011, n. 216).

5.2.2.— *La disposizione impugnata viola, quindi, il divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare desumibile dall'art. 75 Cost., secondo quanto già riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale*".

All'esito del vuoto normativo nuovamente apertosi il legislatore è stato costretto ad un nuovo intervento con il comma 20 dell'art. 34 del Decreto Legge 18 ottobre 2012, n. 179²⁴, con cui ha previsto quanto segue: *"Per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste"*.

Tale normativa non ha quindi risolto la tensione tra esternalizzazione ed autoorganizzazione allo stesso modo della disciplina previgente, ragion per cui risultava possibile il ricorso da parte dell'ente locale a procedura di evidenza pubblica, a società mista ed a società *in house*.

Un primo tentativo di riordino generale della materia era stato posto in essere mediante la Legge 7 agosto 2015, n. 124²⁵. In particolare, tale Legge all'art. 16 aveva conferito al Governo la delega per l'emanazione di un decreto legislativo di semplificazione del settore dei servizi pubblici locali di interesse economico generale. Il comma 4 di tale disposizione aveva previsto l'adozione di tale decreto legislativo *"previa acquisizione del parere della Conferenza Unificata"*. L'art. 19 aveva dettato una serie di principi e criteri direttivi.

Tuttavia, la Corte Costituzionale con la sentenza n. 251/2016 ha dichiarato l'incostituzionalità di tale disciplina nella parte in cui ha previsto *"che il Governo adotti i relativi decreti legislativi attuativi previo parere, anziché previa intesa, in sede di Conferenza unificata"*.

Peraltro, sulla scelta tra le diverse modalità di gestione sono comunque intervenute nel corso del tempo le normative relative alle società pubbliche ed ai contratti pubblici, le quali hanno introdotto disposizioni di vario tipo nel senso di imporre ulteriori oneri motivazionali ai fini del ricorso all'*in house*.

Ad ogni buon conto, la disciplina specificamente dedicata ai servizi pubblici locali di rilevanza economica è rimasta per lungo tempo ancorata a quanto previsto dal comma 20 dell'art. 34 del D.L. 179 n. 2012.

4.3. La delega per il riordino della materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica

Infine, è intervenuto l'art. 8 della L. 5 agosto 2022, n. 118²⁶ (Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021), il quale ha delegato il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi per il riordino della materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e previsto tra i principi e criteri direttivi l'individuazione *"delle attività di interesse generale il cui svolgimento è necessario al fine di assicurare la soddisfazione delle esigenze delle comunità locali, in condizioni di accessibilità fisica ed economica, di continuità, universalità e non discriminazione, e dei migliori livelli di qualità e sicurezza, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale e territoriale"*.

In attuazione di tale delega è stato quindi emanato il D. Lgs. n. 201/2022 recante il riordino della materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

5. La disciplina di cui al D. Lgs. n. 201/2022 dei servizi pubblici locali di rilevanza economica²⁷

Nel prosieguo saranno rapidamente esaminati, senza alcuna pretesa di completezza, i principali contenuti di tale Decreto.

²⁴ In G.U. n. 245 del 19 ottobre 2012 - Suppl. Ordinario n. 194. Tale Decreto è stato poi convertito con modificazioni dalla L. 17 dicembre 2012, n. 221 (in S.O. n. 208, relativo alla G.U. 18 dicembre 2012, n. 294).

²⁵ In G.U. n. 187 del 13 agosto 2015.

²⁶ In G.U. n. 188 del 12 agosto 2022.

²⁷ Con riferimento ai servizi pubblici locali privi di rilevanza economica come si è detto sopra in seguito all'intervento della Corte Costituzionale nell'anno 2004 la relativa disciplina spetta alle fonti regionali e locali, fatte salve le modalità gestionali in via generale previste dal D. Lgs. n. 267/2000 (v. l'art. 114) e la possibilità per l'ente locale di gestire tali servizi in economia. Ne consegue che gli enti locali godono di un margine di discrezionalità ai fini della decisione in ordine alla modalità gestionale per tali servizi.

5.1. I principi in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica

Premesso il richiamo all'oggetto di tale disciplina (art. 1) ed alle definizioni rilevanti (art. 2) il D. Lgs. n. 201/2022 all'art. 3 indica i seguenti principi generali dei servizi pubblici locali:

- rispondenza degli stessi alle esigenze delle comunità di riferimento e alla soddisfazione dei bisogni dei cittadini e degli utenti nel rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità;
- concorrenza, sussidiarietà, anche orizzontale, efficienza nella gestione, efficacia nella soddisfazione dei bisogni dei cittadini, sviluppo sostenibile, produzione di servizi quantitativamente e qualitativamente adeguati, applicazione di tariffe orientate a costi efficienti, promozione di investimenti in innovazione tecnologica, proporzionalità e adeguatezza della durata, trasparenza sulle scelte compiute dalle amministrazioni e sui risultati delle gestioni;
- centralità del cittadino e dell'utente, anche favorendo forme di partecipazione attiva, nell'organizzazione e nell'erogazione dei servizi pubblici locali.

Emerge quindi già dalla sola lettura della definizione di servizi pubblici locali, dei principi generali e dell'art. 10 come il principio cardine sia quello della rispondenza di tali servizi alle esigenze delle comunità di riferimento e alla soddisfazione dei bisogni dei cittadini e degli utenti.

5.2. La prevalenza della disciplina di cui al D. Lgs. n. 201/2022 rispetto alle normative di settore

Il legislatore si mostra poi pienamente consapevole della complessità del quadro normativo e delle vigenti discipline relative alle singole tipologie di servizi pubblici.

Pertanto, all'art. 4 del Decreto prevede la prevalenza di tale normativa (che assume, quindi, carattere generale) su quelle di settore laddove si registri un contrasto tra le stesse *“salvo che non siano previste nel presente decreto specifiche norme di salvaguardia e prevalenza della disciplina di settore”*.

Tali norme di salvaguardia sono previste dal titolo VI del Decreto, il quale detta disposizioni di coordinamento in materia di trasporto pubblico locale (art. 32), servizio idrico e gestione dei rifiuti urbani (art. 33), farmacie (art. 34), servizi di distribuzione dell'energia elettrica e del gas naturale (art. 35) e impianti di trasporti a fune (art. 36).

5.3. La riorganizzazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e la dicotomia servizi a rete e servizi non a rete

Va poi ricordato che costituiscono servizi pubblici locali a rete *“i servizi di interesse economico generale di livello locale che sono suscettibili di essere organizzati tramite reti strutturali o collegamenti funzionali necessari tra le sedi di produzione o di svolgimento della prestazione oggetto di servizio, sottoposti a regolazione ad opera di un'autorità indipendente”* (come da definizione contenuta alla lett. d del comma 1 dell'art. 2 del D. Lgs. n. 201/2022)²⁸. Sono esempi comunemente citati di servizi a rete il servizio idrico, quello del gas, quello dell'energia elettrica ed il trasporto pubblico locale.

I servizi pubblici locali non a rete sono poi costituiti da tutti i servizi pubblici locali che non presentano tali caratteristiche.

L'art. 5 del Decreto persegue in via generale l'obiettivo della riorganizzazione dei servizi pubblici locali, considerando le Città Metropolitane come una delle dimensioni territoriali ottimali per la gestione integrata degli stessi e contemplando la possibilità di delega al comune capoluogo da parte degli altri Comuni ricompresi nella Città Metropolitana. Tale delega riguarda l'esercizio delle funzioni comunali in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica per conto e nell'interesse degli altri comuni.

Rispetto ai servizi a rete è previsto che le Regioni incentivino la riorganizzazione degli ambiti o bacini di riferimento *“orientandone l'organizzazione preferibilmente su scala regionale o comunque in modo da consentire economie di scala o di scopo idonee a massimizzare l'efficienza del servizio”* (v. comma 2 dell'art. 5 del Decreto)²⁹.

²⁸ Per una ricostruzione dell'evoluzione della questione della dimensione territoriale dell'organizzazione dei servizi pubblici v. A. Parisi, Organizzazione e territorio nei servizi pubblici locali a rete, in Rivista della Regolazione dei mercati, fascicolo 2/2024, pagg. 521 e ss.

²⁹ In sintesi, le attribuzioni vengono così ripartite:

- il Ministero dell'Economia e delle Finanze con decreto stabilisce le misure incentivanti in favore degli enti locali che aderiscono alle riorganizzazioni ed alle aggregazioni (v. comma 3 dell'art. 5 del D. Lgs. 201/2022);

Con specifico riferimento ai servizi a rete l'art. 6 del Decreto sancisce il principio chiave della netta separazione tra l'esercizio delle funzioni di regolazione, indirizzo e controllo, da una parte, e quelle di gestione dei servizi, dall'altra.

In applicazione di tale principio gli enti di governo dell'ambito o le Autorità specificamente istituite per la regolazione e il controllo dei servizi pubblici locali non possono direttamente o indirettamente partecipare a soggetti incaricati della gestione del servizio (v. comma 2 dell'art. 6 del D. Lgs. 201/2022).

Nel caso in cui agli enti locali spettino le funzioni di regolazione ed al contempo assumano direttamente la gestione del servizio (anche per mezzo di soggetto partecipato) *“le strutture, i servizi, gli uffici e le unità organizzative dell'ente ed i loro dirigenti e dipendenti preposti a tali funzioni di regolazione non possono svolgere alcuna funzione o alcun compito inerente alla gestione ed al suo affidamento”* (v. comma 3 dell'art. 6 del D. Lgs. 201/2022).

Sono poi previste delle ipotesi di inconfiribilità di incarichi professionali, di amministrazione o di controllo societario, nonché inerenti alla gestione del servizio con riferimento ad una serie di soggetti³⁰ sempre nell'ottica della netta separazione tra tali funzioni.

Infine, gli artt. 7 ed 8 del Decreto sono dedicati alle competenze delle autorità di regolazione rispettivamente nei servizi a rete ed in quelli non a rete.

5.4. Le tre fasi sulle quali è incentrata la disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica

Il titolo III del D. Lgs. n. 201/2022 reca poi previsioni di dettaglio con riferimento alle diverse fasi in cui può essere suddivisa la disciplina dedicata a tali servizi.

Si tratta: a) dell'istituzione del servizio (disciplinata dal capo I del titolo III del Decreto); b) della scelta tra le forme di gestione del servizio (disciplinata dal capo II di tale titolo); c) della regolazione del rapporto di servizio, della vigilanza e della tutela dell'utenza (disciplinata dal capo III di tale titolo).

6. L'istituzione: il perimetro del servizio pubblico locale

Iniziando dall'istituzione del servizio l'art. 10 del D. Lgs. n. 201/2022 radica una prima importante distinzione all'interno dei servizi pubblici locali di rilevanza economica tra servizi direttamente istituiti dalla legge e servizi diversi da quelli previsti dalla legge e che gli enti locali possono istituire laddove li ritengano necessari *“per assicurare la soddisfazione dei bisogni delle comunità locali”*.

In relazione ai secondi, vale a dire i servizi pubblici locali non previsti dalla legge ed istituiti per scelta dell'ente locale, il comma 4 dell'art. 10 del Decreto fissa dei chiari limiti alla discrezionalità dell'ente locale sul punto, procedimentalizzando l'istituzione degli stessi e richiedendo lo svolgimento di approfondita istruttoria (con riferimento ad una pluralità di profili).

A proposito della fase dell'istituzione del servizio la dottrina ha evidenziato come prima del D. Lgs. n. 201/2022 la disciplina dei servizi pubblici locali nell'ordinamento interno si fosse in buona parte

- l'ARERA predispone una relazione semestrale destinata alle Camere sul rispetto delle prescrizioni stabilite dalla disciplina di settore per la definizione del perimetro degli ambiti territoriali e per la costituzione degli enti di governo dell'ambito (v. comma 6 dell'art. 5 del Decreto);

- alle Regioni spetta la riorganizzazione degli ambiti / dei bacini di riferimento preferibilmente su scala regionale o comunque in modo da consentire economie di scala o di scopo idonee a massimizzare l'efficienza del servizio (v. comma 2 dell'art. 5 del Decreto);

- quanto alle Città Metropolitane il Comune capoluogo può essere destinatario da parte degli altri comuni ricompresi nella città metropolitana della delega all'esercizio delle funzioni comunali in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica per conto e nell'interesse degli altri comuni (v. comma 1 dell'art. 5 del Decreto);

- alle Province sono attribuite funzioni di supporto tecnico – amministrativo e coordinamento in materia (v. comma 4 dell'art. 5 del Decreto).

V. sul punto A. Parisi, Organizzazione e territorio nei servizi pubblici locali a rete cit., pagg. 529 e ss..

³⁰ Più nel dettaglio, ai sensi del comma 4 dell'art. 6 del Decreto si tratta di: a) i componenti di organi di indirizzo politico dell'ente competente all'organizzazione del servizio o alla sua regolazione, vigilanza o controllo, nonché i dirigenti e i responsabili degli uffici o dei servizi direttamente preposti all'esercizio di tali funzioni; b) i componenti di organi di indirizzo politico di ogni altro organismo che espleti funzioni di stazione appaltante, di regolazione, di indirizzo o di controllo del servizio, nonché i dirigenti e i responsabili degli uffici o dei servizi direttamente preposti all'esercizio di tali funzioni; c) i consulenti per l'organizzazione o regolazione del servizio.

concentrata sulla scelta tra le diverse forme di gestione del servizio, lasciando un vuoto normativo con riferimento alle condizioni necessarie ai fini dell'istituzione di servizi diversi da quelli imposti dalla legge³¹.

Il D. Lgs. n. 201/2022 ha quindi regolamentato l'aspetto relativo alla perimetrazione del servizio da parte dell'ente locale e l'ottica seguita dallo stesso è stata indicata in dottrina come quella della preferenza verso forme di incidenza minore sul mercato³².

In particolare:

- nell'ottica del necessario ossequio ai principi di concorrenza e sussidiarietà orizzontale va posta in essere apposita istruttoria per verificare se la prestazione dei servizi da parte delle imprese liberamente operanti nel mercato o da parte di cittadini, singoli e associati, sia già di per sé idonea a garantire il soddisfacimento dei bisogni delle comunità locali; tale istruttoria avviene mediante il confronto tra le diverse soluzioni possibili;

- se all'esito dell'istruttoria non risulta necessaria l'istituzione del servizio pubblico l'ente locale può comunque promuovere iniziative per assicurare un adeguato soddisfacimento dei bisogni degli utenti, ferma restando la libertà di impresa degli operatori; tali iniziative possono includere il riconoscimento agli utenti di vantaggi economici, titoli o altre agevolazioni ai fini della fruizione del servizio (v. art. 11 del Decreto)³³;

- soltanto se all'esito dell'istruttoria la prestazione dei servizi da parte delle imprese e dei cittadini risulta inadeguata a garantire il soddisfacimento di tali bisogni può intervenire la deliberazione di istituzione del servizio;

- prima dell'adozione della delibera di istituzione del servizio l'ente deve porre in essere istruttoria supplementare volta a verificare se la prestazione del servizio possa essere assicurata attraverso l'imposizione di obblighi di servizio pubblico a carico di uno o più operatori, senza restrizioni del numero di soggetti abilitati a operare sul mercato (v. art. 12 del Decreto) e, quindi, senza imporre restrizioni all'accesso al mercato e nell'ottica della concorrenza nel mercato;

- la delibera può contemplare l'attribuzione di diritti speciali o esclusivi soltanto se tale attribuzione sia indispensabile all'adempimento della funzione affidata al gestore del servizio pubblico locale di rilevanza economica, in assenza di misure meno restrittive della libertà d'impresa e sulla base di un'adeguata analisi economica; è quindi necessaria apposita istruttoria sul punto.

La deliberazione di istituzione del servizio deve essere motivata dando conto: a) degli esiti dell'istruttoria (v. comma 5 dell'art. 10 del Decreto); b) dei motivi per i quali la prestazione del servizio può essere o non può essere assicurata attraverso l'imposizione di obblighi di servizio pubblico; c) nel caso in cui la delibera imponga obblighi di servizio pubblico deve dare conto delle eventuali compensazioni economiche; d) nel caso in cui la delibera preveda l'attribuzione di diritti speciali ed esclusivi dell'analisi e della valutazione circa la necessità di attribuire diritti speciali o esclusivi.

Prima della sua adozione tale delibera può essere sottoposta a consultazione pubblica (v. comma 5 dell'art. 10 del Decreto).

Uno dei quesiti posti da tale disciplina è se la delibera suddetta possa imporre obblighi di servizio pubblico utilizzando come base giuridica del relativo potere i soli artt. 12 e 13 del Decreto oppure se

³¹ V. B.G. Di Mauro, *Governo locale dei servizi pubblici ed effettività dei diritti. Profili ricostruttivi, comparativi ed evolutivi*, CEDAM, maggio 2025, pag. 140. Tale autore ha ivi sottolineato che “*nonostante le carenze normative antecedenti all'introduzione del Testo Unico in materia di servizi pubblici locali, si può affermare, basandosi sulle sole prescrizioni europee e costituzionali, che esistano fondate ragioni per affermare che i poteri decisionali degli enti locali nella fase di assunzione risultano fortemente limitati anche in assenza di una regolazione specifica sul punto*” (v. pagg. 142 e ss.).

³² V. S. Torricelli, *La Istituzione del servizio pubblico e il riallineamento del sistema dei servizi pubblici locali* in Rivista della Regolazione dei mercati 328, fascicolo 2/2023.

³³ B.G. Di Mauro in *Governo locale dei servizi pubblici ed effettività dei diritti. Profili ricostruttivi, comparativi ed evolutivi* cit. osserva a pag. 165 che “*La peculiarità dell'ipotesi in questione non deve essere ricercata solo nel suo inquadramento dogmatico e sistematico, ma anche nella prospettiva da cui muove. Si osserva, infatti, che mentre tutte le previsioni in materia di assunzione dei servizi pubblici - sia quelle che favoriscono la liberalizzazione del settore, sia quelle che sollecitano l'intervento pubblico nel rispetto delle regole di concorrenza nel e per il mercato - operano sul lato dell'offerta delle prestazioni di pubblica rilevanza, la disposizione che consente all'ente locale di riconoscere vantaggi economici o altri titoli agli utenti agisce essenzialmente sul lato della domanda.*

Un esame più approfondito conduce ad affermare che, proprio perché l'art. 11 prevede la possibilità di riconoscere agevolazioni agli utenti senza necessità di procedere all'assunzione del servizio, la norma configura un'ipotesi in cui non viene in rilievo un vero e proprio servizio pubblico, poiché manca la doverosità della prestazione e della sua organizzazione”.

tali disposizioni vadano interpretate come mero richiamo ad altre norme contenute nell'ordinamento, al fine di evitare interpretazioni in contrasto con il principio di legalità in senso sostanziale.

In effetti, come sottolineato da certa dottrina, sembrano mancare nelle suddette disposizioni prescrizioni relative ai precisi contenuti degli obblighi di servizio suscettibili di imposizione³⁴.

Le prescrizioni in materia di istituzione del servizio e gli obblighi procedurali e motivazionali imposti agli enti locali sono tali da permettere al giudice amministrativo e alle autorità amministrative indipendenti di operare un controllo, che sia pur nel rispetto della discrezionalità dell'ente locale, potrà andare a verificare in modo più pervasivo rispetto al passato la sussistenza dei presupposti previsti dal D. Lgs. n. 201/2022³⁵.

Al fine di comprendere il novero dei servizi di cui si discute va ricordato che il Decreto direttoriale n. 639 del 31 agosto 2023 del Ministero delle Imprese e del Made in Italy, recante Linee guida e indici di qualità per la regolamentazione dei servizi pubblici locali non a rete, contiene un elenco meramente esemplificativo dei servizi non a rete, che non può ritenersi esaustivo. Il decreto ha infatti come fine espresso quello di fornire degli indicatori di qualità di tali servizi, per i quali non opera un'autorità di regolazione, e non già di elencare tutti i servizi soggetti a ricognizione³⁶.

Prima di procedere oltre va poi fatto cenno ai servizi strumentali. Si tratta di *“servizi erogati da società a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica di cui resta titolare l'ente di riferimento e con i quali lo stesso ente provvede al perseguimento dei suoi fini istituzionali”* e che, quindi, sono rivolti *“alla pubblica amministrazione e non al pubblico”*, al contrario dei servizi pubblici locali *“che mirano a soddisfare direttamente ed in via immediata esigenze generali della collettività”*³⁷.

Si tratta quindi di servizi che non rientrano nell'ambito applicativo del D. Lgs. n. 201/2022. In sostanza, *“ricorre l'ipotesi del servizio pubblico locale se la prestazione resa viene fornita per soddisfare in via immediata e diretta le esigenze del singolo utente o della collettività; costituisce, viceversa, servizio strumentale quello le cui prestazioni si svolgono in favore della stazione appaltante”*³⁸.

Tanto chiarito, al fine di evidenziare i contrasti che possono insorgere dalla demarcazione dei confini del servizio pubblico locale possono essere rapidamente esaminate due diverse vicende delle quali si è occupata la giurisprudenza amministrativa.

Il primo caso è stato affrontato da Consiglio di Stato, Sez. VII, 20 giugno 2025, n. 5409 e riguarda il seguente interrogativo: l'istituzione di un servizio di spiaggia attrezzata per consentire l'accesso a soggetti con disabilità e relativi animali domestici viola l'art. 10 del D. Lgs. n. 201/2022 oppure rientra nel perimetro del servizio pubblico locale?

In tale vicenda la società in precedenza concessionaria della spiaggia aveva impugnato gli atti con i quali un Comune aveva costituito un'azienda speciale per la gestione di alcuni servizi comunali, tra cui la spiaggia attrezzata (denominata *“dog beach”*), in precedenza gestita dalla ricorrente.

Tale società ha sostenuto che la gestione della spiaggia non sarebbe riconducibile nell'alveo del servizio pubblico locale di rilevanza economica.

Il Consiglio di Stato ha smentito tale tesi ed ha evidenziato che *“rendere fruibile ai soggetti con disabilità l'unica spiaggia accessibile anche agli animali domestici significa proprio erogare quel servizio che non è stato possibile svolgere nel modo dovuto senza l'intervento pubblico e che, infatti, è stato svolto in precedenza in condizioni differenti (id est: non adeguate) in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza”*.

Il Consiglio di Stato ha altresì sottolineato come non sia configurabile un difetto di istruttoria con riferimento alla delibera di istituzione del servizio laddove la scelta dell'istituzione del servizio sia stata motivata con riferimento all'inadeguata qualità del servizio offerto in precedenza dalla concessionaria,

³⁴ Si rinvia sul punto a Torricelli S., La Istituzione del servizio pubblico e il riallineamento del sistema dei servizi pubblici locali cit..

³⁵ In tal senso B.G. Di Mauro in Governo locale dei servizi pubblici ed effettività dei diritti. Profili ricostruttivi, comparativi ed evolutivi cit., pag. 173.

³⁶ V. segnalazione n. AS 1999/2023 dell'AGCM relativa alla ricognizione dei servizi pubblici locali dell'anno 2023 del 17.6.2024.

³⁷ V. Consiglio di Stato, Sez. V, 12 giugno 2009, n. 3766, nonché più di recente il parere n. AS 2030/2024 dell'AGCM.

³⁸ V. parere n. AS 2030/2024 dell'AGCM.

alla mancata effettuazione di investimenti da parte della stessa ed alle spese che l'ente comunale aveva dovuto sostenere in relazione al contenzioso insorto con la concessionaria.

Il secondo caso è quello affrontato da Consiglio di Stato, Sez. V, 22 aprile 2024, n. 3605 ed ha riguardato la seguente questione: la gestione del servizio svolto da società sin dalla fine del XIX secolo, allorquando lo stesso non era qualificato dalla normativa come servizio pubblico, lo assoggetta alla successiva normativa intervenuta in materia di servizi pubblici?

Nel caso di specie: la società ricorrente in primo grado era concessionaria del servizio di cremazione comunale sin dal XIX secolo; il Comune concedente ha revocato la concessione di tale servizio al fine di affidare lo stesso mediante procedura ad evidenza pubblica; la società ricorrente ha sostenuto che tale servizio non rientrerebbe nella nozione di servizio pubblico.

Il Consiglio di Stato ha definito il relativo giudizio evidenziando quanto segue:

- la qualificazione del servizio di cremazione come servizio pubblico locale non è ostacolata dalla circostanza che all'epoca della sua istituzione da parte di delibera comunale (alla fine del XIX secolo) non esistesse una norma di fonte primaria che lo qualificasse come servizio pubblico locale;

- la ritenuta natura di servizio pubblico locale comporta *“l'assoggettamento (anche) alle successive modifiche legislative che hanno inserito il servizio tra quelli di rilevanza economica e a domanda individuale e lo hanno normativamente incluso tra i servizi pubblici locali”*;

- la decisione di revoca del servizio in precedenza affidato in modo diretto *“non poteva avere un contenuto diverso da quello deliberato, la revoca imponendosi al fine di procedere all'affidamento del servizio tramite gara”*;

- per l'effetto non hanno rilevanza l'omessa comunicazione di avvio del procedimento e la violazione dell'art. 7 della L. 241/1990, trattandosi di vizio non invalidante, il quale, seppure esistente, *“impedisce l'annullamento giurisdizionale del provvedimento ai sensi dell'art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990 (anche quando il potere esercitato ha, in astratto, natura discrezionale)”*.

7. Le forme di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica

A valle dell'istituzione del servizio pubblico locale da parte della legge o da parte dell'ente locale si pone la scelta della modalità di gestione del servizio pubblico locale a cui sono dedicati gli artt. 14 e seguenti del D. Lgs. n. 201/2022.

L'art. 14 del Decreto prevede che laddove l'ente locale (e gli altri enti competenti) ritenga che il perseguimento dell'interesse pubblico debba essere assicurato affidando il servizio pubblico a un singolo operatore o ad un numero limitato di operatori l'organizzazione del servizio avvenga mediante una delle seguenti modalità di gestione:

- a) affidamento a terzi mediante procedura a evidenza pubblica, con conseguente esternalizzazione totale della gestione del servizio;

- b) affidamento a società mista nell'ottica dell'esternalizzazione parziale della gestione del servizio;

- c) affidamento a società *in house*;

- d) limitatamente ai servizi diversi da quelli a rete, gestione in economia o mediante aziende speciali di cui all'articolo 114 del D. Lgs. n. 267/2000.

Ai fini della scelta tra le diverse modalità di gestione del servizio e della definizione del contenuto del contratto l'ente locale deve tenere conto: delle caratteristiche tecniche ed economiche del servizio da prestare (inclusi i profili relativi alla qualità del servizio e agli investimenti infrastrutturali), della situazione delle finanze pubbliche, dei costi per l'ente locale e per gli utenti, dei risultati prevedibilmente attesi in relazione alle diverse alternative, anche con riferimento a esperienze paragonabili, nonché dei risultati della eventuale gestione precedente del medesimo servizio sotto il profilo degli effetti sulla finanza pubblica, della qualità del servizio offerto, dei costi per l'ente locale e per gli utenti e degli investimenti effettuati.

L'ente deve redigere apposita relazione per dare conto: degli esiti di tale valutazione; delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dal diritto dell'Unione europea per la forma di affidamento prescelta; degli obblighi di servizio pubblico e delle eventuali compensazioni economiche, inclusi i relativi criteri di calcolo, anche al fine di evitare sovracompensozioni³⁹.

³⁹ Al fine di supportare gli enti affidanti nella predisposizione della documentazione richiesta dal D. Lgs. 201/2022, semplificarne e uniformarne i contenuti e indirizzare correttamente le valutazioni che gli enti sono chiamati ad effettuare

In caso di servizi pubblici locali a rete gli enti di governo dell'ambito integrano la relazione di cui al comma 3 allegando il piano economico-finanziario acquisito all'esito della procedura.

È stato evidenziato come la scelta della modalità di gestione costituisca *“una fattispecie a formazione progressiva e a geometria variabile, poiché gli oneri procedurali e motivazionali imposti dalla legge variano a seconda della scelta gestionale da adottare”*⁴⁰.

Il Consiglio di Stato ha significativamente sottolineato che nel caso di ricorso proposto da soggetto in precedenza destinatario di affidamento diretto avverso l'atto con cui l'ente locale dispone il ricorso alla procedura ad evidenza pubblica per la scelta del soggetto incaricato della gestione del servizio le censure volte a contestare l'omessa motivazione in ordine al mancato ricorso all'*in house* o all'affidamento a società mista sono sprovviste di interesse, in quanto il precedente affidatario della gestione del servizio ha un reale interesse al solo affidamento diretto⁴¹.

Fatti brevi cenni relativamente all'affidamento a terzi mediante procedura a evidenza pubblica (non essendo possibile l'esauritiva trattazione di tale forma di gestione del servizio nella presente sede) l'attenzione andrà poi concentrata sull'affidamento a società mista e su quello a società *in house*.

7.1. L'affidamento a terzi mediante procedura a evidenza pubblica

In ordine a tale forma di affidamento l'art. 15 del D. Lgs. n. 201/2022 fa rinvio alla disciplina in materia in contratti pubblici, oggi contenuta nel Decreto Legislativo 31 marzo 2023, n. 36 (recante il Codice dei contratti pubblici)⁴².

Tuttavia, l'art. 15 non si limita ad effettuare tale rinvio e reca un'indicazione nel senso che vada favorito, *“ove possibile in relazione alle caratteristiche del servizio da erogare, il ricorso a concessioni di servizi rispetto ad appalti pubblici di servizi, in modo da assicurare l'effettivo trasferimento del rischio operativo in capo all'operatore”*.

Per l'effetto, la discrezionalità spettante all'ente locale nella scelta tra tali forme di esternalizzazione risulta quantomeno in parte incisa nell'ottica del *favor* espresso per il trasferimento del rischio operativo in capo all'operatore privato.

Va ricordato che la concessione si colloca nell'alveo del partenariato pubblico – privato di tipo contrattuale ai sensi del comma 3 dell'art. 174⁴³.

Con specifico riferimento alle concessioni dei servizi economici di interesse generale l'art. 176 del D. Lgs. n. 36/2023 dispone poi l'applicazione delle norme contenute nella parte II del libro IV del Codice dei contratti pubblici, facendo salvo per i profili non disciplinati quanto previsto dal D. Lgs. n. 201/2022 e dalle altre norme speciali di settore⁴⁴.

7.2. L'affidamento a società mista

Ai sensi del comma 4 dell'art. 174 del D. Lgs. n. 36/2023 tale forma di gestione costituisce una forma di partenariato pubblico – privato di tipo istituzionale che *“si realizza attraverso la creazione di un ente partecipato congiuntamente dalla parte privata e da quella pubblica”*.

La procedura è quella di cui all'art. 17 del D. Lgs. n. 175/2016, ragion per cui la gara deve essere a doppio oggetto, vale a dire che deve avere ad oggetto allo stesso tempo sia la sottoscrizione / l'acquisto

nell'affidamento dei servizi pubblici locali, l'ANAC, la Presidenza del Consiglio dei Ministri e l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato hanno elaborato un possibile modello rinvenibile *online* al seguente link <https://www.anticorruzione.it/-/trasparenza-dei-servizi-pubblici-locali-di-rilevanza-economica#p1>.

Lo schema è suddiviso in più sezioni rispettivamente relative a: a) contesto giuridico e indicatori di riferimento; b) descrizione del servizio; c) modalità di affidamento prescelta; d) motivazione economico – finanziaria della scelta; e) strumenti per la valutazione di efficienza, efficacia ed economicità.

⁴⁰ In tal senso B.G. Di Mauro in *Governo locale dei servizi pubblici ed effettività dei diritti. Profili ricostruttivi, comparativi ed evolutivi* cit., pag. 188.

⁴¹ Consiglio di Stato, Sez. V, 4 dicembre 2024, n. 9713.

⁴² In G.U. n. 77 del 31 marzo 2023, Suppl. Ordinario n. 12).

⁴³ Unitamente alla locazione finanziaria, al contratto di disponibilità ed agli altri contratti stipulati dalla pubblica amministrazione con operatori economici privati che abbiano i contenuti di cui al comma 1 dell'art. 174 del D. Lgs. n. 36/2023 e siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela.

⁴⁴ L'art. 181 del D. Lgs. n. 36/2023 esclude poi espressamente i servizi non economici di interesse generale dall'ambito applicativo della parte II del libro IV del Codice dei contratti pubblici.

della partecipazione societaria da parte del socio privato, sia l'affidamento del contratto di appalto / concessione oggetto esclusivo dell'attività della società mista.

Il legislatore ha previsto una quota di partecipazione minima per il soggetto privato pari al 30%, ma non anche una quota massima, lasciando quindi sul punto discrezionalità all'amministrazione.

Peraltro, la partecipazione detenuta nella società mista può essere ceduta in tutto o in parte dall'ente locale mediante procedura ad evidenza pubblica, senza che tale cessione comporti effetti sulla durata delle concessioni e degli affidamenti in essere⁴⁵.

Tale previsione consente di passare in corso di affidamento da una logica di esternalizzazione parziale del servizio ad una di esternalizzazione totale, con il temperamento costituito dall'intermediazione di un'ulteriore procedura ad evidenza pubblica rispetto all'originaria gara.

Quanto alla ragion d'essere dell'affidamento a società mista va ricordato che questa forma di affidamento *“mira non solo ad assicurare all'amministrazione un effettivo (e dunque utile) apporto tecnico-professionale dell'operatore economico privato, ma pure a predeterminare in modo netto l'impegno finanziario pubblico.*

... il socio privato deve infatti essere operativo e non un mero socio di capitale, stante la specificità del ruolo che deve assumere nell'attuazione dell'oggetto sociale: del resto, il coinvolgimento del socio privato per il perseguimento di fini di interessi generali si giustifica proprio per la carenza in seno alla amministrazione pubblica delle competenze necessarie di cui ha la disponibilità il socio privato.

La partecipazione del socio privato operativo deve essere adeguata, idonea cioè a rendere possibile l'attuazione dell'oggetto sociale; tale adeguatezza è stata fissata dal legislatore nazionale, proprio ai fini del rispetto dei principi euromunitari, nella soglia minima di partecipazione del 30%.

Sul fronte dell'impegno economico ciò si traduce nella ricerca di capitale privato “terzo”, ossia nella netta e definitiva separazione tra l'onere finanziario assunto ab initio dall'amministrazione ed il rischio imprenditoriale del privato, che verrebbe potenzialmente (e progressivamente) annullato in presenza di una ulteriore partecipazione indiretta della parte pubblica del capitale della società mista, per effetto della contestuale partecipazione della prima al capitale sociale del partner operativo”⁴⁶.

La giurisprudenza amministrativa si è occupata dalla questione della possibilità per la società mista di ricorrere avverso una delibera con cui un Comune ha disposto l'affidamento a soggetto *in house* del servizio di igiene urbana laddove tale affidamento non rientri nell'ambito del servizio per il cui affidamento è stata costituita la società mista (per quanto si tratti di servizio simile).

In particolare, T.A.R. Lazio, Sezione Seconda Bis, 28 novembre 2023, n. 17846 ha affrontato una vicenda nella quale la ricorrente, società a capitale misto pubblico e privato costituita all'esito di apposita gara a doppio oggetto indetta dalla Provincia di Rieti per la selezione del socio privato operativo e per l'affidamento del servizio pubblico di gestione integrata dei rifiuti urbani per i Comuni soci, ha impugnato la delibera del Consiglio comunale di Rieti di affidamento a società *in house* del servizio pubblico di igiene urbana per quattro anni, nonché gli atti connessi. La ricorrente ha evidenziato di essere società che gestiva i rifiuti urbani in buona parte dei Comuni della Provincia di Rieti.

Il T.A.R. ha dichiarato il ricorso inammissibile, ritenendo che non potendo la ricorrente partecipare a procedure d'appalto o di concessione ulteriori la stessa non sia titolare d'interesse a ricorrere nell'ottica dell'affidamento del servizio di igiene urbana attraverso l'esternalizzazione dello stesso.

Il Tribunale ha richiamato gli artt. 17 del D. Lgs. n. 175/2016 e 16 del D. Lgs. n. 201/2022, ritenendo che da tali disposizioni *“emerge che le società miste costituite per la scelta del socio privato e per l'affidamento di un servizio pubblico, quale è la ricorrente, debbono espletare, in via esclusiva, il servizio per il cui affidamento sono state costituite e, pertanto, non possono partecipare alle gare indette da altre amministrazioni anche se relative a servizi similari”*.

Il Tribunale ha poi evidenziato quanto segue:

“- a conferma del fatto che la strumentalità della società mista rispetto al servizio per il quale l'ente è stato costituito debba essere intesa in termini di esclusività dell'oggetto della società stessa, il comma 3 collega indissolubilmente la durata della partecipazione privata alla società alla durata dell'appalto o della concessione prescrivendo, altresì, meccanismi statutari di “scioglimento del rapporto societario in caso di risoluzione del contratto di servizio”. Ove si ammettesse la possibilità delle società miste di partecipare a gare indette da altre amministrazioni si porrebbe all'incongruo risultato per

⁴⁵ Quanto alla procedura di alienazione delle partecipazioni da parte dell'ente locale andrà osservata la disciplina di cui all'art. 10 del D. Lgs. n. 175/2016.

⁴⁶ Consiglio di Stato, Sez. V, 17 ottobre 2023, n. 9034.

cui la legittimazione a tale partecipazione sarebbe, in fatto, condizionata dalla durata del contratto di servizio affidato in sede di costituzione della società; inoltre, l'esecuzione degli appalti affidati all'esito delle gare indette da amministrazioni diverse da quelle socie finirebbe per essere risolutivamente condizionata allo scioglimento del rapporto societario della società mista conseguente alla risoluzione del contratto di servizio il che sarebbe ovviamente inammissibile per i principi di economicità e buon andamento dell'azione amministrativa che, ai sensi degli artt. 30 d. lgs. n. 50/16 e 1 d. lgs. n. 36/23, sono riferibili anche agli appalti pubblici;

- nella stessa ottica va riguardata la possibilità che i patti parasociali, pur potendo avere durata superiore a cinque anni, in deroga all'articolo 2341-bis comma 1 c.c., devono, comunque, essere contenuti "entro i limiti di durata del contratto per la cui esecuzione la società è stata costituita" (comma 4): ciò proprio a confermare il nesso indissolubile tra durata del servizio e durata della partecipazione privata alla società mista;

- il nesso di esclusività esistente tra costituzione della società mista e svolgimento del servizio affidato dagli enti pubblici soci è confermato dal comma 6 allorché disciplina particolari modalità "per la realizzazione dell'opera pubblica o alla gestione del servizio per i quali [le società] sono state specificamente costituite" (significativo è il termine "specificamente").

La ratio di tale disciplina limitativa dell'attività delle società miste viene ravvisata dal Tribunale nella tutela della concorrenza e nell'evitare "che, attraverso la deroga alla disciplina societaria prevista dal comma 4 della disposizione e la conseguente attribuzione al socio privato di particolari diritti e vantaggi non coerenti con l'effettiva entità della sua partecipazione, proprio il socio privato possa beneficiare di tali deroghe per gestire la società con criteri diversi da quelli a cui si attengono gli altri operatori economici finendo, in tal modo, per acquisire requisiti e risorse da spendere ai fini della partecipazione ad ulteriori future gare indette da altre stazioni appaltanti, così alterando il fisiologico meccanismo della concorrenza.

Proprio gli indebiti vantaggi che potrebbe conseguire il socio privato hanno indotto il legislatore a differenziare la situazione delle società miste, in cui l'art. 17 d. lgs. n. 175/16 prevede un oggetto esclusivo, da quella delle società in house nelle quali l'assenza di soci privati giustifica l'astratta possibilità di tali enti di partecipare ad altre gare, fermo restando il limite massimo di fatturato riferibile a compiti espletati per conto di soggetti non soci, previsto dall'art. 16 comma 3 d. lgs. n. 175/16".

Per ulteriormente argomentare la propria posizione il Tribunale ha poi richiamato la giurisprudenza formatasi con riferimento all'art. 13 del Decreto Legge 4 luglio 2006, n. 223⁴⁷.

Infine, il Tribunale ha sottolineato significativamente che "la normativa comunitaria riconosce espressamente, in capo alla pubblica amministrazione, la discrezionalità in ordine alla scelta di esternalizzare o meno un servizio pubblico (Libro Verde del 30/04/04 della Commissione paragrafo 1.3); nell'ambito delle opzioni praticabili dall'amministrazione, pertanto, deve ritenersi compresa anche la possibilità di esternalizzare tale servizio delimitando l'operatività esterna delle società miste al fine di preservarne la finalità per le quali le stesse sono state "specificamente" (come recita l'art. 17 d. lgs. n. 175/16) istituite".

7.3. L'affidamento in house

Tale forma di gestione costituisce la principale modalità normativa di auto-produzione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica (costituendo la gestione in economia o mediante aziende speciali modalità ammessa solo per i servizi diversi da quelli a rete).

L'art. 17 del D. Lgs. n. 201/2022 prevede che tale affidamento possa avvenire "nei limiti e secondo le modalità di cui alla disciplina in materia di contratti pubblici e di cui al decreto legislativo n. 175 del 2016"⁴⁸.

Nel caso di affidamenti in house di importo superiore alle soglie di rilevanza europea in materia di contratti pubblici è previsto che nella motivazione della deliberazione di affidamento del servizio debba essere presente una motivazione "qualificata".

Tale motivazione qualificata deve dare espressamente conto "delle ragioni del mancato ricorso al mercato ai fini di un'efficiente gestione del servizio, illustrando, anche sulla base degli atti e degli indicatori di cui agli articoli 7, 8

⁴⁷ In G.U. n. 153 del 4 luglio 2006. Tale Decreto è stato convertito con modificazioni dalla L. 4 agosto 2006, n. 248 (in S.O. n. 183, relativo alla G.U. dell'11 agosto 2006, n. 186).

⁴⁸ Sul punto v. il comma 1 dell'art. 16 del D. Lgs. 175/2016 in base al quale "Le società in house ricevono affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo o da ciascuna delle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo congiunto solo se non vi sia partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata", nonché le previsioni contenute nei commi successivi.

e 9, i benefici per la collettività della forma di gestione prescelta con riguardo agli investimenti, alla qualità del servizio, ai costi dei servizi per gli utenti, all'impatto sulla finanza pubblica, nonché agli obiettivi di universalità, socialità, tutela dell'ambiente e accessibilità dei servizi, anche in relazione ai risultati conseguiti in eventuali pregresse gestioni *in house*, tenendo conto dei dati e delle informazioni risultanti dalle verifiche periodiche di cui all'articolo 30⁴⁹.

Dalla predetta disposizione emerge quindi la necessità di un confronto della scelta dell'autoproduzione non soltanto rispetto al ricorso al mercato, bensì anche in relazione ai risultati derivanti da precedenti gestioni *in house* del servizio (laddove precedenti gestioni di questo tipo vi siano state), con conseguente carattere potenzialmente bidirezionale del confronto che l'ente locale è chiamato ad operare.

Sul punto l'AGCM ha evidenziato come sia necessario “*al fine di ottemperare all'obbligo di motivazione analitica, fornire una puntuale analisi dei punti di forza e di debolezza della scelta del modello gestionale rispetto alle alternative contemplate dalla legge, sia dal punto di vista economico-finanziario sia dal punto di vista qualitativo e di efficienza*”⁵⁰.

È poi previsto un periodo di *stand still* di 60 giorni tra l'avvenuta pubblicazione della delibera di affidamento *in house* sul sito dell'ANAC e la stipula del contratto di servizio per tutte le ipotesi di affidamento superiore alle soglie di rilevanza europea in materia di contratti pubblici.

La disposizione di cui all'art. 17 del D. Lgs. n. 201/2022 va peraltro collegata a quanto previsto dall'art. 7 del D. Lgs. n. 36/2023 in tema di principio di auto-organizzazione amministrativa.

Il comma 1 dell'art. 7 di quest'ultimo Decreto esplicita tale principio nel senso che le pubbliche amministrazioni “*organizzano autonomamente l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi attraverso l'autoproduzione, l'esternalizzazione e la cooperazione nel rispetto della disciplina del codice e del diritto dell'Unione europea*”.

Il comma 2 dell'art. 7 afferma la facoltà per le stazioni appaltanti e gli enti concedenti di affidare direttamente a società *in house* lavori, servizi o forniture, prevedendo la necessità di un provvedimento motivato ai fini dell'affidamento nel quale si dovrà dare conto “*dei vantaggi per la collettività, delle connesse esternalità e della congruità economica della prestazione, anche in relazione al perseguimento di obiettivi di universalità, socialità, efficienza, economicità, qualità della prestazione, celerità del procedimento e razionale impiego di risorse pubbliche*”.

Il comma 3 dell'art. 7 dispone espressamente che quanto ai SIEG di livello locale la disciplina da applicare è quella di cui al D. Lgs. n. 201/2022.

All'esito del raffronto tra quanto previsto dall'art. 7 del D. Lgs. n. 36/2023 e dall'art. 17 del D. Lgs. n. 201/2022 la dottrina ha messo in evidenza il diverso contenuto della motivazione richiesta a seconda che si tratti di affidamento *in house* in generale oppure di affidamento *in house* di SIEG di livello locale⁵¹. In particolare, si è sottolineato che la motivazione richiesta dall'art. 7 del D. Lgs. n. 36/2023 non richiederebbe l'esposizione delle ragioni del mancato ricorso al mercato ai fini dell'efficiente gestione del servizio (imposta, invece, dall'art. 17 del D. Lgs. n. 201/2022), dovendosi piuttosto la stessa concentrare soltanto su parametri economico – finanziari e sui benefici per la collettività della scelta dell'*in house providing*.

Dagli adempimenti prescritti in caso di scelta dell'*in house* emerge come tale modalità di gestione non si presenta sul piano giuridico e pratico come equivalente alle forme di gestione che si pongono nell'ottica dell'esternalizzazione, imponendosi ai fini dell'*in house* oneri non trascurabili in capo all'ente locale sul piano istruttorio, procedimentale, motivazionale e della tempistica dell'operazione. Si tratta della

⁴⁹ Al fine di supportare gli enti affidanti nella predisposizione della documentazione richiesta dal D. Lgs. n. 201/2022, semplificarne e uniformarne i contenuti e indirizzare correttamente le valutazioni che gli enti sono chiamati ad effettuare nell'affidamento dei servizi pubblici locali, l'ANAC, la Presidenza del Consiglio dei Ministri e l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato hanno elaborato un possibile schema tipo per tale relazione rinvenibile online al seguente link <https://www.anticorruzione.it/-/trasparenza-dei-servizi-pubblici-locali-di-rilevanza-economica#p1>.

In particolare, tale schema è suddiviso in diverse Sezioni relative a: a) sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo e nazionale per l'affidamento a società *in house*; b) motivazione qualificata suddivisa in: b.1) impostazione dell'analisi del mercato; b.2) ragioni del mancato ricorso al mercato specificando: b.2.1): analisi del mercato; b.2.2.) efficiente gestione del servizio (valutazione comparativa); b.2.3.) benefici attesi per la collettività (valutazione comparativa).

⁵⁰ V. parere n. AS 2082/2025 dell'AGCM.

⁵¹ In tal senso B.G. Di Mauro in Governo locale dei servizi pubblici ed effettività dei diritti. Profili ricostruttivi, comparativi ed evolutivi cit., pag. 206 e ss..

ragione per cui certa dottrina ritiene che anche nell'attuale assetto normativo tale forma di gestione costituirebbe *“una ipotesi residuale o di extrema ratio”* rispetto all'esternalizzazione del servizio⁵².

Pertanto, a differenza di quanto illustrato a proposito delle società miste le società *in house*, se previsto dai relativi statuti, possono ai sensi del comma 3-bis dell'art. 16 del D. Lgs. n. 175/2016 rivolgere la produzione ulteriore rispetto al limite di cui al comma 3 della medesima disposizione a finalità diverse a patto *“che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società”*.

Tanto chiarito, al fine di evidenziare le problematiche che possono derivare dall'intreccio tra le diverse delibere che intervengono o che comunque possono intervenire in relazione al ricorso al modello dell'*in house providing* vanno esaminate due diverse vicende delle quali si è occupata la giurisprudenza amministrativa.

In particolare, T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 10 marzo 2025, n. 843 ha definito un ricorso con il quale una società affidataria del servizio pubblico di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani in numerosi comuni aveva impugnato una delibera con la quale il Comune aveva pubblicato un avviso finalizzato ad una indagine di mercato per l'acquisizione di manifestazione di interesse per affidamento in concessione del servizio di raccolta trasporto e smaltimento centralizzato dei rifiuti, precisando la natura esplorativa dell'indagine di mercato.

Il T.A.R. all'esito di ampia ricostruzione della materia:

- ha smentito la tesi sostenuta dalla società ricorrente secondo cui le consultazioni preliminari di mercato costituirebbero la premessa necessaria della scelta operata dall'ente locale di gestire il servizio pubblico secondo il modello *in house*.

- ha ritenuto che le consultazioni preliminari di mercato siano *“una pre-fase eventuale e facoltativa di una procedura ad evidenza pubblica”*, fase che non risulta necessaria laddove l'ente locale manifesti *“una chiara volontà di definire l'iter istruttorio per la scelta di un nuovo modello gestorio del servizio, alternativo al ricorso al mercato, mediante il modello dell'in house providing”*.

- ha richiamato, tra l'altro, il disposto dei commi 1 e 2 dell'art. 17 del D. Lgs. 201/2022, evidenziando *“che la scelta per il modello in house è sindacabile da un'impresa del settore solo nel momento in cui la società in house è posta in grado di operare sul mercato con l'atto di affidamento del servizio, in quanto solo in quel momento si crea quel danno concorrenziale che comporta la lesività degli atti per gli altri operatori del settore (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 25 giugno 2024, n.1973), cosa che non è avvenuta nel caso di specie, dal momento che il Comune di Venegono Superiore non ha ancora provveduto in tal senso”*;

- ha sottolineato che *“il nuovo codice dei contratti pubblici riserva la “pubblicità comunitaria e nazionale” solo per «I bandi, gli avvisi di pre-informazione e gli avvisi relativi agli appalti aggiudicati di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 14» (artt. 84 e 85 del d.lg. n. 36/23) e non per gli affidamenti in house”*.

T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 28 febbraio 2024, n. 536 si è poi occupato di un caso relativo ad impugnazioni proposte dalla società affidataria del servizio di gestione dei rifiuti di un Comune. Nel caso di specie il Comune con una prima delibera del 2021 aveva disposto la trasformazione di una società partecipata dal Comune da società mista a società *in house* destinata allo svolgimento dei servizi comunali in materia di rifiuti e con una seconda delibera del 2023 aveva ulteriormente ridefinito l'assetto societario di tale società, subordinandone l'efficacia al buon andamento della procedura.

Per quanto di interesse in questa sede il T.A.R. Lombardia si è soffermato sull'iter di formazione della società *in house* e di affidamento del servizio, evidenziando che:

prima della novella del 2022 la costituzione di una società per la gestione del servizio avrebbe assorbito anche la fase dell'affidamento del servizio medesimo, *“per cui una volta deliberata (ovviamente con procedure di diritto pubblico) la costituzione di una società per azioni a partecipazione comunale per la gestione di un determinato servizio locale, non necessitava un ulteriore provvedimento di concessione in senso tecnico, atteso che l'opzione dell'Ente per quel modello di gestione comportava l'affidamento diretto e privilegiato del servizio alla società appositamente costituita”*;

invece, in seguito a tale novella ci si troverebbe di fronte a *“fattispecie a formazione progressiva che si caratterizza per il fatto che la costituzione della società dev'essere preceduta dalla scelta della modalità di gestione del servizio*

⁵² In tal senso B.G. Di Mauro in *Governo locale dei servizi pubblici ed effettività dei diritti. Profili ricostruttivi, comparativi ed evolutivi cit.*, pag. 202.

pubblico locale, prevista dall'art. 14, mentre l'affidamento diretto a società in house del servizio è previsto e disciplinato dall'art. 17 del medesimo decreto legislativo”;

il carattere distinto di tali due atti si ricava: dalla “*statuizione di cui all'art. 31, commi 1 e 2, d.lgs. n. 201/2022, che ne prevede l'espressa immediata pubblicazione sul sito istituzionale dell'ente affidante e la loro comunicazione all'ANAC, che a sua volta è tenuta a pubblicarli sul proprio portale telematico in un'apposita sezione*”; dalla circostanza “*che le disposizioni di cui all'art. 17, comma 2, d.lgs. cit. dettano una disciplina specifica inerente all'onere motivazionale per i casi in cui l'ente pubblico intenda affidare un contratto avente ad oggetto la gestione di un servizio pubblico locale di importo superiore alle soglie di rilevanza europea ad una società in house, mentre nel caso in cui sia individuata un'altra forma gestionale troveranno applicazione le prescrizioni sull'onere di motivazione contenute nell'art. 14, comma 2, d.lgs. cit.*”; dal “*raffronto tra gli artt. 15, 16 e 17, d.lgs. cit., da cui emerge come soltanto quest'ultima disposizione legislativa individui gli elementi valutativi da porre a fondamento della scelta di procedere ad un affidamento in house, mentre con riguardo alle altre modalità di gestione del servizio pubblico locale, mancando una disciplina specifica, non potranno che trovare applicazione le prescrizioni contenute nell'art. 14, comma 2, d.lgs. cit.*”;

per l'effetto di tali considerazioni il T.A.R. ha dichiarato inammissibile il ricorso (quello per motivi aggiunti) proposto avverso una delibera che non conteneva di per sé l'affidamento diretto alla società in house del servizio pubblico (mettendola in grado di operare sul mercato); solo da una delibera di affidamento diretto discenderebbe il danno concorrenziale che comporta la lesività degli atti per gli altri operatori del settore; del resto, l'ente locale non potrebbe valutare le ragioni del mancato ricorso al mercato (ai sensi del comma 2 dell'art. del D. Lgs. 201/2022) che al momento di entrata della società sul mercato.

L'appello proposto avverso tale sentenza è stato respinto da Consiglio di Stato, IV Sez., 6 novembre 2024, n. 8898, il quale ha confermato l'inammissibilità del ricorso proposto in primo grado, evidenziando che “*affinché si ravvisi un interesse concreto e attuale all'impugnazione della delibera, è necessario che sia stato adottato il provvedimento che dispone l'affidamento diretto alla società in house ovvero un atto che sia in grado di vincolare il Comune in ordine al futuro affidamento attraverso l'anzidetto modello, mentre nel caso di specie non solo non è previsto alcun affidamento diretto ma le stesse valutazioni in ordine alla sussistenza delle condizioni previste dal comma 2 dell'articolo 14 del d.lgs. n. 201 del 2022 sono state espressamente rinviare a un momento successivo, con la conseguenza che l'affidamento in house configura, allo stato, una mera ipotesi*”.

Il Consiglio di Stato ha poi significativamente sottolineato che “*sindacare la delibera in questione per difetto di motivazione in ragione dell'omessa valutazione dei presupposti necessari per optare per il modello in house, quando l'amministrazione ha espressamente rinviato tale valutazione a un momento successivo, si tradurrebbe in un'interferenza rispetto a poteri amministrativi non ancora esercitati*”.

Svolgendo una breve osservazione conclusiva su tale forma di affidamento la scelta dell'*in house* ai fini della gestione del servizio pubblico locale non ha un esito necessariamente scontato nel senso del successivo affidamento a società in house. In effetti, come meglio si vedrà nel prosieguo, gli adempimenti posti a carico dell'ente locale ed i possibili interventi in materia della Corte dei Conti e dell'AGCM ben possono far sì che l'ente si trovi a tornare sui propri passi, anche in via di autotutela, e sia indotto a ricorrere a forme di esternalizzazione totale o parziale nella gestione del servizio pubblico locale⁵³.

8. La regolazione del rapporto di pubblico servizio, la vigilanza e la tutela dell'utenza

Il capo III del titolo III del D. Lgs. n. 201/2022 si occupa poi della regolazione del rapporto di servizio, della vigilanza e della tutela dell'utenza.

Per ragioni di sinteticità del presente contributo tali profili saranno di seguito soltanto sommariamente esposti.

Iniziando dalla durata del rapporto l'art. 19 del Decreto prevede che la durata dell'affidamento non è astrattamente predeterminata e che la stessa viene fissata dagli enti competenti “*in funzione della prestazione richiesta, in misura proporzionata all'entità e alla durata degli investimenti proposti dall'affidatario e comunque in misura non superiore al periodo necessario ad ammortizzare gli investimenti previsti in sede di affidamento e indicati nel contratto di servizio di cui all'articolo 24, in conformità alla disciplina europea e nazionale in materia di contratti pubblici*”.

⁵³ V. M. Casati, I Servizi pubblici locali a rilevanza economica – Cap. 3 Le forme di gestione, in *Pratica Amministrativa*, 5 agosto 2024, n. 8.

Nel solo caso di affidamento *in house* di servizi pubblici locali non a rete è stabilita una durata dell'affidamento non superiore a cinque anni. Tuttavia, è *“fatta salva la possibilità per l'ente affidante di dare conto, nella deliberazione di affidamento di cui all'articolo 17, comma 2, delle ragioni che giustificano una durata superiore al fine di assicurare l'ammortamento degli investimenti”*.

Vi è poi la previsione di un indennizzo per il gestore uscente per l'ipotesi in cui la durata dell'affidamento sia inferiore al tempo necessario ad ammortizzare gli investimenti indicati nel contratto di servizio, nonché in quella di cessazione anticipata.

Tale indennizzo è posto a carico del subentrante ed è pari al valore contabile degli investimenti non ancora integralmente ammortizzati, rivalutato in base agli indici ISTAT e al netto di eventuali contributi pubblici direttamente riferibili agli investimenti stessi.

Il Consiglio di Stato ha evidenziato che non può costituire motivo giustificativo della proroga *sine die* dell'affidamento di un servizio pubblico locale quello della difficoltà di attuare gli adempimenti previsti dal D. Lgs. n. 201/2022 ai fini della scelta delle modalità di gestione del servizio (nel caso di specie quello di trasporto pubblico locale in relazione al Comune di Roma)⁵⁴.

L'AGCM nella segnalazione n. AS 1999/2023 (relativa alla ricognizione dei servizi pubblici locali dell'anno 2023 del 17.6.2024) ha sottolineato come nel senso della non prorogabilità degli affidamenti deponga *“anche il richiamo, contenuto nel citato articolo 19 del d.lgs. n. 201/2022, alla disciplina euromunitaria e nazionale in materia di contratti pubblici, la quale, con riferimento alla durata delle concessioni, prevede espressamente, all'articolo 178, comma 5, del d.lgs. n. 36/2023, un divieto di proroga assoluto per le concessioni affidate senza gara”*.

Passando al contratto di servizio questo deve essere stipulato tra gli enti affidanti ed i soggetti affidatari del servizio pubblico / le società di gestione delle reti.

Nel caso di affidamento mediante procedura ad evidenza pubblica il contratto di servizio deve essere redatto in base a schema allegato alla documentazione di gara.

I commi da 2 e 4 dell'art. 24 del Decreto prevedono il contenuto necessario del contratto.

L'art. 25 del D. Lgs. n. 201/2022 si occupa poi della carta dei servizi e degli obblighi di trasparenza dei gestori. Esso prevede in capo al gestore del servizio l'obbligo di redigere ed aggiornare la carta dei servizi e di pubblicarla sul proprio sito internet, nonché di dare adeguata pubblicità del livello effettivo di qualità dei servizi offerti, del livello annuale degli investimenti effettuati e della loro programmazione fino al termine dell'affidamento⁵⁵.

In ordine alle modifiche del rapporto contrattuale, alla cessazione anticipata ed alla risoluzione del rapporto l'art. 27 del D. Lgs. n. 201/2022 fa rinvio a limiti e modalità previste dal diritto UE ed alla disciplina in materia di contratti pubblici.

Viene espressamente sancito dal comma 3 di tale disposizione il potere dell'ente affidante di risolvere anticipatamente il rapporto in caso di grave inadempimento agli obblighi di servizio pubblico e alle obbligazioni previste dal contratto di servizio.

Infine, l'art. 28 del Decreto dispone che gli enti locali e gli altri enti competenti esercitino la vigilanza sulla gestione per mezzo di un programma di controlli *“finalizzato alla verifica del corretto svolgimento delle prestazioni affidate, tenendo conto della tipologia di attività, dell'estensione territoriale di riferimento e dell'utenza a cui i servizi sono destinati”*.

È previsto un correlativo obbligo in capo al gestore di fornire all'ente affidante tutti *“i dati e le informazioni concernenti l'assolvimento degli obblighi contenuti nel contratto di servizio”*, nonché la necessità di prevedere specifiche penalità in contratto per l'ipotesi di inadempimento da parte del gestore di tali obblighi informativi.

⁵⁴ Consiglio di Stato, Sez. V, 3 febbraio 2025, n. 803.

⁵⁵ In particolare, l'art. 25 dispone: *“1. Il gestore del servizio pubblico locale di rilevanza economica redige e aggiorna la carta corredata altresì delle informazioni relative alla composizione della tariffa, e la pubblica sul proprio sito internet.
2. Il gestore dà adeguata pubblicità, anche a mezzo del proprio sito internet, nel rispetto delle regole sui segreti commerciali e le informazioni confidenziali delle imprese, del livello effettivo di qualità dei servizi offerti, del livello annuale degli investimenti effettuati e della loro programmazione fino al termine dell'affidamento, con modalità che assicurino la comprensibilità dei relativi atti e dati”*.

9. Gli obblighi di ricognizione periodica e di trasparenza

L'art. 30 del D. Lgs. n. 201/2022 impone ai Comuni e relative forme associative con popolazione superiore ai 5000 abitanti ed agli altri enti locali competenti di porre in essere una ricognizione periodica della situazione gestionale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica nei rispettivi territori.

Tale ricognizione deve essere effettuata per ogni servizio affidato e deve rilevare: il concreto andamento dal punto di vista economico, dell'efficienza e della qualità del servizio e del rispetto degli obblighi indicati nel contratto di servizio, in modo analitico, tenendo conto anche degli atti e degli indicatori di cui agli articoli 7, 8 e 9 del Decreto; la misura del ricorso agli affidamenti a società *in house* oltre che gli oneri e i risultati in capo agli enti affidanti.

Questa ricognizione è contenuta in apposita relazione⁵⁶, aggiornata con cadenza annuale, contestualmente all'analisi dell'assetto delle società partecipate di cui all'art. 20 del D. Lgs. n. 175/2016⁵⁷.

L'art. 31 del D. Lgs. n. 201/2022 enuncia poi una serie di obblighi improntati a garantire la massima trasparenza nella gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica nell'ottica di garantire la conoscibilità da parte di tutti i soggetti interessati alle scelte dell'ente in relazione ai momenti in cui l'ente locale pone in essere scelte di rilievo quanto all'istituzione, alla gestione ed alla vita del servizio.

In particolare, tale disposizione stabilisce che la deliberazione di istituzione del servizio, la relazione relativa alla scelta delle modalità di gestione del servizio, la deliberazione giustificativa dell'affidamento *in house*, la relazione annuale ricognitiva della situazione gestionale dei servizi pubblici locali ed i contratti di servizio stipulati siano pubblicati sul sito istituzionale dell'ente affidante e trasmessi contestualmente all'ANAC, che provvede alla loro immediata pubblicazione sul proprio portale telematico⁵⁸.

Tali obblighi sono di grande rilievo, in quanto in seguito all'esame degli atti adottati dall'ente locale l'AGCM può esercitare il potere di cui al comma 2 dell'art. 21-bis della L. 287/1990 ed emettere parere motivato laddove ritenga che l'ente locale abbia adottato atti in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato⁵⁹.

Per un'analisi delle plurime criticità riscontrate dall'AGCM con riferimento alle relazioni pubblicate dagli enti locali ai sensi dell'art. 30 del D. Lgs. n. 201/2022 va fatto rinvio alla segnalazione n. AS 1999/2023 del 17.6.2024 relativa alla ricognizione dei servizi pubblici locali dell'anno 2023⁶⁰.

10. Le disposizioni contenute nel D. Lgs. n. 175/2016 connesse a tali obblighi di trasparenza e che circondano l'autoproduzione di ulteriori cautele

Sono poi strettamente connesse ai suddetti obblighi di ricognizione periodica e di trasparenza le disposizioni contenute nel D. Lgs. n. 175/2016, le quali circondano l'autoorganizzazione di ulteriori cautele.

In particolare, l'art. 5 di tale Decreto prevede l'onere di motivazione analitica dell'atto deliberativo di costituzione di società a partecipazione pubblica, anche nel caso di società mista, con riferimento a:

- *“la necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'articolo 4”;*
- *“le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato”;*
- *“compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa”;*

⁵⁶ Per la compilazione della relazione annuale è possibile utilizzare lo schema predisposto da ANCI (Associazione Nazionale Comuni Italiani), disponibile al seguente link <https://www.anci.it/wp-content/uploads/Quaderno-n-46-ricognizione-spl-art.-30-dlgs-201-22.pdf>.

⁵⁷ In sede di prima applicazione del D. Lgs. n. 201/2022 il comma 3 dell'art. 30 di tale Decreto ha previsto l'effettuazione della ricognizione entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore del Decreto.

⁵⁸ All'interno di in un'apposita sezione denominata «Trasparenza dei servizi pubblici locali di rilevanza economica – Trasparenza SPL», dando evidenza della data di pubblicazione.

⁵⁹ Com'è noto l'AGCM potrà altresì presentare ricorso in caso di mancata conformazione dell'ente locale al parere entro 60 giorni successivi alla comunicazione del parere.

⁶⁰ In particolare, in tale segnalazione l'Autorità ha riscontrato *“un insufficiente livello di ottemperanza all'obbligo di pubblicazione delle ricognizioni, previsto dall'articolo 31, comma 2, del d.lgs. n. 201/2022”* con un *“tasso di ottemperanza da parte dei soli Comuni, al 15 maggio 2024 ... pari al 58%”*, una maggiore ottemperanza complessiva per i Comuni del Nord e del Centro ed un'ottemperanza in media pari al 36% per i Comuni del Sud e delle Isole.

- la *“compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese”*.

Tale atto deliberativo va inviato all'AGCM ai fini dell'esercizio dei poteri di cui all'art. 21-bis della L. n. 287/1990 ed alla Corte dei Conti che entro il termine di 60 giorni delibera in ordine alla conformità dell'atto a quanto disposto dal D. Lgs. n. 175/2016 *“con particolare riguardo alla sostenibilità finanziaria e alla compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa”*.

L'art. 20 del D. Lgs. n. 175/2016 riguarda poi la razionalizzazione periodica delle partecipazioni pubbliche.

Più nel dettaglio, le amministrazioni pubbliche hanno l'obbligo di effettuare annualmente con apposito provvedimento *“un'analisi dell'assetto complessivo delle società in cui detengono partecipazioni, dirette o indirette, predisponendo, ove ricorrano i presupposti di cui al comma 2, un piano di riassetto per la loro razionalizzazione, fusione o soppressione, anche mediante messa in liquidazione o cessione”*.

Il provvedimento recante l'analisi annuale (e l'eventuale piano di riassetto) deve essere inviato alla Sezione di controllo della Corte dei Conti.

11. Recenti prospettive di ulteriore riforma contenute nel disegno di legge annuale per il Mercato e la Concorrenza 2025

Infine, va dato atto che in data 10.7.2025 è stato presentato da parte del Ministro delle imprese e del made in Italy il disegno di legge recante la legge annuale per il mercato e la concorrenza per il 2025.

Nella presente sede risultano di interesse gli artt. 1 e 2 di tale disegno di legge.

Tali disposizioni sono volte ad introdurre misure correttive e sanzioni in seguito a ricognizione sull'andamento gestionale dei servizi pubblici locali che abbia dato atto di una gestione non soddisfacente⁶¹.

L'art. 1, rubricato *“Misure per il rafforzamento delle attività di verifica sulla situazione gestionale dei servizi pubblici locali”*, introduce tre nuovi commi all'articolo 30 del D. Lgs. n. 201/2022 nell'ottica di rafforzare la vigilanza e i controlli degli enti locali sulla situazione gestionale dei servizi pubblici locali.

Tale disposizione interviene rispetto alla criticità registratasi per cui pur in presenza di dati gestionali negativi, gli enti locali non procedono all'assunzione di alcuna iniziativa sostanziale verso i gestori.

Più nel dettaglio, con riferimento ai nuovi commi che dovrebbero essere inseriti nell'art. 30 del D. Lgs. n. 201/2022:

- il comma 1-bis dell'art. 30 impone che *“nella ricognizione periodica della situazione gestionale dei servizi pubblici locali l'ente locale individui le possibili cause dell'eventuale andamento negativo, tenendo conto delle valutazioni conclusive sull'andamento della gestione di ciascun servizio affidato. Se da tali valutazioni emerge un andamento gestionale insoddisfacente per cause dipendenti dall'attività del gestore, l'ente adotta un atto di indirizzo, allegato alla ricognizione, con cui impone al gestore di elaborare, entro il termine massimo di tre mesi, un piano per intraprendere le necessarie misure correttive, che include un cronoprogramma di azioni per il ripristino e il miglioramento della qualità del servizio, per efficientare i costi e per ripianare le eventuali perdite. L'atto di indirizzo e il piano devono essere trasmessi all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) e pubblicati nella sezione «Trasparenza dei servizi pubblici locali di rilevanza economica - Trasparenza SPL» del portale telematico”*.

- il comma 1-ter *“individua in quali casi l'andamento gestionale del servizio pubblico locale si considera insoddisfacente ai sensi del comma 1-bis”*;

- il comma 1-quater dispone che *“in caso di grave inadempimento da parte del gestore nell'attuazione del piano di cui al comma 1-bis, si applica l'articolo 27, comma 3, del D.Lgs. n. 201 del 2022, il quale fa salvo il potere dell'ente affidante di risolvere anticipatamente il rapporto in caso di grave inadempimento agli obblighi di servizio pubblico e alle obbligazioni previste dal contratto di servizio”*.

L'art. 2, rubricato *“Sanzioni in materia di servizi pubblici locali”*, propone l'introduzione di una sanzione amministrativa da applicarsi da parte dell'ANAC, consistente nel pagamento di una somma da un minimo di € 5.000 a un massimo di € 500.000, *“all'ente locale che non abbia adottato la relazione sulla situazione gestionale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica o che non abbia pubblicato la medesima relazione nel sito internet istituzionale”*. Tale sanzione è contemplata anche per l'ente locale *“che non abbia adottato l'atto di indirizzo*

⁶¹ Quanto segue, ivi comprese le citazioni di seguito riportate, è tratto dal dossier redatto dal Servizio Studi del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati e datato 21.7.2025.

richiesto dall'articolo 1 del presente disegno di legge per il caso di andamento gestionale insoddisfacente di un servizio affidato, per cause dipendenti dall'attività del gestore del servizio".

12. Osservazioni conclusive

In conclusione, dal rapido esame sopra svolto dell'evoluzione della materia e dell'attuale assetto dei servizi pubblici locali di rilevanza economica emerge che per quanto sia stato apparentemente superato il rapporto di regola ad eccezione che vi era tra esternalizzazione ed autoorganizzazione prima dell'intervento del referendum nell'anno 2011 (e del successivo pronunciamento della Corte Costituzionale) la scelta nel senso dell'autoproduzione e, in particolare, dell'*in house* comporta per l'ente locale (e gli altri enti competenti) oneri per nulla trascurabili in punto di istruttoria ai fini dell'opzione nel senso di tale forma gestionale, della motivazione di tale scelta, degli obblighi di ricognizione periodica e trasparenza e dell'assoggettamento a controlli da parte della Corte dei Conti e dell'AGCM.

Anche l'eventualità che l'ente locale sia costretto a tornare sui propri passi quanto alla scelta dell'*in house* (anche per mezzo del ricorso a poteri di autotutela) non risulta in alcun modo inverosimile.

Sotto tale angolo visuale anche i presidi posti dal D. Lgs. n. 201/2022 e dal D. Lgs. n. 175/2016 in tema di verifiche periodiche e trasparenza costituiscono chiaro sintomo della perdurante tensione tra esternalizzazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica ed autoproduzione degli stessi e di una certa diffidenza del legislatore verso quest'ultima (o quantomeno verso l'eccessivo utilizzo di tale forma gestionale), con conseguente maggiore semplicità per certi versi per l'ente locale dell'opzione nel senso dell'esternalizzazione.

Del resto, indice significativo di tale assetto della materia finisce per essere anche la previsione che favorisce il passaggio nell'affidamento a società mista da una logica di esternalizzazione parziale ad una di esternalizzazione totale per mezzo della cessione da parte dell'ente locale della partecipazione detenuta nella società mista.

Pertanto, in tale contesto il D. Lgs. n. 201/2022 non deresponsabilizza l'ente affidante e riconosce comunque la perdurante titolarità del servizio in capo all'ente locale, limitando espressamente l'esternalizzazione alla sola gestione del servizio e riconoscendo assai rilevanti poteri dell'ente affidante nella fase dello svolgimento del rapporto di gestione (tra cui quello di risolvere anticipatamente il rapporto in caso di grave inadempimento agli obblighi di servizio pubblico e alle obbligazioni previste dal contratto di servizio da parte dell'affidatario) nell'ottica di garantire che il servizio pubblico locale rimanga sempre rispondente alle esigenze delle comunità di riferimento ed alla soddisfazione dei bisogni dei cittadini e degli utenti.

In questo modo in un'ottica di contemperamento della pluralità di interessi pubblici e privati esistenti in materia la scelta dell'esternalizzazione del servizio pubblico locale si presta sempre ad un ripensamento laddove tale scelta si riveli nel caso concreto contraria al soddisfacimento dei bisogni dei cittadini e degli utenti.