

CARMINE VOLPE – presidente di sezione del Consiglio di Stato

Servizi pubblici locali e liberalizzazioni. Dall’art. 23-bis al decreto legge “crescita”: la produzione normativa non ha mai fine*.

<http://www.giustizia-amministrativa.it/>

Sommario: 1. Premessa. 2. La recente sequenza normativa. 3. La situazione attuale. 4. Le ulteriori modifiche apportate dall’art. 25 del d.l. n. 1/2012. 5. Le modifiche di cui al decreto legge “crescita” n. 83/2012. 6. La centralità della verifica. 7. Il concetto di liberalizzazione. 8. Le recenti politiche di liberalizzazione. 9. Il regime delle attività liberalizzate. 10. Conclusioni.

1. Premessa.

La materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica è da tempo al centro dell’attenzione. Si tratta di materia multidisciplinare che interseca il diritto amministrativo, il diritto civile, il diritto societario, il diritto europeo; nella quale, in particolare, il diritto amministrativo interviene a 360 gradi, essendone coinvolti aspetti sostanziali, problematiche attinenti il procedimento, nonché tematiche coinvolgenti il sistema giustizia, il riparto di giurisdizione e il processo amministrativo.

L’attenzione viene ancora di più accentuata dal fatto che i servizi pubblici locali acquistano rilievo centrale nelle politiche di liberalizzazione del Governo a fini di stabilità e di sviluppo economico. Ma il dato che ne consegue è che il settore è troppo spesso all’attenzione del legislatore, con interventi normativi sempre più continui, frequenti, stratificati e sovrapposti a discapito di esigenze di certezza del diritto; esigenze essenziali in un settore in cui gli operatori economici (nazionali ed europei) hanno bisogno di regole chiare e stabili, nonché di uniformità nella loro applicazione, proprio al fine di determinare il rischio di impresa e di scegliere gli investimenti.

La sola certezza è data dai principi comunitari di concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi che devono trovare comunque attuazione. Ed è noto come il principio di concorrenza, nell’interesse non solo degli operatori del settore ma anche degli utenti e dei soggetti pubblici affidanti, il quale comporta che un mercato non deve essere chiuso e non deve avere barriere in entrata, si realizza attraverso una doppia modalità; concorrenza per il mercato, garantendo a monte l’accesso attraverso la previa indicazione di procedure ad evidenza pubblica per la scelta del soggetto gestore, che una volta individuato gestisce il servizio in esclusiva, e concorrenza nel mercato, laddove il servizio è svolto da diversi gestori in concorrenza tra loro.

* Lo scritto è pubblicato in *www.giustamm.it*, n. 7-2012.

2. La recente sequenza normativa.

Per tanto tempo i servizi pubblici locali avevano goduto di stabilità normativa, almeno sino al 1990^{1[1]}. Poi, a partire soprattutto dagli ultimi anni, la sequenza normativa è stata sempre più accelerata e vorticosa.

Il 2008 è stato l'anno dell'art. 23-bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2008, n. 133, dal titolo "Servizi pubblici locali di rilevanza economica", incentrato su di una filosofia di privatizzazioni.

Nel 2009 l'impianto dell'art. 23-bis veniva in piccola parte modificato dall'art. 30, comma 26, della l. 23 luglio 2009, n. 99 e notevolmente cambiato dall'art. 15 del d.l. 25 settembre 2009, n. 135 (così detto decreto "Ronchi" o "salva infrazioni"), convertito, con modificazioni, dalla l. 20 novembre 2009, n. 166.

Nel 2010 il quadro normativo così realizzato trovava definizione con la normativa di attuazione di cui al d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168 (dal titolo "Regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, a norma dell'articolo 23-bis, comma 10, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133"). E veniva altresì sdoganato quasi del tutto dalla Corte costituzionale, che accertava la conformità del citato art. 23-bis alla Costituzione e ai vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario^{2[2]}.

Nel 2011 (il 12 e 13 giugno) il citato art. 23-bis veniva sottoposto a referendum popolare e, a seguito dell'esito dello stesso, abrogato dall'art. 1, comma 1, del d.P.R. 18 luglio 2011, n. 113, a decorrere dal 21 luglio 2011. L'abrogazione dell'art. 23-bis comportava, conseguentemente, l'abrogazione del d.P.R. n. 168/2010, il quale trovava nella medesima norma (comma 10) la sua fonte normativa.

Il vuoto normativo durava poco poiché quello che era stato cancellato dal mondo giuridico ritornava in vita, con alcune novità; tra cui le più importanti erano il passaggio da un ottica di privatizzazione a obiettivi di liberalizzazione e l'esclusione del servizio idrico (per la cui pubblicizzazione, o meglio non privatizzazione, era partita la campagna dei promotori dello stesso). Infatti, con l'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (noto anche come il decreto "manovra di ferragosto"), convertito, con modificazioni, dalla l. 14 settembre 2011, n. 148, dal titolo "Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa

^{1[1]} Ci si riferisce alla disciplina sugli enti locali e a quella della gestione dei servizi pubblici locali affidati agli enti locali. Si tratta del r.d. 4 febbraio 1915, n. 148, del r.d. 15 ottobre 1925, n. 2578, del r.d. 3 marzo 1934, n. 383, sino ad arrivare alla l. 8 giugno 1990, n. 142, dal titolo "Ordinamento delle autonomie locali".

^{2[2]} Corte cost. 17 novembre 2010, n. 325, in *Foro it.*, 2011, 5, 130. La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della prima parte della lett. a) del comma 10 del citato art. 23-bis limitatamente alle parole «l'assoggettamento dei soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno e».

dall'Unione europea”, venivano recepite parecchie disposizioni contenute nel d.P.R. n. 168/2010 e alcune di quelle di cui all’art. 23-bis.

Il che non deve essere considerato una stortura del sistema. La normativa sui servizi pubblici locali di rilevanza economica, con particolare riguardo alle procedure di scelta del soggetto gestore, deve rispondere ai principi e alla normativa europei in tema di tutela della concorrenza, direttamente applicabili negli ordinamenti giuridici degli Stati membri dell’Unione europea (UE); principi e normativa dai quali è consentito discostarsi solo per stabilire regole maggiormente concorrenziali^{3[3]}.

Verso la fine del 2011 l’art. 4 del d.l. n. 138/2011 subiva alcuni aggiustamenti ad opera della l. 12 novembre 2011, n. 183, dal titolo “Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato”, nota anche come “legge di stabilità 2012”; alcune modifiche e aggiunte erano introdotte direttamente nel corpo dello stesso art. 4 dall’art. 9, dal titolo “Liberalizzazioni dei servizi pubblici locali di rilevanza economica”, e con decorrenza 1° gennaio 2012^{4[4]}.

Ma non finisce qui. Il 2012 si apre con il d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, così detto “decreto liberalizzazioni” o “cresci Italia”, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 marzo 2012, n. 27, dal titolo “Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività”. L’art. 25, ad oggetto “Promozione della concorrenza nei servizi pubblici locali”, interviene nuovamente nella materia con una sorta di tripartizione normativa:

- a) inserendo, dopo l’art. 3 del d.l. n. 138/2011, l’art. 3-bis, dal titolo “Ambiti territoriali e criteri di organizzazione dello svolgimento dei servizi pubblici locali”;
- b) apportando ulteriori modifiche all’art. 4 del d.l. n. 138/2011;
- c) modificando e introducendo disposizioni sia con riguardo a tutti i servizi pubblici locali, sia relative al servizio di distribuzione di gas naturale e alla gestione integrata dei rifiuti urbani^{5[5]}.

^{3[3]} Corte cost. 17 novembre 2010, n. 325, citata alla nota 2. La Corte ha precisato che l’introduzione, attraverso il citato art. 23-bis, di regole concorrenziali (come sono quelle in tema di gara ad evidenza pubblica per l’affidamento della gestione di servizi pubblici) più rigorose di quelle minime richieste dal diritto dell’Unione europea non è imposta dall’ordinamento comunitario “e, dunque, non è costituzionalmente obbligata, ai sensi del primo comma dell’art. 117 Cost...., ma neppure si pone in contrasto...con la...normativa comunitaria, che, in quanto diretta a favorire l’assetto concorrenziale del mercato, costituisce solo un minimo inderogabile per gli Stati membri”.

^{4[4]} Sulle ultime modifiche del 2011 in tema di servizi pubblici locali si veda C. Volpe: *Appalti pubblici e servizi pubblici. Dall’art. 23-bis al decreto legge manovra di agosto 2011 attraverso il referendum: l’attuale quadro normativo*, in *www.giustamm.it*, n. 10/2011 e *Giurisprudenza amministrativa*, 2011, IV, 275; *Servizi pubblici locali e legge di stabilità 2012. Il dinamismo normativo continua*, in *www.giustamm.it*, n. 12/2011 e *Foro amm. CDS*, 2011, 3549.

^{5[5]} Tra gli scritti più recenti in tema di servizi pubblici locali si veda: G. Caia, *Finalità e problemi dell’affidamento del servizio idrico integrato ad aziende speciali*, in *Foro amm. TAR*, 2011, 663; E. Furno, *Il decreto liberalizzazioni ed i nuovi vincoli per le autonomie territoriali: le aziende speciali ed il patto di stabilità*, in *www.giustamm.it*, n. 2-2012; M. Lucca, *Profili di interesse per le dismissioni societarie e Orientamenti sulla gestione dei servizi pubblici locali tra liberalizzazioni incompiute e dimensione societaria*, in *www.lexitalia.it*, rispettivamente, nn. 6/2012 e 2/2012; V. Marchiandò, *I servizi pubblici locali. Una storia sospesa tra libertà ed autorità*, in *www.lexitalia.it*, n. 6/2012; P. Mariotti, *L’affidamento dei servizi pubblici locali: le ultime novità dopo la Legge di stabilità*, in *Ammin. italiana*, 2011, 1472; G. Montedoro-L. Tretola, *Le liberalizzazioni dei servizi pubblici locali dopo la nuova “riforma” del decreto*

Di recente il d.l. 22 giugno 2012, n. 83, dal titolo “Misure urgenti per la crescita del Paese”, così detto decreto “crescita”, all’art. 53, ha ulteriormente modificato gli artt. 3-bis e 4 del d.l. n. 138/2011. Ed è di prossima uscita il regolamento ministeriale previsto dall’art. 4, comma 33-ter, del d.l. n. 138/2011, sul quale il Consiglio di Stato ha già reso parere favorevole con osservazioni^{6[6]}.

3. La situazione attuale.

Attualmente l’art. 4 del d.l. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 148/2011 - così come modificato dall’art. 25 del d.l. n. 1/2012, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 27/2012 - costituisce la disciplina di base dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Ma non di tutti, poiché la norma non si applica:

a) al servizio idrico integrato, se non per le disposizioni sulle incompatibilità (commi da 19 a 27), il quale è disciplinato dagli artt. 141 e seguenti del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (così detto codice ambientale), nonché dai principi del Trattato sull’UE e dal diritto europeo;

b) al servizio di distribuzione di gas naturale, disciplinato dal d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164 (così detto decreto “Letta”) a sua volta attuativo di normativa comunitaria (direttiva 98/30/CE recante norme comuni per il mercato interno del gas naturale), se non per quanto previsto dal comma 33 in tema di divieti di gestione e di partecipazione alle gare^{7[7]};

c) al servizio di distribuzione di energia elettrica, di cui al d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79 e alla l. 23 agosto 2004, n. 239;

d) alla gestione delle farmacie comunali, di cui alla l. 2 aprile 1968, n. 475.

Sono oggetto, quindi, della disciplina di cui all’art. 4 del d.l. n. 138/2011 i rifiuti, il trasporto pubblico locale, compreso quello regionale, e i servizi pubblici così detti innominati (ad esempio, parcheggi e illuminazione cimiteriale).

Nell’art. 4 del d.l. n. 138/2011 vi è la disciplina:

1) della verifica della “realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi” e della delibera quadro, nonché del relativo procedimento (commi 1, 2, 3 e 4);

“Cresci Italia” 2012, in www.giustamm.it, n. 4-2012; A. Nappi, *Il decreto liberalizzazioni e i servizi pubblici locali di rilevanza economica: verso la risoluzione di un’antinomia?*, in *Il nuovo dir. amm.*, 2012, 97; S. Pozzoli, *Servizi pubblici locali: la riforma continua*, in *Diritto e pratica amministrativa*, 2012, 44; M. A. Sandulli, *Il partenariato pubblico privato istituzionalizzato nell’evoluzione normativa*, in www.federalismi.it; A. Santuari, *Le aziende speciali: un modello ancora vivo?*, in www.giustamm.it, n. 3-2012; C. Vivani, *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: si definisce il quadro della riforma del Governo Monti*, in *Urbanistica e appalti*, 2012, 511.

^{6[6]} Parere del Consiglio del Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, n. 2805 dell’11 giugno 2012, reso nell’adunanza del 24 maggio 2012, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

^{7[7]} Nel servizio di distribuzione del gas non è previsto l’“in house”, ai sensi dell’art. 14, comma 1, del d.lgs. n. 164/2000.

2) della preliminare definizione degli obblighi di servizio pubblico e universale da parte degli enti locali e della normativa antitrust a seguito di attribuzione o di titolarità di diritti di esclusiva (commi 1, 5, 6 e 7);

3) delle procedure competitive ad evidenza pubblica da indire ai fini dell'attribuzione, a seguito della verifica di cui al n. 1), di diritti di esclusiva per il conferimento della gestione del servizio (commi 8, 9, 10 e 11);

4) delle gare cosiddette a doppio oggetto ai fini della costituzione di forme di partenariato pubblico-privato (istituzionalizzato), ossia della costituzione di società miste. Si tratta delle "procedure aventi ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio, al quale deve essere conferita una partecipazione non inferiore al 40 per cento, e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio" (comma 12);

5) dell'affidamento cosiddetto "in house", consentito solo se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento è pari o inferiore alla somma complessiva di 200.000 euro annui, e a favore di società a capitale interamente pubblico che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento europeo per la gestione "in house"; con divieto di procedere al frazionamento del medesimo servizio e del relativo affidamento (comma 13);

6) degli obblighi a carico delle società cosiddette "in house" e delle società miste affidatarie del servizio, nonché della verifica del rispetto del contratto di servizio in caso di gestione da parte di società "in house" e nelle ipotesi in cui il capitale sociale del soggetto gestore è partecipato dall'ente locale affidante (commi 14, 15, 16, 17 e 18);

7) delle incompatibilità (commi da 19 a 27);

8) della proprietà delle reti e della loro gestione (comma 28);

9) dei diritti e degli obblighi del precedente gestore e di quello subentrante, nonché degli oneri in capo al soggetto pubblico affidante, al momento della cessazione della gestione del servizio e ai fini del nuovo affidamento a soggetto diverso (commi 29, 30 e 31);

10) del regime transitorio degli affidamenti non conformi a quanto stabilito dal medesimo d.l. n. 138/2011, con scadenza al 31 dicembre 2012 e al 31 marzo 2013, nonché al 30 giugno 2013 e al 31 dicembre 2015 per le società quotate, dei conseguenti poteri di verifica e di controllo attribuiti al prefetto, e dell'obbligo a carico dei soggetti gestori pubblici e privati di assicurare l'integrale e regolare prosecuzione delle attività medesime anche oltre le scadenze previste "fino al subentro del nuovo gestore e comunque, in caso di liberalizzazione del settore, fino all'apertura del mercato alla concorrenza" (commi 32, 32-bis e 33-ter);

11) dei divieti di gestione e di partecipazione alle gare (comma 33);

12) degli obblighi di pubblicità di dati concernenti il servizio a carico degli enti affidatari (comma 33-bis);

13) del regolamento ministeriale da adottare al fine di definire i criteri per la verifica di cui al comma 1 e l'adozione della delibera quadro di cui al comma 2, le modalità attuative del comma 33-bis, nonché le ulteriori misure necessarie ad assicurare la piena attuazione delle disposizioni di cui all'art. 4 del d.l. n. 138/2011 (comma 33-ter);

14) delle esclusioni (dalla relativa disciplina) e delle eccezioni alle esclusioni (comma 34);

15) degli affidamenti diretti in materia di trasporto pubblico locale su gomma e degli affidamenti in essere a valere su infrastrutture ferroviarie interessate da investimenti compresi in programmi cofinanziati con risorse dell'UE (commi 34-ter e 34-quater).

Tuttavia, a seguito del nuovo art. 3-bis del d.l. n. 138/2011 inserito dall'art. 25 del d.l. n. 1/2012, vi sono regole comuni per tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Innanzitutto una prima regola (comma 1) riguarda solo i servizi pubblici a rete, per i quali si prevede l'organizzazione del loro svolgimento in ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei; ciò al fine di realizzare economie di scala e migliorare l'efficienza del servizio. In sintesi:

a) le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano devono organizzare lo svolgimento dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica in ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei tali da consentire economie di scala e di differenziazione entro il termine del 30 giugno 2012;

b) la dimensione degli ambiti o bacini territoriali ottimali di norma deve essere non inferiore almeno a quella del territorio provinciale;

c) alle regioni è consentito individuare specifici bacini territoriali di dimensione diversa da quella provinciale, ma motivando la scelta in base a criteri di differenziazione territoriale e socio-economica, nonché a principi di proporzionalità, adeguatezza ed efficienza rispetto alle caratteristiche del servizio, anche su proposta dei comuni presentata entro il 31 maggio 2012 previa lettera di adesione dei sindaci interessati o delibera di un organismo associato e già costituito ai sensi dell'art. 30 del testo unico di cui al d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267;

d) fermo restando il termine del 30 giugno 2012, è fatta salva l'organizzazione di servizi pubblici locali di settore in ambiti o bacini territoriali ottimali già prevista in attuazione di specifiche direttive europee nonché ai sensi delle discipline di settore vigenti o, infine, delle disposizioni regionali che abbiano già avviato la costituzione di ambiti o bacini territoriali in coerenza con le previsioni indicate;

e) decorso inutilmente il termine indicato, il Consiglio dei Ministri, a tutela dell'unità giuridica ed economica, esercita i poteri sostitutivi di cui all'art. 8 della l. 5 giugno 2003, n. 131, per

organizzare lo svolgimento dei servizi pubblici locali in ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei, comunque tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio.

Il pensiero va immediatamente al gas e al servizio idrico integrato. Ma per entrambi è già prevista un'organizzazione in ambiti o bacini territoriali ottimali in attuazione di specifiche direttive europee e ai sensi delle discipline di settore vigenti^{8[8]}. Così che per questi settori si applica la disciplina speciale ma resta fermo che il tutto deve essere effettuato entro il 30 giugno 2012, pena l'esercizio dei poteri sostitutivi.

Poi l'art. 3-bis del d.l. n. 138/2011, inserito dall'art. 25 del d.l. n. 1/2011, introduce nuove disposizioni relative a tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica; le novità vengono inserite dal citato art. 25 anche nel corpo del successivo art. 4 del medesimo d.l. n. 138/2011, o si trovano già nel citato art. 4:

a) in sede di affidamento del servizio mediante procedura ad evidenza pubblica, l'adozione di strumenti di tutela dell'occupazione costituisce elemento di valutazione dell'offerta [è la così detta clausola sociale; art. 3-bis, comma 2, e art. 4, comma 11, lett. g-bis)];

b) le società affidatarie "in house" sono assoggettate al patto di stabilità interno secondo le modalità definite dal decreto ministeriale previsto dall'art. 18, comma 2-bis, del d.l. n. 112/2008, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 133/2008, e l'ente locale o l'ente di governo locale dell'ambito o del bacino vigila sull'osservanza da parte delle società dei vincoli derivanti dal patto di stabilità interno (art. 3-bis, comma 5, che riprende quanto già contenuto nell'art. 4, comma 14);

c) le società affidatarie "in house" sono tenute all'acquisto di beni e servizi secondo le disposizioni di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Le medesime società adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'art. 35 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, nonché delle disposizioni che stabiliscono a carico degli enti locali divieti o limitazioni alle assunzioni di personale, contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitarie e per le consulenze anche degli amministratori (art. 3-bis, comma 6, che riprende in parte quanto già disposto per le medesime società dall'art. 4, commi 15 e 17).

In tal modo la divaricazione (di disciplina) che si era venuta a creare tra i servizi pubblici locali di rilevanza economica di cui all'art. 4 del d.l. n. 138/2011 e gli altri si attenua. Ma con una tecnica legislativa che lascia perplessi. Anziché uniformare la disciplina, ripulendo semmai l'art. 4 e concentrando nell'art. 3-bis le regole comuni a tutti i servizi pubblici locali, la si duplica, spesso

^{8[8]} Per il gas si veda l'art. 46-bis del d.l. 1° ottobre 2007, n. 159, convertito, con modificazioni, dalla l. 29 novembre 2007, n. 222 e per il servizio idrico integrato gli artt. 146 e 147 del d.lgs. n. 152/2006.

nemmeno utilizzando la stessa terminologia, con la conseguente incertezza che ne può derivare in ambito applicativo e interpretativo.

L'art. 3-bis del d.l. n. 138/2011 prevede, infine, sempre per tutti i servizi pubblici locali, forme di incentivazione all'adozione delle procedure ad evidenza pubblica o premiali dell'efficienza e della qualità dei servizi, disponendo che:

1) a decorrere dal 2013, l'applicazione di procedura di affidamento dei servizi a evidenza pubblica da parte di regioni, province e comuni o degli enti di governo locali dell'ambito o del bacino costituisce elemento di valutazione della virtuosità degli stessi ai sensi dell'art. 20, comma 2, del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla l. 15 luglio 2011, n. 111 (comma 3);

b) i finanziamenti a qualsiasi titolo concessi a valere su risorse pubbliche statali ai sensi dell'art. 119, quinto comma, della Costituzione sono prioritariamente attribuiti agli enti di governo degli ambiti o dei bacini territoriali ottimali ovvero ai relativi gestori del servizio selezionati tramite procedura ad evidenza pubblica o di cui comunque l'Autorità di regolazione competente abbia verificato l'efficienza gestionale e la qualità del servizio reso sulla base dei parametri stabiliti dall'Autorità stessa (comma 4).

4. Le ulteriori modifiche apportate dall'art. 25 del d.l. n. 1/2012.

La terza parte delle modifiche apportate dall'art. 25 del d.l. n. 1/2012, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 27/2012, consiste in alcuni interventi settoriali, tra cui rilevanti sono quelli in tema di:

1) aziende speciali (art. 25, comma 2, e nuovo comma 5-bis inserito nell'art. 114 del d.lgs. n. 267/2000).

Si prevede che, escluse le aziende speciali e le istituzioni che gestiscono servizi socio-assistenziali ed educativi, culturali e farmacie, a decorrere dall'anno 2013 le aziende speciali e le istituzioni sono assoggettate al patto di stabilità interno e che alle aziende speciali e alle istituzioni si applicano le disposizioni del codice appalti (d.lgs. n. 163/2006), nonché le disposizioni che stabiliscono, a carico degli enti locali: divieti o limitazioni alle assunzioni di personale; contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitaria e per consulenza anche degli amministratori; obblighi e limiti alla partecipazione societaria degli enti locali. Con l'obbligo a carico degli enti locali di vigilare sull'osservanza del presente comma da parte dei soggetti suindicati.

In tal modo le aziende speciali, che sono enti pubblici economici con autonomia imprenditoriale, vengono del tutto equiparate alle società "in house".

Di qui potrebbe desumersi una possibile nuova linfa per le aziende speciali, in particolare con riguardo alla possibilità di gestione del servizio idrico.

Tuttavia, mentre l'art. 35, comma 8, della l. 28 dicembre 2001, n. 448, e successive modificazioni, aveva previsto che gli enti locali, entro il 30 giugno 2003, trasformano le aziende speciali e i consorzi che gestiscono i servizi pubblici locali di rilevanza economica in società di capitali, ai sensi dell'art. 115 del testo unico di cui al d.lgs. n. 267/2000, non esistono norme che regolino e legittimino le procedure di una trasformazione di società a partecipazione pubblica, esercenti il servizio idrico integrato, in aziende speciali. Né vigono norme che indichino l'azienda speciale quale possibile modello di gestione di un servizio pubblico come quello idrico integrato. Così che, in assenza di una specifica previsione, il modello dell'azienda speciale per il servizio idrico integrato non sembra praticabile^{9[9]}.

La Corte costituzionale, inoltre, ha ribadito l'imprescindibile carattere economico del servizio idrico integrato, escludendo il potere degli enti infrastatali di pervenire a una diversa qualificazione^{10[10]};

2) servizio di distribuzione del gas naturale (art. 25, comma 3).

Viene aggiunto un periodo alla fine dell'art. 14, comma 5, del d.lgs. n. 164/2000, ai sensi del quale alle gare per l'affidamento del servizio "Si applicano i principi di garanzia previsti dall'articolo 4, comma 33, del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148". Il che è indicativo della confusione del legislatore; nel medesimo art. 25 del d.l. n. 1/2012 è prevista una modifica al comma 34 dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011 con il quale si dice che l'articolo non si applica al detto servizio "ad eccezione di quanto previsto dal comma 33". Se al servizio di distribuzione del gas naturale si applica il comma 33 dell'art. 4 è inutile prevedere, nello stesso intervento legislativo, che si applicano i principi del medesimo comma 33.

Ora la discrasia è stata superata dal nuovo comma 5 del citato art. 14, come sostituito dall'art. 37 comma 1, lett. a), del d.l. n. 83/2012, che ha recepito in gran parte il contenuto del comma 33 dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011 in tema di esclusioni dalle gare e di eccezioni alle esclusioni; e dal nuovo primo periodo dell'art. 15, comma 10, del d.lgs. n. 164/2000, come sostituito dal detto art. 37, comma 1, lett. b), che, in tema di partecipazione alle prime gare, ha escluso l'applicazione delle disposizioni dell'art. 4, comma 33, del d.l. n. 138/2011. Le nuove norme andrebbero comunque coordinate con il comma 34 del citato art. 4 nella parte in cui prevede l'applicazione, al servizio di distribuzione di gas naturale, dell'intero comma 33 del medesimo articolo;

^{9[9]} G. Caia, *op. cit.*, 672.

^{10[10]} Corte cost. 21 marzo 2012, n. 62, in www.cortecostituzionale.it e 15 giugno 2011, n. 187, in *Foro it.*, 2011, 9, I, 2226.

3) rifiuti (art. 25, commi 4 e 5).

Si prevede che per la gestione ed erogazione dei servizi di gestione integrata dei rifiuti urbani sono affidate, ai sensi dell'art. 202 del d.lgs. n. 152/2006 e nel rispetto della normativa europea e nazionale sull'evidenza pubblica, le seguenti attività:

a) la gestione ed erogazione del servizio che può comprendere le attività di gestione e realizzazione degli impianti;

b) la raccolta, la raccolta differenziata, la commercializzazione e l'avvio a smaltimento e recupero, nonché, ricorrendo le ipotesi di cui alla lett. a), smaltimento completo di tutti i rifiuti urbani e assimilati prodotti all'interno dell'Autorità territoriale d'ambito (ATO).

Siffatta disposizione è di difficile coordinamento con l'art. 201 del d.lgs. n. 152/2006, dal titolo "Disciplina del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani", e dovrebbe avere comportato l'implicita abrogazione del comma 4 che indica le attività che possono essere affidate per la gestione ed erogazione del servizio di gestione integrata^{11[11]}.

Si specifica poi che il tributo comunale sui rifiuti e sui servizi, istituito a decorrere dal 1° gennaio 2013 in tutti i comuni del territorio nazionale a copertura dei costi relativi al servizio di gestione dei rifiuti urbani e dei rifiuti assimilati avviati allo smaltimento, riguarda il servizio svolto mediante l'attribuzione di diritti di esclusiva nelle ipotesi di cui al comma 1 dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011.

Infine l'art. 25 del d.l. n. 1/2012 prevede obblighi a carico di tutti i concessionari e affidatari di servizi pubblici locali (commi 6 e 7), i quali, a seguito di specifica richiesta, devono fornire agli enti locali, che decidono di bandire la gara per l'affidamento del relativo servizio, i dati concernenti le caratteristiche tecniche degli impianti e delle infrastrutture, il loro valore contabile di inizio esercizio, secondo parametri di mercato, le rivalutazioni e gli ammortamenti e ogni altra informazione necessaria per definire i bandi. Ciò, pena l'irrogazione, da parte del prefetto, di una sanzione amministrativa pecuniaria, da un minimo di euro 5.000 ad un massimo di euro 500.000, in caso di ritardo nella comunicazione oltre il termine di sessanta giorni dall'apposita richiesta o di informazioni false.

5. Le modifiche di cui al decreto legge "crescita" n. 83/2012.

Ulteriori modificazioni sono apportate dall'art. 53 del d.l. n. 83/2012 sia all'art. 3-bis sia all'art. 4 del d.l. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 148/2011.

Una prima serie di modifiche riguardano il citato art. 3-bis, comma 1, e attengono al procedimento, di competenza delle regioni e delle province autonome di Trento e di Bolzano, di

^{11[11]} In tal senso Vivani, *op. cit.*, 514.

organizzazione dello svolgimento dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, precisando e meglio dettagliando i contenuti anche a fini di semplificazione.

In particolare si precisa che:

a) va definito il perimetro degli ambiti o dei bacini territoriali ottimali e omogenei [citato art. 53, comma 1, lett. a), n. 1];

b) devono essere istituiti o designati gli enti di governo degli ambiti e dei bacini [citato art. 53, comma 1, lett. a), n. 2];

c) il termine del 30 giugno 2012 è generale e non consente eccezioni, poiché “opera anche in deroga a disposizioni esistenti in ordine ai tempi previsti per la riorganizzazione del servizio in ambiti” [citato art. 53, comma 1, lett. a), n. 3];

d) la disposta salvezza delle “disposizioni regionali che abbiano già avviato la costituzione di ambiti o bacini territoriali” opera solo se “in coerenza con le previsioni” del comma 1 del citato art. 3-bis [citato art. 53, comma 1, lett. a), n. 4].

Un secondo gruppo di modificazioni apportano aggiustamenti al procedimento di adozione della delibera quadro di cui all’art. 4, comma 2, del d.l. n. 138/2011, così come disciplinato dal successivo comma 3; e incidono sui commi 3 e 4 del medesimo art. 4.

In particolare, il previsto parere obbligatorio dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato sulla delibera quadro:

a) è richiesto solo “nel caso di attribuzione di diritti di esclusiva se il valore economico del servizio è pari o superiore alla somma complessiva di 200.000 euro annui” [citato art. 53, comma 1, lett. b), n. 1), lett. a)];

b) non è più preventivo bensì successivo, dovendo intervenire sulla delibera dopo la sua adozione e trasmissione all’Autorità [citato art. 53, comma 1, lett. b), n. 1), lett. b) e c)]. E’ evidente però che una volta reso il parere la delibera, se non conforme allo stesso, va nuovamente adottata in adeguamento o motivando sul perché il parere viene disatteso (del tutto o in parte);

c) deve essere richiesto, siccome obbligatorio, ma non è detto che venga reso dall’Autorità, la quale può, e non deve, pronunciarsi nei previsti sessanta giorni sulla base dell’istruttoria svolta dall’ente locale. Decorsi i sessanta giorni l’ente richiedente adotta la delibera quadro [citato art. 53, comma 1, lett. b), n. 1), lett. d), e) ed f)].

La delibera quadro di cui all’art. 4, comma 2, del d.l. n. 138/2011 va comunque adottata prima di procedere al conferimento e al rinnovo della gestione dei servizi entro novanta (e non più trenta) giorni dalla trasmissione del parere dell’Autorità [citato art. 53, comma 1, lett. b), n. 2), lett. a)^{12[12]}].

Un terzo gruppo di modifiche operano in ordine sparso all’interno del citato art. 4:

^{12[12]} La norma parla di “novanta giorni dalla trasmissione del parere all’Autorità”, ma si tratta di un refuso dovendo il riferimento essere al “parere dell’Autorità”.

a) non prevedendo più il concerto del ministro per le riforme per il federalismo sul decreto da adottare - ai sensi del comma 14 del citato art. 4 - per definire le modalità di assoggettamento al patto di stabilità delle società “in house” affidatarie dirette della gestione [citato art. 53, comma 1, lett. b), n. 3)];

b) sopprimendo la dizione “azienda in capo alla” contenuta nel terzo periodo del comma 32, lett. a), del citato art. 4 e in tal modo chiarendo che, a seguito dell’integrazione operativa di preesistenti gestioni in affidamento diretto e in economia, si ha un’unica società “in house” e non un’azienda in capo alla stessa [citato art. 53, comma 1, lett. b), n. 4)];

c) sopprimendo, al comma 32-ter del citato art. 4, le parole “di cui all’articolo 2, comma 3, lettera e) del presente decreto” e così ponendo rimedio a un refuso, data l’inesistenza del riferimento normativo [citato art. 53, comma 1, lett. b), n. 5)].

Da ultimo, ed è forse la modifica più rilevante, si aggiunge un ulteriore comma 35-bis al citato art. 4 [citato art. 53, comma 1, lett. b), n. 6)], del seguente tenore:

“Fatto salvo quanto previsto dal comma 35, a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012, n. 27, la verifica di cui ai commi 1, 2, 3 e 4, le attività di cui al comma 5 e le procedure di cui ai commi 8, 12 e 13 per il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, sono effettuate unicamente per ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei di cui all’articolo 3-bis dagli enti di governo degli stessi istituiti o designati ai sensi del medesimo articolo”.

La norma, letteralmente non chiara, si riferisce solo ai “servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica”. Con essa si è inteso disporre che, con salvezza delle procedure di affidamento già indette e a decorrere dal 25 marzo 2012^{13[13]}, la verifica della realizzabilità della gestione concorrenziale, la preliminare definizione degli obblighi di servizio pubblico, nonché le procedure competitive ad evidenza pubblica, la gara a doppio oggetto e l’affidamento “in house”, così come disciplinati e nei limiti consentiti dai commi 8, 12 e 13 dell’art. 4 del d.l. n. 138/2011, vanno effettuati e osservati dagli enti di governo degli ambiti o dei bacini territoriali ottimali e omogenei di cui al precedente art. 3-bis, con riguardo ai medesimi ambiti e bacini, prima e ai fini del conferimento della gestione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica.

Evidentemente si deve trattare di servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica che rientrano nell’ambito applicativo dell’art. 4 del d.l. n. 138/2011. Si pensi, ad esempio, al trasporto ferroviario regionale.

^{13[13]} Data di entrata in vigore della l. n. 27/2012 che ha del tutto modificato il contenuto dell’art. 25 del d.l. n. 1/2012. A norma dell’art. 15, comma 5, della l. 23 agosto 1988, n. 400, le modifiche apportate dalla legge di conversione hanno efficacia dal giorno successivo a quello della sua pubblicazione.

6. La centralità della verifica.

Come si è già notato, l'art. 4 del d.l. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 148/2011, ha effettuato una netta sterzata dalla privatizzazione alla liberalizzazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Dalla concorrenza per il mercato si spinge verso la concorrenza nel mercato con la conseguente soppressione dei diritti di esclusiva. E si passa all'attribuzione dei diritti di esclusiva solo in via residuale, qualora la liberalizzazione non riesca a soddisfare i bisogni della comunità.

Nella nuova filosofia assume carattere centrale la verifica della realizzabilità della gestione concorrenziale, come disciplinata dai commi 1, 2, 3 e 4 del citato art. 4.

In sintesi gli enti locali e gli enti d'ambito:

a) devono innanzitutto individuare i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e universale, prevedendo le eventuali compensazioni economiche alle aziende esercenti i servizi stessi;

b) quindi liberalizzano le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità e accessibilità del servizio;

c) limitano, negli altri casi, 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;

d) all'esito della verifica, che assume carattere preliminare, adottano una delibera quadro che:

d.a) illustra l'istruttoria compiuta ed evidenzia, per i settori sottratti alla liberalizzazione, le ragioni della decisione e i benefici per la comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio;

d.b) valutano l'opportunità di procedere all'affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi pubblici locali nei casi in cui possa essere dimostrato che tale scelta sia economicamente vantaggiosa.

Sulla delibera quadro, nel caso di attribuzione di diritti di esclusiva se il valore economico del servizio è pari o superiore alla somma complessiva di 200.000 euro annui e solo da parte degli enti territoriali con popolazione superiore a 10.000 abitanti, va acquisito il parere (obbligatorio) dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

La delibera quadro deve essere adottata entro il 14 agosto 2012^{14[14]} e poi periodicamente secondo i rispettivi ordinamenti degli enti locali. Va però comunque adottata prima di procedere al conferimento e al rinnovo della gestione dei servizi e, in assenza della delibera, l'ente locale non può procedere all'attribuzione di diritti di esclusiva.

^{14[14]} Ossia entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore del d.l. n. 138/2011.

I criteri per la verifica e l'adozione della delibera quadro devono essere definiti con un regolamento ministeriale da adottare con decreto del ministro per gli affari regionali, il turismo e lo sport, di concerto con i ministri dell'economia e delle finanze e dell'interno, sentita la Conferenza unificata, ai sensi dell'art. 4, comma 33-ter, lett. a), del d.l. n. 138/2011. Il termine per l'adozione, fissato al 31 marzo 2012, è ormai decorso (ma non è perentorio, non essendo posto a decadenza del potere) e il regolamento ancora non è stato pubblicato. Sullo stesso però il Consiglio di Stato ha già reso il parere di competenza^{15[15]}.

7. Il concetto di liberalizzazione.

Il concetto di liberalizzazione non appare uniforme e spesso consegue a contingenti politiche generali e di settore^{16[16]}.

Da una tesi assoluta secondo cui “la liberalizzazione di un'attività economica consiste nel suo totale affrancamento da qualsivoglia potere pubblicistico di tipo autorizzatorio”^{17[17]}, si passa ad una concezione generalista secondo cui la liberalizzazione è finalizzata alla “rimozione delle previsioni che subordinano ad assenti pubblicistici” l'avvio di attività economiche private^{18[18]}.

Sia le liberalizzazioni che la semplificazione amministrativa, pur agendo su piani diversi, perseguono obiettivi comuni. Sono, infatti, dirette a ripristinare nel settore economico la libertà di iniziativa privata eliminando, o riducendo, i condizionamenti pubblici esistenti. E per condizionamenti pubblici si intendono quelle regole derogatorie alla disciplina comune a cui sono sottoposte determinate attività e, in senso stretto, le normative le quali, oltre a porre regole speciali, attribuiscono poteri di intervento e controllo preventivo ad un'autorità pubblica. In quest'ultimo caso il condizionamento consiste in un vero e proprio regime amministrativo sul quale intendono incidere le politiche di liberalizzazione e di semplificazione^{19[19]}.

Una liberalizzazione radicale comporta la deregolazione (o *deregulation*), ossia la soppressione di regole di diritto pubblico che condizionano o limitano l'attività economica privata senza

^{15[15]} Parere del Consiglio del Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, n. 2805 dell'11 giugno 2012, reso nell'adunanza del 24 maggio 2012, citato alla nota 6.

^{16[16]} In particolare sulle liberalizzazioni e tra gli scritti più recenti si veda: E. Boscolo, *La liberalizzazione delle attività economiche e la riduzione dei compliance cost: la difficile strada verso la giusta misura delle procedure di controllo*, in *Urbanistica e appalti*, 2012, 506; R. Giovagnoli, *Liberalizzazioni, semplificazioni ed effettività della tutela*, in *www.giustamm.it*, n. 6/2012; W. Giulietti, *Crisi economica e liberalizzazioni*, in *www.giustamm.it*, n. 5/2012; L. Saltari, *Lo stato del mercato*, in *Giornale dir. amm.*, 2012, 579.

^{17[17]} V. Marchianò, *op. cit.*.

^{18[18]} E. Boscolo, *op. cit.*, 508.

^{19[19]} W. Giulietti, *op. cit.*. L'autore distingue:

a) una liberalizzazione piena, intesa “come affrancamento del privato dal potere amministrativo”, allorché si determina “la soppressione *tout-court* del condizionamento”;

b) una liberalizzazione così detta temperata (il termine “liberalizzazione temperata” è usato anche da Cons. Stato, ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15, in *Riv. giur. edilizia*, 2011, I, 513), “ovvero la sostituzione dello stesso regime con un sistema avente la caratteristica di essere più rispettoso della libertà di impresa”.

sostituzione con altre regole. E dalla “liberalizzazione amministrativa”, intesa come “soppressione dei vincoli pubblici gravanti su operatori privati”, va distinta la “liberalizzazione economica”, intesa come “soppressione di limiti all’entrata in settori economici particolari”^{20[20]}.

Anche l’autorizzazione può essere uno strumento di liberalizzazione parziale rispetto ad un preesistente regime concessorio^{21[21]}. Nel caso in cui vi sia un preesistente regime autorizzatorio la liberalizzazione “piena” di un settore può avvenire con la cancellazione di quelle norme attributive di potere su cui si fonda il regime amministrativo autorizzatorio che grava su di un’attività. Così che il fenomeno della liberalizzazione si sostanzia nella libertà di svolgimento e di accesso ad una data attività (economica) e non determina necessariamente la sottrazione ad ulteriori regole che prescrivono requisiti, presupposti ovvero modalità di svolgimento della medesima^{22[22]}.

La spinta liberalizzatrice dell’ordinamento è verso un regime di “Segnalazione certificata di inizio attività”, così detta “SCIA”, disciplinata dall’art. 19 della l. 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni. Al riguardo l’adunanza plenaria del Consiglio di Stato^{23[23]} ha affermato che con la SCIA, così come prima con la DIA (dichiarazione o denuncia di inizio attività), avviene la “sostituzione dei tradizionali modelli provvedimentali autorizzatori con un nuovo schema ispirato alla liberalizzazione delle attività economiche private consentite dalla legge in presenza dei presupposti fattuali e giuridici normativamente stabiliti” e che la “liberalizzazione dei settori economici in esame ha carattere solo parziale in quanto il principio di autoresponsabilità è temperato dalla persistenza del potere amministrativo di verifica dei presupposti richiesti dalla legge per lo svolgimento dell’attività denunciata”. Così che si tratta “di attività ancora sottoposte ad un regime amministrativo, pur se con la significativa differenza che detto regime non prevede più un assenso preventivo di stampo autorizzatorio ma un controllo - a seconda dei casi successivo alla presentazione della d.i.a. o allo stesso inizio dell’attività dichiarata, da esercitarsi entro un termine perentorio con l’attivazione ufficiosa di un doveroso procedimento teso alla verifica della sussistenza dei presupposti di fatto e di diritto per l’esercizio dell’attività dichiarata”^{24[24]}.

^{20[20]} W. Giuliotti, *op. cit.*

^{21[21]} In tal senso W. Giuliotti, *op. cit.*, secondo cui: <<E’ così utilizzato indifferentemente il termine liberalizzazione nel caso di soppressione di una riserva pubblica di attività incentrata sul regime concessorio mediante sostituzione con un regime autorizzatorio; nel caso di superamento di un regime di contingentamento, ovvero di regimi discrezionali per l’accesso al mercato a scopo di direzione; nella previsione di un mero accertamento dei requisiti obiettivi mediante dichiarazione preventiva, secondo “un modello di liberalizzazione temperata che sostituisce l’assenso preventivo con il controllo successivo”...; con l’eliminazione *tout-court* di un controllo – preventivo o successivo che sia – all’avvio dell’attività>>.

^{22[22]} W. Giuliotti, *op. cit.*

^{23[23]} 29 luglio 2011, n. 15, in *Riv. giur. edilizia*, 2011, I, 513.

^{24[24]} Secondo Corte cost., 27 giugno 2012 n. 164, in *www.lexitalia.it*, n. 6/2012, la SCIA è finalizzata alla semplificazione dei procedimenti di abilitazione all’esercizio di attività per le quali sia necessario un controllo della pubblica amministrazione. Di interesse il seguente passo della sentenza:

“Il principio di semplificazione, ormai da gran tempo radicato nell’ordinamento italiano, è altresì di diretta derivazione comunitaria (Direttiva 2006/123/CE, relativa ai servizi nel mercato interno, attuata nell’ordinamento italiano con

Tuttavia un processo di liberalizzazione non è in antitesi con la regolazione e/o regolamentazione pubblicistica delle attività private. Anzi la liberalizzazione economica, conseguente alla soppressione di limiti all'entrata in settori economici particolari, può comportare la necessità, almeno nella fase iniziale, di una disciplina pubblica dell'attività^{25[25]}.

8. Le recenti politiche di liberalizzazione.

Le recenti politiche di liberalizzazione hanno preso le mosse con l'art. 3 del d.l. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 148/2011, dal titolo "Abrogazione delle indebite restrizioni all'accesso e all'esercizio delle professioni e delle attività economiche". L'articolo, che apre il titolo II ad oggetto "liberalizzazioni, privatizzazioni ed altre misure per favorire lo sviluppo" (che comprende anche i successivi artt. 3-bis e 4), al comma 1 così dispone:

"Comuni, Province, Regioni e Stato, entro il 30 settembre 2012, adeguano i rispettivi ordinamenti al principio secondo cui l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge nei soli casi di:

- a) vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali;
- b) contrasto con i principi fondamentali della Costituzione;
- c) danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e contrasto con l'utilità sociale;
- d) disposizioni indispensabili per la protezione della salute umana, la conservazione delle specie animali e vegetali, dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio culturale;
- e) disposizioni relative alle attività di raccolta di giochi pubblici ovvero che comunque comportano effetti sulla finanza pubblica".

Quanto affermato al comma 1 "costituisce principio fondamentale per lo sviluppo economico e attua la piena tutela della concorrenza tra le imprese" (comma 2 del citato art. 3) e comporta la

decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59). Esso, dunque, va senza dubbio catalogato nel novero dei principi fondamentali dell'azione amministrativa (sentenze n. 282 del 2009 e n. 336 del 2005).

Al soggetto interessato, dunque, si riconosce la possibilità di dare immediato inizio all'attività (è questo il principale *novum* della disciplina in questione), fermo restando l'esercizio dei poteri inibitori da parte della pubblica amministrazione, ricorrendone gli estremi. Inoltre, è fatto salvo il potere della stessa pubblica amministrazione di assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990.

Si tratta di una prestazione specifica, circoscritta all'inizio della fase procedimentale strutturata secondo un modello ad efficacia legittimante immediata, che attiene al principio di semplificazione dell'azione amministrativa ed è finalizzata ad agevolare l'iniziativa economica (art. 41, primo comma, Cost.), tutelando il diritto dell'interessato ad un sollecito esame, da parte della pubblica amministrazione competente, dei presupposti di diritto e di fatto che autorizzano l'iniziativa medesima".

^{25[25]} Cons. Stato, sez. VI, 5 giugno 2006, n. 3352, in *Foro amm. CDS*, 2007, 3, 1018, secondo cui l'Autorità per l'energia elettrica e il gas è titolare di poteri di regolazione anche nei settori liberalizzati, affinché siano salvaguardate le dinamiche concorrenziali, a tutela dell'utenza. Secondo il Consiglio di Stato la liberalizzazione di un mercato non comporta automaticamente il passaggio ad una situazione di concorrenza, la cui promozione rientra tra le competenze dell'Autorità fin quando essa ritenga che il mercato non sia idoneo alla formazione corretta dei prezzi in una reale competizione. Con la conseguenza che l'Autorità ha il potere di regolare il mercato anche in regime di liberalizzazione, al fine di salvaguardare le dinamiche concorrenziali a tutela dell'utenza, nelle more della realizzazione di una situazione di concorrenza reale.

soppressione, alla scadenza del 30 settembre 2012, delle “disposizioni normative statali incompatibili” e la “conseguente diretta applicazione degli istituti della segnalazione di inizio di attività e dell'autocertificazione con controlli successivi” (comma 3 del citato 3). Ed entro il 31 dicembre 2012 il Governo dovrà adottare uno o più regolamenti ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con i quali vengono individuate le disposizioni abrogate per effetto di quanto disposto nel presente comma ed è definita la disciplina regolamentare della materia ai fini dell'adeguamento al principio di cui al comma 1 (comma 3, terzo periodo, del citato art. 3).

Aggiungono poi i commi 6 e 7 dell'art. 3 del d.l. n. 138/2011, che “l'accesso alle attività economiche e il loro esercizio si basano sul principio di libertà di impresa” e che “Le disposizioni vigenti che regolano l'accesso e l'esercizio delle attività economiche devono garantire il principio di libertà di impresa e di garanzia della concorrenza”, mentre quelle “relative all'introduzione di restrizioni all'accesso e all'esercizio delle attività economiche devono essere oggetto di interpretazione restrittiva, fermo in ogni caso quanto previsto al comma 1 del presente articolo”. Il comma 8 dispone l'abrogazione, quattro mesi dopo l'entrata in vigore del medesimo decreto legge, delle “restrizioni in materia di accesso ed esercizio delle attività economiche previste dall'ordinamento vigente”; restrizioni indicate dal successivo comma 9.

Le politiche di liberalizzazione proseguono con l'art. 34 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 (così detto “salva Italia”), convertito, con modificazioni, dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214, dal titolo “Liberalizzazione delle attività economiche ed eliminazione dei controlli ex-ante”, secondo cui (comma 2) “La disciplina delle attività economiche è improntata al principio di libertà di accesso, di organizzazione e di svolgimento, fatte salve le esigenze imperative di interesse generale, costituzionalmente rilevanti e compatibili con l'ordinamento comunitario, che possono giustificare l'introduzione di previ atti amministrativi di assenso o autorizzazione o di controllo, nel rispetto del principio di proporzionalità”.

Al comma 2 del citato art. 34 fanno da contraltare quanto disposto sia al comma 4, per il quale “L'introduzione di un regime amministrativo volto a sottoporre a previa autorizzazione l'esercizio di un'attività economica deve essere giustificato sulla base dell'esistenza di un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario, nel rispetto del principio di proporzionalità”, sia al comma 6, secondo cui “Quando è stabilita, ai sensi del comma 4, la necessità di alcuni requisiti per l'esercizio di attività economiche, la loro comunicazione all'amministrazione competente deve poter essere data sempre tramite autocertificazione e l'attività può subito iniziare, salvo il successivo controllo amministrativo, da svolgere in un termine definito; restano salve le responsabilità per i danni eventualmente arrecati a terzi nell'esercizio dell'attività stessa”.

Lo schema di fondo viene riproposto dall'art. 1 del d.l. n. 1/2012, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 27/2012. L'art. 1, dal titolo "Liberalizzazione delle attività economiche e riduzione degli oneri amministrativi sulle imprese", al comma 1, lasciando fermo quanto previsto dall'art. 3 del citato d.l. n. 138/2011, abroga, dalla data di entrata in vigore dei regolamenti governativi previsti al comma 3 (da adottare entro il 31 dicembre 2012):

a) "le norme che prevedono limiti numerici, autorizzazioni, licenze, nulla osta o preventivi atti di assenso dell'amministrazione comunque denominati per l'avvio di un'attività economica non giustificati da un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario nel rispetto del principio di proporzionalità";

b) "le norme che pongono divieti e restrizioni alle attività economiche non adeguati o non proporzionati alle finalità pubbliche perseguite, nonché le disposizioni di pianificazione e programmazione territoriale o temporale autoritativa con prevalente finalità economica o prevalente contenuto economico, che pongono limiti, programmi e controlli non ragionevoli, ovvero non adeguati ovvero non proporzionati rispetto alle finalità pubbliche dichiarate e che in particolare impediscono, condizionano o ritardano l'avvio di nuove attività economiche o l'ingresso di nuovi operatori economici ponendo un trattamento differenziato rispetto agli operatori già presenti sul mercato, operanti in contesti e condizioni analoghi, ovvero impediscono, limitano o condizionano l'offerta di prodotti e servizi al consumatore, nel tempo nello spazio o nelle modalità, ovvero alterano le condizioni di piena concorrenza fra gli operatori economici oppure limitano o condizionano le tutele dei consumatori nei loro confronti".

Il comma 2 dell'art. 1 del d.l. n. 1/2012 specifica che "Le disposizioni recanti divieti, restrizioni, oneri o condizioni all'accesso ed all'esercizio delle attività economiche sono in ogni caso interpretate ed applicate in senso tassativo, restrittivo e ragionevolmente proporzionato alle perseguite finalità di interesse pubblico generale, alla stregua dei principi costituzionali per i quali l'iniziativa economica privata è libera secondo condizioni di piena concorrenza e pari opportunità tra tutti i soggetti, presenti e futuri, ed ammette solo i limiti, i programmi e i controlli necessari ad evitare possibili danni alla salute, all'ambiente, al paesaggio, al patrimonio artistico e culturale, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e possibili contrasti con l'utilità sociale, con l'ordine pubblico, con il sistema tributario e con gli obblighi comunitari ed internazionali della Repubblica".

Ai regolamenti governativi, da adottare nel rispetto delle previsioni di cui ai commi 1 e 2 e secondo i criteri ed i principi direttivi di cui all'art. 34 del d.l. n. 201/2011, nonché previo parere obbligatorio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, entro il 31 dicembre 2012 ai sensi dell'art. 17, comma 2, della l. 23 agosto 1988, n. 400, viene demandata l'individuazione delle attività per le quali permane l'atto preventivo di assenso dell'amministrazione, e la disciplina dei

requisiti per l'esercizio delle attività economiche, nonché dei termini e delle modalità per l'esercizio dei poteri di controllo dell'amministrazione, individuando le disposizioni di legge e regolamentari dello Stato che, ai sensi del comma 1, sono abrogate a decorrere dalla data di entrata in vigore dei regolamenti stessi (art. 1, comma 3, del d.l. n. 1/2012).

“I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni si adeguano ai principi e alle regole di cui ai commi 1, 2 e 3 entro il 31 dicembre 2012, fermi restando i poteri sostitutivi dello Stato ai sensi dell'articolo 120 della Costituzione”. Siffatto adeguamento, a decorrere dall'anno 2013, “costituisce elemento di valutazione della virtuosità degli stessi enti (ai sensi dell'art. 20, comma 3, del d.l. n. 98/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 111/2011; si veda l'art. 1, comma 4, del d.l. n. 1/2012).

Sono esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 1 del d.l. n. 1/2012, tra gli altri, “i servizi di trasporto pubblico di persone e cose non di linea”, nonché “le attività specificamente sottoposte a regolazione e vigilanza di apposita autorità indipendente”.

9. Il regime delle attività liberalizzate.

Una volta che il servizio pubblico di rilevanza economica viene liberalizzato, in attuazione del percorso previsto dai primi quattro commi dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 148/2011, quale sarà la disciplina applicabile?

La direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 12 dicembre 2006 n. 2006/123/CE, relativa ai servizi nel mercato interno (così detta direttiva servizi), attuata dal d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59, “non riguarda la liberalizzazione dei servizi d'interesse economico generale riservati a enti pubblici o privati” (art. 1, comma 2) e “lascia impregiudicata la libertà, per gli Stati membri, di definire, in conformità del diritto comunitario, quali essi ritengano essere servizi d'interesse economico generale, in che modo tali servizi debbano essere organizzati e finanziati, in conformità delle regole sugli aiuti concessi dagli Stati, e a quali obblighi specifici essi debbano essere soggetti” (art. 1, comma 3, secondo periodo).

La direttiva può essere considerata come modello di riferimento utile per la disciplina delle attività economiche, prevedendo:

- “la limitazione dell'obbligo di autorizzazione preliminare ai casi in cui essa è indispensabile” (considerando 43);

- che “La possibilità di avere accesso ad un'attività di servizi dovrebbe essere subordinata al rilascio di un'autorizzazione da parte delle autorità competenti soltanto se ciò è conforme ai principi di non discriminazione, di necessità e di proporzionalità. Ciò significa, in particolare, che l'imposizione di un'autorizzazione dovrebbe essere ammissibile soltanto nei casi in cui un controllo

a posteriori non sarebbe efficace a causa dell'impossibilità di constatare a posteriori le carenze dei servizi interessati e tenuto debito conto dei rischi e dei pericoli che potrebbero risultare dall'assenza di un controllo a priori” (considerando 54).

Tuttavia anche le disposizioni di cui al d.lgs. n. 59/2010 inducono a ritenere la sua non applicabilità ai servizi pubblici liberalizzati.

E' vero che l'art. 2 del d.lgs. n. 59/2010, prevede, al comma 1, lett. c), che le disposizioni del decreto non si applicano “ai servizi d'interesse economico generale assicurati alla collettività in regime di esclusiva da soggetti pubblici o da soggetti privati, ancorché scelti con procedura ad evidenza pubblica, che operino in luogo e sotto il controllo di un soggetto pubblico”. Ma la precedente lett. a) prevede egualmente l'esclusione, dall'applicazione del medesimo decreto, delle “attività connesse con l'esercizio di pubblici poteri, quando le stesse implicino una partecipazione diretta e specifica all'esercizio del potere pubblico e alle funzioni che hanno per oggetto la salvaguardia degli interessi generali dello Stato e delle altre collettività pubbliche”.

D'altro canto, l'art. 12 del d.lgs. n. 59/2010, dopo avere disposto, al comma 1, che “Nei casi in cui sussistono motivi imperativi di interesse generale^{26[26]}, l'accesso e l'esercizio di una attività di servizio possono, nel rispetto dei principi di proporzionalità e non discriminazione, essere subordinati al rispetto” di alcuni requisiti specificamente indicati, al comma 2, aggiunge che, “Fermo restando quanto previsto dall'articolo 11”, il quale stabilisce i requisiti vietati al rispetto dei quali non può subordinarsi né l'accesso a un'attività di servizi né il suo esercizio, “le disposizioni di cui al comma 1 si applicano alla legislazione riguardante i servizi di interesse economico generale per i quali non sono previsti regimi di esclusiva, nella misura in cui ciò non sia di ostacolo alla specifica missione di interesse pubblico”. Facendo conseguentemente argomentare l'applicabilità del d.lgs. n. 59/2010 ai servizi pubblici locali a rilevanza economica che siano stati liberalizzati. Il che vuol dire consentire l'istituzione o il mantenimento di regimi autorizzatori “solo se giustificati da motivi imperativi di interesse generale, nel rispetto dei principi di non discriminazione, di proporzionalità” nonché delle disposizioni di cui al presente titolo I, e limitare “Il numero dei titoli autorizzatori per l'accesso e l'esercizio di un'attività di servizi...solo se sussiste un motivo imperativo di interesse generale o per ragioni correlate alla scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche disponibili” (art. 14, commi 1 e 3, del d.lgs. n. 59/2010).

^{26[26]} I motivi imperativi di interesse generale sono indicati nell'art. 8, comma 1, lett. h), del d.lgs. n. 59/2010 e sono: “ragioni di pubblico interesse, tra i quali l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica, l'incolumità pubblica, la sanità pubblica, la sicurezza stradale, la tutela dei lavoratori compresa la protezione sociale dei lavoratori, il mantenimento dell'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale, la tutela dei consumatori, dei destinatari di servizi e dei lavoratori, l'equità delle transazioni commerciali, la lotta alla frode, la tutela dell'ambiente, incluso l'ambiente urbano, la salute degli animali, la proprietà intellettuale, la conservazione del patrimonio nazionale storico e artistico, gli obiettivi di politica sociale e di politica culturale”.

E' chiaro però che il regime autorizzatorio deve essere previsto dalla legge o sulla base della legge (da un regolamento); a tal fine le norme del d.lgs. n. 59/2010 costituiscono, relativamente alle materie oggetto di competenza legislativa concorrente, principi fondamentali (art. 1). E comunque l'autorizzazione, sempreché "non sia previsto alcun limite o contingente complessivo", è ora sostituita dalla SCIA ai sensi dell'art. 19 della l. n. 241/1990.

Il d.lgs. n. 59/2010 appare comunque superato dai successi specifici interventi legislativi di liberalizzazione di cui si è detto al paragrafo precedente; interventi che si riallacciano con i contenuti del medesimo decreto, i quali conseguono sempre dall'attuazione di principi e normativa comunitaria^{27[27]}; secondo cui l'intervento autorizzatorio preventivo diventa eccezionale^{28[28]}.

Secondo il Consiglio di Stato, nel parere reso in sede di esame del regolamento previsto dall'art. 4, comma 33-ter, del d.l. n. 138/2011^{29[29]}, "La <<concorrenza nel mercato>> consente, invece, agli imprenditori del settore di operare contemporaneamente nel mercato rilevante ad armi pari, riuscendo a soddisfare le esigenze della comunità amministrata. In un regime completamente liberalizzato e, quindi, di piena concorrenza, l'accesso al mercato dovrebbe essere libero o, al più, caratterizzato dal previo rilascio di autorizzazioni (vincolate) all'esercizio della relativa attività economica – qualora sia necessario che gli operatori presentino determinati requisiti – in base a criteri oggettivi, trasparenti e non discriminatori".

Al momento è evidente l'esistenza di un vuoto normativo. Si passa da un regime di attribuzione di diritti di esclusiva per effetto dell'emanazione di provvedimenti amministrativi (concessione, affidamento) alla liberalizzazione del servizio, che comporta la conseguente libera erogazione. Ma vi sono:

- a) gli "obblighi di servizio pubblico e universale" che vanno osservati da parte dei soggetti esercenti;
- b) le conseguenti compensazioni economiche;
- c) gli standard minimi (di efficienza e qualità) delle prestazioni da assicurare nell'espletamento del servizio.

^{27[27]} Con riguardo ai servizi di trasporto la non applicazione del d.lgs. n. 59/2010 è disposta espressamente dall'art. 6, comma 1, dello stesso, secondo cui "Le disposizioni del presente decreto non si applicano ai servizi di trasporto aereo, marittimo, per le altre vie navigabili, ferroviario e su strada, ivi inclusi i servizi di trasporto urbani, di taxi, di ambulanza, nonché i servizi portuali e i servizi di noleggio auto con conducente".

^{28[28]} R. Giovagnoli, *op. cit.*. Il quale evidenzia che "Il mantenimento di misure di regolazione amministrativa è eccezionale e richiede la tutela di interessi costituzionalmente rilevanti nonché il rispetto del principio di proporzionalità. In assenza di tali interessi di rilievo costituzionale l'attività è libera". E aggiunge che "Oggi, al contrario, sembra valere un'equazione di segno opposto: c'è un interesse costituzionalmente rilevante e quindi c'è potere, perché il potere amministrativo, soprattutto quello di stampo autorizzatorio, si giustifica proprio per la necessità di tutela, di valutazione e di contenimento di interessi costituzionalmente rilevanti, cui spesso corrispondono, in capo ai privati, diritti fondamentali, costituzionalmente rilevanti".

^{29[29]} Cons. Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, n. 2805 dell'11 giugno 2012, reso nell'adunanza del 24 maggio 2012, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

Tali obblighi e diritti reciproci non possono non confluire nel contratto di servizio che dovrà essere stipulato con l'esercente prima di iniziare a svolgere il servizio.

La necessaria preventiva regolamentazione dell'accesso al mercato a monte - da parte dell'ente locale, degli enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei, con la delibera quadro di cui all'art. 4 del d.l. n. 138/2011, o di altra autorità - espressione dell'esercizio di poteri pubblici, non può non consentire l'esercizio a valle di poteri di verifica e di controllo da parte dell'amministrazione che ha posto le regole o di quella a cui fa capo la comunità degli utenti del servizio e dell'ambito. Quindi, liberalizzazione temperata, con la quale si introduce un nuovo regime più rispettoso delle libertà di impresa, ma che non può prescindere dall'esercizio di poteri e prerogative pubblici nell'interesse (pubblico e collettivo) degli utenti a cui va erogato il servizio.

Il vuoto normativo andrebbe colmato da parte del legislatore. Tuttavia, la previsione di un regime autorizzatorio deve tenere conto delle prescrizioni contenute nell'art. 3, commi 7, 8 e 9, del d.l. n. 138/2011 e comunque presuppone l'esistenza di "esigenze imperative di interesse generale, costituzionalmente rilevanti e compatibili con l'ordinamento comunitario" (art. 34, commi 2 e 4, del d.l. n. 201/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 214/2011). Tenendo presente che, se si richiede "la necessità di alcuni requisiti per l'esercizio di attività economiche, la loro comunicazione all'amministrazione competente deve poter essere data sempre tramite autocertificazione e l'attività può subito iniziare, salvo il successivo controllo amministrativo, da svolgere in un termine definito" (art. 34, comma 6, del d.l. n. 201/2011)^{30[30]}.

La soluzione potrebbe essere quella di prevedere un regime di SCIA in applicazione dell'art. 19 della l. n. 241/1990, la quale, tra l'altro, si attaglia all'ipotesi in cui vanno accertati requisiti e presupposti richiesti non solo dalla legge o ma anche "da atti amministrativi a contenuto generale"; qual'è la delibera quadro prevista dall'art. 4 del d.l. n. 138/2011. Sempre nel rispetto dei "principi costituzionali per i quali l'iniziativa economica privata è libera secondo condizioni di piena concorrenza e pari opportunità tra tutti i soggetti, presenti e futuri, ed ammette solo i limiti, i programmi e i controlli necessari ad evitare possibili danni alla salute, all'ambiente, al paesaggio, al patrimonio artistico e culturale, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e possibili contrasti con l'utilità sociale, con l'ordine pubblico, con il sistema tributario e con gli obblighi comunitari ed internazionali della Repubblica"^{31[31]}.

La previsione di un regime di SCIA potrebbe far superare anche la necessità della stipula di un contratto di servizio qualora gli obblighi dell'esercente, predefiniti dall'amministrazione, si facciano rientrare, sotto forma di preventiva accettazione da parte dello stesso, tra i requisiti e i presupposti

^{30[30]} I principi e le regole contenute nell'art. 34, commi 2, 4 e 6, del d.l. n. 201/2011 impongono alle Regioni l'adeguamento della legislazione di loro competenza (comma 7 del medesimo articolo).

^{31[31]} Secondo quanto contenuto nell'art. 1, comma 2, del d.l. n. 1/2012.

richiesti per l'esercizio dell'attività da autocertificare ai sensi del comma 1 dell'art. 19 della l. n. 241/1990.

Con una possibile peculiarità di disciplina per il trasporto pubblico locale che, rientrando nelle "attività specificamente sottoposte a regolazione e vigilanza di apposita autorità indipendente"^{32[32]}, è escluso dall'ambito di applicazione dell'art. 1 del d.l. n. 1/2012 (ai sensi del comma 5 dello stesso). Con la conseguente ipotizzabilità di un regime autorizzatorio *ex ante* il quale, negli altri casi, non sembra invece adattarsi alla filosofia ispiratrice delle recenti politiche di liberalizzazione.

10. Conclusioni.

Sopra di tutto si erge il totem della concorrenza.

Nella relazione annuale presentata dal presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato il 26 giugno 2012 si legge: "La concorrenza...incentiva la corretta allocazione delle risorse sia all'interno della singola impresa sia nel mercato ed ha effetti positivi, in termini di minori costi, sui settori a valle. Ma soprattutto *la concorrenza è un potente stimolo all'innovazione, che è la principale forza dell'economia capitalistica*".

La recente legislazione è indirizzata a valorizzare la concorrenza:

- garantendo la concorrenza, l'universalità e l'accessibilità dei servizi essenziali;
- prevedendo la libertà di ingresso nel mercato degli operatori privati;
- disciplinando l'intervento pubblico di regolazione (da parte degli enti e delle autorità di settore che effettuano la così detta regolamentazione *erga omnes*).

L'assicurazione della concorrenza diviene volano dell'efficienza gestionale e della qualità del servizio, nell'interesse di tutti gli attori del sistema; amministrazioni, operatori professionali e utenti.

Due i punti essenziali: garanzia della concorrenza e regolazione del settore aperto alla concorrenza^{33[33]}. Entrambi perseguiti recentemente, con la creazione di una nuova Autorità in materia di trasporti^{34[34]}, il rafforzamento dei poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato^{35[35]} e l'attribuzione delle funzioni regolatorie in ambito di servizio idrico all'Autorità per

^{32[32]} Si tratta dell'Autorità di regolazione dei trasporti, istituita dall'art. 37 del d.l. n. 201/2011.

^{33[33]} L. Saltari, *op. cit.*, 586, secondo cui occorre, in particolare, una complessa regolazione dell'uso delle reti, degli impianti e delle infrastrutture necessarie all'offerta dei servizi.

^{34[34]} Si veda la nota 32.

^{35[35]} Con l'art. 21-bis della l. 10 ottobre 1990, n. 287, aggiunto dall'art. 35, comma 1, del d.l. n. 201/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 214/2011, si è previsto, al comma 1, che l'Autorità "è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato". E quindi anche contro la delibera quadro prevista dall'art. 4 del d.l. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 148/2011.

l'energia elettrica e il gas ^{36[36]}. Ma la regolazione è ancora incompleta non essendo prevista per i rifiuti e per gli altri servizi pubblici locali innominati.

Nella materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica gli sforzi fatti sono notevoli. Si è passati da un mercato tendenzialmente chiuso all'ingresso alla liberalizzazione. Ma il processo è solo all'inizio, anche perché nessun processo di liberalizzazione si perfeziona immediatamente, dovendo necessariamente consistere in vari momenti e attraversare diverse fasi adoperando svariati strumenti; in base alla loro effettiva idoneità allo scopo.

Siamo solo all'inizio. E tra l'altro nel limitato campo di applicazione dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 148/2011, che riguarda solo il trasporto pubblico locale, i rifiuti e gli altri servizi pubblici locali innominati; ossia una parte limitata del relativo settore. E il sistema ha bisogno di ulteriori aggiustamenti. Si pensi, solo per fare un esempio, che il ricorso alle procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica (e quindi l'attribuzione di diritti di esclusiva) costituisce specifico elemento di valutazione della virtuosità delle amministrazioni affidanti (art. 3-bis, commi 3 e 4, del d.l. n. 138/2011), mentre nulla è previsto per gli enti che hanno deciso di non procedere all'attribuzione di diritti di esclusiva liberalizzando il settore ^{37[37]}.

Secondo A. Travi “ha senso parlare di liberalizzazione di un'attività solo se per quell'attività vi è una normativa che assicura chiarezza, certezza ed organicità. Altrimenti, quasi paradossalmente, il risultato della riforma è opposto rispetto a quello voluto. Non si realizza una maggiore libertà di accesso al mercato, ma si disincentiva quell'attività, perché si introducono fattori nuovi di incertezza, di rischio, di responsabilità” ^{38[38]}.

Da quanto esposto emerge un quadro normativo abbastanza confuso. Una legislazione spesso di principi con parecchi vuoti, norme sovrapposte, stratificate e poco chiare, oltre che continui interventi legislativi a fini di aggiustamento o di mere modificazioni procedimentali, nonché la proroga sistematica dei termini nell'imminenza della loro scadenza; con la conseguente convinzione, da parte dei destinatari delle incombenze da compiere, della non doverosità delle incombenze stesse.

^{36[36]} Ai sensi dell'art. 21, comma 19, del d.l. n. 201/2011, “Con riguardo all'Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua, sono trasferite all'Autorità per l'energia elettrica e il gas le funzioni attinenti alla regolazione e al controllo dei servizi idrici, che vengono esercitate con i medesimi poteri attribuiti all'Autorità stessa dalla legge 14 novembre 1995, n. 481”. Il successivo comma 20 ha previsto la soppressione della “Commissione Nazionale per la Vigilanza sulle Risorse idriche”.

^{37[37]} A meno che non si ritenga applicabile la disposizione, di carattere generale, di cui all'art. 1, comma 4, del d.l. n. 1/2012, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 27/2012, secondo cui “I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni si adeguano ai principi e alle regole di cui ai commi 1, 2 e 3 entro il 31 dicembre 2012, fermi restando i poteri sostitutivi dello Stato ai sensi dell'articolo 120 della Costituzione. A decorrere dall'anno 2013, il predetto adeguamento costituisce elemento di valutazione della virtuosità degli stessi enti ai sensi dell'articolo 20, comma 3, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111”.

^{38[38]} A. Travi, *La liberalizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 648 ss..

Forse nel perseguire gli obiettivi si è perso di vista l'obiettivo prioritario che dovrebbe essere la certezza del diritto; e se non c'è la certezza del diritto non è assicurata né la crescita né la competitività^{39[39]}.

Ma una sola certezza rimane; ed è quella del prossimo intervento legislativo in materia di servizi pubblici locali.

^{39[39]} R. Giovagnoli, *op. cit.*.